

Institut für Bankrecht, Universität Bern
SBT 2006 – Schweizerische Bankrechtstagung 2006

Bankhaftungsrecht

herausgegeben von Susan Emmenegger

mit Beiträgen von
Prof. Dr. iur. Susan Emmenegger, Universität Bern
Dr. iur. Martin Hess, Rechtsanwalt Zürich
Prof. Dr. iur. Vito Roberto, Universität St. Gallen
Prof. Dr. iur. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich
Prof. Dr. iur. Karl Hofstetter, Universität Zürich
Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Peter Gauch, Universität Fribourg

HELBING & LICHTENHAHN
Basel Genf München

Vorwort

Haftungsfragen stellen die Finanzmarktakteure vor immer neue Herausforderungen. Welche Risiken mit den vernetzten Systemen im Bankbereich verbunden sind, zeigen die jüngsten Meldungen über den Diebstahl von Bankkundendaten. Die Banken sind namentlich auch in haftungsrechtlicher Hinsicht gefordert, wie der Beitrag von Dr. MARTIN HESS eindrücklich zeigt. Über die Problematik des Kundendatendiebstahls hinaus bestehen für die Banken im Kundenverkehr vielfältige Haftungsrisiken. Prof. Dr. Dr. h.c. PETER GAUCH unterzieht die Haftungsbeschränkungen der Banken in den Allgemeinen Vertragsbedingungen einer kritischen Würdigung und wirft die Frage nach einem Sondergesetz für Bankverträge auf. Ein Haftungspotenzial besteht auch im Zusammenhang mit dem eigentlichen Kerngeschäft der Banken, nämlich der Kreditvergabe. Prof. Dr. VITO ROBERTO beleuchtet die vielfältigen Risiken für die Banken, etwa im Hinblick auf deren faktische Organschaft bei den von ihnen finanzierten Unternehmen. Diskussionsbedarf besteht sodann bezüglich der Rolle der Banken bei Börsengängen; Prof. Dr. HANS CASPAR VON DER CRONE erörtert Fragen der Prospekthaftung, der Preisfindung und der Zuteilung unter Einschluss der SBVg-Zuteilungsrichtlinie. Den Ausgangspunkt für den Konzernhaftungsbeitrag von Prof. Dr. KARL HOFSTETTER bildet die neue «Unübersichtlichkeit» der Verbundsformen und die postnationale Rechtsrealität, in der sie stattfinden. Mein eigener Beitrag widmet sich der neuen Haftungsordnung des Bankengesetzes für die EBK-Beauftragten; hier hat der Gesetzgeber eine fragwürdige Haftungsprivatisierung eingeführt, die möglicherweise unter dem FinmaG wieder rückgängig gemacht wird.

Mit der Schweizerischen Bankrechtstagung verfolgt das Institut für Bankrecht der Universität Bern das Ziel, den Dialog zwischen Anwaltschaft, Bankpraxis, Finanzmarktaufsicht und Wissenschaft zu fördern. Dass dies gelang, ist den Referierenden zu verdanken. Dank gebührt auch den Mitarbeitenden des Instituts, insbesondere Herrn lic. iur. DANIEL VOGEL, der für die Organisation der Tagung verantwortlich war.

Bern, im Mai 2006

Susan Emmenegger

Inhaltsübersicht

Die Haftung der EBK-Beauftragten.....	1
Prof. Dr. iur. SUSAN EMMENEGGER, LL.M., Rechtsanwältin Professorin an der Universität Bern Direktorin des Instituts für Bankrecht	
Die Haftung der Banken für Kundendatendiebstahl.....	55
Dr. iur. MARTIN HESS, Rechtsanwalt Wenger & Vieli Rechtsanwälte, Zürich	
Die Haftung der Bank als Kreditgeberin.....	93
Prof. Dr. iur. VITO ROBERTO, LL.M., Rechtsanwalt Professor an der Universität St. Gallen Baker & McKenzie Rechtsanwälte, Zürich	
Bankaufsichtsrechtliche und vertragsrechtliche Aspekte von IPOs.....	141
Prof. Dr. iur. HANS CASPAR VON DER CRONE, LL.M., Rechtsanwalt Professor an der Universität Zürich von der Crone Rechtsanwälte, Zürich lic. iur. MATTHIAS NÄNNI, Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich lic. iur. ERIC SIBBERN, Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich	
Die Haftung im Bankenverbund.....	181
Prof. Dr. iur. KARL HOFSTETTER, JSM, LL.M., Rechtsanwalt Titularprofessor an der Universität Zürich Mitglied des Verwaltungsrats/Group General Counsel Schindler Holding AG, Hergiswil	
Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB.....	195
Prof. Dr. iur. Dr. h.c. PETER GAUCH, Rechtsanwalt Professor an der Universität Freiburg Ständiger Gastprofessor an der Universität Luzern	

Die Haftung der EBK-Beauftragten

Susan Emmenegger, Bern*

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	3
I. Die EBK-Beauftragten.....	3
1. Aufgaben.....	4
a) Untersuchungsbeauftragter.....	4
b) Ausserordentliche Revisorin.....	7
c) Sanierungsbeauftragter.....	8
d) Liquidatorin.....	10
2. Mehrfachmandat als Regelfall.....	12
3. Grundzüge des Auswahlverfahrens.....	14
a) Wegleitung der EBK.....	14
b) Mandatsvergabe als öffentliche Beschaffung.....	15
c) Teilweise Anwendbarkeit des Vergaberechts.....	17
d) Zulässigkeit des von der EBK angewendeten Vergabeverfahrens.....	18
4. Fazit.....	21
II. Die Rechtsgrundlagen der Haftung.....	21
1. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Bankorgane (Art. 39 Abs. 1 BankG).....	22
2. Ausdehnung auf die EBK-Beauftragten (Art. 39 Abs. 2 BankG).....	23
3. Fazit.....	26
III. Die Haftungsrisiken im Überblick.....	26
1. Untersuchungsbeauftragter.....	26
2. Ausserordentliche Revisorin.....	28
3. Sanierungsbeauftragter.....	29

* Ich danke meinen Mitarbeitenden, Herrn lic. iur. FABIAN SCHMID und Herrn lic. iur. ADRIAN SILVIO MÜLLER, Fürsprecher, für die Unterstützung bei den Recherchen zum vorliegenden Beitrag.

4.	Liquidatorin.....	30
5.	Sonderfragen.....	31
	a) Gläubigerklagen im Konkurs.....	31
	b) Mandatskosten.....	32
6.	Fazit.....	33
IV.	Anwendung.....	34
1.	Ausgangsfall: Untersuchungsmandat und Haftungsklage der Bank.....	35
2.	Pflichtenkatalog und Haftung.....	35
	a) Schaden, Kausalität, Verschulden: Aktienrechtliche Parameter.....	35
	b) Pflichtwidrigkeit: Bankengesetzliche Parameter.....	36
	c) Folgen für die Haftungslage.....	37
3.	Verfügung mit konkreter Eingriffsanordnung.....	37
	a) Haftung des Untersuchungsbeauftragten.....	37
	b) Haftung der Eidgenossenschaft.....	38
	aa) Subsidiarität und technisches Ermessen.....	38
	bb) Schutznorm und wesentliche Amtspflichtverletzung.....	40
4.	Verfügung mit Bedarfsklausel.....	41
	a) Haftung des Entscheidungsträgers.....	42
	b) Problem der Entscheidungszuweisung.....	42
5.	Folgen für das Haftungsrisiko des Untersuchungsbeauftragten.....	43
	a) Direkter Regelverstoss.....	44
	b) Unsorgfalt.....	44
	aa) Überstürztes Handeln.....	45
	bb) Zu weitgehendes Handeln.....	46
6.	Fazit.....	46
V.	Voraussichtliche Neuregelung (FinmaG).....	47
1.	Rückkehr zur Staatshaftung.....	47
2.	Vorteil: Rechtssicherheit.....	48
3.	Nachteil: Faktischer Haftungsausschluss.....	49
	a) Wesentliche Amtspflichtverletzungen.....	49
	b) Keine Pflichtverletzung des Beaufsichtigten.....	50
4.	Fazit.....	52
VI.	Schluss.....	53

Einleitung

Es gibt wenige Rechtsgebiete, die einem solch schnellen Wandel unterliegen wie das Finanzmarktrecht. Das gilt nicht nur für die Rechtsnormen selbst, sondern auch für die Behörde, die mit ihrer Durchsetzung betraut ist. Früher erinnerte die Bankenkommission an den Leviathan, machtvoll und furchteinflößend, aber auch ein wenig schwerfällig und grau. Heute dagegen erscheint sie in der dynamischen Form des hinduistischen Gottes Shiva¹. Wie Shiva verkörpert sie das Prinzip der Erhaltung und der Zerstörung – Banksanierung einerseits und Liquidation von fehlbaren Banken andererseits. Wie Shiva besitzt sie ein drittes Auge – die bankengesetzliche Revisionsstelle. Vor allem aber verfügt sie wie Shiva über zahlreiche Arme, die allerdings nicht nur ikonographisch die Attribute von Göttlichkeit verdeutlichen, sondern die spürbar in das Innere der Banken vorstossen, dunkle Winkel ausleuchten, Krebsgeschwüre entfernen, Wiederbelebungsversuche unternehmen, und zuweilen auch den Herzstillstand einleiten: Es sind die EBK-Beauftragten. Im Zuge des neuen Bankinsolvenzrechts haben diese Beauftragten nicht nur einen umfassenden Funktionszuwachs erfahren (I.), sondern sie wurden auch einem neuen Haftungsregime unterstellt. Neu gilt für sie gleich wie für die Bankorgane die aktienrechtliche Organhaftung (II.). Greift man aus den verschiedenen Haftungskonstellationen (III.) ein Beispiel heraus und unterzieht die Haftung einer vertieften Untersuchung (IV.), so zeigen sich die Schwächen des Wechsels von der kausalen Staatshaftung in die private Verschuldenshaftung. Die unbefriedigende Haftungslage ist möglicherweise von kurzer Dauer, da das Finanzmarktaufsichtsgesetz (FinmaG) die Rückkehr zur Staatshaftung vorsieht (V).

I. Die EBK-Beauftragten

Der Blick auf die Entwicklungen im Bankrecht zeigt einen kontinuierlichen Ausbau des Aufsichtsinstrumentariums der EBK. Der Kompetenzzuwachs betrifft nicht nur ihre eigenen Eingriffsmöglichkeiten, sondern auch die Möglichkeit der Delegation von Aufsichtsaufgaben an Private. Heute verfügt die EBK über ein Heer von Vollstreckungsgehilfen, das sie – massgeschneidert auf das konkrete Aufsichtsbedürfnis – einsetzen kann. Dazu ge-

¹ Das Bild verdanke ich Frau Dr. Anne Héritier Lachat, vgl. DIES., Liquidation et faillite des banques et autres intermédiaires financiers, in: Luc Thévenoz/Christian Bovet (Hrsg.), Journée 2005 de droit bancaire et financier, S. 1–15, 4.

hören der Untersuchungsbeauftragte, die ausserordentliche Revisorin, der Sanierungsbeauftragte sowie die Aufsichts- und die Konkursliquidatorin². Entsprechend dem vielfältigen Aufgabenbereich (1.) kommen unterschiedliche Personengruppen als EBK-Beauftragte zum Einsatz (2.), wobei bezüglich des Auswahlverfahrens die Frage der korrekten Anwendung des Vergaberechts näher zu prüfen ist (3.).

1. Aufgaben

EBK-Beauftragte sind Personen, die von der EBK mittels Verfügung zu Aufsichtszwecken eingesetzt werden³. Ihr Aufgabenbereich wurde im Zuge des neuen Bankinsolvenzrechts stark erweitert.

a) Untersuchungsbeauftragter

Der Untersuchungsbeauftragte ist die neurechtliche Version des altrechtlichen Beobachters⁴. Er ist einerseits ausgestattet mit der altrechtlichen Kompetenz der Abklärung vor Ort. Hinzu kommt unter dem neuen Recht die Kompetenz zum Eingriff in den Geschäftsgang.

Im Rahmen der Abklärungskompetenz soll der Untersuchungsbeauftragte vor Ort Sachverhalte abklären, die nach Auffassung der EBK der Klärung bedürfen (Art. 23^{quater} Abs. 1 BankG)⁵. Klärungsbedarf kann sich insbesondere in folgenden zwei Fällen ergeben⁶: Der erste Fall betrifft die Abklärung, ob ein Unternehmen eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausübt,

² Nicht zum Kreis der EBK-Beauftragten in diesem engeren Sinne zählt die bankengesetzliche Revisionsstelle (Art. 18 BankG); zwar nimmt auch sie aufsichtsrechtliche Funktionen wahr, doch wird sie von der Bank ausgewählt, beauftragt und honoriert.

³ Zur bankengesetzlichen Revisionsstelle siehe oben Fn. 2.

⁴ Vgl. Art. 23^{quater} Abs. 1 in der Fassung vom 1. Juli 1971 (AS 1971, 808 ff., 824, Art. 1); EBK-Jahresbericht 2004, 33.

⁵ Nach gefestigter Rechtsprechung ist für die Einsetzung eines Beobachters bzw. Untersuchungsbeauftragten «nicht erforderlich, dass eine bestimmte Gesetzesverletzung bereits feststünde; es genügt, dass aufgrund der konkreten Umstände hierfür objektive Anhaltspunkte bestehen, wobei sich der Sachverhalt nur durch eine Kontrolle vor Ort abschliessend klären lässt. Der zu beseitigende Missstand liegt in diesem Fall in der unklaren Ausgangslage, die es zu bereinigen gilt». Zuletzt BGE 130 II 351 E. 2.2. S. 355 (UIB), m.w.N. und BGer 2A.575/2004 vom 13.4.2004 E. 3.2. (PWM).

⁶ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen, BBl 2002, 8060 ff., 8074.

ohne über die hierfür notwendige Bewilligung zu verfügen⁷. Das ist in der Praxis das häufigste Einsatzgebiet der Untersuchungsbeauftragten. Der zweite Fall betrifft die Abklärung, ob ein bewilligtes Institut gegen die aufsichtsrechtliche Rahmenordnung verstösst, etwa, weil es seine Organisationspflichten verletzt und die Funktionentrennung nicht einhält, oder weil einzelne Mitglieder der Unternehmensführung nicht länger Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung bieten⁸. Seine Ergebnisse unterbreitet der Untersuchungsbeauftragte der EBK in Form eines Berichts.

Unter dem neuen Recht tritt zur Abklärungskompetenz eine Eingriffskompetenz. Der Untersuchungsbeauftragte ist befugt, zusätzlich oder an Stelle der Organe der betroffenen Bank zu handeln (Art. 23^{quater} Abs. 2 BankG). Das alte Recht hatte dem Beobachter den Eingriff in die Geschäftstätigkeit der Bank ausdrücklich untersagt⁹. Das hat die EBK nicht daran gehindert, ihn dennoch mit solchen Eingriffskompetenzen auszustatten. Das Bundesgericht musste dieser Praxis angesichts des klaren gesetzlichen Verbots allerdings einen Riegel schieben¹⁰. Heute besteht eine gesetzliche Grundlage für alle Kompetenzen, die mit der Unternehmensführung verbunden sind: Der Untersuchungsbeauftragte kann direkt in die Aktivitäten

⁷ Die Befugnis der EBK zur Anwendung der bankengesetzlichen Aufsichtsinstrumente zur Abklärung der Bewilligungspflicht gegenüber nicht unterstellten Unternehmen ist gefestigte Rechtsprechung, vgl. BGE 130 II 351 E. 2.1 S. 354 (UIB), m.w.N.

⁸ Für Beispiele aus der Aufsichtspraxis vgl. DIETER ZOBL, Art. 23^{quater}, in: Daniel Bodmer u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (BankG) sowie zu der Verordnung (V) vom 17. Mai 1972 und der Vollziehungsverordnung (VV) vom 30. August 1961, Zürich, Loseblatt (2005), N 23 ff. zu Art. 23^{quater} BankG; CHRISTIAN BOVET, Observateurs et liquidateurs en droit bancaire et financier, in: Bénédicte Foëx/Luc Thévenoz (Hrsg.), *Insolence, désendettement et redressement – Etudes réunies en l'honneur de Louis Dallèves*, Basel u.a. 2000, S. 65–85, 69 f.

⁹ Art. 23^{quater} Abs. 2 BankG in der Fassung vom 1. Juli 1971 (AS 1971 808 ff., 824, Art. 1): «Der Beobachter überwacht die Tätigkeit der leitenden Organe der Bank, insbesondere die Durchführung der von der Bankenkommission angeordneten Massnahmen und erstattet ihr hierüber laufend Bericht. Zu diesem Zwecke geniesst er ein uneingeschränktes Recht zur Einsicht in die Geschäftstätigkeit, die Bücher und Akten der Bank, darf aber in die Geschäftstätigkeit selber nicht eingreifen.»

¹⁰ BGE 126 II 111 E. 5 S. 119 f. Es handelte sich nicht um einen Einzelfall, die EBK hatte zuvor mehrmals angeordnet, dass Adressatin der EBK-Verfügung nur mit Zustimmung des Beobachters Geschäftsabschlüsse tätigen konnte, vgl. etwa EBK-Bull 33 (1997), 20, (CMG Capital Management Group); unpublizierter Entscheid der EBK vom 5. Juli 1991 in Sachen BCCI, zitiert in ALESSANDRO BIZZOZERO, *Les interventions urgentes de la Commission fédérale des banques*, in: Ders. u.a. (Hrsg.), *Mesures provisionnelles judiciaires et administratives*, Bellinzona 1999, S. 15–31, 22.

des Unternehmens eingreifen, er kann Vertragsabschlüsse initiieren oder diese untersagen, er kann Personalentscheide treffen, er kann Gelder blockieren usw. Möglich ist auch ein differenzierter Kompetenzkatalog, etwa in dem Sinne, dass Zahlungen bzw. Verpflichtungen ab einer bestimmten Höhe von der Zustimmung des Untersuchungsbeauftragten abhängen¹¹. Den Aufgabenkreis umschreibt die EBK in der Einsetzungsverfügung¹². Die äusserste Grenze der Eingriffskompetenz liegt in der Organstellung: Der Untersuchungsbeauftragte darf tun, was ein Organ tut, er darf aber auch nicht mehr. Beispielsweise kann er nicht hoheitlich die Abberufung anderer Organe verfügen¹³.

Ein Eingriffsbedarf kann sich erstens im Rahmen der vorerwähnten Abklärungsarbeiten ergeben, namentlich im Falle einer Verdunkelungsgefahr oder bei Gefahr eines unzulässigen Geldabflusses. Ein zweites Einsatzgebiet bilden die Schutzmassnahmen bei insolvenzgefährdeten Banken oder solchen mit Eigenmittelmanko (Art. 26 BankG)¹⁴. Die EBK kann der Verschlechterung der finanziellen Lage entgegenwirken, indem sie direkt in die Geschäftstätigkeit eingreift¹⁵. Als Vollzugsorgan dient ihr der Untersuchungsbeauftragte, der damit eine ähnliche Rolle übernimmt wie im ordentlichen Insolvenzverfahren der provisorische Sachwalter im Nachlassverfahren¹⁶.

¹¹ Vgl. EVA HÜPKES, Neue Aufgaben für die Bankenaufsicht – die Bankenkommission als Konkursbehörde, Teil 1 und 2, in: IWIR 4/2002, S. 125–137 (Teil 1), 1/2003, S. 1–11 (Teil 2), 130, 132.

¹² Die Erweiterung des Pflichtenkatalogs kann auch durch das EBK-Sekretariat beschlossen werden; die Verfügungen der EBK enthalten zuweilen eine Kompetenzübertragung an das Sekretariat, um das Mandat zu präzisieren, vgl. etwa BGE 131 II 306 Sachverhalt B S. 308 (Klaro).

¹³ Die Kompetenz zur Abberufung von Organen steht einzig der EBK zu. Gesetzliche Grundlage sind die Bestimmungen in Art. 23^{bis} Abs. 1 BankG (EBK trifft die zum Vollzug des Gesetzes *notwendigen* Massnahmen) und Art. 26 Abs. 1 lit. c und d BankG (explizite Kompetenz zur Abberufung als Schutzmassnahme bei insolvenzgefährdeten Banken oder solchen mit Eigenmittelmanko). Vgl. auch Botschaft Revision Bankengesetz (Fn. 6), BBl 2002, 8070; HÜPKES, IWIR 4/2002 (Fn. 11), 130.

¹⁴ Zu den Schutzmassnahmen siehe auch MARTIN HESS, in: Rolf Watter u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel 2005, N 20 ff. zu Art. 26 BankG.

¹⁵ Vgl. Botschaft Revision Bankengesetz (Fn. 6), BBl 2002, 8081.

¹⁶ Zur Parallelität der Aufgaben auch HÜPKES, IWIR 2004/2002 (Fn. 11), 130.

b) Ausserordentliche Revisorin

Die ausserordentliche Revision ist ein bewährtes Instrument des Bankaufsichtsrechts, deren Anwendung das Bankengesetz in verschiedenen Bereichen vorsieht¹⁷. Den Hauptanwendungsbereich bildet die Sonderprüfung auf Anordnung der Aufsichtsbehörde (Art. 23^{bis} Abs. 2 BankG). Unter dem Titel der Sonderprüfung werden Abklärungen über besondere Vorkommnisse bei der Bank getroffen, einschliesslich der Überprüfung allfälliger bankinterner Korrekturmassnahmen¹⁸. In der Praxis unterscheiden sich diese Abklärungen nicht wesentlich von denjenigen des Untersuchungsbeauftragten¹⁹. Zwar kann es sich um traditionelle Revisionsfragen handeln, etwa um solche bezüglich Eigenmittelausstattung, Rückstellungen und Wertberichtigungen²⁰. Ausserordentliche Revisionen können aber alle übrigen Aufsichtsfelder betreffen. So wurden sie in der Vergangenheit etwa angeordnet zur Abklärung über die Bewilligungspflicht²¹, zur Überprüfung der Organisation des Kreditwesens²², beim Verdacht krimineller Handlungen von Bankangestellten²³, im Zusammenhang mit der Entgegennahme von Potentatengeldern²⁴ oder gar zur Überprüfung der Tätigkeit der ordentlichen Revi-

¹⁷ Vgl. Art. 11 Abs. 1 lit. a BankG (Kapitalherabsetzung, in Kraft seit 1.3.1935); Art. 23^{septies} Abs. 1 BankG (Prüfung bei ausländischen Niederlassungen, für deren konsolidierte Aufsicht die EBK verantwortlich ist, in Kraft seit 1.10.1999). Für das alte Recht zudem Art. 25 Abs. 2 aBankG (Fälligkeitssaufschub) – heute Art. 26 Abs. 1 lit. h BankG (Anordnung nicht von einem besonderen Revisionsbericht abhängig).

¹⁸ Zu Letzterem EBK-Jahresbericht 2001, 32 (Montesinos).

¹⁹ So auch BIZZOZERO, *Les interventions urgentes* (Fn. 10), 22; HESS, *Basler Kommentar* (Fn. 14), N 21 zu Art. 26 BankG. Vgl. auch BGE 126 II 111 E. 4c S. 118: Die Einsetzung eines Beobachters entspricht im Resultat – zumindest teilweise – einer ausserordentlichen Revision.

²⁰ Vgl. EBK-Jahresbericht 2002, 50 (Waadtländer Kantonalbank: Refinanzierungsbedarf); EBK-Jahresbericht 2001, 59 und 2000, 56 (Walliser Kantonalbank: Verschlechterung der Eigenmittelkennzahlen); EBK-Jahresbericht 2000, 55 f. und 2001, 54 f. (Genfer Kantonalbank: Wertberichtigung notwendig, Bank muss saniert werden); EBK-Jahresbericht 2004, 40 (Geringfügige Verletzung Eigenmittelvorschriften).

²¹ Vgl. BGE 121 II 147 E. 3b/bb und c, S. 150 f.

²² EBK-Jahresbericht 2003, 20 (Beanstandung der ord. Revisionsstelle, Überprüfung durch a.o. Revisorin).

²³ Vgl. EBK-Jahresbericht 2003, 52 (Veruntreuung, riskante Vermögensanlagen ohne entsprechendes Kundenmandat); EBK-Bull 46 (2004), 46 ff. (Insiderverfahren, Beweissicherung).

²⁴ Vgl. EBK-Jahresbericht 2000, 22 f. (Abacha); EBK-Jahresbericht 2001, 32 (Montesinos). Für andere Fälle im Zusammenhang mit Kundenbeziehungen siehe EBK-Jahresbericht 2003, 54 (verdächtige Kontoabhebungen; verdächtige Einzahlungen).

sionsstelle²⁵. Unter dem altrechtlichen Regime setzte die Bankenkommission bei bewilligten Instituten auch zu Abklärungszwecken eher eine ausserordentliche Revisorin als einen Beobachter ein – nicht zuletzt auch aus Rücksicht auf die Befindlichkeit der Banken²⁶.

Seit rund drei Jahren wird die ausserordentliche Revision auch als reguläres Aufsichtsinstrument eingesetzt, um bei den Banken turnusmässig gewisse zentrale Prüfgebiete doppelt überprüfen zu lassen²⁷. Bislang wurde allerdings auch diese «reguläre» Zweitprüfung vor allem bei Banken durchgeführt, die in der einen oder anderen Weise auffielen, namentlich auch durch ein starkes Wachstum in gewissen Geschäftsfeldern²⁸. In Einzelfällen erlaubt hier die EBK die Auftragserteilung durch die Bank selbst und beschränkt sich auf die Festlegung des Prüfgebiets²⁹.

Unter dem FinmaG³⁰ soll die ausserordentliche Revision als eigenständiges Institut aufgehoben werden³¹. Die Revision wird neu unter dem Titel «Prüfung» geordnet und umfasst alle Arten von Aufgaben im Bereich der Rechnungslegung und Aufsicht³². Der Untersuchungsbeauftragte ist dagegen für die Bereiche «Abklärung und Eingriff» zuständig³³. Die Abklärungsaufgaben werden also fortan dem Untersuchungsbeauftragten zugewiesen³⁴.

c) Sanierungsbeauftragter

Eine neue Figur im Heer der EBK-Beauftragten ist der Sanierungsbeauftragte. Taufrisch ist er nicht; seine Existenz verdankt er dem Griff in die legislative Mottenkiste der 1930er Jahre. Damals betrieb die junge EBK mit Hilfe eines Bundesratsbeschlusses Überlebenshilfe bei den krisengeschüttelten Banken, und so kamen schon damals Sanierungsbeauftragte zum Ein-

²⁵ EBK-Jahresbericht 2003, 20.

²⁶ Zur vorgesehenen Neuordnung unter dem FinmaG siehe sogleich weiter unten im Text.

²⁷ EBK-Jahresbericht 2003, 70. Vgl. schon EBK-Jahresbericht 2002, 30 f.

²⁸ EBK-Jahresbericht 2003, 71 f.

²⁹ Vgl. EBK-Jahresbericht 2003, 70 f.

³⁰ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006, (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FinmaG), BBl 2006, 2829 ff.

³¹ Botschaft FinmaG (Fn. 30), BBl 2006, 2901 (Aufhebung von Art. 23^{bis} Abs. 2 BankG).

³² Vgl. Art. 24 E-FinmaG, BBl 2006, 2924; Botschaft FinmaG (Fn. 30), BBl 2006, 2876.

³³ Art. 36 E-FinmaG, BBl 2006, 2927.

³⁴ Vgl. dazu Botschaft FinmaG (Fn. 30), BBl 2006, 2854 und 2901.

satz³⁵. Die aktuelle Regelung lehnt sich an den damaligen Bundesratsbeschluss an.

Der Sanierungsbeauftragte erstellt den Sanierungsplan (Art. 29 BankG). Konkret bedeutet dies, dass er einen Massnahmenkatalog zur Bewältigung der finanziellen Probleme der Bank erarbeitet³⁶. Seiner Ernennung ist demnach eine Krisensituation vorgelagert: Einer Bank fehlen die Eigenmittel, sie hat ernsthafte Liquiditätsprobleme, sie ist überschuldet oder gar zahlungsunfähig. In dieser Krisensituation kann die EBK Schutzmassnahmen ergreifen; namentlich kann sie eine Stundung anordnen und einen Untersuchungsbeauftragten damit beauftragen, die Sanierungsaussichten zu prüfen³⁷. Gestützt auf seine Abklärungen wird die EBK entscheiden, ob sie ein Sanierungsverfahren einleitet. Bejahendenfalls ernennt sie einen Sanierungsbeauftragten (Art. 28 BankG) – wobei das Ernennungsverfahren regelmässig darin bestehen wird, das Mandat des Untersuchungsbeauftragten in ein Mandat zum Sanierungsbeauftragten umzuwandeln³⁸.

Im Einzelnen werden die Aufgaben des Sanierungsbeauftragten von der EBK festgelegt (Art. 28 Abs. 1 BankG). Funktional bestehen Ähnlichkeiten zwischen dem Sanierungsbeauftragten und dem Sachwalter nach SchKG, der mit der Ausarbeitung eines Nachlassvertrages betraut ist. So wird der Sanierungsbeauftragte unter anderem verschiedene Sanierungsmassnahmen prüfen und mit den Gläubigern verhandeln. Die EBK kann ihn auch mit Überwachungsfunktionen ausstatten und ihn unter anderem ermächtigen, nötigenfalls in die Geschäftsführung einzugreifen³⁹. Im Unterschied zum gemeinrechtlichen Sachwalter soll dem Sanierungsbeauftragten allerdings keine Verfügungskompetenz zukommen⁴⁰. Ganz so pauschal kann man dies

³⁵ Zum damaligen Sonderrecht vgl. PAUL EHR SAM, Die Bankenkrise der 30er Jahre in der Schweiz, in: Eidg. Bankenkommission (Hrsg.), 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht. Jubiläumsschrift, Zürich 1985, S. 83–118, 105 ff.

³⁶ Zur Vielfalt der Massnahmen, die auch die teilweise Liquidation einschliessen, siehe etwa HÜPKES, IWIR 4/2002 (Fn. 11), 133 f.; Botschaft Revision Bankengesetz (Fn. 6), BBl 2002, 8086 (Forderungsverzichte, Herabsetzung des Aktienkapitals mit anschliessender Wiedererhöhung, Debt-Equity-Swap, Übernahme einzelner Geschäftseinheiten durch eine andere Bank, teilweise Liquidation, Schaffung einer Auffanggesellschaft).

³⁷ Vgl. HÜPKES, IWIR 4/2004 (Fn. 11), 132.

³⁸ Vgl. HÜPKES, IWIR 4/2004 (Fn. 11), 132 Fn. 75, 133.

³⁹ Vgl. HÜPKES, IWIR 4/2002 (Fn. 11), 133 Fn. 84. Zurückhaltend gegenüber einer umfassenden Eingriffskompetenz des Sanierungsbeauftragten THOMAS BAUER, Basler Kommentar (Fn. 14), N 29 zu Art. 28 BankG.

⁴⁰ Botschaft Bankengesetz (Fn. 6), BBl 2002, 8079; BAUER, Basler Kommentar (Fn. 14), N 23 zu Art. 28 BankG.

aber wohl – man denke nur an das Weisungsrecht – nicht gelten lassen. Gewichtige Verfahrensunterschiede bestehen sodann im Hinblick auf die Mitwirkungsrechte von Eignern und Gläubigern, wobei man das Verfahren wie folgt skizzieren kann: Beschränkte Informationspflicht (Art. 29 Abs. 2 BankG), Verzicht auf die Zustimmung der Generalversammlung (Art. 29 Abs. 3 BankG), Genehmigung durch die EBK, die den Einwendungen von Gläubigern und Eignern angemessen Rechnung trägt (Art. 31 BankG)⁴¹.

Genehmigt die EBK den Sanierungsplan, so sorgt der Sanierungsbeauftragte für die Umsetzung und überwacht die Durchführung⁴². Auch hier ergeben sich Parallelen zum Sachwalter, dessen Mandat zwar grundsätzlich mit der Genehmigung des Nachlassvertrages endet, der aber als Vollzugsperson zur Durchführung des Nachlassvertrages eingesetzt werden kann⁴³.

d) Liquidatorin

Schliesslich gehört zu den EBK-Beauftragten die Liquidatorin. Im Bankenkontext kann man drei Liquidationsverfahren unterscheiden: Die freiwillige Liquidation, die Aufsichtsliquidation und die Konkursliquidation. Die ersten beiden Liquidationsarten sind bekannte Institute, die letzte hat mit dem neuen Bankinsolvenzrecht Eingang in das Bankengesetz gefunden.

Die freiwillige Liquidation erfolgt nach den Bestimmungen des Obligationenrechts und wird in der Regel vom Verwaltungsrat durchgeführt. Die EBK lässt eine freiwillige Liquidation nur zu, wenn dies mit den Gläubigerinteressen vereinbar ist⁴⁴. Solche Fälle sind etwa denkbar, wenn neue Banken für neue Geschäftsmodelle gegründet werden und der erhoffte Erfolg ausbleibt – so etwa im Fall der reinen Internetbanken. In seltenen Fällen hat die

⁴¹ Vgl. demgegenüber Art. 302 SchKG: Jeder Gläubiger muss den Nachlassvertrag mit seiner Unterschrift genehmigen. Zur Begründung der Sonderregelung im Bankenkontext HÜPKES, IWIR 4/2002 (Fn. 11), 134 f.

⁴² HÜPKES, IWIR 4/2002 (Fn. 11), 136; BAUER, Basler Kommentar (Fn. 14), N 21 zu Art. 28 BankG.

⁴³ Vgl. Art. 314 Abs. 2 SchKG. Siehe weiter KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003, § 54 N 22; JÜRIG GUGGISBERG, in: Adrian Staehelin u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, unter Einbezug der Nebenerlasse (Basler Kommentar), 3 Bände, Basel 1998, Bd. III, N 51 ff. zu Art. 314 SchKG. Zu den einzelnen Aufgaben des «Vollzugs-Sachwalters» vgl. DERS., a.a.O., N 59 zu Art. 314 SchKG.

⁴⁴ Vgl. HÜPKES, IWIR 2/2002 (Fn. 11), 127 Fn. 14 (mit dem Hinweis, dass auch die freiwillige Liquidation unter Druck der EBK geschehen kann).

EBK auch bei unbewilligten Finanzintermediären eine freiwillige Liquidation zugelassen⁴⁵.

Im Bankenkontext bildet die freiwillige Liquidation die Ausnahme, der Gläubigerschutz erfordert regelmässig eine Aufsichtsliquidation. Dies gilt für die Bankinstitute, welche die Bewilligungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllen⁴⁶, und noch mehr für Unternehmen, welche die Banktätigkeit ohne Bewilligung ausüben⁴⁷. Das Verfahren richtet sich nach dem Obligationenrecht, allerdings mit der gewichtigen Einschränkung, dass die Liquidatorin von der EBK eingesetzt und überwacht wird, dass die EBK ein Weisungsrecht hat und dass sie das Verfahren nach aufsichtsrechtlichen Bedürfnissen «zurechtschneiden» kann⁴⁸.

Zu einer Konkursliquidation kommt es, wenn die Bank überschuldet ist und keine Aussicht auf Sanierung besteht oder diese gescheitert ist (Art. 33 BankG). Ein unbewilligter Finanzintermediär ist grundsätzlich nicht sanierungsfähig und wird im Falle der Überschuldung immer konkursrechtlich liquidiert⁴⁹. Das Verfahren wird durch eine von der EBK eingesetzte Liquidatorin nach den Sonderregeln des Bankkonkursrechts durchgeführt, und nicht mehr – wie nach altem Recht – nach den Regeln des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts.

⁴⁵ Vgl. BGer 2A.119/2002 vom 11.12.2002 Sachverhalt I/8. Das Einverständnis der EBK kam hier allerdings *ex post*, die Gesellschaft befand sich bereits in (freiwilliger) Liquidation.

⁴⁶ Vgl. Art. 23^{quinquies} Abs. 2 BankG. Als Beispiel: Bewilligungsentzug und sofortige Liquidation der A&A Actienbank wegen erheblichen Eigenmittelmankos, das nicht fristgerecht korrigiert werden konnte. Vgl. Medienmitteilung EBK vom 14. August 2002, abrufbar unter: <www.ebk.admin.ch/d/archiv/2002/pdf/neu140802-01d.pdf>.

⁴⁷ Die aufsichtsrechtliche Liquidationsanordnung in Art. 23^{quinquies} Abs. 2 BankG wird im Falle einer unbewilligten Banktätigkeit analog angewendet. Vgl. BGE 131 II 306 E. 4.1.3 S. 321 (Klaro), m.w.N.; BGE 130 II 351 E. 2.2. S. 355 (UIB); BGE 126 II 111 E. 3a S. 115 (Effekthändler). Für weitere Fälle vgl. die Nachweise bei BOVET, Observateurs et liquidateurs (Fn. 8), 75 Fn. 45.

⁴⁸ Vgl. hierzu auch BOVET, Observateurs et Liquidateurs (Fn. 8), 77. Vgl. auch OGer ZH, ZR 1978 Nr. 96, 211–216, 214.

⁴⁹ Ein Sanierungsplan kann nur genehmigt werden, wenn er die Bewilligungsvoraussetzungen und die übrigen gesetzlichen Vorschriften auch zukünftig sicherstellt (Art. 31 lit. e BankG). Dies ist bei einem nachträglich nicht bewilligungsfähigen, illegal tätigen Finanzintermediär von vornherein nicht möglich. Vgl. BGE 131 II 306 E. 4.1.3 S. 321 (Klaro), unter Hinweis auf HÜPKES, IWIR 1/2003 (Fn. 11), 2.

Die konkursrechtliche Liquidatorin vereinigt faktisch die Funktionen von Konkursamt und (ausserordentlicher) Konkursverwaltung⁵⁰. Gemäss Botschaft unterscheidet sich die Bankliquidatorin von ihrem funktionalen Äquivalent nach SchKG allerdings darin, dass ihr keinerlei Verfügungskompetenz zukomme⁵¹. Dem ist entgegenzuhalten, dass sie zahlreiche Handlungen vornimmt, die im regulären Insolvenzrecht als beschwerdefähige Verfügungen im Sinne von Art. 17 SchKG qualifiziert werden⁵². Am deutlichsten zeigt sich die Verfügungsbefugnis der Konkursliquidatorin im Zusammenhang mit den Einsichtsrechten der Gläubiger in die Konkursakten⁵³. Die Konkursliquidatorin kann ihre Entscheidung von einer Erklärung der Gläubiger abhängig machen, wonach deren Einsichtnahme ausschliesslich der Wahrung eigener Vermögensinteressen diene und sie kann diese Erklärung unter die Strafandrohung von Art. 292 StGB und Art. 50 BankG stellen⁵⁴ – den Ungehorsam gegen eine *amtliche Verfügung*.

2. Mehrfachmandat als Regelfall

Bei den verschiedenen EBK-Mandaten handelt es sich zwar um getrennte Verfahren, aber getreu dem Sprichwort, dass ein Unheil selten alleine kommt, folgt für das betroffene Institut auf ein EBK-Mandat meist ein

⁵⁰ Für den Gleichlauf des Verfahrens vgl. Botschaft Revision Bankengesetz (Fn. 6), BBl 2002, 8097; HERITIER LACHAT, Liquidation et faillite (Fn. 1), 5; HÜPKES, IWIR 2003/1 (Fn. 11), 2.

⁵¹ Botschaft Revision Bankengesetz (Fn. 6), BBl 2002, 8090. Vgl. auch HÉRITIER LACHAT, Liquidation et faillite (Fn. 1), 13.

⁵² Zu erwähnen sind etwa folgende Handlungen: (1) Inventaraufnahme, vgl. Art. 14 Abs. 1 BKV bzw. Art. 221 SchKG i.V.m. Art. 32 KOV. Die in Art. 221 SchKG ebenfalls erwähnten Sicherungsmassnahmen muss die Bankkonkursliquidatorin dagegen bei der EBK beantragen, vgl. Art. 14 Abs. 4 BKV; (2) die Spezialanzeige an die bekannten Gläubiger, vgl. Art. 11 Abs. 3 BKV bzw. Art. 233 SchKG; (3) die Prüfung der Forderungen und die Entscheidung hierüber, vgl. Art. 24 und 25 BKV bzw. Art. 244, 245 SchKG. Die SchKG-Beschwerde steht nur gegen Verfahrensfehler zur Verfügung. Die materiell-rechtliche Überprüfung erfolgt mittels Kollokationsklage; (4) die Erstellung und Auflage des Kollokationsplans, vgl. Art. 25 BKV, 27 BKV bzw. Art. 247, 249 SchKG. Auch hier betrifft die Beschwerde nur die verfahrensrechtlichen Aspekte, siehe auch AMONN/WALTHER, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (Fn. 43), § 46 N 41.

⁵³ Art. 5 Abs. 5 BKV.

⁵⁴ Art. 5 Abs. 4 BKV.

zweites oder gar ein drittes. In der Regel nimmt derselbe Beauftragte die verschiedenen Funktionen wahr. Hierzu drei Beispiele⁵⁵:

- Im Fall der PWM AG wurde ein Anwalt mit einem Untersuchungsmandat betraut. Er stellte fest, dass die PWM unbewilligterweise Publikums-gelder entgegennahm und überschuldet war. Die EBK ordnete die Liquidation an und setzte den Anwalt als Konkursliquidator ein⁵⁶.
- Auch bei der Klaro GmbH ging es um die unbewilligte Entgegennahme von Publikumsgeldern. Die EBK verfügte die Liquidation und setzte eine auf Insolvenzverfahren spezialisierte Firma als Liquidatorin ein. In der Folge erwies sich die Klaro als überschuldet, und die Firma erhielt das Mandat als Konkursliquidatorin⁵⁷.
- Der Fall Sogevalor begann noch unter dem alten Recht: Die Sogevalor war eine Effektenhändlerin, bei der es Hinweise auf Verletzungen der Geldwäschereibestimmungen gab. Die EBK übertrug einer anerkannten bankengesetzlichen Revisionsstelle ein ausserordentliches Revisions- und ein Beobachtermandat. Dieses Mandat wurde bei Inkrafttreten des neuen Rechts in ein Untersuchungsmandat mit Eingriffskompetenz umgewandelt. Die Untersuchung ergab schwerwiegende Gesetzesverletzungen und die Überschuldung der Gesellschaft, die EBK verfügte die Liquidation und setzte die Revisionsgesellschaft als Konkursliquidatorin ein⁵⁸.

Dass in den angeführten Fällen das Verfahren in einer Konkursliquidation endete, ist kein Zufall. Kommt es zu einer Intervention durch die EBK, so zeigt die nähere Untersuchung häufig, dass die Gesellschaft überschuldet ist. Im Jahr 2005 gab es insgesamt fünfzehn Konkursliquidationen und keine einzige aufsichtsrechtliche Liquidation⁵⁹.

⁵⁵ Siehe bereits oben bezüglich der Umwandlung des Untersuchungsmandats in ein Sanierungsmandat, S. 8 (Sanierungsbeauftragter). Beim Scheitern des Sanierungsverfahrens wird regelmässig der Sanierungsbeauftragte mit der Liquidation betraut, vgl. Botschaft Bankengesetz (Fn. 6), BBl 2002, 8090.

⁵⁶ Vgl. BGer 2A.575/2004 vom 13.4.2005 (PWM) Sachverhalt C. Siehe auch EBK-Bull 47 (2004), 73.

⁵⁷ BGE 131 II 306 (Klaro). Vgl. hierzu auch HÉRITIER LACHAT, Liquidation et faillite (Fn. 1), 5 f.

⁵⁸ EBK-Jahresbericht 2004, 40 ff.

⁵⁹ Vgl. die öffentlichen Bekanntmachungen der EBK, abrufbar unter <www.ebk.admin.ch/d/publik/insolvenz/index.html>. Für die aufsichtsrechtlichen Liquidationen siehe EBK-Jahresbericht 2005 (im Erscheinen, Vorabauskunft der EBK).

3. Grundzüge des Auswahlverfahrens

Für die Jahre 2000 bis 2004 weist die Statistik der EBK insgesamt dreissig Liquidationen aus⁶⁰. Diese Zahl wird künftig wachsen, weil die EBK neu auch für die konkursrechtlichen Liquidationen zuständig ist, die früher über das SchKG liefen. Allein im Jahr 2005 wurden 15 Finanzintermediäre unter dem neuen Bankinsolvenzrecht liquidiert. Die übrigen EBK-Mandate sind nicht separat verzeichnet. In den EBK-Jahresberichten und Bulletins finden sich Hinweise auf insgesamt neunzehn Beobachter- bzw. Untersuchungsmandate und achtzehn ausserordentliche Revisionsmandate⁶¹.

a) Wegleitung der EBK

Die EBK beschreibt das Verfahren für die Vergabe von Mandaten in einer Wegleitung⁶². Die Ausgestaltung ist zweistufig: In einer ersten Stufe erfolgt die Aufnahme von dreissig bis vierzig Kandidaten in eine jährlich aktualisierte Liste, wobei sich interessierte Personen und Gesellschaften fortlaufend bewerben können⁶³. Die Wegleitung erwähnt dabei namentlich Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte, banken- und börsenrechtlich sowie konkursrechtlich und liquidationsrechtlich erfahrene Personen. Die oben genannten Beispiele zeigen, dass dieses Spektrum auch ausgeschöpft wird: Im Fall der PWM AG wurde ein Rechtsanwalt eingesetzt, im Fall der Klaro GmbH ein auf Insolvenzverfahren spezialisiertes Unternehmen, und im Fall der Sogevalor eine anerkannte bankengesetzliche Revisionsstelle⁶⁴.

⁶⁰ Vgl. EBK-Jahresberichte 2000 bis 2004, Statistikteil, Liquidation wegen unbewilligter Tätigkeit, Banken (9) und Effekthändler (16). Hinzu kommen 5 konkursrechtliche Liquidationsverfügungen ab dem zweiten Halbjahr 2004, gestützt auf die neuen Kompetenzen der EBK gemäss Bankinsolvenzrecht (Art. 33 ff. BankG), vgl. die öffentlichen Bekanntmachungen der EBK, abrufbar unter <www.ebk.admin.ch/d/publik/insolvenz/index.html>. Zuweilen folgt die konkursrechtliche Liquidation im Anschluss an eine zunächst verfügte aufsichtsrechtliche Liquidation. Die Zahl der Überschneidungen lässt sich anhand der verfügbaren Daten nicht feststellen. Für die 15 konkursrechtlichen Liquidationen im Jahr 2005 vgl. oben Fn. 59.

⁶¹ Vgl. EBK-Jahresberichte 2000–2004 sowie EBK-Bulletins 39–47 (2000–2004).

⁶² Vgl. EIDGENÖSSISCHE BANKENKOMMISSION (EBK), Wegleitung: Aufsichtsenforcement durch Beauftragte, abrufbar unter <www.ebk.admin.ch/d/archiv/2004/20041118/wegl_041118_d.pdf>.

⁶³ Die Bewerbung enthält gemäss Wegleitung folgende Angaben: Einschlägige Fachkenntnis und Erfahrung, Qualifikation des verantwortlichen Mandatsleiters, personelle Infrastruktur, Honoraransätze und internationale Abstützung.

⁶⁴ Siehe oben S. 12 (Mehrfachmandat als Regelfall).

Das – meist kurzfristig anberaumte – Einzelmandat wird auf einer zweiten Stufe von der EBK unter Rückgriff auf die Kandidatenliste vergeben, wobei den spezifischen Anforderungen des konkreten Falles, allfälligen Interessenkonflikten und der Honorarstruktur Rechnung getragen wird. Die Kontaktaufnahme erfolgt direkt mit dem ausgewählten Bewerber, eine zweite Ausschreibung findet nicht statt⁶⁵.

b) Mandatsvergabe als öffentliche Beschaffung

Die Eidgenössische Bankenkommission ist Teil der Bundesverwaltung. Nimmt sie zur Wahrnehmung ihrer Aufsichtsfunktion die Dienste von Privaten in Anspruch, so stellt sich die Frage nach der Anwendung des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB)⁶⁶. Nach Lehre und Rechtsprechung liegt eine öffentliche Beschaffung im Sinne des BoeB vor, wenn das Gemeinwesen zur Erfüllung seiner Aufgaben sachliche Mittel und Dienstleistungen bei privaten Anbietern bezieht⁶⁷. Im Falle der EBK-Mandate bezieht die Behörde von den Beliehenen Aufsichtsleistungen, die originär in ihr Pflichtenheft fallen⁶⁸. Die Anwendung des BoeB ist daher grundsätzlich zu bejahen. Dass bei einem EBK-Mandat nicht die Verwaltung, sondern der betroffene Finanzintermediär die Kosten trägt, ändert

⁶⁵ EBK-Wegleitung (Fn. 62), 2 f.

⁶⁶ SR 172.056.1. Die EBK gehört gemäss Anhang 1 Annex 1 Ziff. 6 GPA zu den dem Abkommen unterstehenden Beschaffungsstellen des Bundes, vgl. GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (GPA), SR 0.632.231.422. Das BoeB stellt die Umsetzung dieses Abkommens dar, vgl. Botschaft zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) notwendigen Rechtsanpassungen – Öffentliches Beschaffungswesen (GATT-Botschaft 2), in BBl 1994, 1151.

⁶⁷ Einschlägig BGE 125 I 209 E. 6b S. 212 f. (Genfer Plakatfall). Vgl. auch VGer ZH, in: VB.2000.00126 E. 2.b und VB.2000.00194 E. 1. Gleich PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 48 Rn. 1; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts. Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, Zürich 2003, Rn. 96; RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel 1998, 395.

⁶⁸ Zum Begriff der Beleihung, insb. auch in Abgrenzung zur Konzession, vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI, Verwaltungsrecht (Fn. 67), § 10 Rn. 12 f. und § 45 Rn. 22; DANIEL KUNZ, Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen. Eine Analyse der Anforderungen an eine rechtsstaatliche Verteilungslenkung bei begrenzten wirtschaftlichen Berechtigungen, Diss. Bern 2004, 27 ff.; WALTER HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rn. 1512 f.; FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht. Eine Einführung, Bern 1986, 56 ff.

daran nichts. Massgeblich ist der «Konsum» der Leistung durch den Staat⁶⁹. Das ist beim EBK-Mandat der Fall, denn die Früchte der Arbeit der Beauftragten fliessen exklusiv dem Gemeinwesen zu. Die kreative Kostenregelung des Bankengesetzgebers schliesst daher die Anwendung des Vergaberechts nicht von vornherein aus.

Diese Auslegeordnung wird durch den Batteriefall-Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) zusätzlich abgestützt. Danach kommt das Vergaberecht auch dann zur Anwendung, wenn der Staat Aufgaben auslagert und unter seiner Aufsicht durch Private ausführen lässt, die ihre Vergütung direkt von den Vergütungspflichtigen beziehen⁷⁰. Nichts anderes kann für die EBK-Beauftragten gelten, die unter Aufsicht der EBK Kontrollfunktionen wahrnehmen und dafür von den Banken entschädigt werden. Also liegt bei der Vergabe von EBK-Mandaten eine öffentliche Beschaffung im Sinne des BoeB vor.

⁶⁹ So im Tenor bereits BGE 125 I 209 E. 6b S. 212 f. (Genfer Plakatfall): Keine Anwendung des BoeB, weil der Staat nicht «konsumiert», sondern (eine Monopolstellung) «verkauft». Siehe auch CHRISTIAN BOVET, *L'octroi de concessions et la conclusion de contrats de droit administratif sont-ils soumis à la réglementation sur les marchés publics?*, BR 2001, 59: Mit dem Genfer Plakatfall rückt das Kriterium der Vergütung in den Hintergrund; FRANÇOIS BELLANGER/CHRISTIAN BOVET, *Marché de l'affichage public ou marché public de l'affichage*, BR 1999, S. 164–166, 165: Das Kriterium der Vergütung ist überholt; MARTIN BEYELER, *Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz. Ein Beitrag zur Dogmatik der Marktteilnahme des Gemeinwesens*, Diss. Freiburg i. Ue. 2004, 31: Für den Begriff der Beschaffung ist es nicht von Belang, von wem das Entgelt für die Leistung letztlich erbracht wird. Anders KGer VS 19.5./3.6.1992, in: BR 1994, 104 (a) Nr. 206; VGer ZH, in: VB.2000.00126 E. 2.b und VB.2000.00194 E. 1. Anders auch TSCHANNEN/ZIMMERLI, *Verwaltungsrecht* (Fn. 67), § 48 Rn. 1; LUKAS HANDSCHIN/THOMAS SIEGENTHALER, *Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, in: SJZ 96 (2000), S. 405–414, 406; EVELINE CLERC, *Art. 5 BGBM*, in: Pierre Tercier/Nicolas Bovet (Hrsg.), *Commentaire romand – Droit de la concurrence*, Genf u.a. 2001, N 48 zu Art. 5 BGBM; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, *Anmerkung zu BGE 125 I 209 (Genfer Plakatfall)*, BR 1999, S. 141–142 (S27), 142.

⁷⁰ BRK 006/1999 E. 1.b. Vgl. auch BRK 021/2000 bzw. BRK 023/2000, E. 1.a. Vgl. zu den verschiedenen Entscheiden auch JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/JAQUES DUBEY, *Etude comparative des marchés publics de la confédération et des cantons*, Freiburg 2003, abrufbar unter <www.bbl.admin.ch/bkb_kbob/beschaffungswesen/00254/00496/00591/index.html?lang=de>.

c) Teilweise Anwendbarkeit des Vergaberechts

Mit der Einordnung der EBK-Mandate unter den Begriff der öffentlichen Beschaffung ist die Anwendbarkeit des BoeB nicht abschliessend geklärt. Die von den Beauftragten erbrachten Leistungen fallen nämlich nur dann in den Geltungsbereich des BoeB, wenn sie einer Dienstleistungskategorie zuzuordnen sind, die in Anhang 1 der Verordnung zum BoeB aufgeführt ist⁷¹.

Mit Blick auf die Tätigkeit der EBK-Beauftragten kommt insbesondere Ziff. 8 des Dienstleistungskatalogs über die Buchprüfung (financial auditing) in Betracht⁷². Solche Aufgaben nimmt vorab die ausserordentliche Revisorin, im Einzelfall auch der Untersuchungsbeauftragte wahr. Keine Rolle spielt es, ob die Rechnungsprüfung mit anderen Aufgaben verbunden wird, solange sie den Kern des Mandats ausmacht⁷³. Wäre es anders, so könnte das BoeB durch entsprechende Ergänzungen im Pflichtenheft ohne weiteres ausgehebelt werden⁷⁴. Unter keine der aufgeführten Dienstleistungskategorien fallen hingegen die Leistungen der Sanierungsbeauftragten und Liquidatorinnen⁷⁵. Entsprechend fallen sie nicht unter die sanktionsbewehrten Bestimmungen des BoeB⁷⁶.

⁷¹ Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. a BoeB: Dienstleistungsaufträge als allgemeiner Regelungsbereich; Art. 5 Abs. 1 lit. b BoeB: Einschränkung des Anwendungsbereichs auf Dienstleistungen nach Anhang 1 Annex 4 des GATT-Übereinkommens = Anhang 1 VoeB. Der Dienstleistungskatalog ist abschliessend, vgl. etwa BRK 009/2001 E. 2.b/cc/ddd. Siehe auch GALLI/MOSER/LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts (Fn. 67), Rn. 114.

⁷² Vgl. Anhang 1 VoeB, in Verbindung mit der Zentralen Produktklassifikation (CPC) Referenz-Nr. 82211 (financial services). Die CPC-Referenzen sind im Anhang mit aufgeführt und dienen der Konkretisierung des Dienstleistungskatalogs, vgl. nur BRK 009/2001 E. 2.c/aa.

⁷³ Vgl. zu diesem Unterstellungskriterium etwa JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/CORINNE MAILLARD/NICOLAS MICHEL, Droit des marchés publics. Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Freiburg 2002, 80, m.w.N; GALLI/MOSER LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts (Fn. 67), Rn. 127 Fn. 287. Dies ist auch die Praxis der BRK, wenn Dienstleistungsaufträge aus mehreren Teilbereichen bestehen, siehe etwa BRK 006/1999 E. 1.d.

⁷⁴ Vgl. dazu auch Art. 7 Abs. 1 BoeB, wonach ein Auftrag nicht in der Absicht aufgeteilt werden darf, den Schwellenwert nicht zu erreichen und damit die Anwendbarkeit des Gesetzes zu umgehen. Dies muss nicht nur für den Auftragswert, sondern auch für die Auftragsart gelten.

⁷⁵ Die CPC-Referenz-Nr. 8240 (insolvency and receivership services) ist nicht einschlägig. Gemäss der dazugehörigen Erläuterung sind damit folgende Dienstleistungen gemeint: «Providing advice and assistance to the management and/or creditors of insolvent businesses and/or to act as receiver or trustee in bankruptcy.» Siehe dazu

Vergaberechtlich relevant bleiben nach dem Gesagten die ausserordentlichen Revisions- und Untersuchungsmandate. Für sie gilt die weitere Voraussetzung, dass der zu vergebende Auftrag einen geschätzten Wert von mindestens 248'950 Franken erreicht⁷⁷. Zumindest ein Teil der Revisions- und Untersuchungsmandate überschreitet diese Schwelle⁷⁸. Dem übergangenen Anbieter oder einer übergangenen Anbieterin würde in diesem Fall grundsätzlich die Beschwerde an die BRK zustehen⁷⁹.

d) Zulässigkeit des von der EBK angewendeten Vergabeverfahrens

GPA und BoeB unterscheiden drei verschiedene Verfahren: das offene, das selektive und das freihändige Verfahren⁸⁰. Bundesgesetzgebung und kantonale Gesetzgebung kennen zusätzlich das sog. Einladungsverfahren. Dieses ist nicht im BoeB, sondern lediglich bei den «übrigen Beschaffungen» i.S.v. Art. 32 ff. VoeB geregelt. Dennoch darf es gemäss Lehre und Rechtsprechung in all jenen Fällen angewendet werden, in denen eine freihändige Vergabe möglich ist, grundsätzlich also auch bei unter das BoeB fallenden Beschaffungen⁸¹.

Sowohl beim offenen als auch beim selektiven Verfahren besteht eine Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung⁸², während beim Einladungs- und beim freihändigen Verfahren die Auftraggeberin ohne vorgängige Aus-

Explanatory Note to CPC 8240 (Subclass 82400), abrufbar unter <unstats.un.org/unsd/cr/registry/regcs.asp?Cl=16&Lg=1&Co=82400>.

⁷⁶ Für Aufträge, die den Schwellenwert nicht erreichen oder aus einem anderen Grund nicht in den Anwendungsbereich des BoeB fallen, gelten die Bestimmungen von Art. 32 ff. VoeB. Das Verfahren ist hier zwar geregelt, doch besteht gegen allfällige Verstösse keine Möglichkeit zur Beschwerde an die BRK.

⁷⁷ Art. 6 Abs. 1 lit. b BoeB i.V.m. Art. 1 lit. b der Verordnung vom 2. November 2004 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2006, SR 172.056.12. Für Präzisierungen zum Auftragswert vgl. Art. 7 BoeB und Art. 15 VoeB.

⁷⁸ Die Kosten eines EBK-Auftrages werden in den Jahresberichten und Bulletins nur selten konkret beziffert. Vgl. aber immerhin EBK-Jahresbericht 2002, 61: Beobachterkosten über 250'000 Franken. BGer 2A.119/2002 vom 11.12.2002, Sachverhalt H: Beobachterkosten von 273'387.95 Franken.

⁷⁹ Art. 27 Abs. 1 BoeB.

⁸⁰ Art. VII Ziff. 3 GPA; Art. 13 ff. BoeB.

⁸¹ Vgl. GALLI/MOSER/LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts (Fn. 67), Rn. 128; PETER GAUCH, Vergabeverfahren und Vergabegrundsätze nach dem neuen Vergaberecht des Bundes, in: BR 1996, S. 99–105, 100; BRK 005/1999 E. 1.b/aa.

⁸² Vgl. Art. 14 Abs. 1 und 15 Abs. 1 BoeB sowie Art. 8 VoeB.

schreibung direkt mit dem Anbieter in Verbindung tritt und ihn zur Abgabe eines Angebots auffordert. Die EBK schreibt ihre Mandate nicht aus, sondern nimmt von sich aus mit einem Anbieter Kontakt auf und vergibt direkt. In beschaffungsrechtlicher Hinsicht bedient sich die EBK folglich weder des offenen noch des selektiven Verfahrens. Ebenso wenig vergibt sie ihre Aufträge nach dem Einladungsverfahren. Dazu wäre nämlich erforderlich, dass sie vorgängig mindestens drei Angebote einholen und im Anschluss daran vergeben würde⁸³. Es kommt daher einzig das freihändige Verfahren in Betracht⁸⁴.

So einfach dieses Verfahren ist, so streng sind die im Gesetz abschliessend und detailliert aufgeführten Voraussetzungen, unter denen es angewendet werden darf⁸⁵. Für die hier relevanten ausserordentlichen Revisions- und Untersuchungsmandate kommt insbesondere die Voraussetzung gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. d VoeB als Rechtsgrundlage für die freihändige Vergabe in Betracht. Danach ist eine solche erlaubt, wenn aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse die Beschaffung so dringlich wird, dass kein offenes oder selektives Verfahren durchgeführt werden kann⁸⁶. Beim Untersuchungsmandat wird dies regelmässig der Fall sein, da ein solches Mandat nur in Krisensituationen erfolgt. Dasselbe gilt für die ausserordentliche Revision, soweit sie als Sonderprüfung ergeht⁸⁷. Anders verhält es sich, wenn die ausserordentliche Revision als reguläre Zweitprüfung angeordnet wird. In solchen Fällen besteht keine Dringlichkeit und das freihändige Verfahren steht nur zur Verfügung, wenn der Revisionsauftrag den Wert von 50'000 Franken nicht erreicht⁸⁸. Darüber liegende Aufträge müssten entweder im

⁸³ Art. 35 Abs. 2 VoeB. Gemäss Wortlaut holt die Auftraggeberin «wenn möglich» mindestens drei Angebote ein. Bei EBK-Mandaten trifft dies immer zu.

⁸⁴ Art. 16 BoeB i.V.m. Art. 13 und Art. 36 VoeB.

⁸⁵ Art. 13 Abs. 1 und Art. 36 Abs. 2 VoeB. Art. 13 VoeB stellt die Umsetzung von Art. XV GPA dar und gilt für sämtliche in den Anwendungsbereich des BoeB fallenden Beschaffungen. Art. 36 VoeB gilt lediglich für die «übrigen Beschaffungen» i.S.v. Art. 32 ff. VoeB. Da es sich bei diesen Tatbeständen um Ausnahmen handelt, ist eine restriktive Auslegung geboten. Vgl. dazu BRK 018/2000 E. 2.a.

⁸⁶ Art. 13 Abs. 1 lit. d VoeB. Gemäss Praxis der BRK gilt ein Auftrag als dringlich, wenn sich die in Art. 19 Abs. 3 und Abs. 4 VoeB i.V.m. Artikel XI Ziff. 3 GPA genannten Minimalfristen zur Einreichung von Anträgen als zu lang erweisen. Vgl. dazu BRK 014/2001 E. 2.b. Auch im kürzesten Fall beträgt eine Frist immer noch 10 Tage, was bei EBK-Mandaten zu lang sein dürfte, zumal das Vergabeverfahren allein mit Ablauf dieser Frist noch nicht abgeschlossen wäre.

⁸⁷ Art. 23^{bis} BankG.

⁸⁸ Art. 36 Abs. 2 lit. c VoeB.

Einladungsverfahren (bis 248'950 Franken)⁸⁹ oder dann im selektiven Verfahren vergeben werden⁹⁰.

Nach dem Gesagten ist zumindest mit Blick auf die ausserordentliche Revision in Gestalt der Zweitprüfung fraglich, ob die EBK bei der Mandatsvergabe die rechtlichen Vorgaben einhält. Ein weiteres Problem der Gesetzeskonformität stellt sich im Hinblick auf die Veröffentlichungspflicht. Auch bei der freihändigen Vergabe von ausserordentlichen Revisions- und Untersuchungsmandaten ist der Zuschlag zu veröffentlichen⁹¹. Das BoeB enthält keine Ausnahmetatbestände. Auch sonst ist keine Gesetzesnorm ersichtlich, die für EBK-Mandate eine Ausnahme von der Veröffentlichung des Zuschlags vorsehen würde. Auf der anderen Seite ist zu bedenken, dass mit der Veröffentlichung des Zuschlags auch die EBK-Massnahme publik wird. Verunsicherte Gläubiger sind für das betroffene Institut existenzbedrohend. Kommt es aufgrund überstürzter Geldabflüsse zum Zusammenbruch, so gefährdet dies den Finanzplatz als Ganzes. Das EBK-Mandat bezweckt den Gläubiger- und Funktionsschutz. Seine Veröffentlichung bewirkt demgegenüber gerade das Gegenteil, nämlich eine erhöhte Gläubiger- und Marktgefährdung. Eine solche Rechtslage ist auch mit dem Sinn und Zweck des BoeB nicht vereinbar. Die Regelung in Art. 24 Abs. 2 BoeB (Publikationszwang) erweist sich somit als lückenhaft, weil sie keine Ausnahme vorsieht, obwohl die Teleologie des Gesetzes eine solche erfordert. Der Anwendungsbereich der genannten Norm ist somit teleologisch zu reduzieren, mit der Folge, dass für den Bereich der EBK-Mandate das Erfordernis der Publikation des Zuschlags entfällt⁹².

⁸⁹ Art. 6 Abs. 1 lit. b BoeB i.V.m. Art. 1 lit. b der Verordnung über die Anpassung der Schwellenwerte (Fn. 77) und 35 Abs. 3 lit. b VoeB.

⁹⁰ Art. 6 Abs. 1 lit. b BoeB i.V.m. Art. 1 lit. b der Verordnung über die Anpassung der Schwellenwerte (Fn. 77), Art. 15 BoeB und Art. 12 VoeB.

⁹¹ Art. 24 Abs. 2 BoeB i.V.m. Art. 8, 28 VoeB; Art. XVIII Ziff. 1 GPA; Vgl. dazu auch BRK 012/1997 E. 2.b; HUBERT STÖCKLI, in: BR 2001, S. 62–63 (S3), 63; PETER GALLI/DANIEL LEHMANN/PETER RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz, Zürich 1996, Rn. 478.

⁹² Zur Rechtsfigur der teleologischen Reduktion vgl. ERNST KRAMER, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Bern 2005, 194 ff. Für einen Anwendungsfall in der Rechtsprechung vgl. BGE 61 II 95 E. 3 S. 98.

4. Fazit

Die EBK hat im Zuge der Zeit zahlreiche «verlängerte Arme» erhalten. Vor allem das neue Bankinsolvenzrecht von 2003 hat in diesem Bereich wesentliche Änderungen gebracht. Der Beobachter ist nunmehr Untersuchungsbeauftragter mit Eingriffskompetenz, im Insolvenzbereich gibt es neu den Sanierungsbeauftragten und die Konkursliquidatorin. Diese Beauftragten nehmen funktionell unterschiedliche Aufgaben wahr. In der Praxis kommt es allerdings regelmässig zu Mehrfachmandaten desselben EBK-Beauftragten. Die Mandatsvergabe untersteht grundsätzlich dem öffentlichen Vergabeberecht, namentlich dem BoeB. Unter die sanktionsbewehrten Normen des BoeB fällt allerdings nur die Vergabe von Leistungen im Bereich der Rechnungsprüfung (financial audit), wie sie von der ausserordentlichen Revisorin und teilweise vom Untersuchungsbeauftragten ausgeführt werden. Diese Aufträge dürfen zudem gestützt auf die Dringlichkeitsklausel im Regelfall freihändig vergeben werden. Schliesslich besteht aufgrund des bankengesetzlichen Sonderzwecks für die Vergabe der EBK-Mandate eine Ausnahme vom Erfordernis der Publikation des Zuschlags.

II. Die Rechtsgrundlagen der Haftung

Shiva war kein unfehlbarer Gott. Sein wohl berühmtester Fehler war, dass er dem eigenen Sohn Ganesh den Kopf abschlug. Immerhin (er war ja schliesslich ein Gott!) konnte er ihn wieder zum Leben erwecken. Ganesh aber trug fortan den Kopf eines Elephanten. Auch die EBK macht Fehler – und nicht nur sie, sondern auch ihre Beauftragten. Köpfe rollen deswegen allerdings selten, im Regelfall resultiert aus den Fehlern nur – aber immerhin – ein reiner Vermögensschaden. Die Haftung der EBK-Beauftragten war in der Vergangenheit im Bankengesetz nicht ausdrücklich geregelt. Das hat sich mit der letzten Revision geändert. Im Zuge des neuen Bankinsolvenzrechts wurden die bankengesetzlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen revidiert und um eine Regelung zur Haftung der EBK-Beauftragten ergänzt⁹³. Gleich wie für die Bankorgane (1.) gilt für sie nunmehr das aktienrechtliche Verantwortlichkeitsrecht (2.).

⁹³ Bundesgesetz über Banken und Sparkassen, Änderung 3. Oktober 2003, in Kraft seit 1. Juli 2004, AS 2004, 2767 ff., 2774.

1. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Bankorgane (Art. 39 Abs. 1 BankG)

Das bankengesetzliche Haftungsregime ist neu in Art. 39 BankG geregelt, wobei der erste Absatz die Verantwortlichkeit der Bankorgane, der bankengesetzlichen Revisionsstelle und der von der Bank ernannten Liquidatoren regelt. Für sie gilt kraft Verweisung das aktienrechtliche Verantwortlichkeitsrecht⁹⁴.

In materieller Hinsicht entspricht die Regelung im Wesentlichen der Rechtslage vor der Revision. Zwar enthielt das alte Bankengesetz eine eigenständige und detaillierte Haftungsordnung für die Bankorgane. Ursprünglich war dies allerdings anders geplant: Bei Erlass des Bankengesetzes im Jahre 1934 wollte man die Haftung der Bankorgane durch einen Verweis auf das Aktienrecht regeln. Das Aktienrecht befand sich zu diesem Zeitpunkt allerdings gerade in Revision. Daher übernahm man die Verantwortlichkeitsbestimmungen des Entwurfs und späteren OR von 1936 insgesamt in das Bankengesetz. Als das revidierte Aktienrecht 1937 in Kraft trat, standen sich mit den Bestimmungen in Art. 752 ff. OR und Art. 39 ff. BankG zwei praktisch deckungsgleiche Verantwortlichkeitsordnungen gegenüber⁹⁵. Die Anwendung erfolgte gleichmässig: was für die Bankorgane entschieden wurde, galt auch für die Organe der Aktiengesellschaft, und umgekehrt⁹⁶. Unsicherheiten ergaben sich aus der Doppelregelung erst, als es im Aktienrecht von 1991 zu einem weiteren Modernisierungsschub kam (Stichwort: differenzierte Solidarität, Kostentragungsregel), das Bankengesetz hingegen in seiner ursprünglichen Fassung verharrte⁹⁷. Der Gesetzgeber hat sie mit

⁹⁴ Die Bestimmung lautet wörtlich wie folgt: «Die Verantwortlichkeit der Gründer einer Bank, der Organe für die Geschäftsführung, Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle sowie der von der Bank ernannten Liquidatoren und Revisionsstellen richtet sich nach den Bestimmungen des Aktienrechts (Art. 752–760 des Obligationenrechts).»

⁹⁵ Vgl. Sten. Bull. StR 1934, 268. Zum Hintergrund auch BEAT KLEINER, Bankengesetz und neues Aktienrecht, in: SZW 64 (1992), S. 256–258, 256.

⁹⁶ Vgl. etwa BGE 117 II 432 E. 2b S. 441: «Nach Art. 754 Abs. 1 OR, welchem Art. 41 BankG entspricht ...». In diesem Sinne auch BGE 97 II 403 E. 7a S. 414; BGE 95 II 320 E. III/2 S. 324. Für die Doktrin etwa PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, Rn. 2, 376; BEAT KLEINER, Kommentar zum Bankengesetz (Fn 8), N 3 Vorb. zum 14. Abschnitt, Art. 38–51^{bis} BankG (1976). Weitere Nachweise bei SUSAN EMMENEGGER, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe, Bern 2004, 225 Fn. 755.

⁹⁷ Zur Diskussion vgl. EMMENEGGER, Bankorganisationsrecht (Fn. 96), 225 ff.

der neuen Regelung beendet: Das modernisierte Aktienrecht gilt auch für die Bankorgane.

In einem Punkt enthält Art. 39 Abs. 1 BankG allerdings eine Änderung materiellrechtlicher Art: Die Organhaftung gilt nunmehr ausdrücklich auch für die bankengesetzliche Revisionsstelle. Die bankengesetzliche Revisionsstelle ist kein Organ der Bank. Sie wird nicht von der Generalversammlung gewählt, und ihre Aufgaben ergeben sich auch nicht aus den Bestimmungen des Aktienrechts und der Statuten, sondern aus dem Bankengesetz. Das Bundesgericht und die überwiegende Lehre unterstellten sie daher der gemeinen Deliktshaftung (Art. 41 ff. OR)⁹⁸. Das führte zu einer Haftungsprivilegierung der bankengesetzlichen Revisionsstelle in verschiedenen Bereichen, etwa bei der kürzeren Verjährungsfrist, bei der Beweislastverteilung, der Hilfspersonen- und der Solidarhaftung⁹⁹. Die neue Bestimmung in Art. 39 BankG stellt klar, dass dieses Haftungsprivileg fortan wegfällt.

2. Ausdehnung auf die EBK-Beauftragten (Art. 39 Abs. 2 BankG)

Grundlegend neu ist hingegen die in Art. 39 Abs. 2 BankG vorgenommene Ausdehnung der Organhaftung auf die EBK-Beauftragten¹⁰⁰. Die Beauftragten werden gestützt auf eine EBK-Verfügung aktiv, sie unterhalten keine Vertragsbeziehung zur Bank¹⁰¹ und ihre Aufgabe ist die Durchsetzung des Aufsichtsrechts¹⁰². Aufgrund dieser Sachlage ging man bislang überwiegend

⁹⁸ Vgl. BGE 117 II 315 E. 4/d S. 317. Zustimmung FORSTMOSER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Fn. 96), Rn. 591; PETER WIDMER/OLIVER BANZ, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186, 2. Aufl., Basel 2002, N 4 zu Art. 755 OR. Anderer Ansicht PETER NOBEL, Bemerkungen zu BGE 117 II 315, in: SZW 65 (1993), S. 182–184, 184.

⁹⁹ Vgl. dazu EMMENEGGER, Bankorganisationsrecht (Fn. 96), 378 ff.

¹⁰⁰ Nicht erwähnt wird in Art. 39 Abs. 2 BankG die Aufgabe der Revisionsstelle als verlängerter Arm der EBK bei der Prüfung ausländischer Niederlassungen von Banken, für deren konsolidierte Aufsicht sie verantwortlich ist (Art. 23^{septies} Abs. 1 BankG). Das ist wohl ein gesetzgeberisches Versehen.

¹⁰¹ Die Ausnahme betrifft die ausserordentliche Revision. Im Zuge ihres Einsatzes als reguläres Aufsichtsinstrument zur Zweitprüfung von Einzelfragen legt die EBK das Prüfgebiet und den Prüfungsumfang fest und erlaubt in Einzelfällen die Auftragerteilung durch die Bank selbst, vgl. EBK-Jahresbericht 2003, 70 f.

¹⁰² So auch die Botschaft zum neuen Bankinsolvenzrecht: «Die von der Bankenkommission in den diversen Verfahrensstadien einsetzbaren Personen (Untersuchungs-, Sanierungsbeauftragte sowie Liquidatoren) dienen dem Vollzug von Verfügungen der Bankenkommission.» Botschaft Revision Bankengesetz (Fn. 6), BBl 2002, 8079.

von einer Staatshaftung aus¹⁰³. Das entsprach auch der allgemeinen Entwicklung in anderen Rechtsgebieten, bei denen die Indienstnahme von Privaten für aufsichtsrechtliche Zwecke mit einer Staatshaftung versehen wurde, in den letzten Jahren etwa im Vormundschaftsrecht¹⁰⁴, im Zivilstandsrecht¹⁰⁵ und im SchKG¹⁰⁶.

Gerade der Vergleich mit dem SchKG sticht dabei besonders ins Auge. Denn im Bankenkontext übernimmt die Konkursliquidatorin im Wesentlichen die Aufgaben von Konkursamt und Konkursverwaltung, der Sanierungsbeauftragte erfüllt im Wesentlichen die Aufgaben des Sachwalters¹⁰⁷. Für die Mandatierten nach SchKG – bis hin zum Experten, der eine Liegenschaft schätzt¹⁰⁸ – gilt die Staatshaftung, für ihr funktionales Äquivalent im Bankengesetz gilt die private Organhaftung. Dies, obwohl im regulären Insolvenzkontext der Staat wenig Einfluss auf die Wahl der Privaten hat und sie kaum überwacht, während im Bankenkontext die Behörde auswählt, instruiert und kontrolliert.

Für das SchKG wurde die umfassende Anwendung der Staatshaftung damit gerechtfertigt, dass es einer modernen Haftungsordnung entspreche,

¹⁰³ Vgl. HANS GEIGER, Kommentar Bankengesetz (Fn. 8, 2004), N 99 zu Art. 18–22 BankG; BENNO LUTZ, Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers, in: Carl Helbling (Hrsg.), Rechtsgrundlagen und Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers, Zürich 1980, S. 119–136, 132. A.A. BOVET, Observateurs et liquidateurs (Fn. 8), 81 (Haftung nach Art. 41 OR). Geteilter Meinung war man hinsichtlich des aufsichtsrechtlichen Liquidators, der die Auflösung nach den Regeln des Obligationenrechts (Art. 742 ff. OR) vornimmt: Für eine Staatshaftung GEIGER, a.a.O., N 98 zu Art. 18–22 BankG. Für die private Verantwortlichkeit KLEINER, Kommentar Bankengesetz (Fn. 8, 1997), N 1 zu Art. 42 BankG. Eine private Haftung galt aufgrund ausdrücklicher Gesetzesregelung für den altrechtlichen Kommissär (42 aBankG). Sie galt allerdings nur für den Einsatz während der Bankenstundung, ansonsten aber wurde er der (Staats-)Haftung nach SchKG unterstellt, vgl. KLEINER, a.a.O. Vgl. auch DOMINIK GASSER, Basler Kommentar (Fn. 43), N 35 f. zu Art. 5 SchKG.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 429a Abs. 1 ZGB, Kausalhaftung des Kantons bei widerrechtlicher Fürsorgerischen Freiheitsentziehung, Änderung vom 6. Oktober 1978, AS 1980, 31 ff., 34, in Kraft seit dem 1.1.1981.

¹⁰⁵ Art. 46 Abs. 2 ZGB, Kausalhaftung des Kantons oder des Bundes, eingefügt durch das BG vom 26. Juni 1998, AS 1999, 1118 ff., 1120, in Kraft seit 1.1.2000.

¹⁰⁶ Art. 5 SchKG, Exklusive Kausalhaftung des Kantons für die Vollzugspersonen des SchKG, eingefügt durch das BG vom 16. Dezember 1994, AS 1995, 1227, 1307, in Kraft seit 1.1.1997.

¹⁰⁷ Zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden siehe oben S. 8 (Sanierungsbeauftragter) und S. 10 (Liquidatorin).

¹⁰⁸ Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), BBl 1991 III 1 ff., 26.

wenn die Indienstnahme von Privaten für öffentliche Aufgaben von einer entsprechenden Verantwortlichkeit begleitet werde: «Wo das Gemeinwesen staatliche Aufgaben an Dritte delegiert, kann es sich weder der Aufsicht noch der Verantwortung entziehen.»¹⁰⁹ Die Botschaft zum Bankengesetz setzt sich dazu auch nicht in Widerspruch, sie trifft lediglich eine andere Einschätzung hinsichtlich des EBK-Mandats: «Die Mandatierten erfüllen keine öffentlichen Aufgaben im engeren Sinne und haften daher ... zivilrechtlich.»¹¹⁰

Einerseits dienen also die EBK-Beauftragten dem Vollzug von Verfügungen der EBK¹¹¹, andererseits erfüllen sie keine öffentliche Aufgabe¹¹². Wie diese beiden Aussagen in Einklang zu bringen sind, bleibt ein Geheimnis der Botschaft. An der Regelung selbst ändert dies nichts. Der Gesetzgeber genießt bei der Instrumentenwahl einen weiten Spielraum: Er kann gewisse Beliehene von der Staatshaftung ausnehmen und sie einem privaten Haftungsregime unterstellen¹¹³. Das hat er vorliegend getan, wobei anzumerken ist, dass er ausserordentlich diskret vorging. Die Botschaft führte die neue Verantwortlichkeitsbestimmung unter dem Punkt «Übriges» und hielt fest, es handle sich um formelle Anpassungen, für die Betroffenen seien damit keine Änderungen verbunden¹¹⁴. Auch optisch blieb man sehr bescheiden: Im Gesetzesentwurf und in der anschliessenden amtlichen Gesetzespublikation fehlte just der Titel «Vierzehnter Abschnitt: Verantwortlichkeits- und Strafbestimmungen», so dass die neue Haftungsbestimmung unter den Titel der «Einlagensicherung» rutschte¹¹⁵.

¹⁰⁹ Botschaft Revision SchKG (Fn. 108), BBl 1991 III 1, 25. Siehe auch JOST GROSS, Schweizerisches Staatshaftungsrecht. Stand und Entwicklungstendenzen, Bern 2001, 28.

¹¹⁰ Botschaft Revision Bankengesetz (Fn. 6), BBl 2002, 8106.

¹¹¹ Botschaft Revision Bankengesetz (Fn. 6), BBl 2002, 8079.

¹¹² Botschaft Revision Bankengesetz (Fn. 6), BBl 2002, 8106.

¹¹³ Zum Regelfall der Staatshaftung für Beliehene siehe TSCHANNEN/ZIMMERLI, Verwaltungsrecht (Fn. 67), § 45 Rn. 22.

¹¹⁴ Botschaft Revision Bankengesetz (Fn. 6), BBl 2002, 8073.

¹¹⁵ Vgl. Entwurf Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, BBl 2002, 8117 ff., 8124 sowie Bundesgesetz über Banken und Sparkassen, Änderung vom 3. Oktober 2003, AS 2004, 2767 ff., 2774.

3. Fazit

Die EBK-Beauftragten sind Private, die von der Aufsichtsbehörde mit Vollzugsaufgaben betraut werden. Als Beliehene wären sie nach den Grundsätzen des Verwaltungsrechts der Staatshaftung zu unterstellen. Das Bankengesetz hat mit der Revision von 2003 einen fragwürdigen Systemwechsel vorgenommen, indem es für die Haftung der EBK-Beauftragten auf das aktienrechtliche Verantwortlichkeitsregime verweist. Der Wechsel von der kausalen Staatshaftung in die private Verschuldenshaftung ist auch deshalb unbefriedigend, weil derselbe Gesetzgeber neun Jahre zuvor in der Parallelordnung des SchKG ein klares Bekenntnis zur Staatshaftung für alle SchKG-Vollzugspersonen abgab.

III. Die Haftungsrisiken im Überblick

Fragt man nach den Folgen der Haftungsprivatisierung für EBK-Mandate, so muss man sich zunächst die möglichen Haftungsrisiken vor Augen führen, denen die Beauftragten ausgesetzt sind (1. bis 4.). Haftungsklagen drohen ihnen einerseits von den Banken, andererseits von den Bankgläubigern¹¹⁶. Sonderfragen stellen sich im Hinblick auf die Folgen der Anwendung des aktienrechtlichen Regimes für die Gläubigerklagen und bezüglich der Mandatskosten (5.).

1. Untersuchungsbeauftragter

Für die Bank stellt sich die Frage nach einer Haftungsklage gegen den Untersuchungsbeauftragten insbesondere im Falle eines Eingriffs in den Geschäftsgang. Verbietet er anstehende Geschäftsabschlüsse, entgehen ihr Gewinne. Blockiert er den Zahlungsfluss, wird sie gegenüber ihren Vertragspartnern schadenersatzpflichtig. Der dadurch erlittene Schaden ist ein reiner Vermögensschaden. Nach der vorherrschenden objektiven Widerrechtlich-

¹¹⁶ Mit Blick auf die aktienrechtliche Referenzordnung kommen auch die Aktionäre als Kläger in Betracht. Ihr Klagepotential ist allerdings dermassen gering, dass diese Haftungskonstellationen nachfolgend nicht berücksichtigt werden: Eine direkte Schädigung fällt ausser Betracht, da die Beauftragten nicht in Kontakt zu den Aktionären treten. An der «altruistischen» Klage auf Zahlung an die Bank (Art. 39 Abs. 2 BankG i.V.m. Art. 756 Abs. 2 OR) besteht erfahrungsgemäss sehr wenig Interesse. Im Konkurs der Bank sind die Aktionärsklagen seit der Raschein-Praxis kaum mehr denkbar. Vgl. zu Letzterem PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, § 18 N 287 ff.

keitstheorie ist ein solcher nur ersatzfähig, wenn sich die Bank auf eine entsprechende Schutznorm berufen kann, die sie vor Schäden in der Art des eingetretenen bewahren soll¹¹⁷.

In der Kurzformel des Bundesgerichts bezweckt das Bankengesetz den Schutz der Gläubiger und nicht den Schutz der Bank¹¹⁸. Tatsächlich wird in Lehre und Rechtsprechung differenziert: Macht die Bank geltend, der Untersuchungsbeauftragte habe seine Abklärungs- oder Eingriffskompetenzen nicht in genügendem Masse wahrgenommen, so dringt sie damit nicht durch. Anders verhält es sich, wenn ein Schaden aus einem Übermass an Regulierungsaktivität resultiert. In solchen Fällen wird die haftungsbegründende Widerrechtlichkeit bejaht¹¹⁹, was bei Vorliegen der übrigen Haftungsvoraussetzungen zu einer Ersatzpflicht führt.

Für die Bankgläubiger stellt sich die Frage nach einer Haftungsklage gegen den Untersuchungsbeauftragten namentlich dann, wenn sie aufgrund des Eingriffs daran gehindert werden, über ihre deponierten Gelder zu verfügen. Erste Ansprechpartnerin in diesen Fällen ist allerdings die Bank, von der sie wegen Vertragsverletzung Ersatz fordern werden. Die Klage gegen den Untersuchungsbeauftragten rückt erst ins Blickfeld, wenn die Bank als Anspruchsgegnerin wegfällt, also im Falle der Konkursliquidation oder allenfalls der Sanierung¹²⁰. Darüber hinaus stehen den Gläubigern, die im

¹¹⁷ Statt vieler: BGE 124 III 297 E. 5b S. 301. Für einen Theorienüberblick siehe HEINZ REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 3. Aufl., Zürich 2003, N 682 ff. Der objektive Widerrechtlichkeitsbegriff gilt auch im Staatshaftungsrecht, vgl. BGer 2C.1/2001 vom 3.7.2003 E. 6.1.1. (Leukerbad); BGE 91 I 449 E. 3 S. 453.

¹¹⁸ BGE 106 Ib 357, Regeste 2.

¹¹⁹ BGE 106 Ib 357 E. 2c, S. 362 f. Vgl. auch FRITZ GYGI, *Die Widerrechtlichkeit in der Staatshaftung*, in: Jean-François Aubert/Philippe Bois (Hrsg.), *Mélanges André Grisel*, Neuchâtel 1983, S. 417–431, 423 f. Danach hat der Schutznormcharakter nur eine Bedeutung bei der Staatshaftung aus Unterlassung. Bei positivem Tun der Behörde ist grundsätzlich eine haftungsrechtlich massgebende Widerrechtlichkeit anzunehmen, wenn das Gemeinwesen Rechtssätze verletzt, die das Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Einzelnen regeln. Konkret: «Wendet jedoch die Bankenkommission die Bankengesetzgebung unrichtig an – entzieht sie eine Bankenbewilligung und wird diese Verfügung später richterlich aufgehoben –, so kann der Bank daraus ein Verantwortlichkeitsanspruch für den verursachten Schaden erwachsen, obschon die Bankenaufsicht nicht zum Schutz der Banken, sondern der Gläubiger eingerichtet ist.» a.a.O., 424.

¹²⁰ Zum Vorklagerecht der Konkursliquidatorin siehe unten S. 31 (Gläubigerklagen im Konkurs).

Zentrum des bankengesetzlichen Schutzzwecks stehen¹²¹, gegen den Untersuchungsbeauftragten auch Haftungsansprüche wegen pflichtwidriger Unterlassung zu. Hat der Untersuchungsbeauftragte erkennbare Mängel nicht oder zu spät erkannt, so kann er dafür haftbar gemacht werden. Wie schon im Falle des schädigenden Eingriffs wird die Klage erst aktuell, wenn die Gläubiger im Zuge der Konkursliquidation oder allenfalls der Sanierung der Bank einen Vermögensausfall erleiden.

2. Ausserordentliche Revisorin

Haftungsklagen der Bank gegen die ausserordentliche Revisorin sind in der Praxis kaum vorstellbar. Die ausserordentliche Revisorin hat Abklärungskompetenz, aber keine Eingriffskompetenz. Typischerweise steht bei ihr die Haftung aus Unterlassung im Vordergrund: Sie hat gravierende Mängel nicht erkannt, obwohl diese erkennbar gewesen wären, oder sie hat die Mängel erkannt, aber darauf nicht schnell genug reagiert¹²². Wie schon im Zusammenhang mit dem Untersuchungsbeauftragten erläutert, begründet die Pflichtverletzung wegen unterlassener Aufsichtshandlung keinen Haftungsanspruch der Bank – es fehlt die erforderliche Schutznorm zur Begründung der Widerrechtlichkeit. Anspruchsberechtigt sind hingegen auch hier die Gläubiger, die eine Haftungsklage allerdings erst im Sanierungs- bzw. Konkursfall erheben können, da sie vorher durch die Unterlassung nicht geschädigt werden¹²³.

¹²¹ Prägnant hiess es anlässlich der Revision des Bankengesetzes: «La protection des créanciers est l'objectif principal; elle apparaît comme la toile de fond de la loi.» Sten. Bull StR 1970, 296. Statt vieler auch BGE 121 II 147 E. 3a S. 149.

¹²² Die Frage einer solchen Unterlassung stellt sich etwa im Zusammenhang mit dem Fall «Sogevalor», dort allerdings bezüglich der ordentlichen Revisionsstelle. Die EBK hatte von ihr eine Spezialprüfung verlangt, die keine schwerwiegenden organisatorischen Mängel ergab. Erneute Kundenbeschwerden und Unstimmigkeiten im Revisionsbericht führten zum Einsatz einer Drittgesellschaft als ausserordentliche Revisorin und Beobachterin. Deren Prüfungen ergaben eine akute Gläubigergefährdung und schwerwiegende organisatorische Mängel. Vgl. dazu EBK-Jahresbericht 2004, 40 ff. und oben S. 12 (Mehrfachmandat als Regelfall).

¹²³ Zum Vorklagerecht der Liquidatorin siehe unten S. 31 (Gläubigerklagen im Konkurs).

3. Sanierungsbeauftragter

Der Sanierungsbeauftragte hat im Einzelfall nicht nur Abklärungs-, sondern auch Eingriffskompetenz¹²⁴. Erfolgt eine solche Eingriffshandlung pflichtwidrig und entsteht daraus ein Schaden, so wird der Sanierungsbeauftragte gegenüber der Bank haftbar¹²⁵. Allerdings ist bei der Verantwortlichkeit im Sanierungsverfahren die Sonderregelung in Art. 32 Abs. 2 BankG zu beachten. Danach kann der Sanierungsplan die Verantwortlichkeitsklagen der Bank ausschliessen¹²⁶. Der Sanierungsplan wird vom Sanierungsbeauftragten erstellt und von der EBK genehmigt¹²⁷. Der vorsichtige Sanierungsbeauftragte wird sich bemühen, sein Haftungsrisiko mit Hilfe einer Klageausschlussklausel im Sanierungsplan zu vermindern.

Will eine qualifizierte Mehrheit der Gläubiger den Klageausschluss zu Lasten der Bank nicht akzeptieren, so kann sie den Sanierungsplan ablehnen (Art. 30 BankG). Die Folge wäre dann allerdings die Konkursliquidation. Das werden die Gläubiger nicht riskieren, zumal sie im Falle des Klageausschlusses gegenüber der Bank ein eigenes Klagerecht erhalten (Art. 32 Abs. 2 BankG). Gegenüber dem Konkursfall sind sie dabei insofern schlechter gestellt, als ihre Klagebefugnis auf den Umfang ihres Forderungsverlustes beschränkt ist¹²⁸. Hingegen haftet ihnen der Sanierungsbeauftragte nicht nur für sein pflichtwidriges Tun, sondern auch für seine pflichtwidrige

¹²⁴ Siehe oben S. 8 (Sanierungsbeauftragter). Siehe zudem HÉRITIER LACHAT, Liquidation et faillite (Fn. 1), 4.

¹²⁵ Die Bank kann diese Ansprüche bereits vor der Genehmigung des Sanierungsplans geltend machen. Die Regel in Art. 32 Abs. 1 BankG ist auf die Pauliana, nicht aber auf die Verantwortlichkeitsklagen zugeschnitten. Die Möglichkeit einer differenzierten Anwendung von Art. 32 Abs. 1 BankG im Verantwortlichkeitskontext ergibt sich aus der Rechtstechnik der Verweisung. Vgl. dazu EMMENEGGER, Bankrecht als Koordinationsaufgabe (Fn. 96), 110.

¹²⁶ Vgl. Art. 32 Abs. 4, Art. 32 Abs. 2 BankG. Von einem solchen Ausschluss würden neben den Bankorganen und dem Sanierungsbeauftragten auch die anderen EBK-Beauftragten profitieren.

¹²⁷ Art. 29, 31 BankG.

¹²⁸ Vgl. demgegenüber Art. 39 Abs. 2 BankG i.V.m. Art. 757 OR (Konkurs): Klage auf den Gesamtschaden. Die Botschaft präzisiert, es finde im Rahmen von Art. 32 Abs. 2 BankG keine Abtretung nach Art. 260 SchKG statt, vgl. Botschaft Revision Bankengesetz (Fn. 6), BBl 2002, 8089. Sie hat dabei die Rechtslage vor der Raschein-Praxis des Bundesgerichts vor Auge, wonach die Gläubigerklage im Konkurs sich einerseits auf das eigene Recht und andererseits auf das Recht der Gesellschaft stützt. Vgl. etwa BGE 111 II 182 (Ingress).

Unterlassung¹²⁹. Haftungsansprüche aus direkter Schädigung bleiben ihnen auf jeden Fall erhalten¹³⁰.

Insgesamt besteht also auch für den Sanierungsbeauftragten ein Haftungsrisiko. Angesichts der seltenen Sanierungsfälle – unter dem neuen Recht wurde noch keine Sanierung durchgeführt – und den vorwiegend auf Verhandlungsbasis getroffenen Entscheidungen ist dieses allerdings als gering einzuschätzen.

4. Liquidatorin

Schliesslich stellt sich die Frage nach Haftungsansprüchen der Bank gegen die aufsichtsrechtliche und die konkursrechtliche Liquidatorin. Der erste Fall ist rechtlich zwar möglich, faktisch aber kaum wahrscheinlich: Der Verwaltungsrat wird im aufsichtsrechtlichen Liquidationsfall wenig Neigungen verspüren, für die Bank eine Verantwortlichkeitsklage anzustrengen. Zudem fällt der Beschluss über die Klage selbst in den Zuständigkeitsbereich der Generalversammlung¹³¹, und das wiederum ist ein schwerfälliger Prozess. Ausgeschlossen ist die Klage der Bank gegen die Konkursliquidatorin, da im Liquidationsstadium die Handlungsfähigkeit der Bankorgane zugunsten der Liquidatorin aufgehoben wird.

Seitens der Gläubiger kommt eine Haftungsklage gegen die aufsichtsrechtliche Liquidatorin hingegen durchaus in Frage¹³². Aktuell wird sie aber erst, wenn die Gläubiger eine Vermögenseinbusse erleiden, also im Fall

¹²⁹ Siehe dazu bereits oben S. 26 (Untersuchungsbeauftragter).

¹³⁰ Das ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut wie auch aus der Historie der Norm, die sich an die entsprechende Regelung des Sanierungsrechts aus den 30er Jahren anlehnt. Zum geschichtlichen Hintergrund siehe EHRMANN, Bankenkrise der 30er Jahre (Fn. 35), 110.

¹³¹ Vgl. BGE 48 III 71 S. 73. So auch CHRISTOPH STÄUBLI, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 2. Aufl., Basel u.a. 2002, N 5 zu Art. 739 OR. A.A. PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 56 N 73 Fn. 36 (Über die Anhebung von Verantwortlichkeitsklagen gegen den Liquidator entscheidet der Verwaltungsrat und nicht die Generalversammlung). Vermittelnd BÖCKLI, Aktienrecht (Fn. 116), § 17 N 28 Punkt 9 (Zuständigkeit zum Beschluss über die Einleitung einer Verantwortlichkeitsklage ist nicht exklusiv zu verstehen).

¹³² Die Frage nach einer Haftung der Liquidatorin stellt sich etwa im Fall der Klaro GmbH. Siehe dazu unten S. 45 (Überstürztes Handeln). Vgl. zudem OGer ZH, ZR 1978 Nr. 96, S. 211–216 (Haftungsklage gegen die Bank wegen Schädigung durch die aufsichtsrechtliche Liquidatorin).

einer Umwandlung in eine Konkursliquidation. Auch innerhalb der Konkursliquidation sind Haftungsklagen denkbar. Diese richten sich gegen die Konkursliquidatorin für Schäden aus pflichtwidrigen Handlungen oder Unterlassungen im konkursrechtlichen Liquidationsverfahren.

5. Sonderfragen

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass Gläubigerklagen vorrangig im konkursrechtlichen Liquidationskontext an Aktualität gewinnen. Gerade hier führt allerdings die verweisungsbedingte Anwendung des Aktienrechts zu einer Schwächung des Schutzregimes (a). Eine weitere Sonderfrage betrifft die Mandatskosten, die allerdings ausserhalb des Verantwortlichkeitsrechts liegen (b).

a) Gläubigerklagen im Konkurs

Aus Gläubigersicht stellt sich die Haftungsfrage meist erst im Konkurs des Finanzinstituts. Allerdings können sie in diesem Fall nicht unmittelbar klagen, denn auch für sie bildet aufgrund der bankengesetzlichen Verweisung das Aktienrecht die massgebliche Rahmenordnung. Im Konkurs räumt das Aktienrecht der Konkursverwaltung das vorrangige Recht zur Klage gegen die Organe ein (Art. 757 Abs. 1 OR). Erst wenn sie auf die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen verzichtet, steht das Klagerecht den Gläubigern zu (Art. 757 Abs. 2 OR). Im Bankkonkursrecht wurde das Institut der Konkursverwaltung abgeschafft, ihre Aufgaben werden von der Konkursliquidatorin wahrgenommen. Das Vorklagerecht gegen die Organe *und* die EBK-Beauftragten steht damit der Konkursliquidatorin zu.

Stehen also Haftungsansprüche gegen die Konkursliquidatorin zur Debatte, so hat die Konkursliquidatorin ein Vorklagerecht gegen sich selbst. Nicht anders verhält es sich bei den Haftungsansprüchen gegen die anderen EBK-Beauftragten. Aufgrund der Praxis der Mehrfachmandate werden frühere Mandate umgewandelt, so dass die vorklageberechtigte Konkursliquidatorin in aller Regel bereits die früheren EBK-Mandate wahrgenommen hat. Da die Konkursliquidatorin weder gegen sich selbst klagen will, noch gegen sich selbst klagen kann, kommt es ihrerseits zum Klageverzicht. Für die Gläubiger folgt daraus, dass sie Haftungsansprüche gegen EBK-Beauftragte immer selbst verfolgen müssen.

b) Mandatskosten

Auch ein «unfallfreies» EBK-Mandat bedeutet für die Bank eine unfreiwillige Vermögenseinbusse, da sie – teilweise unter solidarischer Haftung ihrer Organe¹³³ – für die Mandatskosten aufkommen muss¹³⁴. Der emotionale Wellengang dieser Kosten dringt zuweilen bis zu den bundesgerichtlichen Ufern vor¹³⁵. Den Rahmen bildet aber nicht das Verantwortlichkeitsrecht: Will die Bank die übermässigen Kosten des EBK-Mandats monieren, muss sie EBK-Verfügung mit dem Kostenentscheid mittels Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht anfechten¹³⁶. Zur Klage legitimiert sind die Organe der Gesellschaft auch dann, wenn diese durch die EBK in Liquidation gesetzt wurde¹³⁷.

Zu den Erfolgchancen beim Vorwurf überhöhter Mandatskosten kann man Folgendes festhalten: Das Bundesgericht hat bislang sowohl die von der EBK verfügten Kostenvorschüsse als auch die definitiven Kostenentscheide geschützt¹³⁸. Es hat allerdings auch klargestellt, dass die EBK verpflichtet ist, die Honorarnote der Beauftragten zu überprüfen und über-

¹³³ Vgl. BGer 2A.119/2002 vom 11.12.2002, Sachverhalt I Punkt 7.

¹³⁴ Vgl. Art. 23^{quater} Abs. 4 BankG (Untersuchungsbeauftragter), Art. 22 BankG i.V.m. Art. 49 Abs. 2 BankV (ausserordentliche Revision). Zur ausserordentlichen Revision siehe auch BGE 121 II 147 E. 4 S. 152. Für den Sanierungsbeauftragten fehlt eine ausdrückliche Regelung. Es ist aber auch hier von einer Kostentragung durch die Bank auszugehen. So auch BAUER, Basler Kommentar (Fn. 14), N 25 zu Art. 28 BankG. Bei den Kosten des (konkursrechtlichen) Liquidationsmandats handelt es sich um eine Massaverpflichtung, vgl. Art. 32 Ziff. 3 BKV. Sie sind Teil der Schlussrechnung und von der EBK zu genehmigen, vgl. Art. 33 Abs. 2 BKV.

¹³⁵ Vgl. etwa das Rechtsbegehren in BGer 2A.575/2004 vom 13.4.2004 Sachverhalt Punkt D (PWM), wonach das Bundesgericht die EBK anweisen sollte, «die von ihr widerrechtlich und eigenmächtig eingezogenen horrenden und völlig unangemessenen Untersuchungskosten zurückzuerstatten.» Gespannte Verhältnisse können auch unterstellt werden, wenn die EBK gewisse Konten der Bankorgane solange blockiert, bis die Rechnung für das EBK-Mandat bezahlt ist, vgl. BGer 2A.119/2002 vom 11.12.2002 Sachverhalt I (dort erwähnte EBK-Verfügung Ziff. 5).

¹³⁶ Art. 24 Abs. 1 BankG i.V.m. Art. 98 f OG. Beispiele: BGE 131 II 306 E. 3.4.2. S. 318 (Klaro. Kostenvorschuss Liquidatorin); BGE 126 II 111 E. 4d S. 118 f. (Kostenvorschuss Beobachterin); BGE 121 II 147 E. 4a S. 151 (Kostenvorschuss ausserordentliche Revision, 20'000 Franken); BGE 2A.119/2002 E. 3 (Kosten Beobachter); BGer 2A.65/2002 Sachverhalt D und E. 2 (Kosten Beobachter/Liquidator); BGE 130 II 351 E. 4 S. 360 f. (UIB, Kosten Beobachter/Untersuchungsbeauftragter).

¹³⁷ BGer 2A.575/2004 vom 13.4.2005 (PWM) E. 1.2.1. m.w.N. (übermässige Untersuchungskosten).

¹³⁸ Siehe die Entscheide oben in Fn. 136.

rissene Honorarforderungen zu kürzen¹³⁹. In einem Entscheid hat es sich einlässlich mit den Vorwürfen zu vereinzelteten Rechnungsposten auseinandergesetzt und auch die diesbezügliche Kontrollpflicht der EBK kritisch gewürdigt¹⁴⁰. Heute verlangt die EBK gerade bei grösseren Mandaten regelmässige Zwischenabrechnungen¹⁴¹.

Wie verhält es sich mit dem Vorwurf übermässiger Mandatskosten, wenn die Gläubiger dies geltend machen wollen? Vorweg kann man festhalten, dass diese Frage erst im Konkurs der Bank aktuell wird und es auch hier im Ergebnis nicht um Verantwortlichkeitsklagen geht: Mit Ausnahme des Liquidationsverfahrens sind im Zeitpunkt der Konkursöffnung alle EBK-Mandate abgeschlossen und die Kosten mittels EBK-Verfügung genehmigt. Die Verantwortlichkeitsklage gegen die EBK-Beauftragten scheitert an der EBK-Genehmigung, zur vorgängigen Anfechtung der Genehmigungsverfügung waren die Gläubiger nicht legitimiert¹⁴². Was das Honorar der Konkursliquidatorin angeht, so wird dieses im Rahmen der Schlussrechnung von der EBK genehmigt. Auch hier steht den Gläubigern kein ordentliches Rechtsmittel gegen die Genehmigung zu, da gemäss Art. 24 Abs. 2 BankG im Bankkonkursverfahren die Gläubiger einzig gegen Verwertungshandlungen Beschwerde führen können.

6. Fazit

Der Überblick über die Haftungsrisiken der EBK-Beauftragten zeigt, dass ihnen sowohl seitens der Banken als auch seitens der Bankgläubiger Verantwortlichkeitsklagen drohen. Dabei stehen unterschiedliche Haftungskonstellationen im Vordergrund: Gegenüber der Bank haften die EBK-Beauftragten nur für Schäden, die aus einer pflichtwidrigen Aufsichtshandlung resultieren. Zudem ist die Bankklage nur ausser Konkurs möglich. Damit

¹³⁹ BGer 2A.119/2002 E. 3.1.1.: «On doit admettre que la Commission fédérale des banques, en tant qu'autorité qui désigne un expert, a également le droit et le devoir de vérifier le bien-fondé de ses honoraires et de censurer les honoraires manifestement excessifs.»

¹⁴⁰ BGer 2A.119/2002 E. 3.1.2. und 3.2. passim.

¹⁴¹ Vgl. BGE 131 II 306 E. 3.4.2. S. 318 (Klaro); BGer 2A.575/2004 vom 13.4.2005 E. 4.2. (PWM).

¹⁴² So zumindest für den praktisch relevanten Bereich der aufsichtsrechtlichen Massnahmen bei Insolvenzgefahr und im Bankenkonskurs, vgl. Art. 24 Abs. 2 BankG. Zur Beschwerdelegitimation vgl. THOMAS POLEDNA/LORENZO MARAZZOTTA, Basler Kommentar (Fn. 14), N 7, 26 ff. zu Art. 24 BankG, m.w.N. und HESS, Basler Kommentar (Fn. 14), N 33 zu Art. 26 BankG.

rückt der Untersuchungsbeauftragte ins Zentrum möglicher Verantwortlichkeitsklagen der Bank – vorausgesetzt, dass die Bank das Untersuchungsmandat «überlebt». Möglich, aber in praktischer Hinsicht wenig wahrscheinlich, sind sodann Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber dem Sanierungsbeauftragten und der Aufsichtsliquidatorin.

Gegenüber den Gläubigern haften die EBK-Beauftragten dagegen sowohl für Schäden aus pflichtwidrigen Aufsichtshandlungen als auch für Schäden aus deren pflichtwidriger Unterlassung. Entsprechend sehen sich alle EBK-Beauftragten mit dem Risiko einer Gläubigerklage konfrontiert. Zwar sind die Gläubiger im Regelfall erst geschädigt, wenn über die Bank der Konkurs eröffnet wird oder sie aufgrund eines Sanierungsplans Forderungsverluste hinnehmen müssen. In praktischer Hinsicht verringert dies das Haftungsrisiko für die EBK-Beauftragten nur geringfügig. Denn die Erfahrung zeigt, dass die Anordnung eines EBK-Mandats regelmässig mit einer Konkursliquidation endet.

Gerade im Konkurs der Bank zeigt sich aber auch, dass die aktienrechtliche Referenzordnung beim Gläubigerschutz zu Abstrichen führt: Die Gläubiger müssen auf jeden Fall selbst aktiv werden, weil die Konkursliquidatorin immer auf ihr Klagevorrecht verzichten wird. Auch in diesem Punkt führt also die Privatisierung des Haftungsregimes für die EBK-Beauftragten zu negativen Konsequenzen.

IV. Anwendung

Nachdem einerseits die Rechtsgrundlagen der Haftung von EBK-Beauftragten und andererseits deren Haftungsrisiken dargestellt wurden, stellt sich die Frage nach den konkreten Folgen der Haftungsprivatisierung: Was bedeutet es, wenn die Geschädigten vom staatlichen Verantwortlichkeitsrecht nicht mehr profitieren können und stattdessen auf die privatrechtliche Verschuldenshaftung verwiesen werden? Dies lässt sich am Besten anhand eines konkreten Beispiels erörtern (1.). Dabei zeigt sich, dass auch unter der neuen Struktur die Staatshaftung möglich bleibt (2.), wobei je nach Ausgestaltung der Verfügung (3., 4.) das Haftungsrisiko des Untersuchungsbeauftragten variiert (5.).

1. Ausgangsfall: Untersuchungsmandat und Haftungsklage der Bank

Als Ausgangspunkt für die nachfolgende Untersuchung dient folgendes Beispiel: Bei einer Bank wird ein Untersuchungsbeauftragter eingesetzt. Im Zuge seines Einsatzes blockiert er kurzfristig den Geschäftsgang und unterbindet damit für eine begrenzte Zeit Geschäftsabschlüsse und Vermögensabflüsse. Die Bank überlegt sich eine Haftungsklage¹⁴³.

2. Pflichtenkatalog und Haftung

Erhebt die Bank eine Verantwortlichkeitsklage gegen den Untersuchungsbeauftragten, so gelten hierfür die Bestimmungen des Aktienrechts¹⁴⁴. Haftungsvoraussetzung ist demnach der Schaden, die Pflichtverletzung, die adäquate Kausalität und das Verschulden.

a) Schaden, Kausalität, Verschulden: Aktienrechtliche Parameter

Für die Haftungsvoraussetzungen des Schadens, der Kausalität und des Verschuldens ergeben sich keine Abweichungen vom Aktienrecht. Mit Blick auf das Ausgangsbeispiel liegen hier auch keine besonderen Schwierigkeiten. Dass die Bank durch die Blockierung des Geschäftsgangs geschädigt wird, kann man unterstellen: Sie kann allfällige finanzielle Verpflichtungen nicht erfüllen und wird ihrerseits schadenersatzpflichtig, möglicherweise muss sie auch auf lukrative Geschäftsabschlüsse verzichten. Auch die Kausaladäquanz wird in diesem Kontext zumindest für einzelne Schadensposten wenig Schwierigkeiten bereiten, sofern man die Pflichtwidrigkeit bejaht¹⁴⁵. Das Verschulden schliesslich ist angesichts des objektivierten Ver-

¹⁴³ Im gewählten Beispiel ist auch eine Haftungsklage der Bankgläubiger denkbar, die aufgrund des Eingriffs keinen Zugriff auf ihr Vermögen hatten. Wie bereits im Rahmen der Diskussion über mögliche Haftungskonstellationen deutlich wurde (siehe dazu oben S. 26 [Untersuchungsbeauftragter] und S. 33 [Fazit]), steht für die Gläubiger zunächst die Bank als Vertragspartnerin im Haftungsfokus. Gläubigerklagen gegen den Untersuchungsbeauftragten werden regelmässig erst dann aktuell, wenn die Bank nicht mehr aufrecht steht. Kommt es effektiv zur Haftungsklage, so sehen sich die Gläubiger allerdings gleich wie die Bank mit der besonderen Haftungslage bei EBK-Mandaten und den damit verbundenen praktischen Schwierigkeiten konfrontiert.

¹⁴⁴ Art. 39 Abs. 2 BankG i.V.m. Art. 752 ff. OR. Siehe hierzu oben S. 21 (Rechtsgrundlagen der Haftung).

¹⁴⁵ Zum Begriff der Kausaladäquanz vgl. BGE 93 II 22 E. 6 S. 29 f. (aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage). Zur grosszügigen bundesgerichtlichen Praxis vgl. PETER

schuldensbegriffes kaum eine praktisches Hindernis für eine Verantwortlichkeitsklage¹⁴⁶, wiederum: sofern man die Pflichtwidrigkeit bejaht.

b) Pflichtwidrigkeit: Bankengesetzliche Parameter

Bei der Pflichtwidrigkeit besteht allerdings eine Besonderheit. Der Pflichtenkatalog der EBK-Beauftragten unterscheidet sich grundlegend vom Pflichtenkatalog der Bankorgane. Die Kernpflichten der Organe sind primär gesellschaftsrechtlich determiniert, sie ergeben sich im Wesentlichen aus dem Obligationenrecht und aus den Statuten. Der Pflichtenkatalog der EBK-Beauftragten ist dagegen primär bankengesetzlich determiniert. Die konkreten Einzelpflichten ergeben sich aus dem Bankengesetz und dem dazugehörigen Verordnungsrecht, aus den EBK-Rundschreiben und aus den konkreten Weisungen gemäss Einsetzungsverfügung, wobei die Normdichte je nach EBK-Mandat variiert: Für die Revision existiert ein umfangreiches und detailliertes Regelwerk, das sich auf Gesetz, Verordnungen, Rundschreiben¹⁴⁷ und Richtlinien¹⁴⁸ stützt, während das Untersuchungsmandat im Wesentlichen durch die Einsetzungsverfügung konkretisiert wird. Für die Liquidatorin kommt kraft ausdrücklicher Verweisung¹⁴⁹ oder als Auslegungshilfe das reguläre Insolvenzrecht zur Geltung, es gilt dann allerdings als subsidiäres Aufsichtsrecht.

Daneben gelten für alle EBK-Beauftragten dieselben allgemeinen Leitprinzipien: Es sind die bankengesetzlichen Schutzziele, also der Gläubiger- und der Systemschutz. Die EBK-Beauftragten haben ihr Handeln danach auszurichten: Sie müssen alles tun, um den Gläubiger- und den Systemschutz zu verwirklichen, sie dürfen aber auch nicht mehr tun, als unter die-

FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, N 269. Die jüngere Rechtsprechung ist etwas restriktiver, vgl. die Nachweise bei BÖCKLI, Aktienrecht (Fn. 116), § 18 N 419 und N 427; WIDMER/BANZ, Basler Kommentar (Fn. 98), N 45 zu Art. 754 OR.

¹⁴⁶ Praktisch bedeutet die Objektivierung, dass bereits die Pflichtwidrigkeit das Verschulden indiziert. Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht (Fn. 116), § 18 N 429 ff.

¹⁴⁷ Die Revision ist ein hoch regulierter Bereich, zu erwähnen sei insbesondere auch das neue EBK-Rundschreiben über die Prüfung vom Juni 2005, das einerseits detaillierte Anordnungen über die Prüfmethodik enthält und andererseits auf die allgemeinen Grundsätze des Berufsstandards verweist, vgl. EBK-RS 05/01 Prüfung (Rn. 8, 27 für die Berufsstandards). Vgl. auch EBK-RS 96/3 Revisionsbericht: Form und Inhalt, Rn. 4.

¹⁴⁸ Vgl. die Sonderregeln in den Richtlinien der Eidg. Bankenkommission zu den Rechnungslegungsvorschriften der Art. 13 bis 27 der Bankenverordnung (RRV-EBK).

¹⁴⁹ Vgl. Art. 34 Abs. 2 BankG.

sem Gesichtspunkt erforderlich ist. Die allgemeinen Leitprinzipien werden insbesondere dann relevant, wenn dem EBK-Beauftragten ein Ermessensspielraum zugestanden wird.

c) Folgen für die Haftungslage

Weil der Pflichtenkatalog des Untersuchungsbeauftragten vom Bankaufsichtsrecht und nicht vom Aktienrecht bestimmt ist, ergibt sich eine besondere Haftungslage. Daraus folgt, dass es trotz der Haftungsprivatisierung zu einem Nebeneinander von privater Verantwortlichkeit und Staatshaftung kommt. Die Haftung der EBK – genauer: der Eidgenossenschaft für die EBK¹⁵⁰ – ist nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil für den EBK-Beauftragten die Organhaftung gilt. Massgeblich ist vielmehr, wem die Handlung zuzuordnen ist.

3. Verfügung mit konkreter Eingriffsanordnung

Mit Blick auf das Ausgangsbeispiel der Blockierung des Geschäftsgangs ergibt sich dem Gesagten Folgendes: Wenn sich der Untersuchungsbeauftragte auf die reine Ausführung der EBK-Anordnung beschränkt, haftet er nicht. Es stellt sich dann allenfalls die Frage der Staatshaftung.

a) Haftung des Untersuchungsbeauftragten

Das Bankengesetz verpflichtet den Untersuchungsbeauftragten zur Umsetzung von Massnahmen, die von der Aufsichtsbehörde angeordnet werden (Art. 23^{quater} Abs. 1 BankG). Ob sein Verhalten aktienrechtlich eine Pflichtverletzung darstellen würde, weil die Interessen der Gesellschaft nicht gewahrt wurden¹⁵¹, ist irrelevant. Soweit also die Blockierung von der EBK angeordnet wurde und der Untersuchungsbeauftragte diese Anordnung lediglich umsetzt, handelt er nicht pflichtwidrig¹⁵². Folglich muss er auch für den eingetretenen Schaden nicht haften.

¹⁵⁰ Anwendbar ist Art. 3 VG, vgl. BGE 116 Ib 193 E. 1a S. 194 f. Änderung der Rechtsprechung, anders noch BGE 106 Ib 357 E. 2b, S. 361, wo eine Haftung nach Art. 19 VG angenommen wurde. Zu Art. 19 VG vgl. BARBARA SCHAERER, Haftung des Bundes für Dritte als «wachsendes Risiko», ST 2002, S. 1095–1100.

¹⁵¹ Zu diesem Standard siehe BGE 113 II 52 E. 3a S. 56 f. Vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht (Fn. 116), § 13 N 575.

¹⁵² Vgl. BGE 118 Ib 473 E. 2a S. 476; BGE 91 I 449 E. 3 S. 453: Das Element der Widerrechtlichkeit fehlt, wenn eine Amtspflicht ein bestimmtes Handeln gebietet und dieses

Anders verhält es sich, wenn der Beauftragte die Anordnung der EBK nicht pflichtgemäss umsetzt. Er kann direkt gegen die Anordnung verstossen, etwa indem er nicht nur den Geschäftsgang blockiert, sondern gewisse Konten liquidiert. Oder er führt die Anordnung nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aus. Diese Haftungskonstellationen werden noch genauer untersucht¹⁵³, vorerst genügt die Feststellung, dass in solchen Fällen der Untersuchungsbeauftragte der privatrechtlichen Organhaftung untersteht.

b) Haftung der Eidgenossenschaft

Der Bank bleibt in diesen Fällen die Staatshaftungsklage wegen widerrechtlicher Schädigung durch die EBK¹⁵⁴, indem sie geltend macht, die Anordnung an sich sei widerrechtlich. Eine Staatshaftungsklage ist allerdings mit namhaften Schwierigkeiten verbunden:

aa) Subsidiarität und technisches Ermessen

Ist die Anordnung, es seien alle Geschäftsabschlüsse zu untersagen und die Vermögensabflüsse zu unterbinden, bereits in der Einsetzungsverfügung enthalten, so gilt der Grundsatz der Subsidiarität der Staatshaftungsklage¹⁵⁵. Das bedeutet: Die Bank muss zunächst den ihr zustehenden Primärrechtsschutz ausschöpfen und die EBK-Verfügung mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht anfechten. Tut sie das nicht, so verwirkt sie im Regelfall ihren Schadenersatzanspruch im Staatshaftungsverfahren. Ihr wird diesfalls unterstellt, sie habe die hoheitliche Anordnung akzeptiert und durch den Verzicht auf die Ergreifung eines Rechtsmittels in die schädigende Handlung eingewilligt¹⁵⁶.

Bei der Bewertung der Erfolgchancen einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist allerdings in Rechnung zu stellen, dass das Bundesgericht der EBK für die Frage, wie sie ihre Aufsichtsfunktion im Einzelfall wahrnimmt,

fehlerfrei erfolgt. Der Untersuchungsbeauftragte ist allerdings – wie jeder Beauftragte – zu «denkendem Gehorsam» verpflichtet, vgl. URS BERTSCHINGER, Basler Kommentar (Fn. 14), N 23 zu Art. 39 BankG.

¹⁵³ Siehe unten S. 44 (Unsorgfalt).

¹⁵⁴ Siehe oben Fn. 150.

¹⁵⁵ Vgl. BGE 126 I 144 E. 2a S. 147; BGE 119 Ib 208 E. 3c S. 212; BGE 107 Ib 155 E. 2c S. 159; HÄFELIN/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 68), Rn. 2263; GROSS, Staatshaftungsrecht (Fn. 109), 353 f.; FRANZ SCHÖN, Staatshaftung als Verwaltungsrechtsschutz, Basel 1979, 185.

¹⁵⁶ Vgl. BGE 125 I 203 E. 3a S. 206 f. Weitere Nachweise bei GROSS, Staatshaftungsrecht (Fn. 109), 354 Fn. 1327.

einen Entscheidungsspielraum zubilligt, der unter dem Titel des sogenannten «technischen Ermessens» firmiert¹⁵⁷. Wie alle Rechtsfiguren strahlt und funkelt auch das «technische Ermessen» verführerisch am juristischen Sternenhimmel. Orientiert man sich indessen an den grauen Wegweisern der gewöhnlichen Verwaltungsrechtsdogmatik, so steht der EBK kein grösserer Entscheidungsspielraum zu als anderen Verwaltungsbehörden. Daran hat sich das Bundesgericht trotz «Sternenrhetorik» gehalten. Wäre es anders, würde es sich aus seiner judiziellen Verantwortung stehlen¹⁵⁸. Unter dem Titel des «technischen Ermessens» hat die EBK bei der Wahl ihrer Mittel einen gewissen Handlungsspielraum¹⁵⁹, sie muss aber gleichzeitig die Grundsätze des Verfassungs- und des Verwaltungsrechts beachten¹⁶⁰. Dazu gehört insbesondere auch das Prinzip der Verhältnismässigkeit. Wenn mit Blick auf den konkreten Fall eine mildere Massnahme ausreichen würde, um den Gläubiger- und den Systemschutz zu gewährleisten, so muss die EBK die mildere Massnahme wählen. In der Praxis führt dies dazu, dass die EBK einen relativ weiten Spielraum hat, wenn es um Abklärungen geht und um die Entscheidung, ob eine bewilligungspflichtige Tätigkeit vorliegt¹⁶¹. Hier hat das Bundesgericht die Entscheidungen der EBK immer geschützt. Wenn es aber um weitergehende Eingriffe, etwa um Liquidationen mit Auslandsbezug geht, hat das Bundesgericht unter Hinweis auf das Verhältnismässigkeitsprinzip auch schon korrigierend eingegriffen, so etwa im Entscheid *United Investment Bank (UIB)*¹⁶².

¹⁵⁷ Die Rechtsfigur gehört seit BGE 108 Ib 270 E. 2c S. 275 (unter Bezugnahme auf BGE 103 Ib 350 E. 5b S. 354) zum festen Bestandteil der EBK-bezogenen Rechtsprechung des Bundesgerichts. Aus jüngerer Zeit etwa BGE 131 II 306 E. 3.1.2. S. 315 (Klaro), BGE 130 II 351 E. 2.2. S. 355 (UIB), BGE 126 II 111 E. 3b S. 115.

¹⁵⁸ Kritisch zum «technischen Ermessen» auch KLEINER, Kommentar Bankengesetz (Fn. 8, März 1993), N 6 zu Art. 24 BankG; PETER NOBEL, Auskunftsrechte und «technisches Ermessen» der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK), recht 1985, S. 53–57, 55 f.

¹⁵⁹ Konkret: Die Angemessenheit ihrer Anordnungen wird nicht überprüft, eine Korrektur erfolgt einzig im Falle eines eigentlichen Ermessensfehlers. Zum Begriff des Ermessensfehlers vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht (Fn. 68), Rn. 460 ff. Im Zusammenhang mit Anordnungen der EBK kommt der Ermessensfehler insbesondere in Gestalt des Ermessensmissbrauchs und der Ermessensüberschreitung vor.

¹⁶⁰ Siehe die Entscheide oben in Fn. 157.

¹⁶¹ Das Bundesgericht hat zudem signalisiert, dass es – zumindest auf der Abklärungsstufe – im Zweifel für ein Eingreifen der EBK votiert. Vgl. BGer 5A.9/2000 vom 22.3.2001 E. 3d (HIT AG)

¹⁶² BGE 130 II 351 E. 6.2.4 und 5, S. 372 ff. (UIB).

Nach dem Gesagten muss also die Bank im Falle einer konkreten (schriftlichen) Eingriffsverfügung seitens der EBK zunächst die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben. Dabei ist die EBK trotz ihres «technische Ermessens» an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebunden. Gerade den Fall der Globalanordnung, wonach der Geschäftsgang insgesamt zu blockieren sei, wird man unter diesem Gesichtspunkt überprüfen müssen.

Wird die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Bank abgewiesen, so erledigt sich im Regelfall auch die Staatshaftungsklage; eine im Rechtsmittelverfahren als rechtmässig beurteilte Verfügung kann im Staatshaftungsprozess nicht erneut in Frage gestellt werden¹⁶³. Ist die Bank umgekehrt erfolgreich, so fehlt es häufig am Schaden und damit an einem Anlass für die Staatshaftungsklage. Ausnahmefälle sind aber denkbar, etwa der Fall einer schädigenden superprovisorischen Verfügung, die im anschliessenden Rechtsmittelverfahren aufgehoben wird¹⁶⁴, oder der Fall eines Verwaltungsgerichtsverfahrens gegen ein Untersuchungsmandat, das gegenstandslos wird, weil ein Liquidationsentscheid ergeht¹⁶⁵.

bb) Schutznorm und wesentliche Amtspflichtverletzung

Sind die Bedingungen für eine Staatshaftungsklage ausnahmsweise erfüllt, so müssen innerhalb dieser Anspruchsgrundlage die Haftungsvoraussetzungen gegeben sein. Hier steht die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit im Vordergrund.

Den Schaden, den die Bank erleidet, ist ein reiner Vermögensschaden, weshalb die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit grundsätzlich die Verletzung einer einschlägigen Schutznorm voraussetzt. Wie bereits im Zusammenhang mit den Haftungsrisiken der EBK-Beauftragten erörtert, ist zwischen dem Untermass und dem Übermass an Aufsicht zu unterscheiden: Der Bank steht kein Staatshaftungsanspruch für unterlassene Aufsicht sei-

¹⁶³ Vgl. Art. 12 VG sowie die Hinweise oben in Fn. 155.

¹⁶⁴ Zur (allgemeinen) Möglichkeit Staatshaftung, falls die Anfechtung der Verfügung nur noch zur Feststellung von deren Rechtswidrigkeit, aber nicht mehr zu deren Korrektur führen würde: BGE 129 I 139 E. 3.1. S. 142 f., m.w.N.

¹⁶⁵ So etwa die Sachlage in BGer 2A.573/2003 vom 30.7.2004, E. 2.3. In Stichworten: Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten am 23.10.2003. Konkursöffnung am 6.11.2003. Anfechtung der Einsetzungsverfügung am 27.11.2003. BGer, E. 2.3.: «A partir du moment où X. SA ... se trouvent en faillite et qu'un arrêt du Tribunal fédéral ne pourrait aboutir dans son résultat qu'à la constatation d'une éventuelle illicéité des dispositions prises par la Commission fédérale des banques, le problème devra être cas échéant examiné dans une éventuelle procédure en responsabilité.»

tens der EBK zu, wohl aber für schadensstiftende positive Anordnungen der EBK, die sich als fehlerhaft erweisen¹⁶⁶.

Damit sind allerdings noch nicht alle Hürden mit Blick auf die Widerrechtlichkeit überwunden. Die EBK-Verfügung, wonach der Geschäftsgang der Bank zu blockieren sei, ist ein Rechtsakt. Bei Rechtsakten gilt für die Annahme der Widerrechtlichkeit ein qualifiziertes Erfordernis: Sie ist erst dann gegeben, wenn eine wesentliche Amtspflichtverletzung vorliegt¹⁶⁷. Es genügt also nicht, dass sich die EBK-Verfügung über die Blockierung des Geschäftsgangs als fehlerhaft – beispielsweise als unverhältnismässig – herausgestellt hat. Vielmehr muss es sich um eine eindeutige und schwerwiegende Fehlleistung im Kernbereich ihrer Aufgaben handeln. Nur dann ist die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit erfüllt, ohne die eine erfolgreiche Haftungsklage von vornherein aussichtslos ist.

Im Ergebnis sieht sich die Bank also mit erheblichen Schwierigkeiten konfrontiert, wenn die Blockierung des Geschäftsgangs gestützt auf eine Verfügung mit konkreter Eingriffsanordnung erfolgte. Ihre Chancen, in einem Staatshaftungsprozess den daraus resultierenden Schaden erfolgreich geltend zu machen, sind ausserordentlich gering.

4. Verfügung mit Bedarfsklausel

So schwer hat es die Bank im Regelfall nicht. Meistens wird in der Verfügung noch nicht die Detailmassnahme angeordnet, sondern es erfolgt ein allgemeines Mandat an den Untersuchungsbeauftragten, wonach dieser ermächtigt wird, *nötigenfalls* in die Geschäfte der Bank einzugreifen¹⁶⁸. In diesem Fall erübrigt sich für die Bank die Anfechtung der Verfügung, denn es ist noch gar nicht sicher, ob es zum Eingriff und damit zur potentiellen Rechtsverletzung kommt. Erfolgt im Anschluss an die Verfügung effektiv eine Massnahme, so richtet sich das Haftungsregime nach dem Entscheidungsträger (a). Wer allerdings im Einzelfall als Entscheidungsträger anzusehen ist, lässt sich nicht ohne weiteres feststellen (b).

¹⁶⁶ Siehe oben S. 26 (Haftungsrisiken, Untersuchungsbeauftragter).

¹⁶⁷ Vgl. BGE 123 II 577 E. 4d/dd S. 582; BGE 120 Ib 248 E. 2b S. 249; BGE 119 Ib 208 E. 5a S. 215; BGE 118 Ib 163 E. 2 S. 164. Vgl. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI, Verwaltungsrecht (Fn. 67), § 60 Rn. 40 ff.; HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht (Fn. 68), N 2257 ff.

¹⁶⁸ Vgl. den Sachverhalt in BGE 126 II 111, S. 113: Der Untersuchungsbeauftragte wird ermächtigt, in alle Geschäfte der Bank einzugreifen und deren Abschluss zu untersagen, falls dadurch die Interessen der Gläubiger beeinträchtigt werden (Ziff. 3 des Dispositivs der EBK).

a) Haftung des Entscheidungsträgers

In einem ersten Zugriff bietet die Frage nach dem Haftungsregime bei EBK-Verfügungen mit einer Bedarfsklausel wenig Schwierigkeiten. Trifft der Untersuchungsbeauftragte die Entscheidung zum Eingriff und zu den Eingriffsmodalitäten selbständig, so ist dies ein Fall für die Organhaftung mit den dort geltenden Haftungsvoraussetzungen. Erteilt dagegen die EBK bzw. deren Sekretariat¹⁶⁹ dem Untersuchungsbeauftragten die Weisung zur Intervention, so kommen die Regeln über die Staatshaftung zur Anwendung.

Mit Blick auf die Haftung des Untersuchungsbeauftragten verhält es sich somit gleich wie bei der Verfügung mit konkreter Eingriffsanordnung: Die Haftung entfällt, wenn er sich auf die korrekte Mandatsausführung beschränkt¹⁷⁰. Anders verhält es sich bei der Staatshaftung. Diesmal bleibt das Subsidiaritätsprinzip ohne Auswirkung; selbst wenn die Eingriffsanordnung alle Merkmale der Verfügung erfüllen würde, ergeht sie gegenüber dem Untersuchungsbeauftragten und nicht gegenüber der Bank, die somit den Primärrechtsschutz weder ausschöpfen muss noch ausschöpfen kann. Hingegen bleibt es beim Erfordernis der wesentlichen Amtspflichtverletzung. Wenn diese qualifizierte (Widerrechtlichkeits-)Voraussetzung bei einer Verfügung gilt, die im Rechtsmittelverfahren geändert oder aufgehoben wurde, so muss sie umso mehr gelten, wenn die Verfügung rechtskräftig geworden ist. So verhält es sich in der vorliegenden Konstellation, denn der Untersuchungsbeauftragte als Verfügungsadressat wird kein Rechtsmittel ergreifen.

b) Problem der Entscheidungszuweisung

Bei der Verfügung mit Bedarfsklausel bereitet nicht so sehr die abstrakte Rechtsfrage nach dem massgeblichen Haftungsregime Schwierigkeiten, sondern die konkrete Frage nach der Entscheidungsträgerschaft im Einzelfall. Der Untersuchungsbeauftragte erledigt sein Mandat nicht ohne Rücksprache mit der Aufsichtsbehörde. Er rapportiert und die EBK kontrolliert – und zwar fortlaufend. Das bedeutet allerdings nicht, dass die Kommunikation in streng formalisierten Bahnen verläuft¹⁷¹. Letztlich spielt man auf derselben

¹⁶⁹ Die Kompetenzübertragung an das Sekretariat zur Präzisierung des Mandats kann in der Eingriffsverfügung enthalten sein, vgl. etwa BGE 131 II 306 Sachverhalt B S. 308 (Klaro).

¹⁷⁰ Vgl. oben S. 37 (Verfügung mit konkreter Eingriffsanordnung).

¹⁷¹ Vgl. auch HÉRITIER LACHAT, Liquidation et faillite (Fn. 1), 15, für das Liquidationsverfahren: «La collaboration entre l'autorité et les liquidateurs est particulièrement

Seite des Spielfelds, Vieles wird mündlich besprochen und erfolgt als informeller Informations- und Meinungs-austausch. Hinzu kommt, dass man es regelmässig mit Krisensituationen zu tun hat, die schnelle Entscheidungen erfordern. Für solche Situationen im Nachhinein die Entscheidungsverantwortung verbindlich festzustellen, dürfte ausserordentlich schwierig sein – zumal im Einzelfall auch zwischen dem Untersuchungsbeauftragten und der EBK streitig sein kann, ob dieses oder jenes Gespräch den Charakter eines Meinungs-austauschs oder einer Handlungsanweisung hatte.

Gerade bei der praktisch wichtigen Verfügung mit Bedarfsklausel zeigt sich die mithin Schwäche des aktuellen Verantwortlichkeitsrechts. Auf der einen Seite findet eine enge und informelle Zusammenarbeit der EBK mit ihren Beauftragten statt, was für eine sachgerechte und effiziente Aufsicht förderlich ist. Diese Praxis verträgt sich indessen schlecht mit einer Haftungsordnung, die von klar sichtbaren und abgrenzbaren Verantwortlichkeiten ausgeht. Von der Bank wird erwartet, dass sie sich mutig in die Grauzone undurchsichtiger Entscheidungsprozesse stürzt und sich für einen Weg entscheidet: Entweder sie wählt die private Organhaftungsklage, oder sie wählt die Staatshaftung. Ein kurzfristiger Fahrbahnwechsel ist nicht möglich, weil die Wege zu verschiedenen Gerichten führen.

5. Folgen für das Haftungsrisiko des Untersuchungsbeauftragten

Welches Haftungsrisiko trägt nach alledem der Untersuchungsbeauftragte? Bei der Verfügung mit konkreter Eingriffsanordnung ist sein Risiko fraglos geringer als bei der Verfügung mit Bedarfsklausel, weil ein Teil der potentiellen Fehlerquellen bei der anordnenden Aufsichtsbehörde verbleibt. Bei der Verfügung mit Bedarfsklausel kann dagegen die EBK ihr eigenes Haftungsrisiko erheblich reduzieren, indem sie dem Untersuchungsbeauftragten in der Verfügung einen Ermessensspielraum einräumt und dann zur Einsatzfrage oder zu den Modalitäten schweigt. Ihre Haftung besteht dann noch hinsichtlich der sorgfältigen Auswahl und Aufsicht – wobei die Aufsichtspflichten angesichts des Ermessensspielraums des Beauftragten nur in Extremsituationen haftungsbegründend wirken¹⁷². Abgesehen von dieser

étroite et est décrite par les intéressés (du moins par le secretariat de la CFB) comme très bonne.»

¹⁷² Die EBK trifft eine Aufsichtspflicht, die sie über ihr Weisungsrecht ausüben kann und muss. Wenn ihr beispielsweise ein Fehlverhalten angezeigt wird und sie nicht reagiert, wirkt dies haftungsbegründend. Der Anspruch gegen die Eidgenossenschaft tritt dann

unterschiedlichen «Ausbreitung» des Haftungsrisikos stellt sich aber auch die Frage, welches denn überhaupt Fehlerquellen sein könnten, die zu einer Haftung des Untersuchungsbeauftragten führen. Das ist die Frage nach den möglichen Pflichtverletzungen, bei denen man zwei Konstellationen unterscheiden kann: Der Regelverstoss und die Sorgfaltspflichtverletzung.

a) Direkter Regelverstoss

Der Untersuchungsbeauftragte kann unmittelbar gegen die Einsatzungsverfügung verstossen. Dies ist etwa der Fall, wenn er in die Geschäftsabläufe eingreift, obwohl die Einsatzungsverfügung seine Kompetenz auf ein Prüfungsmandat beschränkt, oder – was allerdings nur im Falle einer Gläubigerklage relevant wird – wenn er trotz konkreter Eingriffsanordnung keine Eingriffshandlung vornimmt. Sind in solchen Fällen die weiteren Haftungs Voraussetzungen gegeben, muss der Untersuchungsbeauftragte für seine Handlung einstehen.

b) Unsorgfalt

Pflichtwidrig handelt der Untersuchungsbeauftragte auch dann, wenn er sein Mandat unsorgfältig ausübt. Unstreitig ist der Sorgfaltsmassstab objektiviert: Es gelten die Anforderungen, die generell an einen sorgfältigen Untersuchungsbeauftragten gestellt werden¹⁷³. Dabei kann man verschiedene mögliche Vorwürfe unterscheiden: Der Untersuchungsbeauftragte hat zu wenig getan oder zu langsam gehandelt («Lehnstuhl-Approach»), oder er hat zuviel getan oder zu schnell gehandelt («Overkill-Approach»). Im Zusammenhang der Haftungsklage der Bank wegen Blockierung des Ge-

neben den Anspruch gegen den EBK-Beauftragten. Zur aufsichtsrechtlichen Unterordnung der Beauftragten siehe BGer 2A.119/2002 E. 2. Zur haftungsbegründenden Aufsichtspflicht bei der Übertragung öffentlicher Aufgaben an Private siehe GROSS, Staatshaftungsrecht (Fn. 109), 275 ff.

¹⁷³ Man fragt, welches Verhalten billigerweise von einer abstrakt vorgestellten, ordnungsgemäss handelnden EBK-Beauftragten in einer vergleichbaren Situation erwartet werden darf. Vgl. etwa EBK-Bull 47 (2005), 89 f. (Der Sorgfaltsmassstab der Revisionsstelle ist objektiviert und diese hat nach den anerkannten Grundsätzen des Berufsstandards vorzugehen). Für das Aktienrecht siehe BGE 99 II 176 E. 1 S. 179; BGE 113 II 52 E. 3a S. 56; BGE 122 III 195 E. 3a S. 198: Verpflichtung zu *aller* Sorgfalt, nicht nur zur Vorsicht, die man in eigenen Geschäften anzuwenden pflegt. Vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht (Fn. 116), § 13 N 575.

schäftsgangs steht der Overkill-Approach im Vordergrund¹⁷⁴. Der Vorwurf wird lauten, Untersuchungsbeauftragte habe überstürzt gehandelt, oder er habe die ihm formal zustehende Eingriffskompetenz übermässig beansprucht, indem er undifferenziert eine Globalblockierung anordnete.

aa) Überstürztes Handeln

Der Vorwurf des überstürzten Handelns wurde beispielsweise im Fall der Klaro GmbH erhoben¹⁷⁵. Die Klaro GmbH war eine Gesellschaft, die ungewilligerweise Publikumsgelder entgegennahm. Die EBK verfügte ihre Auflösung und sofortige Liquidation und ordnete die Blockierung des Geschäftsgangs an. Die Liquidatorin schloss daraufhin innerhalb von wenigen Minuten alle offenen Devisenhandelsposten der Klaro, was nach Ansicht der Gesellschaft völlig überstürzt geschah und zu einem Schaden in Höhe von rund 960'000 Franken führte. Im weiteren Verfahrensverlauf erwies sich die Klaro als überschuldet, die EBK eröffnete den Konkurs und setzte die bisherige (aufsichtsrechtliche) Liquidatorin als Konkursliquidatorin ein. Die Klaro blieb mit ihren multiplen Verwaltungsgerichtsbeschwerden erfolglos¹⁷⁶, im März 2005 wurde der Kollokationsplan aufgelegt.

Bezüglich des Vorwurfs des überstürzten Handelns hielt das Bundesgericht fest, die Schliessung sei «offenbar ohne fachmännische Analyse»¹⁷⁷ erfolgt. Es kann also Fälle geben, in denen das Bundesgericht einen Overkill-Approach identifiziert und als solchen benennt. Im konkreten Fall war allerdings nur die Rechtmässigkeit der Konkursliquidation zu entscheiden. Um die Haftungsfrage kam das Bundesgericht also herum, es begnügte sich mit dem Hinweis, dass Haftungsansprüche gegen die Bankenkommision im Staatshaftungsverfahren geltend zu machen seien, während die Liquidatorin

¹⁷⁴ Die Bank könnte die pflichtwidrige Unterlassung (Lehnstuhl-Approach) auch gar nicht geltend machen, denn sie ist – im Gegensatz zu den Gläubigern – vor unterlassenen Aufsichtshandlungen nicht geschützt, siehe dazu oben S. 26 (Untersuchungsbeauftragter).

¹⁷⁵ Zum Ablauf der Ereignisse siehe auch HÉRITIER LACHAT, Liquidation et faillite (Fn. 1), 5 f.

¹⁷⁶ Vgl. BGE 131 II 306 (Klaro).

¹⁷⁷ BGE 131 II 306 E. 4.3.2. S. 323 (Klaro). Zu den besonderen Sorgfaltspflichten der Liquidatorin bei der Intervention vgl. BOVET, Observateurs et Liquidateurs (Fn. 8), 77: «On ne peut généralement pas leur appliquer des principes de liquidation en tous points semblables à ceux retenus pour la plupart des entreprises industrielles et commerciales. Pour certaines opérations, une vision plus «dynamique» s'impose: notamment, il convient parfois d'attendre le dénouement d'une transaction à moyen terme plutôt que de procéder à une exécution rapide, dans une pure perspective statique.»

allenfalls nach den Bestimmungen des Aktienrechts hafte¹⁷⁸. Die praktisch schwierige Frage des anwendbaren Haftungsregimes liess es offen.

bb) Zu weitgehendes Handeln

Bei der anderen Form des «Overkill-Approachs» geht es um den Vorwurf, der Untersuchungsbeauftragte habe zu weitgehende Eingriffshandlungen vorgenommen. Diese Frage stellt sich namentlich im Kontext von Globalblockaden, wie sie dem vorliegenden Beispielsfall zugrunde liegt. Der Untersuchungsbeauftragte hat nicht nur die erforderliche Diskretion und Fachkunde walten zu lassen, er muss sein Handeln auch an den bankengesetzlichen Schutzziele, nämlich den Gläubiger- und den Systemschutz, ausrichten¹⁷⁹.

Bei den EBK-Beauftragten steht für die Sorgfaltspflicht der Gläubigerschutz im Vordergrund, soll mit ihrem Einsatz doch regelmässig verhindert werden, dass in letzter Minute noch Gelder abfliessen, die sonst zur Deckung der Gesamtheit der Gläubigerforderungen notwendig gewesen wären. Sorgfältig handelt derjenige Untersuchungsbeauftragte, der erstens alles tut, um dieses Ziel zu erreichen, der aber zweitens auch nicht mehr tut, als unter diesem Gesichtspunkt erforderlich ist.

Für das Ausgangsbeispiel der Blockierung des Geschäftsgangs ergibt sich daraus, dass unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes die Sorgfaltshürden für eine solche Global-Massnahme hoch sind. Im Regelfall muss der sorgfältige Untersuchungsbeauftragte die Frage der Blockierung einzelfall- oder gruppenweise prüfen, etwa im Hinblick auf Vermögenstransaktionen auf gewissen Konten oder bezüglich gewisser Länder.

6. Fazit

Die beispielhafte Anwendung des aktuellen Haftungsregimes zeigt die Schwächen der Haftungsprivatisierung für EBK-Mandate. Weil die Staatshaftung dennoch möglich bleibt, kommt es zu einem Haftungssplitting und damit zu einer Rechtsunsicherheit über den einzuschlagenden Klageweg. Diese Rechtsunsicherheit erreicht im Kontext der EBK-Mandate die Grenze der Unzumutbarkeit: Was im ersten Zugriff als klar erkennbare Gabelung der Haftungswege erscheint, erweist sich aufgrund der praktischen Rah-

¹⁷⁸ BGE 131 II 306 E. 4.3.3. S. 324 (Klaro).

¹⁷⁹ Siehe oben S. 36 (Pflichtwidrigkeit: Bankengesetzliche Parameter).

menbedingungen der Entscheidung über den Eingriff und seine Modalitäten als Fallgrube für die Haftungskläger.

V. Voraussichtliche Neuregelung (FinmaG)

Die Unzulänglichkeiten des aktuellen Haftungsregimes sind möglicherweise nicht von Dauer. Das neue Finanzmarktaufsichtsgesetz (FinmaG) sieht für die EBK-Beauftragten die Rückkehr zur Staatshaftung vor (1.). Die Regelung bringt Vorteile (2.), aber nicht nur: Was letztlich vorgeschlagen wird, ist ein weitgehender Haftungsausschluss zugunsten der Aufsichtsbehörde und ihrer Beauftragten (3.).

1. Rückkehr zur Staatshaftung

Der rasche Wandel im Finanzmarktrecht zeigt sich nicht zuletzt im Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit der EBK-Beauftragten. Am 1. Juli 2004 wurde mit dem neuen Art. 39 Abs. 2 BankG die Haftungsprivatisierung in Kraft gesetzt, am 1. Februar 2006 wurde die Botschaft zum neuen Finanzmarktaufsichtsgesetz (FinmaG) verabschiedet, welche die ersatzlose Streichung von Art. 39 Abs. 2 BankG vorsieht¹⁸⁰. Die Haftung der Beauftragten soll sich stattdessen wieder nach dem Verantwortlichkeitsgesetz richten (Art. 19 Abs. 1 E-FinmaG), wobei die Untersuchungsbeauftragten, Sanierungsbeauftragten, Liquidatorinnen und die beigezogenen Dritten in einem Klammerzusatz ausdrücklich erwähnt werden¹⁸¹.

Einer Präzisierung bedarf es hinsichtlich der Liquidatorinnen. Die Botschaft selbst erwähnt in der Kommentierung zu Art. 19 E-FinmaG einzig die aufsichtsrechtliche Liquidatorin nach Art. 23^{quinquies} BankG. Die Staatshaftung gilt aber gleichermassen für die konkursrechtliche Liquidatorin nach Art. 33 Abs. 2 BankG; dass sie nicht aufgeführt wird, ist ein Versehen. Im Vorgang zur definitiven Verabschiedung der Botschaft war die Einführung der Staatshaftung für die Beauftragten im Insolvenzverfahren (Sanierungsbeauftragter, konkursrechtliche Liquidatorin) aufgrund der entsprechenden Regelung im SchKG unstrittig. Eine Unklarheit bestand lediglich bezüglich der aufsichtsrechtlichen Liquidatorin, weil das von ihr durchgeführte Verfahren im wesentlichen den Vorgaben des Obligationenrechts folgt. Die Argumente

¹⁸⁰ Botschaft FinmaG (Fn. 30), BBl 2006, 2901.

¹⁸¹ Art. 19 E-FinmaG, BBl 2006, 2993.

zugunsten der Staatshaftung für die aufsichtsrechtlichen Liquidatorinnen fanden aber schliesslich Gehör¹⁸². Mit ihrer ausdrücklichen Erwähnung in den Erläuterungen zu Art. 19 E-FinmaG wurden die vorerwähnten Unklarheiten ausgeräumt; dabei vergass man die Erwähnung der unstrittigen Konstellation, nämlich die Staatshaftung für die konkursrechtlichen Liquidatorinnen.

Vom Staatshaftungsrecht ausdrücklich ausgenommen werden die Revisionsgesellschaften (neu: Prüfgesellschaften), soweit sie von der Bank selbst eingesetzt werden und somit mit der Bank vertraglich verbunden sind¹⁸³. Das entspricht der heutigen Regelung in Art. 39 Abs. 1 BankG, die auch unter dem FinmaG unverändert weiter gelten soll. Soweit die Finma für eine Prüfung Dritte bezieht, gilt wiederum die Staatshaftung¹⁸⁴. Entscheidend für die Haftungsfrage wird somit sein, ob zwischen der Bank und der fraglichen Person oder Gesellschaft eine Vertragsbeziehung besteht. Besteht eine solche Beziehung, gilt das aktienrechtliche Verantwortlichkeitsrecht. Fehlt sie, gilt das Staatshaftungsrecht.

2. Vorteil: Rechtssicherheit

Die Einführung der Staatshaftung für die EBK-Beauftragten in Art. 19 Abs. 1 E-FinmaG würde das aktuelle Haftungssplitting und die damit verbundene Rechtsunsicherheit beseitigen. Anspruchsgegnerin bei einer Haftungsklage der Bank bzw. der Bankgläubiger wäre einzig die Finma, die gestützt auf das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes haftet. Was sich im Innenverhältnis zwischen der Finma und ihren Beauftragten abgespielt hat, ob eine konkrete Massnahme auf (mündliche) Anordnung erfolgte oder eine eigenstän-

¹⁸² Kurzfassung der Argumente: (1) Die aufsichtsrechtlichen Liquidation dient der «Finanzplatzhygiene» und gehört zu den Kernaufgaben des Aufsichtsrechts und der Behörde, die mit seiner Durchsetzung betraut ist. (2) Die Liquidatorinnen werden von der EBK eingesetzt und überwacht; der EBK kommt ein Weisungsrecht zu, das sie auch effektiv ausübt. (3) Aufsichtsrechtliche Liquidationen werden häufig in konkursrechtliche Liquidationen umgewandelt. Dabei gilt die Praxis des Mehrfachmandats: Dieselbe Person nimmt beide Funktionen wahr. Da die konkursrechtlichen Liquidatorinnen der Staatshaftung unterstellt sind (sic!), käme es zu einem sachlich nicht begründbaren Wechsel des Haftungsregimes.

¹⁸³ Botschaft zum FinmaG (Fn. 30), BBl 2006, 2871.

¹⁸⁴ Das ergibt sich auch aus Art. 24 E-FinmaG, BBl 2006, 2024: Der Ausdruck «Prüfgesellschaft» wird für die von den beaufsichtigten Instituten selbst eingesetzten Gesellschaften verwendet, die von der EBK beigezogenen Prüfer werden als «Dritte» bezeichnet.

dige Ermessensausübung des EBK-Beauftragten darstellte, wäre im Rahmen einer Haftungsklage nicht von Bedeutung.

Dass sodann die vorgesehene Neuordnung für die EBK-Beauftragten eine erhebliche Besserstellung bedeuten würde, steht ausser Frage. Die Staatshaftung nach Verantwortlichkeitsgesetz ist eine ausschliessliche Haftung; Anspruchsgegnerin ist allein die Aufsichtsbehörde, eine direkte Klage gegen die Beauftragten ist ausgeschlossen (Art. 3 Abs. 3 VG). Als Haftungsrisiko bleibt der Regressfall gemäss Art. 7 VG, doch haften diesfalls die Beauftragten nur für Absicht und grobe Fahrlässigkeit, und nicht – wie im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht – für jedes Verschulden.

3. Nachteil: Faktischer Haftungsausschluss

Der Vorteil der Rechtssicherheit kommt allerdings für die Haftungskläger zum Preis eines faktischen Haftungsausschlusses. Dem Umstieg auf das systemangemessene Staatshaftungsrecht im ersten Absatz von Art. 19 E-FinmaG folgt nämlich im zweiten Absatz die Haftungsbeschränkung: Die Finma und die von ihr Beauftragten haften nur, wenn sie (a) wesentliche Amtspflichten verletzt haben und (b) die Schäden nicht auf Pflichtverletzungen einer oder eines Beaufsichtigten zurückzuführen sind.

a) Wesentliche Amtspflichtverletzungen

Als erste Einschränkung der Haftung nennt Art. 19 Abs. 2 lit. a E-FinmaG die wesentlichen Amtspflichtverletzungen. Dieses qualifizierte Erfordernis der Widerrechtlichkeit gilt sonst nur bei gerichtlichen Urteilen und behördlichen Verfügungen¹⁸⁵. Mit der vorgesehenen Neuregelung wird es auf die gesamte Aufsichtstätigkeit ausgedehnt. Unabhängig davon, ob die Behörde eine Verfügung erlässt, ob sie eine Tathandlung begeht, ob sie ihren Beauftragten informelle Weisungen erteilt oder ob die Beauftragten in eigenem Ermessen und ohne Rücksprache handeln: Die haftungsbegründende Widerrechtlichkeit liegt nur vor, wenn die Behörde in der Ausübung ihrer Funktion einen eindeutigen und gravierenden Fehler begangen hat, der im Kernbereich ihrer Aufgaben liegt; hingegen genügt es nicht, dass sich die Entscheidung später als unrichtig, gesetzeswidrig oder gar willkürlich er-

¹⁸⁵ Die qualifizierte Anforderung soll verhindern, dass die Aufhebung von gerichtlichen Urteilen oder behördlichen Verfügungen im Rechtsmittelverfahren gleichsam die Möglichkeit einer Staatshaftungsklage eröffnet. Vgl. BGE 123 II 577 E. 4d/dd S. 582. Siehe auch HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht (Fn. 68), Rn. 2259.

weist¹⁸⁶. Gerechtfertigt wird diese weitgehende Haftungsbeschränkung mit den Risiken und der Komplexität der Aufsichtsaufgaben¹⁸⁷.

Wenn also beispielsweise die Finma in einem Untersuchungsverfahren gewisse Unterlagen nicht zur Entscheidung beigezogen hat, so mag die Verfügung wegen Willkür aufgehoben werden. Daraus folgt aber nicht zwingend, dass das Widerrechtlichkeitserfordernis bei der Staatshaftungsklage erfüllt ist. Gänzlich ausgeschlossen ist allerdings die Staatshaftungsklage nicht. So hat das Bundesgericht eine wesentliche Amtspflichtverletzung im Falle eines Konkursrichters bejaht, der nach erfolgter Konkurserkennntnis drei Wochen mit der Mitteilung des Entscheides zuwartete¹⁸⁸. Ähnliche Fälle sind auch im Bankenkontext denkbar, etwa wenn der Untersuchungsbeauftragte oder die Prüfgesellschaft Mängel feststellen, die nach sofortigen Massnahmen rufen, und Wochen vergehen, bevor sie der Aufsichtsbehörde Meldung erstatten¹⁸⁹. Erfolgt hingegen die Meldung nach wenigen Tagen, so liegt auch darin eine Pflichtverletzung, doch wird sie möglicherweise nicht den Grad einer wesentlichen Amtspflichtverletzung erreichen, weil es sich nicht um einen gravierenden Fehler handelt.

Gleiches gilt für den Untersuchungsbeauftragten, der den Geschäftsgang blockiert: Die Feststellung des Bundesgerichts im Klaro-Fall, die Schliessung aller offenen Devisenhandelsposten innerhalb von wenigen Minuten sei «offenbar ohne fachmännische Analyse» erfolgt¹⁹⁰, würde für die Bejahung einer haftungsbegründenden Pflichtwidrigkeit ohne weiteres genügen. Ob das Bundesgericht darin auch eine wesentliche Amtspflichtverletzung sehen würde, kann nicht mit gleicher Sicherheit gesagt werden.

b) Keine Pflichtverletzung des Beaufsichtigten

Die Haftungsbeschränkung über den Weg der «wesentlichen Amtspflichtverletzung» wird in Art. 19 Abs. 2 lit. b E-FinmaG mit der *zusätzlichen* Bedingung verknüpft, dass keinerlei private Pflichtverletzung neben das Fehlverhalten der Aufsichtspersonen treten darf. Solche Pflichtverletzungen können gemäss Botschaft in der Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen

¹⁸⁶ Vgl. BGer 2A.246/2005 vom 27.4.2005 E. 2.2; BGE 119 Ib 208 E. 5a S. 215; BGE 118 Ib 163 E. 2 S. 164; BGer 2A.186/2005 vom 8.4.2005 E. 4.2; BGer 2C.2/2005 vom 8.12.2005 E. 3.

¹⁸⁷ Vgl. Botschaft zum FinmaG (Fn. 30), BBl 2006, 2872.

¹⁸⁸ BGE 120 Ib 248 E. 2b/cc S. 250 (Wesentliche Amtspflichtverletzung angesichts der weitreichenden Bedeutung des Konkurserkennntnisses).

¹⁸⁹ Vgl. hierzu auch Botschaft zum FinmaG (Fn. 30), BBl 2006, 2872.

¹⁹⁰ BGE 131 II 306 E. 4.3.2. S. 323 (Klaro).

oder von privatrechtlichen Sorgfaltspflichten liegen¹⁹¹. Wird auch nur *ein Teil* des Gesamtschadens auf diese Weise vom Finanzdienstleister verantwortet, dann soll nach der Botschaft die Haftung der Finma auch im Falle einer wesentlichen Amtspflicht ganz entfallen. Der Verursachungsanteil der Behörde wird «diesfalls für den Schaden nicht mehr als kausal angesehen und tritt damit vollständig in den Hintergrund.»¹⁹²

Für die in der Praxis relevanten Fälle ist nun aber ein Pflichtverletzungsanteil des Finanzintermediärs gerade typisch. Im Fall der Klaro GmbH wurde das Geschäft ohne Bewilligung und ohne genügende Mittel geführt, was auch unabhängig von Aufsichtsfehlern bereits zu einer Gläubigerschädigung geführt hätte¹⁹³. Nach der nun vorgeschlagenen Haftungsregelung dürften die Beauftragen in dieser Situation selbst wesentliche Amtspflichtverletzungen begehen, ohne dass dieser zusätzliche Schadensanteil – die Klaro sprach von einer knappen Million Franken – von der Staatshaftung erfasst wären und damit den Gläubigern zugute kämen. Die als Haftungsbedingung formulierte Klausel entpuppt sich als weitgehender Haftungsausschluss selbst für gravierendes Fehlverhalten der Aufsichtsbehörde.

Dasselbe gilt in den mindestens gleich relevanten Fällen einer Amtspflichtverletzung durch Untätigkeit. Wenn die Finma in Zukunft bei den Dieter Behrings dieser Welt nicht interveniert, obwohl alle Anhaltspunkte vorliegen, dass es an der Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung fehlt oder dass gar betrügerische Machenschaften vorliegen, so wird sie stets von jeder Haftung frei bleiben. Denn gerade in denjenigen Fällen, bei denen ein Einschreiten gefordert wäre, ist in aller Regel bereits ein schädigendes privates Fehlverhalten vorhanden.

Darüber hinaus stellt sich das FinmaG mit der Regelung über die konkurrenzierende Pflichtverletzung quer zum geltenden Massstab der Adäquanz. Danach ist massgeblich, ob die Pflichtverletzung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet war, den eingetretenen Schaden zu bewirken¹⁹⁴. Eine Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs wird nur dann angenommen, wenn eine weitere Ursache als derart intensiv erscheint, dass sie die andere verdrängt

¹⁹¹ Botschaft zum FinmaG (Fn. 30), BBl 2006, 2872.

¹⁹² Botschaft zum FinmaG (Fn. 30), BBl 2006, 2848.

¹⁹³ Zum Klaro-Fall siehe oben S. 45 (Überstürztes Handeln).

¹⁹⁴ Für die Geltung der Adäquanzformel im Staatshaftungsrecht siehe etwa BGer 2C./2001 vom 3.7.2003 E. 6.2 (Leukerbad). Für die Lehre vgl. etwa SCHÖN, Staatshaftung (Fn. 155), 22, m.w.N. sowie JOST GROSS, Staatshaftung für unterlassene Finanzaufsicht, AJP 2002, S. 747–753, 751.

und als unbedeutsam erscheinen lässt¹⁹⁵. Demgegenüber fingiert das FinmaG zugunsten der Aufsichtsbehörde einen Unterbruch der Kausalität, sobald der Finanzdienstleister eine noch so unbedeutende weitere Schadensursache setzt. Die Botschaft führt dazu aus, die Finanzmarktakteure müssten eigenverantwortlich handeln und es könne nicht die Aufgabe des Staates sein, die Verantwortung für deren pflichtwidriges Verhalten zu übernehmen¹⁹⁶. Das Argument geht in zweifacher Hinsicht an der Sache vorbei: Erstens bedarf die Berücksichtigung der Eigenverantwortung keiner solchen Sonderregelung; ein allfälliges Selbstverschulden wird im Haftpflichtrecht bei der Bemessung des Schadens berücksichtigt¹⁹⁷. Zweitens handelt es sich bei den Geschädigten häufig um die Gläubiger bzw. Anleger. Es mag nicht Aufgabe des Staates sein, die Verantwortung für das pflichtwidrige Verhalten der Finanzmarktakteure zu übernehmen. Fraglos ist es aber seine Aufgabe, die Gläubiger und Anleger zu schützen, indem er das pflichtwidrige Verhalten der Finanzmarktakteure unterbindet¹⁹⁸. Geschieht dies nicht oder geschieht es in einer Weise, welche das vorhandene Vermögenssubstrat weiter reduziert, so ist nicht einzusehen, warum er dafür die Verantwortung nicht übernehmen sollte.

4. Fazit

Die neue Haftungsregelung des FinmaG schafft mit Blick auf die EBK-Mandate in zweifacher Hinsicht Rechtssicherheit. Einerseits wird das unklare Nebeneinander von privater Organhaftung und Staatshaftung durch die reine Staatshaftung abgelöst. Andererseits – auch insofern besteht nun «Rechts»-Sicherheit – wird die Haftung für alle relevanten Fallgruppen ausgeschlossen. Was an Haftungskonstellationen übrig bleibt, ist Stoff für Kommentare und Lehrbücher¹⁹⁹. Während die Beschränkung der Haftung auf Fälle wesentlicher Amtspflichtverletzungen zwar einen weitgehenden, aber

¹⁹⁵ BGE 116 II 519 E. 4b S. 524, m.w.N.

¹⁹⁶ Botschaft zum FinmaG (Fn. 30), BBl 2006, 2872.

¹⁹⁷ Vgl. Art. 44 OR, dessen Regelungsinhalt auch für das Staatshaftungsrecht zu beachten ist.

¹⁹⁸ Siehe schon oben in Fn. 121: «La protection des créanciers est l'objectif principal; elle apparaît comme la toile de fond de la loi.» Sten. Bull StR 1970, 296.

¹⁹⁹ Etwa der folgende Fall: Eine Bank führt ihre Geschäfte absolut einwandfrei. Trotz Fehlens jeglicher Anhaltspunkte wird mittels superprovisorischer Verfügung ein Untersuchungsbeamter eingesetzt, der unter größter Missachtung bankengesetzlicher Grundsätze einen Schaden anrichtet.

letztlich nachvollziehbaren Schritt darstellt, lässt sich der Systembruch bei der Kausalitätsregelung unter keinem ersichtlichen Gesichtspunkt rechtfertigen. Wollte man die Haftung angesichts der hohen Schadenssummen weitergehend beschränken, wäre eine summenmässige Obergrenze eine überzeugendere Lösung. Denn damit vermeidet man die Belastung der öffentlichen Kassen, ohne die Aufsichtsbehörde aus der Verantwortung zu entlassen.

VI. Schluss

Die zunehmende Bedeutung und Komplexität finanzmarktrelevanter Vorgänge führt zu wachsenden Aufgaben der Finanzmarktaufsicht. Diese Aufgaben werden heute vermehrt an Private übertragen. Das System der EBK-Mandate hat sich bewährt, weil man im Einzelfall auf die einschlägige Fachkompetenz zurückgreifen kann, ohne die Staatskasse mit permanenten Verwaltungsstellen zu belasten. Unbefriedigend ist dagegen die dazu entworfene Haftungsregelung. Die EBK-Beauftragten sind Beliehene, denen der Staat Verwaltungsaufgaben überträgt. Für Beliehene gilt generell das Staatshaftungsrecht; die private Organhaftung der EBK-Beauftragten stellt in dieser Hinsicht einen Systembruch dar, der in praktischer Hinsicht zudem die Klagemöglichkeiten der Geschädigten übermässig beschneidet. Die vorgesehene Neuordnung der Haftung im FinmaG beseitigt diese Unzulänglichkeit, indem die Beauftragten der Staatshaftung unterstellt werden. Die Neuregelung ist daher im Grundsatz zu begrüßen. Nachvollziehbar ist angesichts der hohen Schadenssummen und der vielschichtigen Herausforderungen auch das Bedürfnis nach einer Haftungsbeschränkung. Was allerdings aktuell zur Diskussion steht, ist ein umfassender Haftungsausschluss für fehlerhafte Aufsichtstätigkeit. Diesbezüglich ist zu bedenken, dass das Prinzip des Moral Hazard nicht nur für die Banken gilt, sondern auch für ihre Aufsichtsbehörde: Wo es an der Verantwortlichkeit fehlt, handelt man leichter verantwortungslos.

Die Haftung der Banken für Kundendatendiebstahl

Martin Hess, Zürich

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	56
I. Bedrohungsszenarien aus der Praxis.....	57
1. Fall 1: Der schlichte Fehler.....	57
2. Fall 2: Der böswillige Mitarbeiter.....	58
3. Fall 3: Ausländische Rechtsordnungen verlangen Zugriff auf Daten.....	58
4. Fall 4: Der böse Hacker – Eingriff von Dritten ohne behördliche Rechtfertigung bei Subprovidern der Bank.....	59
II. Der Begriff 'Kundendaten'.....	60
1. Personendaten.....	60
2. Anonymisierung von Daten.....	61
III. Relevante Rechtsgrundlagen.....	62
1. Aufsichtsrecht: Organisationsanforderungen an die Bank im BankG.....	62
a) Anforderungen an die Organisation.....	62
b) Das EBK-Rundschreiben 99/2 Outsourcing.....	63
c) Pflicht zur Information der Kunden über Outsourcing.....	64
2. Das Datenschutzgesetz.....	65
a) Datenschutz.....	65
b) Datensicherheit.....	67
3. Vertrag.....	69
a) Generelle Umschreibung des Geltungsbereiches des Bankgeheimnisses im Vertrag.....	70
b) Umschreibung des Geltungsbereiches des Bankgeheimnisses bezogen auf bestimmte Arten der Kommunikation mit der Bank oder auf bestimmte Dienstleistungen.....	71

IV. Haftung.....	78
1. Vertragliche Haftung.....	78
a) Nicht gehörige Erfüllung, d.h. Vertragsverletzung	78
b) Schaden.....	78
c) Das Selbst- resp. Drittverschulden.....	80
d) Misslingen des Exkulpationsbeweises	81
e) Auswirkungen der Sphärentheorie.....	82
f) Informationspflicht zur Vermeidung von Kundendatendiebstahl.....	83
g) Informationspflicht der Bank bei Verletzung der Geheimhaltungspflicht.....	84
h) Die Stellung der von der Bank beigezogenen Dritten.....	84
2. Haftung aus unerlaubter Handlung	87
3. Genugtuung (Art. 49 OR).....	88
4. Persönlichkeitsverletzung (Art. 28 ZGB).....	88
5. Datenschutzgesetz (Art. 15 DSGVO).....	89
V. Aufsichtsrechtliche Sanktionen.....	89
VI. Strafrechtliche Sanktionen.....	89
VII. Folgerungen.....	90

Einleitung

Das Finanzsystem produziert, überträgt, verarbeitet und speichert Informationen. Diese geben beispielsweise Auskunft darüber, wie viel Geld auf den Konten der Bankkunden liegt, wem diese Kunden wie viel bis wann schulden oder wie sich die Preise von Wertschriften entwickeln¹. Banken müssen von Gesetzes wegen Daten über ihre Kunden sammeln, beispielsweise für die Zwecke der Geldwäschereibekämpfung und Kreditfähigkeitsprüfung².

Informationssicherheit – verstanden als umfassendes Konzept, das neben der technischen IT-Infrastruktur sämtliche Bereiche abdeckt, die in die Ver-

¹ N. BLATTNER, Referat vom 29. November 2005: IT im Finanzsektor, Aspekte der Regulierung und Überwachung, S. 1.

² C. LOMBARDINI, Droit bancaire Suisse, Genève 2002, p. 630.

arbeitung, Übertragung, Speicherung und Sicherung von Informationen involviert sind – ist demzufolge ein zentrales Element des Finanzsystems³.

Das Vertrauen ist für die Banken essentiell: «Das Verhältnis von Kreditinstituten zu ihren Kunden ist durch eine besondere Vertrauensbeziehung geprägt, die Interessenwahrungs-, Schutz- und Loyalitätspflichten begründet.»⁴ In den Worten des Bundesgerichts⁵:

«Les relations entre les banques et leurs clients dépendent dans une large mesure de la confiance de ces derniers dans la discrétion dont la banque fera preuve à l'égard des faits touchant à la sphère privée du client. Si disparaît la garantie que de tels faits, révélés ou appris, resteront secrets, disparaît du même coup la confiance à cet égard du client envers la banque, et s'effondre ainsi l'une des conditions essentielles d'une activité bancaire viable.»

Bei einem Leck im Sicherheitsdispositiv und einem Verlust von Kundendaten resultiert ein grosser Reputationsverlust für die betroffene Bank. Ebenfalls betroffen ist einer der Hauptzwecke der Aufsichtsgesetzgebung, der Gläubigerschutz.

I. Bedrohungsszenarien aus der Praxis

1. Fall 1: Der schlichte Fehler

Die Citigroup hat anfangs Juni 2005 3.9 Millionen Kundenlisten beim Transport von Backup-Datenträgern mit dem Paketdienst UPS verloren⁶.

Die Zürcher Kantonalbank (ZKB) versandte anfangs Februar 2006 irrtümlich ein 13-seitiges Fax an die falschen Empfänger, darunter auch Medien. Das Fax enthielt vertrauliche Daten, so dass die ZKB einen Rückruf starten musste. Die ZKB ersuchte die Empfänger in einer Mitteilung, die Daten «umgehend und vollständig» zu vernichten und dies der ZKB in einer Erklärung zu bestätigen. Laut ZKB beruht der Vorfall auf einem Missgeschick⁷.

³ BLATTNER, op. cit., S. 2.

⁴ Urteil des deutschen Bundesgerichtshofes vom 24. Januar 2006, Erw. A 2, bb (1), in: Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht 2006, S. 103 ff., 107.

⁵ BGE 111 IV 80, Erw. 4c, Sätze und 3.

⁶ Spiegel Online vom 23. Juni 2005.

⁷ NZZ vom 3. Februar 2006, S. 53.

2. Fall 2: Der böswillige Mitarbeiter

Auf nie geklärte Weise gerieten drei Datenträger in die Hände des französischen Zolls, welche für das Informatik-Zentrum der Schweizerischen Bankgesellschaft (SBG) in Lausanne bestimmt waren. Auswerten konnte der französische Zoll die Daten indessen nicht: Die Franzosen verfügten zwar über die gleiche Hardware wie die SBG, doch fehlte es am Betriebssystem für den Computer. Um diesen Mangel zu beheben, machten sich Zöllner der französischen Republik an einen Angestellten des SBG-Informatik-Zentrums heran und boten ihm eine halbe Million französische Francs für den Fall, dass es ihm gelinge, das Informatiksystem der SBG auf dem französischen Computer zum Laufen zu bringen. Der frühere Angestellte der SBG in Lausanne, welcher zusammen mit einem Komplizen den französischen Zollbehörden Magnettonbänder für das computertechnische Knacken des Bankgeheimnisses geliefert hatte, wurde wegen schwerwiegenden wirtschaftlichen Nachrichtendienstes verurteilt. Das entschied das Bundesgericht im Jahre 1985⁸.

3. Fall 3: Ausländische Rechtsordnungen verlangen Zugriff auf Daten

Ausländische Behörden und Gerichte können auf ihrem Hoheitsgebiet mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln jedermann zwingen, Daten im Besitze der ihnen unterstellten Rechtssubjekte offenzulegen. So müssen die englischen Banken der Steuerbehörde HM Revenue & Customs Einblick in die Kundendaten von Offshore-Konten gewähren, in deren Besitz die englische Bank ist⁹. Die ausländischen Behörden sind eines der grössten Risiken, dass Kundendaten Dritten offengelegt werden¹⁰. Der Schutz der schweizerischen Rechtsordnung ist relativ. Das Bankgeheimnis gilt nicht für ausländische Töchter oder Zweigniederlassungen von Schweizer Banken¹¹. Der Schutz der Schweizer Banken durch die sog. Verbotsgesetze oder «Blocking Statutes»¹² von Art. 271 und Art. 273 StGB, welche Übergriffe

⁸ Berner Zeitung BZ, 28. Mai 1985, S. 13; BGE 111 IV 74.

⁹ Siehe NZZ vom 6./7. Mai 2006, S. 23.

¹⁰ D. ROSENTHAL, Geheimhaltung trotz Vernetzung, infoweek.ch, vom 24. Oktober 2005.

¹¹ D. BODMER/B. KLEINER/B. LUTZ, Kommentar zum Schweizerischen Bankengesetz, Ausgabe April 2005, N. 366 zu Art. 47 BankG.

¹² U. ZULAUF, Kooperation mit dem Ausland, Verrat an der Schweiz?, in Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel, Bern 2005, S. 1075 ff.

fremder Behörden oder Gerichte verhindern sollen, gilt für im Ausland gespeicherte Daten nicht. Der Strafanspruch im Falle der Auslandstat, begangen von einem Schweizer, der sich in der Schweiz befindet (Art. 6 StGB), wiewohl strafbar im Falle von Art. 47 BankG und Art. 273 StGB, ist faktisch schwer durchzusetzen¹³.

Seit April 2005 ist in Deutschland das Gesetz zur Förderung der Steuerehrlichkeit in Kraft. Die deutschen Steuerämter können auf die Stammdaten von rund 500 Mio. Kunden und Depots bei deutschen Banken zugreifen. Die Kundenstammdaten umfassen Kontonummer, Name des Kontoinhabers und Namen der wirtschaftlich Berechtigten. Diese von den Banken bereits für Zwecke des Aufsichtsrechts und im Interesse der Strafverfolgung bestehende Datei wird damit auch den Steuerbehörden zugänglich gemacht. Die Abfrage dieser Datenbanken erfolgt automatisiert, d.h. dass weder die Bank noch der Kunde von der Abfrage etwas erfährt¹⁴. Zwar erlauben die Stammdaten keine Aufschlüsse über Kontostände und Transaktionen, doch die Tatsache der Existenz eines Kontos allein wird zu weiteren Nachforschungen führen. Die deutschen Behörden machen von der Möglichkeit der Kontoabfrage zunehmend Gebrauch¹⁵.

Vorsorgliche Massnahmen, welche das Inkrafttreten des Gesetzes zur Förderung der Steuerehrlichkeit wegen Verletzung des Grundrechtes der Bankkunden auf informationelle Selbstbestimmung verlangten, wurden vom Bundesverfassungsgericht abgelehnt¹⁶. Indessen liess auch das Bundesverfassungsgericht Zweifel aufkommen, ob den Anforderungen des Gesetzmässigkeitsprinzips und der Verhältnismässigkeit genüge getan worden seien. Eine Verfassungsbeschwerde ist noch hängig.

4. Fall 4: Der böse Hacker – Eingriff von Dritten ohne behördliche Rechtfertigung bei Sub Providern der Bank

Das moderne Finanzsystem öffnet sich zunehmend durch Intermediatisierung, wie z.B. durch den Einbezug von Spezialisten für bestimmte Dienstleistungen (EDV Datenverarbeitungszentren, Verarbeiter von Kreditkartentransaktionen) und durch Schaffung von Zugriffsmöglichkeiten für Kunden,

¹³ Basler Kommentar StGB II, HOPF, N. 19 ff. zu Art. 273 StGB; BODMER/KLEINER/LUTZ, op. cit., N. 342, 373 zu Art. 47 BankG.

¹⁴ NZZ vom 5. Oktober 2004, S. 23.

¹⁵ NZZ vom 12. Januar 2006, S. 31.

¹⁶ BVerfG 1 BvR 23507/04 vom 22. März 2005.

z.B. über das Internet. Diese Entwicklung setzt die Zutrittsschranken für Dritte zu den Kundendaten herab.

Ende 2004 war es Hackern gelungen, die Sicherheitsvorkehrungen des Kreditkarten-Bearbeitungszentrums CardSystems Solution in Tucson (Arizona) zu knacken. Die Ermittlungen ergaben, dass sich CardSystems Solution nicht an geltende Sicherheitsvorkehrungen der Kartenherausgeber gehalten hat, die Kartennummern und die PIN-Nummern getrennt abzuspeichern. Der «Datenklau» wurde erst am 22. Mai 2005 entdeckt. Die Hacker erhielten Zugriff auf die Daten von über 40 Mio. Kunden der Kreditkartenunternehmen, welche über CardSystems Solution die Transaktionen verarbeiteten. In den USA können Betrüger die Daten theoretisch dazu nutzen, eine andere Identität anzunehmen, Konten zu eröffnen und Schulden zu machen. Häufig dauert es Monate, bis die betroffenen Bankkunden beweisen können, dass sie Schulden oder Käufe nicht selbst gemacht haben. Es geht somit um mehr als bloss um illegalen Zugriff auf bestehende Konten. Es geht um einen eigentlichen «Identitätsdiebstahl»¹⁷.

II. Der Begriff 'Kundendaten'

1. Personendaten

Kundendaten sind Daten, welche die Identifizierung des Kunden ermöglichen. Dazu gehören

- der Name des Kunden,
- Angaben über Geschlecht und Alter,
- die Adresse des Kunden, sowie
- die Kontonummer.

Auf Grund dieser Angaben lässt sich auf die Identität des Kunden schliessen. «Kundendaten» entsprechen damit der Definition von Personendaten des Datenschutzgesetzes (Art. 3 lit. a DSG) und sind «alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen».

¹⁷ 'Die Welt' vom 20. Juni 2005; Spiegel Online vom 23. Juni 2005.

2. Anonymisierung von Daten

Werden die Kundendaten vollständig anonymisiert, d.h. sind sie ohne unverhältnismässigen Aufwand nicht identifizierbar, so gelten die Daten nicht als Personendaten, und die entsprechenden Geheimhaltungsvorschriften und die daraus folgenden Pflichten sind nicht relevant¹⁸.

Anonymisierung besteht darin, Personendaten so zu ändern, dass Informationen über die persönliche oder materielle Situation nicht mehr (oder nur noch mit ausserordentlichem Aufwand) mit einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person in Verbindung gebracht werden können¹⁹. Werden Informationen über die persönliche oder materielle Situation von Kunden vollständig anonymisiert, das heisst so bearbeitet, dass sie ohne unverhältnismässigen Aufwand nicht mehr mit einer bestimmten oder bestimmbaren Person in Verbindung gebracht werden können²⁰, so gelten die Daten nicht als Personendaten.

Zwischen Anonymität und Identität gibt es zahlreiche subtile Abstufungen. Jeder Bankkunde kann diese verschiedenen Arten von Identitäten oder Pseudonymen für eine bestimmte Art der Kommunikation einsetzen, z.B. Nummernkonto, PIN etc., so dass ein- und dieselbe Person durchaus verschiedene Formen abwechslungsweise verwenden kann. Für die Bank gestaltet sich die entsprechende Verwaltung der Identitäten aufwändig.

¹⁸ A. MARGIOTTA, Das Bankgeheimnis - Rechtliche Schranke eines bankkonzerninternen Informationsflusses, Zürich 2002, S. 259; D. ROSENTHAL, Datenschutz im IT-Outsourcing, in: IT-Outsourcing, Zürich 2003, S. 197, 219, 225.

¹⁹ Basler Kommentar DSG, BELSER, N. 6 zu Art. 3 DSG; TH. BRÄNDLI, Outsourcing, Vertrags-, Arbeits- und Bankenrecht, Bern 2001, S. 231 f.; TH. TISSOT, Beschränkungen von grenzüberschreitenden Datenflüssen im Bankbereich, Zürich 1991, S. 179.

²⁰ Basler Kommentar DSG, BELSER, N. 6 zu Art. 3 DSG; BRÄNDLI, op. cit., Bern 2001, S. 231 f.; TISSOT, op. cit., S. 179.

III. Relevante Rechtsgrundlagen

Beim Diebstahl von Kundendaten kommen verschiedene Normen als Haftungsgrundlagen in Betracht. Gesetzliche Grundlagen der Geheimhaltungspflicht der Banken sind

- der Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 27 und 28 ZGB, sowie das Datenschutzgesetz,
- die Treuepflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR, sowie
- das Bankgeheimnis nach Art. 47.

Schliesslich stellt das Aufsichtsrecht rechtsgebietübergreifend auch im Zusammenhang mit der Geheimhaltungspflicht relevante Anforderungen an die Organisation einer Bank.

1. Aufsichtsrecht: Organisationsanforderungen an die Bank im BankG

a) Anforderungen an die Organisation

Eine Bank muss über eine ihrer Geschäftstätigkeit angemessene Organisation verfügen (Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG, Art. 7, 8, 9 BankV). Die Bestimmungen zu den Anforderungen an die IT-Betriebsorganisation eines Finanzintermediärs sind in der schweizerischen Bankengesetzgebung relativ allgemein gehalten. Die Vorgaben äussern sich nicht explizit zum Thema Informationssicherheit, sondern sie orientieren sich am Begriff der «einwandfreien bzw. ordnungsgemässen Geschäftsführung» (Art. 3 BankG; Art. 44 lit. o BankV)²¹. Die eingesetzte EDV-Hard- und Software muss im Hinblick auf die Tätigkeit der Bank den Anforderungen des heutigen Standes der Technik entsprechen²².

Die Konkretisierung der Anforderungen an die Informationssicherheit wird den internen und externen, gesetzlichen Revisionsstellen überlassen (EBK RS 96/3 Revisionsbericht, Rz. 20). Die Anforderungen an die Informationssicherheit werden in der Praxis damit primär durch die externen Revisionsstellen spezifiziert. Der Einbezug der operationellen Risiken in die Be-

²¹ BODMER/KLEINER/LUTZ, op. cit., N. 65 zu Art. 3 BankG.

²² EBK-BULLETIN 33/1997, S. 30.

rechnung der notwendigen Eigenmittel gemäss Basel II²³ dürfte zur Folge haben, dass die Prüfgesellschaften den Risiken im Bereich der Informationssicherheit in Zukunft zusätzliche Aufmerksamkeit schenken werden. Ebenso führt das Anliegen der Systemstabilität, welches beispielsweise in den Anforderungen an das Business Continuity Planning²⁴ und den speziellen Anforderungen der Schweizerischen Nationalbank für die Betreiber von systemisch relevanten Systemen (siehe Art. 29–31 NBV) zum Ausdruck kommt, zu Anforderungen der Aufsichtsbehörden hinsichtlich Datensicherheit.

b) Das EBK-Rundschreiben 99/2 Outsourcing

Einzig zur externen Datenfernverarbeitung und zum Outsourcing hat die EBK detailliertere Regeln erlassen. Im IT-Bereich sind vom EBK RS 99/2 Outsourcing²⁵ u.a. der Betrieb von IT-Systemen, die Datenaufbewahrung und der Betrieb und Unterhalt von Datenbanken erfasst, z.B. die Stammdatenverwaltung, d.h. das Erstellen/Nachführen von Kundenadressen (Anhang zum EBK RS 99/2 Outsourcing). Die bankengesetzliche Revisionsstelle hat die Einhaltung der Anforderungen jährlich zu prüfen und die Prüfergebnisse in ihrem Prüfbericht an die EBK festzuhalten (EBK RS 96/3 Revisionsbericht, Rz. 20a).

Die EBK definiert Outsourcing als die Auslagerung von wesentlichen Geschäftsbereichen aus einer von ihr beaufsichtigten Bank an eine andere Unternehmung, den Dienstleister, zur selbständigen und dauernden Erbringung dieser Dienstleistung. Als «wesentlich» gelten Bereiche, welche sich insbesondere auf die Erfassung, Begrenzung und Überwachung von Markt-, Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts- und Imagerisiken sowie auf operationelle und rechtliche Risiken auswirken (EBK RS 99/2 Outsourcing, Rz. 2). Die EBK will mit den Regelungen des Outsourcinggrundschreibens verhindern, dass eine Bank im Zuge des Outsourcing einen für

²³ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, Basel II: International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: a Revised Framework, November 2005, pp. 129 ff; siehe <www.bis.org/publ/bcbs118.htm>.

²⁴ Siehe THE JOINT FORUM, BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION/INTERNATIONAL ORGANISATION OF SECURITIES COMMISSIONS/INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS, High-Level Principles for Business Continuity, Basel, December 2005; <www.bis.org/publ/joint14.pdf>.

²⁵ Rundschreiben der Eidg. Bankenkommission: Auslagerung von Geschäftsbereichen (Outsourcing) vom 26. August 1999 (letzte Änderung: 29. Juni 2005) - EBK-RS 99/2 Outsourcing.

ihre Geschäftstätigkeit zentralen Bereich in eine nicht regulierte Unternehmung auslagern und somit der Bankenaufsicht entziehen könnte.

Das Rundschreiben basiert auf dem Grundsatz, dass Outsourcing jedes (wesentlichen) Geschäftsbereichs ohne Bewilligung durch die EBK möglich ist (EBK RS 99/2 Outsourcing Rz. 13), sofern u.a. die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- die Einhaltung des Bundesgesetzes über den Datenschutz²⁶; und
- die Einhaltung der im Rundschreiben aufgeführten Anforderungen an ein sicheres Outsourcing. Beispielsweise müssen Kundendaten durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen gegen unbefugtes Bearbeiten geschützt werden (EBK RS 99/2 Outsourcing Rz. 30);
- die Bank und der Outsourcingdienstleister sorgen für die Vertraulichkeit, die Verfügbarkeit und die Richtigkeit der Daten, um einen angemessenen Datenschutz zu gewährleisten. Insbesondere schützen sie die Systeme gegen unbefugte oder zufällige Vernichtung, zufälligen Verlust, technische Fehler, Fälschung, Diebstahl oder widerrechtliche Verwendung, unbefugtes Ändern, Kopieren, Zugreifen oder andere unbefugte Bearbeitungen (EBK RS 99/2 Outsourcing, Rz. 31).

Das auslagernde Institut trägt gegenüber der EBK weiterhin die Verantwortung für den ausgelagerten Geschäftsbereich (EBK RS 99/2 Outsourcing, Rz. 26 f.).

c) Pflicht zur Information der Kunden über Outsourcing

Inländische Outsourcingprovider unterstehen als Beauftragte von Gesetzes wegen dem Bankgeheimnis, insoweit ihnen Kundendaten bekannt gegeben werden (Art. 47 BankG; EBK-RS 99/2 Outsourcing, Rz. 34). Unabhängig davon, ob die Daten anonymisiert oder unverschlüsselt an den Outsourcingprovider übermittelt werden, muss die Bank ihre Kunden über die Tatsache des Outsourcing und über die ausgelagerten Dienstleitungen informieren²⁷. Die Banken müssen diejenigen Geschäftsbereiche nennen, in denen sie eine Outsourcing-Lösung vorsehen, sofern diese Bereiche mit den Dienstleistun-

²⁶ Siehe dazu ROSENTHAL, Datenschutz im IT-Outsourcing, op. cit., S. 193–225.

²⁷ EBK-RS 99/2 Outsourcing, Rz. 37; EBK Website, FAQ, Fragen zum EBK-Rundschreiben Outsourcing, Frage No. 14.

gen an den Kunden im Zusammenhang stehen. Angaben über den Dienstleister (beispielsweise Name der Gesellschaft) werden nicht verlangt²⁸.

Die EKB erklärt die Information in allgemeiner Form, z.B. in Allgemeinen Geschäftsbedingungen als genügend, wenn²⁹

- (i) der Outsourcingprovider in der Schweiz domiziliert ist und wenn alle Daten in der Schweiz bleiben; oder
- (ii) die Daten in anonymisierter Form ins Ausland weitergegeben werden.

Bei Outsourcing ins Ausland verlangt das EBK RS 99/2 Outsourcing, Rz. 35, dass mit angemessenen technischen und organisatorischen Massnahmen sicherzustellen sei, dass das Bankgeheimnis und der Datenschutz nach schweizerischem Recht eingehalten werden. Beim grenzüberschreitenden Outsourcing muss die Bank sicherstellen, dass die Kunden sich dieser Tatsache bewusst werden³⁰. Dies muss in einem besonderen Schreiben und detailliert erfolgen. Die Kunden sind zudem auf die getroffenen Sicherheitsvorkehrungen hinzuweisen, bevor im Rahmen einer Outsourcing-Lösung Daten über Kunden ins Ausland gelangen. Schliesslich muss den Kunden die Möglichkeit offeriert werden, innert einer angemessenen Frist und ohne Nachteile die Vertragsverhältnisse abubrechen³¹. Das ist ein behördliches Eingeständnis der Realität des Bedrohungsszenarios 3 (oben, I.3.): Das Recht versagt als Schutz im Ausland.

Keine spezielle Notifikation, sondern die allgemeine Information, wie bei Auslagerung im Inland, genügt bei der Weitergabe ins Ausland von anonymisierten Daten, die keine Rückschlüsse auf Kundendaten zulassen.

2. Das Datenschutzgesetz

a) Datenschutz

Das Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten bezweckt den Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts: Jedermann soll selbst entscheiden können, wer Informationen über die eigene Person bearbeiten

²⁸ EBK Website, FAQ, Fragen zum EBK-Rundschreiben Outsourcing, Frage No. 13.

²⁹ EBK-RS 99/2 Outsourcing, Rz. 38; EBK Website, FAQ, Fragen zum EBK-Rundschreiben Outsourcing, Frage No. 15, 16; CH. STOCKER, Regulatorische Anforderungen an IT-Outsourcing: Finanzmarktbereich, in: IT-Outsourcing, Zürich, 2003, S.227 ff., 242.

³⁰ Art. 6 para. 2 lit. b DSGVO; BRÄNDLI, op. cit., S. 229.

³¹ EBK-RS 99/2 Outsourcing, Rz. 39; STOCKER, op. cit., S. 245.

darf, und welche Informationen von anderen Personen bearbeitet werden dürfen³². Ausgehend vom verfassungsmässig garantierten Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten (Art. 13 Abs. 2 Bundesverfassung) muss jede Person die Herrschaft über die sie betreffenden Informationen ausüben und eine Bearbeitung dieser Daten durch Dritte einschränken können. Das informationelle Selbstbestimmungsrecht ist im DSG gesetzlich anerkannt³³.

Gemäss Art. 4 DSG dürfen Personendaten nur rechtmässig beschafft und nur nach Treu und Glauben bearbeitet werden, insbesondere nur zu dem Zweck, der bei der Beschaffung angegeben oder aus den Umständen ersichtlich ist. Die Datenbearbeitung muss für die betroffene Person transparent und erkennbar erfolgen³⁴. Die Datenbearbeitung darf nur für die ursprünglich vorgesehenen Zwecke erfolgen (Grundsatz der Zweckbindung)³⁵. Die Weitergabe von Daten ins Ausland ist nur mit der Zustimmung des Kunden zulässig, ausser es bestehe keine Gefahr einer schwerwiegenden Persönlichkeitsverletzung, insbesondere weil die Datenschutzgesetzgebung im Ausland mit der Schweizer Regelung gleichwertig ist (Art. 6 DSG). Das Bearbeiten von Personendaten entgegen den Grundsätzen von Art. 4 und Art. 6 DSG bedarf eines Rechtfertigungsgrundes (Art. 12 DSG), z.B. der Einwilligung des Verletzten (Art. 13 DSG)³⁶.

In der Praxis ist die Anwendung dieser Grundsätze nicht immer klar. Überweist beispielsweise ein Bankkunde aus Zürich einem Empfänger in Deutschland einen Betrag in US-Dollar, so erfolgt die Abwicklung der Zahlung banktechnisch von der Zürcher Bank zu deren New Yorker Korrespondenzbank. Von dort wird die Zahlung über das US-Zahlungssystem CHIPS zu einer Korrespondenzbank in Deutschland und von dort schliesslich zum Empfänger in Deutschland weitergeleitet.

³² Botschaft des Bundesrates zum DSG, BBL 1992 III 418.

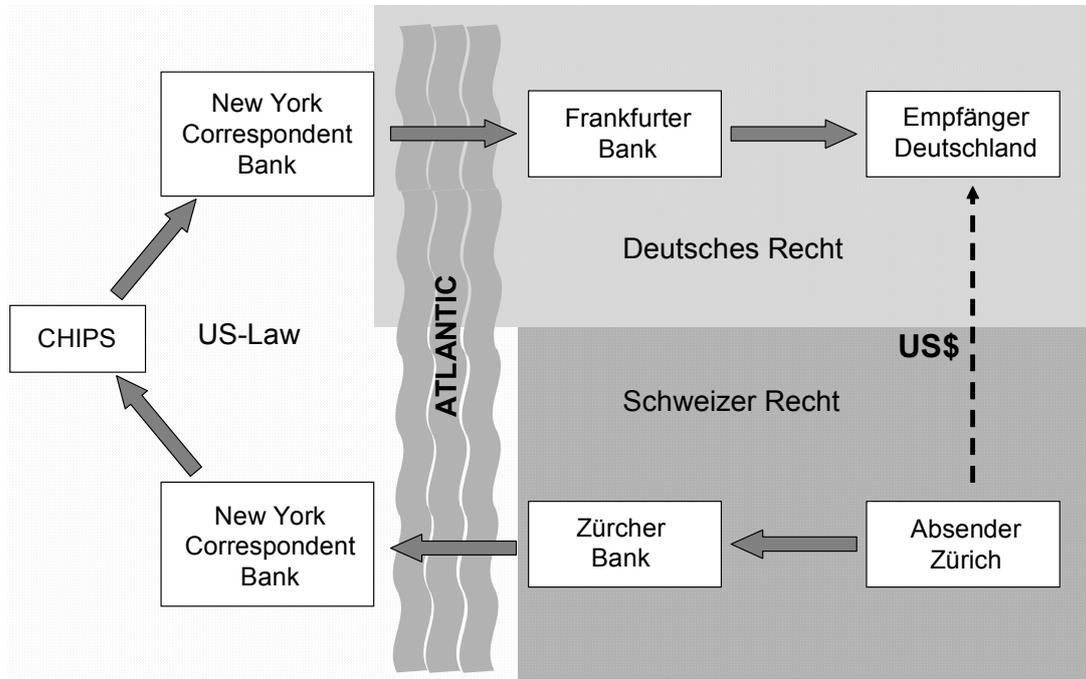
³³ Basler Kommentar DSG, BUNTSCHU, N. 14 ff. zu Art. 1 DSG.

³⁴ Basler Kommentar DSG, MAURER, N. 9 zu Art. 4 DSG.

³⁵ Basler Kommentar DSG, MAURER, op. cit., N. 14 ff. zu Art. 4 DSG.

³⁶ Basler Kommentar DSG, HÜNIG, N. 2 zu Art. 13 DSG.

Devisenüberweisung: Der «U-Turn» durch verschiedene Jurisdiktionen



Was ist für den Kunden, der diese Zahlung in Auftrag gibt, aus den Umständen ersichtlich? Muss der Kunde wissen, dass er gemäss Art. 15 Verordnung der EBK zur Verhinderung von Geldwäscherei als Absender dieser Zahlung erscheint? Muss er wissen, dass diese Zahlung den Weg über das Hoheitsgebiet der Vereinigten Staaten nimmt? Von den Antworten auf diese Fragen hängt ab, ob die Grundsätze von Art. 4 und Art. 6 DSGVO eingehalten sind. Je nach Antwort ist die mit der Überweisung verbundene Datenbearbeitung zulässig oder nicht (siehe unten, IV.1.f).

b) Datensicherheit

Das Datenschutzgesetz verlangt in Art. 7 DSGVO, dass Daten durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen gegen unbefugtes Bearbeiten geschützt werden müssen. Die von Art. 8 und 9 Datenschutzverordnung verlangte Datensicherheit ist ein Grundelement des Datenschutzes. Während dieser dem Schutz der Personen gilt, bezieht sich die Datensicherheit auf den Schutz der Informationen³⁷. Sie sorgt für die Vertraulichkeit, die Verfügbarkeit und die Richtigkeit der Daten, damit der Datenschutz ange-

³⁷ Basler Kommentar DSGVO, PAULI, N. 2 zu Art. 7 DSGVO.

messen gewährleistet werden kann. Die zu treffenden Massnahmen sind organisatorischer und technischer Natur. Eine absolute Datensicherheit gibt es nicht. Ausserdem ist die Frage der Datensicherheit je nach Zweck der Datenbearbeitung, Art der bearbeiteten Daten, Umfang der Datenbearbeitung und Risiken für die betroffenen Personen unterschiedlich zu beurteilen (Verhältnismässigkeitsgrundsatz, Art. 8 Abs. 2 DSV). Im weiteren sind der Stand der Technik sowie in geringerem Masse die Kosten für die Datensicherung und die finanziellen Möglichkeiten der Unternehmung zu berücksichtigen.

Die Datensicherheit umfasst technologische und juristische Aspekte, insbesondere definiert sie Sorgfaltspflichten für die Datenbearbeiter. Art. 9 Abs. 1 DSV stipuliert acht Zielsetzungen, welche unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes umzusetzen sind, wobei, wie bei allen anderen Sicherheitsmassnahmen, die Bearbeitungszwecke, Art und Umfang der Bearbeitungen, die Risikopotentiale für die betroffenen Personen sowie der aktuelle Stand der Technik zu berücksichtigen sind³⁸. Massnahmen gemäss Art. 8–12 DSV sind Anordnungen an die Datenbearbeiter, z.B.

- getrennte Aufbewahrung von Daten
- technische Massnahmen
- Kontrollen

mit dem Ziel, den Verlust der Daten, den Zugang, die Veränderung oder das Kopieren von Daten durch Dritte zu verhindern, z.B. durch Verwendung von Passwörtern und dem Prinzip der Firewalls, die das firmeninterne Netz von der Aussenwelt, dem Internet, abschotten. Zudem sind mehrstufige Schutzvorkehrungen notwendig bei Datenbearbeitungen im Internet: Verschlüsselung, Authentisierung, Autorisierung, Prüfspur, sichere Betriebssysteme, digitale Signatur. Gütesiegel sowie biometrische Systeme erhöhen die Datensicherheit. Weiter gehören zu den Sicherheitsmassnahmen in einem Unternehmen die Protokollierung, eine aktive Überwachung sowie ein Plan zur Alarmierung, so dass umgehend Gegenmassnahmen ergriffen werden können³⁹.

³⁸ Siehe dazu im Detail: EIDG. DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER, Kommentar zur Vollzugsverordnung: <www.edsb.ch/d/gesetz/schweiz/kommentar/k6.htm>; EIDG. DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER, 9. Tätigkeitsbericht 2001/2002, Kapitel 2.3.1, S. 37–39; E.H. HAAS, Datensicherheit im Unternehmen, in Schweizer Treuhänder 1994, S. 259 ff.; P.R. BITTERLI, Planung risikogerechter Sicherheitsmassnahmen, in Schweizer Treuhänder 1994, S. 265 ff.

³⁹ Siehe dazu EIDG. DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER, Rede von Odilo Guntern vom 29. Juni 2001, Teil 3 <www.edsb.ch/d/doku/pressemitteilungen/2001/rede.htm>.

Ähnliche Anordnungen finden sich in Service Level Agreements von Banken/Kreditkartenherausgebern mit Verarbeitungszentren, oder z.B. in Art. 11 der Verordnung über die elektronische Signatur.

Im Bereich Datensicherheit sind heute mehrere nationale und internationale Standards anzutreffen wie z.B. ISF/SoGP, OIT/ISG, BS 15000 (ITIL), BS 7799, ISO 17799, ISO 13335. Der internationale Standard ISO 17799:2000 (*Code of Practice for Information Security Management*) und das britische Pendant BS 7799-2:2002 (*Information Security Management Systems*) bilden ein Referenzsystem, mit welchem sich die technischen und organisatorischen Informationssicherungsmaßnahmen je nach den vom Inhaber der Datensammlung als vertretbar eingestuften Risiken festlegen und deren Einhaltung überprüfen lassen⁴⁰.

3. Vertrag

Die Geheimhaltungspflicht der Banken über vermögens- und privatrechtliche Belange ihrer Kunden und Dritter, in die sie durch ihre berufliche Tätigkeit Einblick erlangt haben, basiert auf drei gesetzlichen Grundlagen⁴¹:

- Auf dem Recht jeder Person auf Schutz ihrer Persönlichkeit gemäss Art. 27 und 28 ZGB;
- Auf der auftragsrechtlichen Treuepflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR;
- Auf dem Bankgeheimnis, Art. 47 BankG, einer Norm des Verwaltungsstrafrechtes.

Der Begriff des Bankgeheimnisses wie auch der Umfang der geheim zu haltenden Daten wird nicht durch Art. 47 BankG, sondern durch die vertraglichen Bestimmungen festgelegt⁴². Die Bank ist daher selbst dann zu Verschwiegenheit verpflichtet, wenn dies in der vertraglichen Beziehung mit dem Kunden nicht explizit vereinbart worden ist⁴³.

⁴⁰ Siehe dazu Eidgenössischer Datenschutzbeauftragter; 11. Tätigkeitsbericht 2003/2004, Kapitel 2.1.2, S. 20 ff.

⁴¹ AUBERT/BEGUIN/BERNASCONI/GRAZIANI-VONBURG/SCHWOB/TREUILLAUD, *Le secret bancaire suisse*, S. 41 ff.; Basler Kommentar BankG STRATENWERTH, N. 1 zu Art. 47 BankG; BODMER/KLEINER/LUTZ, op.cit., N. 3 zu Art. 47 BankG; LOMBARDINI, op. cit., p. 629 f.

⁴² BODMER/KLEINER/LUTZ, op. cit., N. 3 zu Art. 47 BankG, Berner Kommentar FELLMANN, N. 54 zu Art. 398 OR.

⁴³ BODMER/KLEINER/LUTZ, op.cit., N. 4 zu Art. 47 BankG.

a) Generelle Umschreibung des Geltungsbereiches des Bankgeheimnisses im Vertrag

Erstaunlicherweise wird das Bankgeheimnis in den Standardverträgen der Schweizer Banken kaum ausdrücklich geregelt. Immerhin hat eine Grossbank die Grenzen des Bankgeheimnisses in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen teilweise festgehalten:

«Art. 15 Bankkündengeheimnis

Organen, Angestellten und Beauftragten der Bank obliegt die gesetzliche Pflicht, über den Geschäftsverkehr der Kunden Verschwiegenheit zu wahren. Der Kunde entbindet die Bank von ihrer Geheimhaltungspflicht, soweit dies zur Wahrung berechtigter Interessen der Bank notwendig ist:

- bei vom Kunden gegen die Bank eingeleiteten gerichtlichen Schritten,
- zur Sicherung der Ansprüche der Bank und der Verwertung von Sicherheiten des Kunden oder Dritter,
- beim Inkasso von Forderungen der Bank gegen den Kunden,
- bei Vorwürfen des Kunden gegen die Bank in der Öffentlichkeit oder gegenüber Behörden des In- und Auslandes,
- und soweit bei Transaktionen in ausländischen Wertpapieren oder – rechten die zur Anwendung gelangenden Bestimmungen eine Offenlegung erfordern.

Vorbehalten bleiben die gesetzlichen Auskunftspflichten der Bank.»

Ein Beispiel für eine gesetzliche Pflicht zur Offenlegung von Kundendaten findet sich im Bereich der Geldwäschereibekämpfung: Gemäss Art. 15 der Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission zur Verhinderung von Geldwäscherei müssen die Banken bei allen Zahlungsaufträgen ins Ausland den Namen, die Kontonummer und das Domizil der auftraggebenden Vertragspartei oder den Namen und eine Identifizierungsnummer angeben.

b) Umschreibung des Geltungsbereiches des Bankgeheimnisses bezogen auf bestimmte Arten der Kommunikation mit der Bank oder auf bestimmte Dienstleistungen

Der Kunde der Bank ist der Geheimnisherr und kann auf den Geheimnisschutz verzichten. Die Banken machen sich das für einzelne Dienstleistungen oder für einzelne Kommunikationsarten zu Nutzen und lassen ihre Kunden mittels Unterzeichnung der vorformulierten Standardvertragsformulare Zustimmungs- oder Verzichtserklärungen abgeben.

aa) Risiken aus der Verwendung von Kommunikationsmitteln, die zu Übermittlungsfehlern führen

«Den aus der Benützung von Post, Telefax, Telefon, Telex, E-Mail und anderen Übermittlungs- oder Transportarten entstehenden Schaden, wie z.B. aus Verlust, Verspätung, Missverständnissen, Verstümmelungen oder Doppelausfertigungen, trägt der Kunde, sofern die Bank die geschäftsübliche Sorgfalt angewendet hat.»

bb) Verwendung von PIN

Der Kunde ersetzt seine Identität durch eine persönliche Identifikationsnummer (PinCode) und verzichtet darauf, dass die Bank stets die volle Identitätsprüfung vornehmen muss.

«Haftung

Der Kontoinhaber trägt alle Risiken, die sich aus der Preisgabe und der – auch missbräuchlichen – Verwendung des persönlichen Codes sowie aus der Fälschung oder Verfälschung der Karte ergeben, und den bis zur Sperre der Karte durch die Bank sowie allenfalls danach entstehenden Schaden, es sei denn, es treffe die Bank ein grobes Verschulden. Bei Bargeldbezügen ist die Haftung des Kontoinhabers auf CHF 5'000.- pro Tag und Konto beschränkt.

Die Bank haftet nicht für durch technische Mängel, Störungen, Betriebsausfälle und rechtswidrige Eingriffe in ihr Automaten- bzw. EDV-System verursachte Schäden, es sei denn, es treffe sie ein grobes Verschulden.»

cc) Internetdienstleistungen

«Bankkundengeheimnis

Der Kunde nimmt zur Kenntnis, dass die Daten unter anderem über ein offenes, jedermann zugängliches Netz (z.B. Internet) transportiert werden. Die Daten werden somit regelmässig und unkontrolliert grenzüberschrei-

tend übermittelt. Dies gilt auch für eine Datenübermittlung, wenn sich Sender und Empfänger in der Schweiz befinden.

Zwar werden die einzelnen Datenpakete verschlüsselt übermittelt. Unverschlüsselt bleiben jedoch jeweils Absender und Empfänger. Diese können auch von Dritten gelesen werden. Der Rückschluss auf eine bestehende Bankbeziehung ist deshalb für einen Dritten möglich.»

dd) Abstecken der Risikosphären

«Auch bei allen dem neusten Stand der Technik entsprechenden Sicherheitsvorkehrungen, kann sowohl auf Bank- wie auf Kundenseite eine absolute Sicherheit nicht gewährleistet werden. Das Endgerät des Benutzers ist Teil des Systems, befindet sich jedoch ausserhalb der Kontrolle der Bank und kann zu einer Schwachstelle des Systems werden. Trotz aller Sicherheitsmassnahmen kann die Bank keine Verantwortung für das Endgerät übernehmen, da dies aus technischer Sicht nicht möglich ist.»

ee) Auslagerung von Geschäftsbereichen (Outsourcing)

«Die Bank behält sich vor, Geschäftsbereiche (wie z.B. Zahlungsverkehr, Wertschriftenabwicklung) ganz oder teilweise auszulagern.»

Es ist zu vermuten, dass diese Formulierung gestützt auf die Anforderungen des EBK-Rundschreiben Outsourcing für die Auslagerung innerhalb der Schweiz verfasst worden ist (oben III.1.c). Es gilt indessen zu bedenken, dass auch das EBK-Rundschreiben Outsourcing die Einhaltung des Datenschutzgesetzes explizit verlangt (oben III.1.b).

Die erwähnte Formulierung ist, wenn sie die Weitergabe von Kundendaten mitumfasst, aus rechtlicher Sicht problematisch. Die Formulierung sagt nichts über die Anonymisierung der Daten. Werden Personendaten oder anonymisierte Daten ausgelagert? Wer ist der Empfänger der Daten? Werden Daten ins Ausland ausgelagert oder nur im Inland?

Ohne genaue Kenntnis der Datenempfänger ist es dem betroffenen Bankkunden nicht möglich, frei zu entscheiden, ob und wem seine Kundendaten zugetragen werden sollen. Durch die generelle Umschreibung, gemäss welcher die Kundendaten an eine für die betroffenen Kunden unbestimmte Anzahl von Gesellschaften weiter gegeben werden können, wird das informationelle Selbstbestimmungsrecht tangiert. Zudem verstösst diese Formulierung auch gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und das Transparenzprinzip von Art. 4 Abs. 2 DSGVO. Demnach muss jede Form der Bearbeitung, also auch die Weitergabe von Kundendaten nach Treu und Glauben erfolgen und für die betroffene Person erkennbar sein.

Die Bank muss alle in Frage kommenden Datenempfänger bekannt geben. Die weltweit tätigen Banken tun sich oft schwer, dieses Gebot der Transparenz (Art. 4 DSGVO) zu befolgen, da sie in ihrer Organisation und in der Platzierung von Datenverarbeitungszentren in Billiglohnländern frei sein wollen. Deshalb werden die Datenempfänger oft nicht namentlich bekannt gegeben.

Umstritten ist die Frage, ob eine Bank überhaupt berechtigt ist, Dritte für die Erfüllung ihrer Dienstleistungen beizuziehen und dem Dritten Kundendaten bekannt zu geben⁴⁴. Art. 47 BankG unterstellt auch den Beauftragten der Bank dem Bankgeheimnis, insbesondere um die von Banken beauftragten Rechenzentren erfassen zu können⁴⁵. Die Weitergabe von Personendaten ist indessen durch Art. 47 BankG allein nicht gerechtfertigt. M.E. ist die Zustimmung des Kunden (Art. 28 Abs. 2 ZGB, Art. 13 Abs. 1 DSGVO) unabdingbar.

Indessen ist umstritten, in welcher *Form* diese Zustimmung erteilt werden muss, schriftlich, mündlich oder konkludent, und aufgrund welcher Information eine konkludente Zustimmung des Kunden angenommen werden darf⁴⁶. Eine kluge Leitlinie gibt das Verhältnismässigkeitsprinzip: Je heikler die Daten sind, umso klarer muss die Einwilligung sein⁴⁷.

Der Entwurf zum neuen Datenschutzgesetz stipuliert das Prinzip der «*Einwilligung der aufgeklärten Person*» (Art. 4 Abs. 5 E-DSG): Die betroffene Person muss über alle Informationen verfügen, die erforderlich sind, damit sie eine freie Entscheidung treffen kann⁴⁸. Die Zustimmung zur Weitergabe von Kunden- sprich Personendaten ist demnach nur gültig, wenn sie nach angemessener Information und freiwillig erfolgt. Eine ausdrückliche Zustimmung, das heisst in der Praxis eine schriftliche Zustimmung, ist notwendig bei der Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten oder von Persönlichkeitsprofilen. Besonders schützenswerte Daten sind z.B. Daten über Religion, Privatsphäre, Familie, sexuelle Neigungen. In der Praxis

⁴⁴ Siehe dazu A. ALTHAUS STÄMPFLI, Personendaten von Bankkunden, Bern 2004, passim; B. BERGER, Outsourcing vs. Geheimnisschutz im Bankgeschäft, in: recht 2000, S. 182 ff.; BRÄNDLI, op. cit., S. 205 ff.; STOCKER, op. cit., S. 248 ff.

⁴⁵ P. HONEGGER/TH. FRICK; Das Bankgeheimnis im Konzern und bei Übernahmen, in: SZW 1996, S. 1 ff., 6.

⁴⁶ ALTHAUS STÄMPFLI, op. cit., S. 181 ff.; BERGER, op. cit., S. 189 ff.; STOCKER, op. cit., S. 250 f.

⁴⁷ Basler Kommentar DSGVO, HÜNIG, N. 4 zu Art. 13 DSGVO.

⁴⁸ Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) vom 19. Februar 2003, BBl 2003, S. 2101 ff., 2127.

dürften dies die Daten sein, welche im Know Your Customer-File enthalten sind.

Eine Musterklausel, welche den datenschutzrechtlichen Anforderungen entspricht, hat der Datenschutzbeauftragte in seiner Empfehlung vom 12. Juni 2001 herausgegeben⁴⁹:

«Der Kunde ermächtigt die Bank, Kundendaten zu bearbeiten und zum Zweck der vertieften Analyse der Kundenbedürfnisse und zur Verbesserung der Leistungserbringung an zur X-Group gehörende Gesellschaften zur Bearbeitung weiterzuleiten. Der Kunde ermächtigt die Bank, den Abschlussvermittler und dessen Arbeitgeber, beide ebenfalls dem Bankgeheimnis unterstellt, über die Kundendaten zu informieren. Der Kunde hat das Recht, bei der Bank über die Bearbeitung der ihn betreffenden Daten die gesetzlich vorgesehenen Auskünfte sowie eine Aufstellung der zur X-Group gehörenden Gesellschaften zu verlangen.»

Der Kunde muss explizit eine Ermächtigung zur Weiterleitung der Daten innerhalb der Bankengruppe erteilen. Für die Banken von Vorteil ist, dass gemäss dem Datenschutzbeauftragten die Einwilligung des Kunden in AGB, welche eine entsprechende Ermächtigung enthalten, ausreicht. Die Bankengruppe muss Transparenz schaffen und auf Verlangen des Kunden bekannt geben, wer Mitglied der Gruppe ist. Bei der Schaffung von Transparenz bezüglich der Organisation der Gruppen sind die Banken oft zurückhaltend, denn erstens ändern sich Mitglieder wie Struktur der Gruppe häufig und zweitens besteht teilweise die Ansicht, diese Informationen gehörten zum Geschäftsgeheimnis. Bei der Weitergabe von Kundendaten müssen die Banken über die Empfänger der Daten und den Zweck der Weitergabe der Daten informieren. Bei der Weitergabe eines Know Your Customer-File ist zudem eine separate Erklärung mit Unterschrift des Kunden zu verlangen.

Der Rechtfertigungsgrund der überwiegenden privaten Interessen wird als Rechtfertigung für Outsourcinglösungen genannt: «Die kostengünstigere Lohnbewirtschaftung und Personalrekrutierung gilt als Rechtfertigungsgrund. Es dürfen jedoch nur jene Personendaten übermittelt werden, welche für die Erfüllung des angegebenen Zweckes nötig sind.»⁵⁰ Ob angesichts der technischen Möglichkeit zur Anonymisierung eine Weitergabe von Kunden-

⁴⁹ <www.edsb.ch/d/doku/empfehlungen/konto.htm>.

⁵⁰ EIDG. DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER, 9. Tätigkeitsbericht 2001/2002, Kapitel 7.1, S. 75 f.; a.M. ALTHAUS STÄMPFLI, op. cit., S. 187.

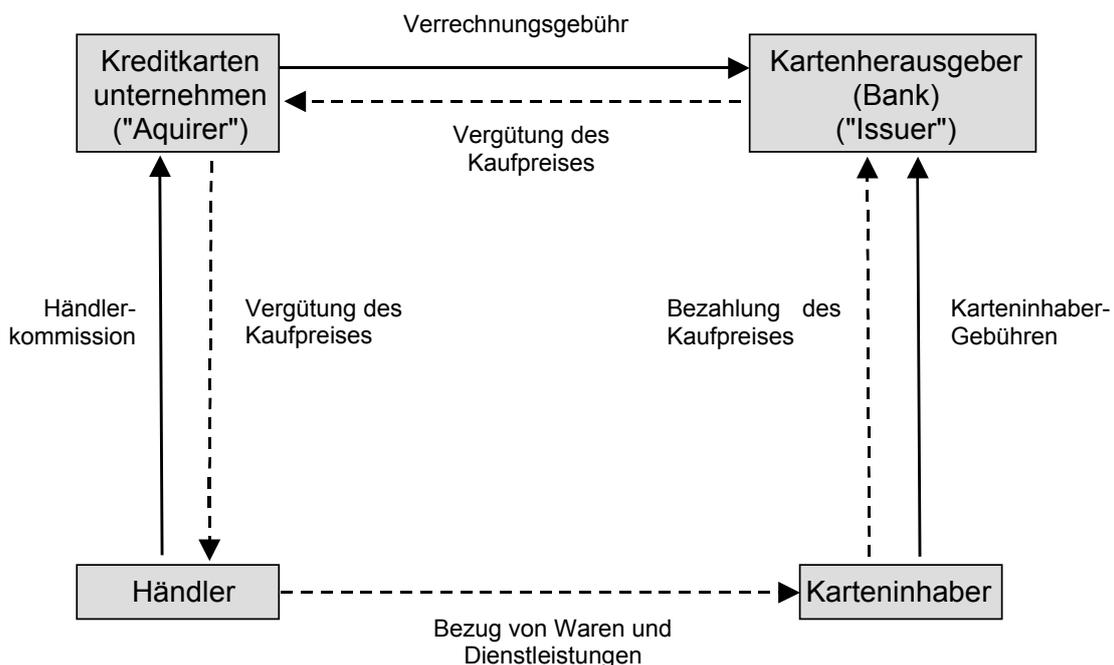
daten aus Kostengründen gerechtfertigt ist, wage ich für das Bankgeschäft zu bezweifeln.

ff) *Kreditkartengeschäft*

Die Gewährleistung der Datensicherheit im Kreditkartengeschäft ist durch das – dem Kreditkartengeschäft immanente – notwendige Zusammenwirken mehrerer Parteien eine komplexe Aufgabe. Es bestehen folgende Verträge⁵¹:

- Kreditkartenvertrag zwischen Kartenherausgeber und Karteninhaber
- Vertragsunternehmervertrag zwischen Kreditkartenunternehmen und Händler
- Kreditkartenbewirtschaftungsvertrag zwischen Acquirer und Kartenherausgeber

Das «Vier-Parteien-System»



Die Daten müssen weitgehend an Dritte weitergegeben werden können, da das Kreditkartengeschäft ein Verbundsystem ist. Dies wird vertraglich in den allgemeinen Geschäftsbedingungen festgehalten:

⁵¹ H. GIGER, Kreditkartensysteme, Zürich 1984, S. 142 ff.

«Beschaffung, Bearbeitung und Weitergabe von Daten

Die Kartenherausgeberin ist ermächtigt, für die Prüfung des Kartenantrages und für die Abwicklung der Kartenbeziehung Auskünfte bei ... Stellen einzuholen. ...

Die Kartenherausgeberin ist berechtigt, für die Bearbeitung des Kartenantrages sowie für die Abwicklung der Kartenbeziehung und sämtlicher Kartentransaktionen ganz oder teilweise Dritte in der Schweiz oder weltweit im Ausland zu beauftragen. Der Karteninhaber, bzw. im Falle von Firmenkarten auch die Firma, ermächtigen deshalb die Kartenherausgeberin, diesen Dritten sämtliche ihr vorliegenden Daten zur Verfügung zu stellen, soweit dies für die Bearbeitung des Kartenantrages sowie die Abwicklung der Kartenbeziehung und sämtlicher Kartentransaktionen nötig ist, und dafür diese Daten auch weltweit ins Ausland weiterzuleiten.

....»⁵²

Durch diese Regelung wird primär der Grundsatz der Zweckbindung umgesetzt.

«Einwilligungs-, Übertragbarkeits-, Bestätigungsklauseln

Wenn die Dritten nicht dem schweizerischen Bankgeheimnis unterstehen, wird eine Weitergabe nur erfolgen, wenn sich die Empfänger der Informationen und Daten zu deren Geheimhaltung verpflichten und diese Verpflichtung auch eventuellen weiteren Vertragspartnern überbinden. (Die Dritten zugänglich gemachten Informationen und Daten dienen grundsätzlich nur zur Einziehung und Durchsetzung ausstehender Forderungen).»⁵³

Die Einwilligungsklauseln der allgemeinen Geschäftsbedingungen im Kreditkartenbereich sind umstritten. Nach Auffassung des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten weisen einige dieser AGBs intransparente Formulierungen auf, welche die rechtliche Gültigkeit einer entsprechenden Einwilligung als zweifelhaft erscheinen lassen. Gemäss dem Prinzip der aufgeklärten Einwilligung⁵⁴ kann eine Einwilligung nur soweit gültig sein, wie ihre konkrete Tragweite für die betroffene Person auch absehbar ist⁵⁵.

Datenschutzrechtlich ist eine Verletzung der Persönlichkeit nicht widerrechtlich, wenn sie durch Einwilligung des Verletzten (betroffene Person) gerechtfertigt ist. Damit die betroffene Person ihre Einwilligung wirksam er-

⁵² AGB für von der Credit Suisse herausgegebene Karten, Ausgabe 04/04m Ziff. 10.

⁵³ AGB Cornèr Bank 2003, Ziff. 9.

⁵⁴ Siehe oben, III.3.b.aa.

⁵⁵ EIDG. DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER, 10. Tätigkeitsbericht 2002/2003, Kapitel 9.2, S. 70 f.

teilen kann, muss sie jedoch umfassend über die Bearbeitung ihrer Personendaten und den Zweck orientiert werden. Wer einen Kreditkartenantrag unterzeichnet, gibt stillschweigend sein Einverständnis zur Bearbeitung seiner Personendaten durch den Vertragspartner, auch zur Speicherung und späteren Verwendung, nicht aber zur Bekanntgabe an nicht klar bestimmte Dritte. Der Datenschutzbeauftragte verlangt daher, dass – bevor der Kunde ein Vertragsverhältnis eingeht – ihm Gelegenheit zu geben ist, sich umfassend über folgende Punkte zu informieren, beispielsweise in einem Merkblatt oder den Allgemeinen Geschäftsbedingungen⁵⁶:

- Wer ist Inhaber der Datensammlung?
- Worin besteht der Zweck der Datenbearbeitung?
- Bei welchen Stellen/Behörden werden Daten überprüft?
- Welche Daten werden wem und zu welchen Zwecken bekannt gegeben (bei juristischen Personen sind die Empfänger oder Mitglieder näher zu präzisieren)?
- Wie erfolgt die Art und Weise der Bekanntgabe (online oder auf Papier) und Aufbewahrung?

Kreditkartensysteme sind sich ihrer Verletzlichkeit bewusst. Sie erlassen deshalb strenge Anforderungen bezüglich Datensicherheit, welche sämtliche beteiligten Parteien einhalten müssen, und die sie auf Drittparteien, welche sie beiziehen, übertragen müssen⁵⁷. Diese in viele technische Details gehenden Vorschriften können hier nicht detailliert dargelegt werden. Es sind letztlich Abwehrmassnahmen, welche aus Art. 8 und 9 DSV bekannt sind, oder die sich mit den aus Spionagefilmen bekannten Massnahmen von Kriegsparteien vergleichen lassen, welche verhindern wollen, dass der Gegner ihre chiffrierten Nachrichten abhören oder in ihre Nachrichtenübermittlungssysteme eindringen kann.

Verarbeiter von Kreditkartendaten, d.h. die Acquirer, geben oft dem auftraggebenden Kartenherausgeber das Recht, die Systeme bzw. die Sicherheitsvorkehrungen zur Garantierung der Datensicherheit einem Audit zu unterziehen.

⁵⁶ EIDG. DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER, 3. Tätigkeitsbericht 1995/1996, Kapitel 7.1, S. 51 ff., siehe <www.edsb.ch/d/doku/jahresberichte/tb3/kap7.htm>.

⁵⁷ Solche Sicherheitsanforderungen finden sich bspw. unter <www.visaeurope.com/acceptingvisa/datasecurity.html>.

IV. Haftung

1. Vertragliche Haftung

a) Nicht gehörige Erfüllung, d.h. Vertragsverletzung

Die Vertragsverletzung besteht in der Preisgabe der Kundendaten an Dritte ohne Rechtfertigungsgrund.

b) Schaden

Schaden ist die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht nach allgemeiner Auffassung der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand (Ist-Zustand) und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (Soll-Zustand)⁵⁸.

Werden Kundendaten gestohlen und für die Belastung der Bankkonti des betroffenen Kunden verwendet, so besteht der Schaden in einer Verringerung von Buchgeld, sofern der Bank überhaupt ein Verwendungersatz (Art. 402 OR) zusteht. Dies ist nicht der Fall, wenn die Bank den Auftrag nicht richtig ausgeführt hat und selbst für die widerrechtlich erteilten Instruktionen haften muss (siehe unten, IV.1.f.).

Bei nicht versteuertem oder in Verletzung von Devisenvorschriften in der Schweiz angelegtem Geld, dessen Existenz den ausländischen Behörden wegen eines Kundendatendiebstahls bekannt geworden ist, sind die Verhältnisse komplexer: Das Bundesgericht hat festgehalten, dass der Kunde einer schweizerischen Bank, dem eine Busse auferlegt worden ist, weil er die Vorschriften seines Heimatstaates über die finanziellen Beziehungen zum Ausland verletzt hat, nicht von der Bank den Ersatz des Bussenbetrages fordern kann, ausser die Sanktion wäre nicht mit dem schweizerischen Ordre Public vereinbar⁵⁹. Das Bundesgericht hat die Schadensqualität der Busse verneint, weil die Busse einen rein pönalen und höchstpersönlichen Charakter habe und die Verminderung des Vermögens des Gebüssten bezwecke⁶⁰. Die Ge-

⁵⁸ BGE 116 II 444 f.; BGE 104 II 199; Basler Kommentar OR I WIEGAND, N. 38 zu Art. 97 OR.

⁵⁹ BGE 115 II 72 ff.

⁶⁰ BGE 115 II 75, Erw. 3b; TH. KOLLER, Strafsteuer als privatrechtlich ersatzfähiger Schaden? in: AJP 2003, S. 713 ff., 716 ff.

heimnisverletzung der Bank war nur insoweit Ursache für die Busse, als diese mangels Aufdeckung bisher noch nicht verhängt worden war.

Dieses Urteil ist auf Kritik gestossen. U.a. wurde auf den Widerspruch hingewiesen, dass für ausländische Währungs- und Steuerdelikte keine Rechtshilfe gewährt wird (Art. 3 Abs. 3 IRSG), andererseits aber eine Verletzung einer schweizerischen Norm, die zu ausländischen Bussen gestützt auf ausländische Währungs- und Steuergesetze führen, wegen des pönalen Charakters dieser ausländischen Sanktion in der Schweiz ohne zivilrechtliche Folgen bleibt⁶¹. Zudem wurde das Selbstverschulden des ausländischen Bankkunden als Reduktionsgrund oder als Grund für die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges als der methodisch einfachere Weg zum Schutz der Bank angeführt (siehe IV.1.c nachstehend).

Lehre und Rechtsprechung unterscheiden zwischen Busse und anderen Schadensposten, die durch die Verletzung des Bankgeheimnisses entstanden sind und keinen Strafcharakter aufweisen. Letztere stellen u.U. einen Schaden dar, der vom Kunden gegen seine Bank eingeklagt werden kann, wie z.B. die Gerichts- und Anwaltskosten oder der Schaden entstanden durch Untersuchungshaft nach einem Freispruch des Beschuldigten⁶².

Umstritten ist die Ersatzfähigkeit von Nachsteuern: Meiner Meinung nach sind Steuernachzahlungen ohnehin geschuldet, wenn der Steuerpflichtige den Grund für die Steuerforderung unabhängig von einer allfälligen Geheimnisverletzung der Bank gesetzt hat⁶³. Die Nachsteuer stellt in diesem Falle keinen Schaden dar, weil mit deren Bezahlung bloss eine bestehende Steuerschuld, d.h. ein Passivum des Vermögens des Bankkunden, entfällt.

Eine Schadenersatzpflicht der Bank, nicht wegen Geheimnisverletzung, sondern wegen einer allfälligen Verletzung der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht, ist allenfalls gegeben, wenn die Geheimnisverletzung erfolgt ist, aber die Bank den Kunden nicht rechtzeitig informiert, so dass dem Kunden die Möglichkeit zur Selbstanzeige an die Steuerbehörden genommen wur-

⁶¹ AUBERT et. al, op. cit., pp. 70 ss; B. MAURENBRECHER/ZULAUF, op. cit., Bankgeheimnisverletzung, Busse generell kein ersatzfähiger Schaden?, SZW 1991, S. 36 ff., S. 41.

⁶² KOLLER, op. cit., S. 720 f.; MAURENBRECHER/ZULAUF, op. cit., 40, rt. Spalte.

⁶³ C.-W. CANARIS, Bankvertragsrecht, 3. Aufl. Berlin 1988, S. 47, N. 67.; KOLLER, op. cit., S. 720; a.M. MAURENBRECHER/ZULAUF, op. cit., S. 40, bei und in FN 42 welche die Ersatzfähigkeit von Nachsteuern aufgrund einer formalen Betrachtungsweise begründen, wonach die Steuerschuld erst mit der Verfügung der Steuerbehörde, welche aufgrund der Bankgeheimnisverletzung erfolgt, entstehen soll.

de⁶⁴. Ein anschauliches Beispiel liefert der Prozess im Fürstentum Liechtenstein zwischen H. Batliner und P. Schockemöhle. Diesem Prozess liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Systemadministrator der Anwaltskanzlei Batliner beschaffte 1996 via «Spiegel» der Staatsanwaltschaft Bochum mit einem Diebstahl eine CD-ROM mit vertraulichen Daten der Anwaltskanzlei Batliner. P. Schockemöhle warf darauf H. Batliner vor, ihn nicht rechtzeitig über den Datendiebstahl informiert zu haben. Andernfalls hätte er noch Selbstanzeige erstatten können. Im Februar 1997 habe H. Batliner bereits von der Datenpanne gewusst, erst im September sei das Telefonat aus Vaduz erfolgt. Zwar konnte sich P. Schockemöhle in der Folge noch mit dem Fiskus einigen. Er musste aber 17 Millionen Franken dem deutschen Finanzamt nachzahlen und wurde wegen Steuerhinterziehung zu elf Monaten Haft bedingt verurteilt⁶⁵. Der Kläger P. Schockemöhle forderte mit Klage vom 2. August 2000 einen Gesamtbetrag von DEM 32,555.209,41 samt Zinsen und Kosten. Damit machte er hauptsächlich Steuerschäden, Steuerstrafe und damit in Zusammenhang fallende Kosten geltend, die ihm durch den Datendiebstahl und damit verbundene Indiskretionen aufgrund eines Steuerstrafverfahrens in Deutschland entstanden seien. Der Oberste Gerichtshof in Liechtenstein entschied im September 2004, dass für den festgestellten Steuerschaden, für die festgestellten Steuerstrafen und für die festgestellten Kosten, die im Zusammenhang damit entstanden sind, kein Ersatzanspruch anerkannt wird⁶⁶. Das endgültige Urteil steht indessen noch aus, da der Staatsgerichtshof das Urteil im Juni 2005 wegen eines Formfehlers teilweise aufgehoben hat⁶⁷.

c) Das Selbst- resp. Drittverschulden

Bei Verstössen gegen ausländische Währungs- und Steuergesetze hat der Bankkunde stets selbst ein gewichtiges Moment, das zu einem Schaden führen kann, gesetzt.

- Es ist zu prüfen, ob das Verhalten der Bank nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge überhaupt geeignet war, einen Schaden, wie vom Bankkunden behauptet, herbeizuführen⁶⁸. Der Kausalzusammen-

⁶⁴ CANARIS, op. cit. S. 46 f, N. 66 f.; KOLLER, op. cit., S. 717, zum Prozess «Batliner/Schockemöhle».

⁶⁵ Liechtensteiner Vaterland vom 23. Januar 2004, S. 1.

⁶⁶ <www.presseportal.de/story.htx?nr=593046&firmaid=55247>.

⁶⁷ Liechtensteiner Vaterland vom 18. Juni 2005.

⁶⁸ BGE 113 II 178; 108 II 53 E. 3.

hang kann unterbrochen werden durch das Verschulden des Geschädigten oder eines Dritten, wenn letzteres bei wertender Betrachtung als derart intensiv erscheint, dass das Verhalten des Dritten oder des Geschädigten das Verhalten des Schädigers gleichsam verdrängt und als unbedeutend erscheinen lässt⁶⁹.

- Das Verhalten des Geschädigten – beispielsweise beim Internetzugang oder bei der Anlage von unversteuertem Geld – kann zudem zur Herabsetzung des Schadenersatzanspruches führen gestützt auf Art. 99 Abs. 3 OR i.V. mit Art. 43/44 OR⁷⁰.

d) Misslingen des Exkulpationsbeweises

Für die Bank gilt ein objektivierter Fahrlässigkeitsmassstab; verlangt ist die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Die Bank kann sich nicht exkulpieren durch Hinweis auf individuelle Eigenschaften. Sie haftet als Institution⁷¹.

Der Bankkunde muss die Pflichtverletzung, den Schaden und die Kausalität beweisen. Gemäss Art. 97 Abs. 1 OR trägt die Bank die Folgen der Beweislosigkeit, d.h. die Bank muss beweisen, dass ihr keinerlei Verschulden zur Last falle. Die Bank kann sich nicht exkulpieren wenn sie die aufsichtlichen Anforderungen, z.B. des EBK-Rundschreibens Outsourcing erfüllt hat. Das EBK-Rundschreiben Outsourcing regelt allein aufsichtsrechtliche Aspekte, und betrifft das Zivilrecht nicht. Insbesondere bewirkt die Einhaltung allein der aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Kundeninformation gemäss EBK-Rundschreiben Outsourcing keine Einwilligung des Bankkunden zur Weitergabe der Kundendaten⁷².

⁶⁹ BGE 116 II 524.

⁷⁰ KOLLER, op. cit., S. 720; MAURENBRECHER/ZULAUF, op. cit., S. 39.

⁷¹ W. WIEGAND, Zur Haftung für Dienstleistungen, in: recht 1990, 134 ff., 142.

⁷² ALTHAUS STÄMFPLI, op. cit., S. 156 f. Das EBK-Rundschreiben Outsourcing verlangt in Rz. 13 auch die Einhaltung der Vorschriften des Datenschutzgesetzes, was in der Praxis nicht immer genügend Beachtung findet. Es wäre zu wünschen, dass sich EBK und der Eidg. Datenschutzbeauftragte in dieser Hinsicht auf eine gemeinsame Praxis festlegen könnten.

e) Auswirkungen der Sphärentheorie

Die Banken können nicht in den Verträgen alle Risiken auf die Kunden überwälzen, wie dies früher üblich war und vom Bundesgericht sanktioniert wurde⁷³. Als obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe⁷⁴ haftet die Bank für jede Unsorgfalt.

Gemäss der «Theorie des allgemeinen Lebensrisikos», auch «Sphärentheorie» genannt, muss jede Partei für den von beiden Parteien unverschuldeten Schaden aufkommen, sofern die Ursache des Schadens im jeweiligen Machtbereich einer Partei liegt⁷⁵. Dass IT-Systeme anfällig für den Diebstahl von Daten sind, dürfte mittlerweile als allgemeines Risiko anerkannt sein. Damit haftet die Bank für die Sicherheit ihres IT-Systems, auch wenn der Kundendatendiebstahl durch Dritte erfolgt ist.

Dies hat Auswirkungen in den Geschäftsbedingungen der von den Banken herausgegebenen Karten. Die Finanzinstitute übernehmen den Schaden, auch wenn sie ihn nicht verursacht haben.

AGB Maestro-Karte: Schadenübernahme bei Nichtverschulden

«Unter der Voraussetzung, dass der Kartenberechtigte die Bedingungen für die Benützung der Maestro-Karte in allen Teilen eingehalten hat (insbesondere die Sorgfaltspflichten gemäss Ziff. I.6) und ihn auch sonst in keiner Weise ein Verschulden trifft, übernimmt die Bank Schäden, die dem Kontoinhaber aus missbräuchlicher Verwendung der Maestro-Karte in der Funktion als Bargeldbezugs- oder Zahlungskarte durch Dritte entstehen. Miterfasst sind auch Schäden in Folge Fälschung oder Verfälschung der Maestro-Karte. Nicht als «Dritte» zu betrachten sind die Kartenberechtigten und deren Ehepartner sowie mit diesen im gleichen Haushalt lebende Personen.

Schäden, für die eine Versicherung aufzukommen hat, sowie allfällige Folgeschäden irgendwelcher Art werden nicht übernommen.»

⁷³ BGE 108 II 314 ff.; BGE 109 II 116 ff; siehe D. STOLL, *Les cartes et moyens de paiement analogues*, Zurich 2001, pp. 106 ff.

⁷⁴ BGE 112 II 454 ff.; Basler Kommentar OR I, WIEGAND, N. 11 zu Art. 100 OR

⁷⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Band II, Zürich 2003, Rz. 2759; D. ROSENTHAL, *Haftungsfragen nicht vernachlässigen*, in: *digma* 2001.4, S. 173.

Kreditkarten AGB zum Kartenverlust

«Bei Verlust oder Diebstahl der Karte muss der Inhaber die Bank sofort telefonisch benachrichtigen und diese Benachrichtigung anschliessend schriftlich bestätigen. Bei Diebstahl muss er auch bei der Polizei Anzeige erstatten. Bis zum Eingang seiner Benachrichtigung bei der Bank haftet der Inhaber für alle Missbräuche der Karte, höchstens jedoch bis zu einem Maximalbetrag von Fr. 100.00, wenn er seine Sorgfaltspflichten in vollem Umfang erfüllt hat. Für den Kartenersatz verrechnet die Bank dem Inhaber einen Spesenaufwand von Fr. 20.00.»

Werden gestohlene Karten oder die gestohlenen Daten des Karteninhabers verwendet, so gibt der Karteninhaber keine Instruktion, den Händler durch Belastung seines Kontos zu bezahlen. Die Bank hat damit keinen Anspruch auf Aufwendungsersatz (Art. 402 OR), wenn aufgrund eines «Identitätsklaus» die Kreditkarte von unberechtigten Dritten eingesetzt wird. Die Bank als Kartenherausgeberin trägt das Risiko des Datendiebstahls durch Dritte⁷⁶.

f) Informationspflicht zur Vermeidung von Kundendatendiebstahl

Aus Auftragsrecht folgt eine Abmahnungspflicht der Bank⁷⁷. Weisungen des Kunden, welche eine Verletzung der vereinbarten Geheimhaltung zur Folge haben könnten, sind nur auszuführen, wenn der Kunde abgemahnt und informiert wurde, und dennoch auf der Weisung beharrt. Die Bank muss daher die Gefährdung – beispielsweise durch die ausländischen Gesetzesbestimmungen zum gläsernen Bankkunden – kennen:

«Die italienischen Gesetzesbestimmungen, gestützt auf welche im vorliegenden Fall die italienischen Behörden aufgrund des Überweisungsauftrags der Beklagten an die Mailänder-Bank zugegriffen haben, mussten der Beklagten bekannt sein. Sie anerkennt auch, darüber im Bild gewesen zu sein.»⁷⁸

«Ora, nella fattispecie, ci si poteva perlomeno attendere da un istituto bancario come la Succursale di Chiasso del Credito Svizzero che fosse a conoscenza della legislazione sull'imposta preventiva e sulla protezione della moneta, in modo da consigliare con compiutezza e diligenza la propria cliente, ed una corretta informazione in tal senso si imponeva poi a maggior ragione ove si pensi che la normativa urgente sulla salvaguardia

⁷⁶ STOLL, op. cit., pp. 116 ss.

⁷⁷ Berner Kommentar FELLMANN, N. 162 zu Art. 398 OR; CANARIS, op. cit., S. 84, Rz. 116.

⁷⁸ BGE 110 II 284, 285 f.

della moneta era destinata a dissuadere gli investitori stranieri dal collocare capitali in franchi svizzeri, colpendo contemporaneamente i relativi averi con un divieto di remunerazione e con il prelevamento di una provvigione negativa.»⁷⁹

Ebenso muss die Bank den Kunden informieren, dass seine Identität bei grenzüberschreitenden bargeldlosen Zahlungen in allen von einer solchen Buchgeldüberweisung betroffenen Rechtsordnungen bekannt wird⁸⁰.

g) Informationspflicht der Bank bei Verletzung der Geheimhaltungspflicht

Bei Datenverlust muss der Kunde wahrheitsgemäss informiert werden aufgrund der auftragsrechtlichen Pflicht zur Sorgfalt (Art. 398 OR)⁸¹ und zur Rechenschaftsablage (Art. 400 OR)⁸².

Der Kunde hat die Möglichkeit, den Vertrag zu beenden⁸³.

h) Die Stellung der von der Bank beigezogenen Dritten

Der Beauftragte hat das ihm übertragene Geschäft in der Regel persönlich auszuführen. Für das Verhalten eines beigezogenen Dritten hat er voll einzustehen (Art. 101 Abs. und Art. 398 Abs. 3 OR). Eine Ausnahme besteht im Falle der Substitution: Ist der Beauftragte zur Übertragung der übernommenen Aufgaben an einen Dritten ausdrücklich ermächtigt oder durch Umstände genötigt, oder wird eine Vertretung Übungsgemäss als zulässig betrachtet (Art. 398 Abs. 3 OR), so haftet der Beauftragte bloss für gehörige Sorgfalt in Auswahl und Instruktion des Dritten (Art. 399 Abs. 2 OR).

Substitution liegt vor, wenn der Beauftragte die Erfüllung des Auftrages durch einen wirtschaftlich selbständigen Dritten vornehmen lässt, ohne diesem Weisungen zu erteilen oder ihn zu beaufsichtigen, und wenn sich das damit verbundene Haftungsprivileg bei der gegenseitigen Abwägung der Interessen des Auftraggebers und des Beauftragten rechtfertigen lässt⁸⁴.

⁷⁹ BGE 110 II 360 ff., 372.

⁸⁰ Siehe Art. 15GwV-EBK (oben, III.3.a) und den U-Turn der Devisenüberweisung oben, III.2.a; CANARIS, op. cit. S. 84, N. 116.

⁸¹ Berner Kommentar FELLMANN, N. 158 ff. und N. 433 zu Art. 398 OR.

⁸² Berner Kommentar FELLMANN, N. 27 zu Art. 400 OR.

⁸³ B/K/L, N. 379 zu Art. 47 BankG.

⁸⁴ BGE 112 II 353 f.; AUBERT et al, op. cit., p. 79 s; Berner Kommentar FELLMANN N. 542 ff. zu Art. 398 OR; Basler Kommentar OR I, WEBER, N. 3 zu Art. 398 OR.

Beim Beizug von Dritten, wie beispielsweise im Kreditkartengeschäft oder beim Outsourcing, gelten die Dritten wie z.B. die Drittbetreiber eines Rechenzentrums oder die Kreditkartenunternehmen in der Regel als Hilfspersonen der Banken, da sie jeweils nicht die gesamte Leistungspflicht der Bank, sondern bloss einzelne Teile derselben übernehmen⁸⁵. Die Bank haftet damit gegenüber dem Kunden für die beigezogenen Dienstleister⁸⁶.

Fälle der Substitution sind wohl nur dort möglich, wo der Beizug des Dritten im Interesse des Bankkunden oder gar auf dessen Instruktion hin erfolgt. Die Fälle von grenzüberschreitenden bargeldlosen Überweisungen und die Intermediation im Effektingeschäft liefern dafür Anschauungsmaterial.

Die Frage der Stellung der Zwischenbanken bei internationalen Überweisungen ist umstritten⁸⁷. Gemäss Bundesgericht soll die vom Kunden der Absenderbank genannte Empfängerbank bei Banküberweisungen als Substitutin und nicht als Hilfsperson gelten⁸⁸.

Eine Bank, welche Effekten ihrer Kunden verwahrt, holt die Zustimmung des Anlegers ein, wenn sie Effekten gesammelt verwahren will. Ebenso erfolgt die Verwahrung bei einem Dritten im In- oder Ausland nur, wenn der Kunde dazu seine Zustimmung gegeben hat. Die Depotverträge der Banken enthalten regelmässig entsprechende vorformulierte Vertragsklauseln⁸⁹. Die von den Banken beigezogenen Drittverwahrstellen sind somit Substituten und nicht Hilfspersonen (Art. 399 Abs. 2 OR).

⁸⁵ ST. GOETZ, Das internationale Kreditkartenverfahren, Basel 1992, S. 144; offengelassen in BGE 113 II 178.

⁸⁶ BRÄNDLI, op. cit., S. 189 ff.; EIDGENÖSSISCHER DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER, 9. Tätigkeitsbericht 2001/2002, Kapitel 2.3.1, S. 36 f., Outsourcing von Datenbearbeitungen im privaten Sektor, <www.edsb.ch/d/doku/jahresberichte/tb9/kap3c.htm>.

⁸⁷ J. BISCHOFF; Das UNCITRAL Modellgesetz über den internationalen Überweisungsverkehr, SZIER 1993, S. 285 ff., 304 ff, v.a. hinsichtlich der «money back guarantee».

⁸⁸ BGE 121 III 310 ff.; siehe M. HESS, Bargeldlose Überweisung mit Hilfe von Interbankzahlungssystemen – Vertrauenshaftung im Zahlungsverkehrsrecht?, in: recht 1996, S. 144 ff., 150.

⁸⁹ Art. 10 Depotreglement Credit Suisse 'Form der Aufbewahrung' lautet: «Die Bank ist ausdrücklich ermächtigt, die Depotwerte in eigenem Namen, aber auf Rechnung und Gefahr des Deponenten auswärts bei einem Dritten verwahren zu lassen. Ohne anderslautende Instruktion ist die Bank ausserdem berechtigt, die Depotwerte gattungsmässig und zentral zu verwahren oder sie bei einer Sammeldepot-Zentrale verwahren zu lassen. Dem Deponenten steht ein Miteigentumsrecht im Verhältnis der von ihm deponierten Depotwerte zum jeweiligen Bestand des Sammeldepots zu, sofern das Sammeldepot in der Schweiz liegt. Vorbehalten bleiben Depotwerte, die wegen ihrer Natur oder aus anderen Gründen getrennt verwahrt werden müssen.

Artikel 8 des Entwurfes eines Bundesgesetzes über die Verwahrung und Übertragung von Bucheffekten vom 15. Juni 2004 (E-BEG) sieht für bestimmte Fälle, in denen davon ausgegangen werden kann, dass ein vernünftiger und informierter Anleger mit der Sammel- oder Drittverwahrung einverstanden wäre, eine gesetzliche Ermächtigung zur Drittsammelverwahrung vor. Wo eine gesetzliche Ermächtigung zur Drittverwahrung gegeben ist, übernimmt die als Dritte beigezogene Verwahrungsstelle die Verwahrung als selbständige Unterbeauftragte und nicht als Hilfsperson im Sinne von Art. 101 OR. Es liegt somit ein Fall von befugter Substitution im Sinne von Art. 399 Abs. 2 OR vor. Liegt keine gesetzliche Ermächtigung im Sinne von Artikel 8 E-BEG für eine Drittverwahrung vor, so ist von einer unbefugten Substitution im Sinne von Art. 399 Abs. 1 OR auszugehen. Die Verwahrungsstelle haftet in diesem Fall für die Handlungen des Dritten im Ausland wie für ihre eigenen. Eine gesetzliche Ermächtigung zur Auslandsverwahrung soll dann nicht bestehen, wenn die ausländische Verwahrungsstelle keiner angemessenen Aufsicht untersteht, oder wenn der Kunde ausdrücklich die Verwahrung bei gerade der Verwahrungsstelle, mit welcher er eine vertragliche Beziehung und einen direkten Kontakt hat, verlangt. In diesen Fällen ist Drittverwahrung nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Kunden möglich (Art. 8 Abs. 2 E-BEG)⁹⁰.

Die vorgesehene gesetzliche Ermächtigung zur Dritt- und zur Auslandsverwahrung ist nicht von einer adäquaten Aufklärung des Kunden über die damit in Kauf genommenen rechtlichen und operationellen Risiken abhängig. Eine solche Aufklärung wäre nur in allgemeiner Form praktikabel. Eine länder- oder rechtsordnungsspezifische Aufklärung auf Retail-Ebene wäre kaum bezahlbar und für den Retailkunden von keinem Nutzen, da nur für

Bei Verwahrung im Ausland unterliegen die Depotwerte den Gesetzen und Usancen am Ort der Verwahrung. Wird der Bank die Rückgabe von solchen im Ausland aufbewahrten Werten oder der Transfer des Verkaufserlöses durch das anwendbare ausländische Recht erschwert oder verunmöglicht, so ist die Bank nur dann dazu verpflichtet, dem Deponenten einen entsprechenden Anspruch zur Herausgabe bzw. Zahlung zu verschaffen, wenn dieser besteht und übertragbar ist.

Auf den Namen lautende Depotwerte können auf den Deponenten eingetragen werden. Dieser akzeptiert, dass der auswärtigen Depotstelle sein Name bekannt wird. Die Bank kann die Werte aber auch auf Rechnung und Gefahr des Deponenten auf sich oder einen Dritten eintragen lassen, insbesondere dann, wenn eine Eintragung auf den Deponenten unüblich oder gar nicht möglich ist.»

⁹⁰ Bericht der vom Eidg. Finanzdepartement eingesetzten technischen Arbeitsgruppe zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Verwahrung und Übertragung von Bucheffekten vom 15. Juni 2004 (BERICHT BUCHEFFEKTENGESETZ), S.48 ff.

Fachleute verständlich. Auslandsverwahrung wurde bisher ohne spezifische Aufklärung praktiziert⁹¹.

Der Entwurf zum BEG sagt nichts zu den Ansprüchen des Kunden gegen die Drittverwahrstelle (siehe Art. 28 E-BEG)⁹². Damit gilt Art. 399 Abs. 3 OR, d.h. der Kunde kann die Ansprüche seiner Bank direkt gegen die Drittverwahrstelle geltend machen. Dies dürfte in der Praxis v.a. im grenzüberschreitenden Verhältnis schwierig sein, denn die Verträge der Drittverwahrstellen schliessen solche Ansprüche in der Regel aus⁹³. Umgekehrt lehnen die Zentralverwahrer, die Haftung für die von ihnen beigezogenen Dritten in den Verträgen mit ihren Mitgliedern ausdrücklich ab⁹⁴. Die Substitution erweist sich damit, v.a. im komplexen grenzüberschreitenden Verhältnis, als wenig griffige Anspruchsgrundlage für den Bankkunden.

2. Haftung aus unerlaubter Handlung

Bei einer Bankgeheimnisverletzung stehen als Anspruchsgrundlage alternativ Art. 97 OR und Art. 41 OR zur Verfügung⁹⁵.

Der Verstoss gegen rechtlich anerkannte Verhaltenspflichten ist grundsätzlich rechtswidrig. Solche Verhaltenspflichten finden sich für die hier interessierenden Fragen im Datenschutzgesetz⁹⁶. Im Bereich der Bearbeitung von Personendaten durch Private ist jede Persönlichkeitsverletzung widerrechtlich, wenn sie nicht durch einen der drei Rechtfertigungsgründe

- Einwilligung des Verletzten, oder
- Überwiegendes privates oder öffentliches Interesse, oder
- Gesetzlicher Rechtfertigungsgrund

gedeckt ist.

Ein schädigendes Verhalten ist widerrechtlich, wenn dadurch ein von der Rechtsordnung durch eine oder mehrere Normen geschütztes absolutes

⁹¹ BERICHT BUCHEFFEKTENGESETZ, op.cit., S.50.

⁹² BERICHT BUCHEFFEKTENGESETZ, op.cit., S.83.

⁹³ Siehe Art. 47 lit. a AGB SIS: «Eine weitergehende Haftung aus irgendwelchen Rechstiteln übernimmt die SIS nicht».

⁹⁴ «Die SIS haftet nicht für das Verhalten von durch sie beauftragten Dritten, wenn sie bei deren Auswahl, Instruktion und – sofern erforderlich – bei deren Überwachung die gebotene Sorgfalt gewahrt hat.» (Art. 47 lit. c AGB SIS).

⁹⁵ LOMBARDINI, op. cit., S. 645, N. 58.

⁹⁶ V. ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, S. 14.

Recht verletzt wird⁹⁷. Die Persönlichkeit ist im Datenschutzrecht bereits verletzt, wenn die Datensicherheit missachtet wird (Art. 7 DSGVO)⁹⁸.

3. Genugtuung (Art. 49 OR)

Voraussetzungen eines Genugtuungsanspruches sind:

- Verletzung der Persönlichkeit
- Schwere der Verletzung
- Subsidiarität, d.h. Fehlen eines anderweitigen Ausgleichs

Ein Verschulden ist nicht erforderlich, v.a. nicht bei Kausalhaftungen⁹⁹.

Auch Vertragsverletzungen können einen Genugtuungsanspruch begründen. Die besonderen Voraussetzungen von Art. 49 OR müssen auch in diesem Fall erfüllt sein¹⁰⁰.

Eine Genugtuung ist dort denkbar, wo besonders schützenswerte Personendaten (Art. 3 lit. c DSGVO), wie sie etwa im «Know Your Customer»-File der Bank enthalten sind, gegen den Willen des Bankkunden Dritten zugänglich werden.

4. Persönlichkeitsverletzung (Art. 28 ZGB)

Das Persönlichkeitsrecht umfasst auch die informationelle Selbstbestimmung¹⁰¹ und den Privatbereich, zu welchem die finanziellen Verhältnisse gehören¹⁰². Der Privatbereich umfasst diejenigen Lebensäusserungen, die der Einzelne gemeinhin mit nahe verbundenen Personen, aber nur mit diesen, teilen will, z.B. das Wohnen, das Arbeiten, das gemeinschaftliche Besprechen von Tagesereignissen¹⁰³.

Art. 28a Abs. 1 ZGB gewährt Klagen auf Verbot, Beseitigung oder Feststellung der Widerrechtlichkeit. Art. 28a Abs. 3 ZGB erlaubt Klagen auf

⁹⁷ BGE 126 III 525 Erw. 2; H. REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 3. Auflage in Zürich 2003, S. 155.

⁹⁸ J. TH. PETER, *Das Datenschutzgesetz im Privatbereich*, Zürich 1994, S. 260.

⁹⁹ Basler Kommentar OR I, SCHNYDER, N. 14 zu Art. 49 OR; Basler Kommentar ZGB I, MEILI, N. 17 zu Art. 28a ZGB; REY, *op.cit.*, 107.

¹⁰⁰ BGE 123 III 204 S. 206 f.; Basler Kommentar OR I, Schnyder, N. 5 zu Art. 49 OR; zweifelnd: REY, *op. cit.*, S. 107.

¹⁰¹ Basler Kommentar ZGB I, MEILI, N. 17 zu Art. 28 ZGB.

¹⁰² Basler Kommentar ZGB I, MEILI, N. 26 zu Art. 28 ZGB.

¹⁰³ BGE 118 IV 45.

Schadenersatz und Genugtuung. Schadenersatz ist Ersatz der erlittenen Vermögensschäden, und nicht Wiedergutmachung der Persönlichkeitsverletzung.

5. Datenschutzgesetz (Art. 15 DSGVO)

Art. 15 DSGVO verweist auf Art. 28 ZGB¹⁰⁴. Es besteht Alternativität zwischen Datenschutz und Art. 28 ZGB¹⁰⁵. Das Datenschutzgesetz gibt zusätzlich über Art. 28 ZGB hinaus spezifisch datenschutzrechtliche Rechtsbehelfe, insbesondere die Datensperre und Datenvernichtung.

Die Rechtfertigungsgründe gemäss Datenschutzgesetz finden sich in Art. 12 Abs. 2 lit. b DSGVO i.V. m. Art. 13 DSGVO resp. Art. 28 Abs. 2 ZGB.

V. Aufsichtsrechtliche Sanktionen

Die Bank muss mit allem rechnen, von einer Mahnung durch die EBK bis hin zum Bewilligungsentzug¹⁰⁶.

VI. Strafrechtliche Sanktionen

In Frage kommen v.a. Art. 47 BankG¹⁰⁷ und Art. 35 DSGVO¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Basler Kommentar DSGVO, HÜNIG, N. 4. ff der Vorbemerkungen zu Art. 15 DSGVO.

¹⁰⁵ BGE 127 III 492 ff.; Basler Kommentar ZGB I, MEILI, N. 10 zu Art. 28 ZGB.

¹⁰⁶ BODMER/KLEINER/LUTZ, op. cit., N. 279 zu Art. 3 BankG sowie Kommentierung zu Art. 23^{quinquies} BankG; EBK Bulletin 33/1997, S. 31.

¹⁰⁷ 1. Wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Organ, Angestellter, Beauftragter oder Liquidator einer Bank, als Untersuchungs- oder Sanierungsbeauftragter der Bankenkommission, als Organ oder Angestellter einer anerkannten Revisionsstelle anvertraut worden ist oder das er in dieser Eigenschaft wahrgenommen hat, wer zu einer solchen Verletzung des Berufsgeheimnisses zu verleiten sucht, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bis zu 50 000 Franken bestraft.

2. Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Busse bis zu 30 000 Franken.

3. Die Verletzung des Berufsgeheimnisses ist auch nach Beendigung des amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses oder der Berufsausübung strafbar.

4. Vorbehalten bleiben die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde.

¹⁰⁸ ¹ Wer vorsätzlich geheime, besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile unbefugt bekannt gibt, von denen er bei der Ausübung seines Berufes, der

VII. Folgerungen

Die Banken sind verpflichtet, mit den Mitteln der Technik, die sich fortlaufend ändern, Datensicherheit zu gewährleisten.

Die auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht der Bank führt zu zusätzlichen Aufklärungspflichten, wenn immer die banktechnische Abwicklung über das Ausland erfolgt und der Geheimnisschutz im Ausland nicht gewährleistet ist. Der Umfang dieser Aufklärungspflichten ist unterschiedlich, je nach dem Wissensstand des Bankkunden.

Mit den Mitteln des Rechts ist sicherzustellen, was möglich ist:

- Anonymisierung (oben, II.2.) ist *das* Mittel, um die Haftung weitestgehend zu vermeiden. Wo Anonymisierung nicht möglich ist, ist die Zustimmung des Kunden einzuholen.
- Transparenz hinsichtlich Geheimhaltung und hinsichtlich der Bereiche, wo Geheimhaltung nicht möglich ist, beispielsweise bei der Verwendung des Internet, oder dem Beizug von Outsourcingdienstleistern im Ausland. Ein zu plakatives Herausstreichen des Bankgeheimnisses kann zu einer Vertrauenshaftung führen.
- Verträge zwischen den verschiedenen Intermediären des Finanzsystems müssen die Weitergabe von Personendaten soweit möglich (Stichwort: Marktmacht) untersagen. Geheimnisschutz und die Datensicherheit sind vertraglich soweit möglich sicherzustellen¹⁰⁹.
- Die Banken müssen im Vertrag mit Drittprovidern die Datensicherheit sicherstellen. Ein IT-Audit des Dienstleistungserbringers durch den Auftraggeber ist vertraglich zu vereinbaren.

Es gibt keine absolute Geheimhaltung: Die Möglichkeit der Geheimhaltung von Daten ist je nach den Bankdienstleistungen und der Implikation weiterer Dienstleister grösser oder kleiner:

die Kenntnis solcher Daten erfordert, erfahren hat, wird auf Antrag mit Haft oder mit Busse bestraft.

² Gleich wird bestraft, wer vorsätzlich geheime, besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile unbefugt bekannt gibt, von denen er bei der Tätigkeit für den Geheimhaltungspflichtigen oder während der Ausbildung bei diesem erfahren hat.

³ Das unbefugte Bekanntgeben geheimer, besonders schützenswerter Personendaten oder Persönlichkeitsprofile ist auch nach Beendigung der Berufsausübung oder der Ausbildung strafbar.

¹⁰⁹ Siehe EIDG. DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER, 9. Tätigkeitsbericht 2001/2002, Kapitel 2.3.1, S. 38 f.

- Es empfiehlt sich für die Kunden, pro Dienstleistung eine separate Kontoverbindung zu unterhalten, so dass bei Bekanntgabe von Kundendaten nur ein Teil der Bankbeziehung betroffen ist (z.B. Unterhaltung von getrennten Konten/Depots für den Zahlungsverkehr und für die Anlage von Vermögen).
- Banken müssen sorgfältig wählen, für welche Dienstleistungen sie ausländische Serviceprovider beiziehen, und wo sie auf den Schutz der vertrauten inländischen Rechtsordnung verzichten können.

Die Haftung der Bank als Kreditgeberin

Vito Roberto, St. Gallen

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	94
I. Grundlagen	102
1. Besondere Stellung der kreditgebenden Banken.....	102
2. Haftungskonstellationen.....	103
3. Beispielsfälle.....	103
II. Die kreditgebende Bank als faktisches Organ.....	104
1. Faktische Organschaft der kreditgebenden Bank im Allgemeinen ...	104
2. Einflussnahme als Voraussetzung der faktischen Organschaft.....	107
3. Folgerungen.....	110
III. Informationspflichten gegenüber Kreditnehmer	110
1. Informationsasymmetrien.....	110
2. Keine Aufklärungspflicht der Bank als Grundsatz	111
3. Aufklärungspflicht als Ausnahme.....	112
4. Aufklärungspflicht bei Interessenkonflikt der Bank	114
IV. Informationspflichten gegenüber Dritten.....	115
1. Allgemeines.....	115
2. Ausservertragliche Haftung für Informationspflichtverletzungen...	116
3. Keine Pflicht zur Offenlegung der Einzelheiten eines Kreditvertrages.....	118
V. Konkursverschleppung durch den Kreditgeber	119
1. Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit.....	119
2. Haftung wegen absichtlicher sittenwidriger Schädigung.....	121
3. Haftung aufgrund des allgemeinen Deliktsrechts.....	121

Zu Dank verpflichtet bin ich meinen Assistenten, Niklaus Dietschi, B.A. und M.A. HSG (in Rechtswissenschaften), B.A. HSG (in Betriebswirtschaftslehre) und Beat Lütolf, B.A. und M.A. HSG (in Rechtswissenschaften), für die intensive Mithilfe bei der Umwandlung der Referatsnotizen zu dem vorliegenden Beitrag.

4. Folgerungen.....	124
VI. Weitere Haftungskonstellationen.....	125
1. Verrechnungsliberierung als Sanierungsmassnahme	125
2. Verantwortlichkeit für Kreditkaskaden.....	129
3. Mithilfe an unzulässigen «Cash Pooling-Modellen».....	130
VII. Ökonomische Erwägungen.....	133
1. Auswirkungen von Informationsasymmetrien.....	133
2. Auswirkungen von Rechtsunsicherheit auf Kreditentscheidungen..	135
VIII. Zusammenfassung in Thesen.....	138

Literaturverzeichnis

- ABEGGLEN SANDRO, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft: Entwurf eines Systems zu ihrer Konkretisierung, Diss. Bern 1995 (zit. Aufklärungspflichten).
- Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen: Interessenkonflikte und Chinese Walls bei Banken und Wertpapierhäusern: Privatrecht und Finanzmarktrecht, Bern 2004 (zit. Wissenszurechnung).
- AEBI DIETER, Interzession: Kreditsicherungsgeschäfte im Interesse des beherrschenden Aktionärs und des Konzerns, Diss. Zürich 2001.
- AKERLOF GEORGE A., The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, *Quarterly Journal of Economics* 84 (1970), S. 488 ff.
- ALBERS-SCHÖNBERG MAX, Haftungsverhältnisse im Konzern, Diss. Zürich 1980.
- BANERJEE ABHIJIT V., A Simple Model of Herd Behavior, in: *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 107, No. 3 (Aug. 1992), S. 797 ff.
- BAUMANN MAX, in: *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, 1. Teilband, Art. 1–7 ZGB, 3. Aufl., hrsg. von Peter Gauch und Jörg Schmid, Zürich 1998.
- BECKER FLORIAN, Verhaltenspflichten und Haftung von Banken bei Kreditvergabe, Berlin 2003.
- BERGER BERNHARD, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung: dargestellt anhand der Informationspflicht des Effekthändlers, Diss. Bern 2000.
- BERTHEAU FORTUNAT, Die Haftung der Kreditgeberbank gegenüber dem Kreditnehmer: Eine Untersuchung der verschiedenen Haftungsgrundlagen unter

besonderer Berücksichtigung des Krediteröffnungsvertrages, Diss. Zürich 1998.

BERTSCHINGER URS, Der eingeordnete Berater – ein Beitrag zur faktischen Organschaft, in: Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, hrsg. von Hans Caspar von der Crone, Rolf H. Weber, Roger Zäch und Dieter Zobl, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 455 ff.

BIKHCHANDANI SUSHIL/HIRSHLEIFER DAVID/WELCH IVO, A Theory of Fads, Fashion, Custom, and Cultural Change as Informational Cascades, in: The Journal of Political Economy, Vol. 100, No. 5 (Oct. 1992), S. 992 ff.

BLUM OLIVER, Fallstricke des Cash Pooling: Heikle Güterabwägung bei der Liquiditätsbewirtschaftung, in: NZZ vom 15. November 2005 (Nr. 267), S. 25 (zit. Fallstricke).

– Cash Pooling: gesellschaftsrechtliche Aspekte, in: AJP 2005, S. 705 ff. (zit. Aspekte).

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004.

BREHM ROLAND, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, 3. Teilband, 1. Unterteilband, hrsg. von Heinz Hausheer und Hans Peter Walter, Bern 2006.

BRODA BJÖRN M., Finanzierungsalternativen für KMU zum Bankkredit? Gewinnen hybride Finanzierungsformen (Mezzanine-Finanzierungen) für KMU durch den neuen Basler Akkord weiter an Bedeutung?, in: ST 2003, S. 463 ff.

BRUNNER ALEXANDER, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Bd. II, Art. 111–401 StGB, hrsg. von Marcel Alexander Niggli und Hans Wiprächtiger, Basel 2003.

CAMPONOVO RICO A., Aktienkapitalerhöhung durch Verrechnungsliberalisierung: Bestätigung der rechtlichen Zulässigkeit im Sanierungsfalle, in: ST 1999, S. 885 ff.

CANARIS CLAUS-WILHELM, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971 (zit. Vertrauenshaftung).

– Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, in: 2. Festschrift für Karl Larenz, hrsg. von Claus-Wilhelm Canaris und Uwe Diederichsen, München 1983, S. 27 ff. (zit. FS Larenz).

CHAUDET FRANÇOIS, L'obligation de diligence du banquier en droit privé, in: ZSR 1994, II. Halbband, S. 1 ff.

DESSEMONTET FRANÇOIS, La responsabilité de la banque dispensatrice de crédits comme organe de fait de son débiteur, in: Emptio-venditio inter nationes –

- Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises – Wiener Übereinkommen über den internationalen Warenkauf: Mélanges Karl Heinz Neumayer, Basel 1997, S. 403 ff.
- DRUEY JEAN NICOLAS, Liberierung durch Verrechnung – muss die Gegenforderung werthaltig sein? in: Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, hrsg. von Hans-Caspar von der Crone, Peter Forstmoser, Rolf H. Weber und Roger Zäch, Zürich 2004, S. 267 ff.
- DRUEY JEAN NICOLAS/VOGEL ALEXANDER, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999.
- DUBACH ALEXANDER, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR: Zweck Voraussetzung und Inhalt, in: SJZ 94 (1998), S. 157 ff.
- EMCH URS/RENZ HUGO/ARPAGAU RETO, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf, 2004.
- ENGERT ANDREAS, Die Haftung für drittschädigende Kreditgewährung, Diss. München 2005.
- ESCHENBRUCH KLAUS, Konzernhaftung: Haftung der Unternehmen und der Manager, Düsseldorf 1996.
- FASSBENDER KARL-JOSEF, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, Diss. Berlin 2004.
- FEHLMANN REGULA, Vertrauenshaftung – Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage, Diss. St. Gallen 2002.
- 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-UELL, Liberierung durch Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung: eine zulässige Form der Sanierung einer überschuldeten Gesellschaft, in: ZSR 2003, I. Halbband, S. 531 ff.
- FREIXAS XAVIER/ROCHET JEAN CHARLES, Microeconomics of Banking, Cambridge (MA)/London 1997.
- GIEGERICH UDO, Techniken des zentralen Cash Management: Wichtige Elemente der Optimierung des Working Capital, in: ST 2002, S. 869 ff.
- GIGER MARCEL, Sanierungen aus Sicht der Aktionäre und Obligationäre, in: Sanierung der AG: Ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis, hrsg. von Vito Roberto, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, S. 121 ff.

- GLANZMANN LUKAS, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht: ein Beitrag zur Finanzverantwortung des Verwaltungsrates unter Berücksichtigung des konzerninternen Darlehens, Diss. St. Gallen 1996 (zit. Darlehensvertrag).
- Die Kapitalerhöhung durch Verrechnung: Sinnvolle Sanierungsmassnahmen bei Aktiengesellschaften, in: NZZ vom 12. Juli 1999, S. 15 (zit. Kapitalerhöhung).
 - Die Schranken der Liberierung durch Verrechnung nach schweizerischem Aktienrecht, in: ZSR 1999, I. Halbband, S. 221 ff. (zit. Schranken).
- GLANZMANN LUKAS/ROBERTO VITO, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates in Sanierungssituationen, in: Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht, hrsg. von R.H. Weber, Zürich 2004, S. 77 ff.
- GUTHRIE CHRIS/RACHLINSKI JEFFREY J./WISTRICH ANDREAS J., Inside the Judicial Mind, Cornell Law Review 86 (2001), S. 777 ff.
- HAAG GÜNTER, Rating als Kernstück von Basel II: Brennpunkte in der Fremdkapitalfinanzierung, in: ST 2003, S. 912 ff.
- HANDSCHIN LUKAS, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994.
- HELLMANN THOMAS/STIGLITZ JOSEPH, Credit and equity rationing in markets with adverse selection, European Economic Review 44 (2000), S. 281 ff.
- HEINZER BORIS, La responsabilité de la banque dispensatrice de crédit envers les tiers créanciers de son client, Basel 2001.
- HOLD MICHAEL, Das kapitalersetzende Darlehen im schweizerischen Aktien- und Konkursrecht, Diss. St. Gallen 2000.
- HOMBURGER ERIC, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd., Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b: Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, 2. Aufl., Zürich 1997.
- HONSELL HEINRICH, Anmerkung zu BGH IVa ZR 66/83 vom 23.1.1985, in: JZ 1985, S. 952 ff.
- HUGUENIN CLAIRE, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser, 2. Aufl., Basel 2002.
- ISLER PETER R./ZINDEL GAUDENZ G., in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, OR 530–1186, 2. Aufl., hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Rolf Watter, Basel/Genf/München 2002.
- ISLER PETER, Die kreditgebende Bank – ein faktisches Organ des Schuldners? in: Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter

- Zobl zum 60. Geburtstag, hrsg. von Hans-Caspar von der Crone, Peter Forstmoser, Rolf H. Weber und Roger Zäch, Zürich 2004, S. 287 ff.
- JAFFEE DWIGHT M./STIGLITZ JOSEPH E., in: Handbook of Monetary Economics, Bd. II, hrsg. von Benjamin M. Friedman und Frank H Hahn, Amsterdam 1990.
- KESSELBACH STEPHAN, Krise und Sanierung bei Aktiengesellschaften – insbesondere aus strafrechtlicher Sicht: Unter besonderer Berücksichtigung des Art. 152 StGB, Diss. Zürich 2001.
- KOEFERLI JÜRIG A., Der Sanierer einer Aktiengesellschaft: Arbeitsleistungsvertrag, Kapitalverlust, Überschuldung und Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 1994.
- KRAMER ERNST A., in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, 1. Teilband, hrsg. von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1986.
- KUNZ PETER V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht: Eine gesellschaftsrechtliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und mit Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Bern 2001.
- KURER PETER, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, OR 530–1186, 2. Aufl., hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Rolf Watter, Basel/Genf/München 2002.
- LÄNZLINGER ANDREAS, Die Haftung des Kreditgebers: Beurteilung möglicher Haftungstatbestände nach schweizerischem und nach amerikanischem Recht, Diss. Zürich 1992.
- LOMBARDINI CARLO, Droit bancaire suisse, Zürich/Basel/Genf 2002.
- LOSER PETER, Konkretisierung der Vertrauenshaftung, in: recht 1999, S. 73 ff. (zit. Konkretisierung).
- Vertrauenshaftung und Schutzpflicht – Vor dem Hintergrund europäischer Rechtsvereinheitlichung, Festschrift Juristentag, Zürich 2000, S. 113 ff. (zit. Schutzpflicht).
- MARGIOTTA ADRIANO, Das Bankgeheimnis – Rechtliche Schranke eines bankkonzerninternen Informationsflusses?, Diss. St. Gallen 2002.
- MAURENBRECHER BENEDIKT, Die Stellung der Banken in Verantwortlichkeitsprozessen, in: AJP 1998, S. 1327 ff.
- MOSER MARTIN, Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten: Ein Beitrag zur Lehre von der Vertrauenshaftung, gezeigt am Beispiel des Wirtschaftsprüfers, Diss. Bern 1998.
- MOSER MARTIN/BERGER BERNHARD, Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft – zur Haftungsgrundlage und zu den Grenzen von Aufklärungspflichten:

- Zugleich eine Besprechung des BGE 4C.410/1997 vom 23.6.1998, in: AJP 1999, S. 541 ff.
- MOSIMANN PETER, Die Liberierung der Aktien durch Verrechnung, Diss. Basel 1976.
- NEUBERGER DORIS, Mikroökonomik der Bank, München 1998.
- NOBEL PETER, Schweizerisches Finanzmarktrecht: Einführung und Überblick, 2. Aufl., Bern 2004.
- NOLL JÜRGEN, Rechtsökonomie: Eine anwendungsorientierte Einführung, Wien 2005.
- NYFFELER FRANZ, Wie geht das Bundesgericht mit Verantwortlichkeitsklagen um?, in: Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht, hrsg. von R.H. Weber, Zürich 2004, S. 7 ff.
- PFEIFER MICHAEL, Übersicht über die Entwicklungen und Tendenzen bei der gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit, in: AJP 2000, S. 1468 ff.
- REINARZ PETER, Die Unternehmens-Sanierung im Lichte des Aktien- und des Steuerrechts, in: AJP 1997, S. 443 ff.
- ROBERTO VITO, Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens, in: AJP 1999, S. 511 ff. (zit. AJP 1999).
- Gedanken zur Haftung des Arbeitnehmers, in: Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, Festschrift für Manfred Rehbinder, hrsg. von Jürgen Becker, Reto Hilty, Jean-Fritz Stöckli und Thomas Würtenberger, München/Bern 2002, S. 91 ff. (zit. Gedanken).
 - Haftung für Dienstleistungen gegenüber vertragsfremden Dritten – Wie das Schielen auf das BGB den Blick auf das schweizerische Recht trüben kann, in: Festschrift Juristentag, Zürich 2000, S. 137 ff. (zit. FS Juristentag).
 - Die Haftung des Vermögensverwalters und Anlageberaters, in: Rechtliche Verantwortlichkeit bei der Vermögensverwaltung, hrsg. von Bernasconi/Chopard, Lugano 2002, 37 ff. (zit. Vermögensverwaltung).
 - Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002 (zit. Haftpflichtrecht).
- RUBLI ARMAND P., Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2002.
- RUSCH ARNOLD F., Interzession im Interesse des Aktionärs: Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten von Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz, Diss. Zürich 2004.
- SCHÄFER HANS-BERND/OTT CLAUS, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 2005.
- SCHÄRER HEINZ/MAURENBRECHER BENEDIKT, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, OR 1–529, 3. Aufl., hrsg. von

- Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Rolf Watter, Basel/Genf/München 2002.
- SCHENKER URS, Sanierung von Aktiengesellschaften: Rechtliche und steuerliche Rahmenbedingungen, hrsg. von Baker & McKenzie Zürich, Zürich 2002.
- SCHMIDT KARSTEN, Das Insolvenzrisiko der Banken zwischen ökonomischer Vernunft und Rechtssicherheit, in: WM 1983, S. 490 ff.
- SCHNYDER BERNHARD, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, OR 1–529, 3. Aufl., hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Rolf Watter, Basel/Genf/München 2002.
- SCHOCH PETER, Zur Kapitalerhöhung durch Verrechnung – Eine Entgegnung, in: NZZ vom 1. September 1999, S. 27.
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 2000.
- SEGE PATRICK, Bankenvertreter im Verwaltungsrat von Grossunternehmen in Krisensituationen, Bern 1999.
- SENN DOROTHEA, Die Haftung des Verwaltungsrates bei Sanierung der AG, Diss. Zürich 2001.
- SPREMANN KLAUS/GANTENBEIN PASCAL, Zinsen, Anleihen, Kredite, 2. Aufl., München/Wien, 2003.
- STEIN URSULA, Die Normadressaten der §§ 64, 84 GmbHG und die Verantwortlichkeit von Nichtgeschäftsführern wegen Konkursverschleppung, in: ZHR 148 (1984), S. 207 ff.
- STOFFEL WALTER A./TERCIER PIERRE, Das Gesellschaftsrecht 2000/2001 – Le droit des sociétés 2000/2001, in: SZW 2001, S. 282 ff.
- TRIGO TRINADE RITA/PETER HENRY, Responsabilité des organes de gestion dans un groupe de sociétés: commentaire des ATF 128 III 29 et 128 III 92, in: SZW 2002, S. 251 ff.
- TSCHÄNI RUDOLF, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003.
- VOGEL ALEXANDER, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgebendes Organ der Tochtergesellschaft: mit einer rechtsvergleichenden Übersicht über andere Konzernhaftungsgrundsätze, Diss. St. Gallen 1997.
- VON BÜREN ROLAND, Der Konzern: Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, Basel 2005.
- VON FISCHER MARIE, Die Ad hoc-Publizität nach Art. 72 Kotierungsreglement unter besonderer Berücksichtigung der Haftungsfrage, Diss. Bern 1999.
- VON PLANTA ANDREAS, Die Haftung des Hauptaktionärs, Diss. Basel 1981.

- VON SALIS-LÜTOLF ULYSSES, *Private Equity-Finanzierungsverträge*, Zürich/Baden-Baden 2002.
- VRBASKI RASTKO, *Zur Liberierung durch Verrechnung bei der sanierenden Kapitalerhöhung nach schweizerischem und deutschem Aktienrecht*, in: SZW 2005, S. 59 ff.
- WALTER HANS PETER, *Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages*, in: ZBJV 1996, S. 273 ff. (zit. ZBJV 1996).
- *Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?*, in: ZSR 2001, I. Halbband, S. 79 ff. (zit. ZSR 2001).
- WALTER MARIA, *Die Wissenszurechnung im schweizerischen Privatrecht*, Diss. Bern 2005 (zit. M. WALTER).
- WATTER ROLF, *Chinese Walls bei Universalbanken*, in: SJZ 1991, S. 109 ff. (zit. Chinese Walls).
- in: *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, OR 530–1186, 2. Aufl.*, hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Rolf Watter, Basel/Genf/München 2002.
- WERNLI MARTIN, in: *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, OR 530–1186, 2. Aufl.*, hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Rolf Watter, Basel/Genf/München 2002.
- WIDMER CHRISTOPH K., *Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht*, Diss. Zürich 1998 (zit. CH. WIDMER).
- WIDMER CORINNE, *Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen*, in: ZSR 2001, I. Halbband, S. 101 ff. (zit. C. WIDMER).
- WIDMER PETER/BANZ OLIVER, in: *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, OR 530–1186, 2. Aufl.*, hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Rolf Watter, Basel/Genf/München 2002.
- WIEGAND WOLFGANG, *Von der Obligation zum Schuldverhältnis*, in: recht 1997, S. 85 ff. (zit. Schuldverhältnis).
- *Ad hoc-Publizität und Schadenersatz*, in: *Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht, Festgabe für Jean-Paul Chapuis*, hrsg. von Claude Alain Margelisch, Zürich 1998, S. 143 ff. (zit. Ad hoc-Publizität).
- ZINDEL GAUDENZ G./ISLER PETER R., in: *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, OR 530–1186, 2. Aufl.*, hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Rolf Watter, Basel/Genf/München 2002.
- ZOBL DIETER, *Sicherungsgeschäfte der Aktiengesellschaft im Interesse des Aktionärs*, in: *Banken und Bankenrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner*, Zürich 1993, S. 183 ff.
- ZOBL DIETER/KRAMER STEFAN, *Schweizerisches Kapitalmarktrecht*, Zürich 2004.

I. Grundlagen

1. Besondere Stellung der kreditgebenden Banken

Der Kreditgewährung durch die Finanzinstitute kommt in einer Marktwirtschaft eine zentrale Bedeutung zu. Ein operativ tätiges Unternehmen ist in aller Regel auf die Finanzierung durch Kreditgeber, namentlich der Banken, angewiesen. Die Rolle der Banken als Kreditgeber akzentuiert sich noch bei Unternehmenskrisen. Die Sanierung eines in Schieflage geratenen Unternehmens lässt sich ohne Mitwirkung der beteiligten Banken regelmässig nicht bewerkstelligen. Die Banken müssen dabei entscheiden, ob sie einem notleidenden Unternehmen einen Kredit einräumen bzw. – bei einem bestehenden Kreditverhältnis – weiterhin Kredit gewähren oder gar ausweiten sollen. Bei der Abwägung der Ertrags- und Verlustaussichten im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung sind auch die rechtlichen Rahmenbedingungen bedeutsam. Der Kreditgeber hat eben nicht bloss die Kreditwürdigkeit des kreditsuchenden Unternehmens und gegebenenfalls die Werthaltigkeit der Kreditsicherheiten zu prüfen, sondern muss auch die *möglichen Haftungsimplicationen aufgrund seiner Kreditgeberstellung* berücksichtigen.

Im Zusammenhang mit der Haftung der kreditgebenden Banken wird zuweilen auf deren *besonderen Stellung*, besonders im Vergleich zu anderen Vertragspartnern, hingewiesen¹. Die Sonderstellung gründet einmal darauf, dass Unternehmen oft in besonderem Masse auf die Kreditgewährung durch Banken, namentlich der sogenannten Hausbank, angewiesen sind. Sodann haben die Banken regelmässig eine im Vergleich zu anderen Geschäftspartnern deutlich weitergehende Möglichkeit zur Einsicht in die Unternehmen. Und aufgrund der zahlreichen Geschäftskontakte einer Bank besteht schliesslich die Gefahr von Interessenkonflikten.

Insgesamt geht es dabei um das, was man unter dem Stichwort des «Informationsvorsprungs der Banken» oder auch der «Macht der Banken» in der rechtlichen und rechtspolitischen Diskussion anzusprechen pflegt. Aus dieser besonderen Stellung leitet man dann eine *besondere Verantwortung* ab. Nun wirkt sich aber eine verstärkte Inpflichtnahme der Banken als Kreditgeber zwangsläufig auf deren Abwägung bei der Kreditprüfung aus. Infolge einer *überhöhten Verantwortlichkeit* kann es letztlich zu einer volkswirtschaftlich *unerwünschten Kreditrationierung* kommen.

¹ Vgl. zum Wissensvorsprung der Banken LÄNZLINGER, 113 ff.; BERTHEAU, 33 f.; ABEGGLEN, Wissenszurechnung, 301 ff.

2. Haftungskonstellationen

Im Zusammenhang mit der Haftung der Bank als Kreditgeber denkt man in erster Linie an die Haftung der Bank als faktisches Organ sowie an die Haftung gegenüber dem Kreditnehmer. Entsprechend häufig hat sich die Lehre mit diesen Themen befasst². Es stellen sich aber zahlreiche weitere Fallkonstellationen, die haftungsrechtlich problematisch sein können. Im vorliegenden Beitrag sollen deshalb verschiedene mögliche Aspekte der Verantwortlichkeit einer Bank aufgrund ihrer Kreditstätigkeit untersucht werden.

Bei den mannigfachen Haftungskonstellationen kommen unterschiedliche Haftungsgrundlagen zum Zuge, weshalb verschiedene Rechtsgebiete betroffen sind. In Betracht kommt eine *aktienrechtliche Verantwortlichkeit* aus Art. 754 ff. OR, eine *Vertragshaftung* aufgrund der Verletzung einer Nebenpflicht aus dem Darlehensvertrag oder eine *ausservertragliche Haftung* aus Art. 41 bzw. 55 OR.

Dieser Beitrag fokussiert auf Haftungsfragen bei der *Kreditvergabe an Unternehmungen*. Ausgeklammert bleiben die Haftungsrisiken bei Darlehen an Privatpersonen; gegenüber diesen gehen die Aufklärungspflichten der Kreditinstitute weiter als gegenüber Unternehmen, insbesondere wenn Kredite für spekulative Anlagen gewährt werden.

3. Beispielfälle

Um die möglichen Haftungskonstellationen besser illustrieren zu können, sollen zunächst einige Beispiele vorgestellt werden. Die in den Beispielen angesprochenen Themen werden dann in den nachfolgenden Ziffern II bis V ausgeleuchtet.

Beispielfall 1 – Die kreditgebende Bank als faktisches Organ:

Im Kreditvertrag zwischen Bank A und Unternehmen X ist festgelegt, dass X weitgehende und von A überprüfbare Informationspflichten hat, die Kreditmittel für bestimmte spezifisch festgelegte Zwecke verwenden darf, X einen bestimmten Sanierungsberater beiziehen und einen festgelegten Businessplan einhalten muss. Wie ist die Rechtslage im Konkurs der X?

² Vgl. etwa BASK-SCHÄRER/MAURENBRECHER, OR 312 N 68c; BERTHEAU, 133 f.; DESSEMONTET, 410 ff.; LOMBARDINI, 537 ff.; MAURENBRECHER, 1335 ff.; ROBERTO, Vermögensverwaltung, 37 ff.

Beispielsfall 2 – Informationspflichten der kreditgebenden Bank gegenüber dem Kreditnehmer:

Bank B gewährt dem Unternehmen X einen Kredit zur Finanzierung einer Beteiligung an einem Bauprojekt, ohne offen zu legen, dass B das Projekt vorfinanziert hat und dieses vom Projektinitiator nicht mehr zu realisieren war. Wie ist die Rechtslage, wenn die neuen Kreditmittel teilweise für die Rückführung der von B in das Projekt investierten Gelder verwendet werden?

Beispielsfall 3 – Informationspflichten der kreditgebenden Bank gegenüber Dritten:

Bank C gewährt eine Kreditlinie an das sanierungsbedürftige Unternehmen X, wobei die Kreditgewährung an bestimmte Bedingungen geknüpft ist. X informiert an der GV über die Krediteinräumung, ohne die Bedingungen zu erwähnen. Wie ist die Rechtslage, wenn die Bedingungen nicht erfüllt werden, der Kredit nicht gewährt und X insolvent wird?

Beispielsfall 4 – Haftung der kreditgebenden Bank wegen Konkursverschleppung:

Bank D gewährt Unternehmen X einen gesicherten Überbrückungskredit, wobei vereinbart wird, dass D für die notwendigen Devestitionen beigezogen wird. Wie ist die Rechtslage, wenn X trotz Devestitionen insolvent wird?

II. Die kreditgebende Bank als faktisches Organ

1. Faktische Organschaft der kreditgebenden Bank im Allgemeinen

Beim ersten der erwähnten Beispielsfälle befindet sich das kreditnehmende Unternehmen offensichtlich bereits bei der Kreditaufnahme in einer Krisensituation. In solchen Situationen ist es für ein Unternehmen schwierig, neue Kreditmittel zu erhalten. Dies ist in der Regel nur gegen Einräumung von Sicherheiten möglich. Im Beispielsfall gewährt die Bank dagegen trotz der Krisensituation einen ungesicherten Kredit. Dieser darf freilich bloss für spezi-

fisch festgelegte Zwecke verwendet werden. Sodann muss das Unternehmen einen festgelegten Businessplan einhalten. Um die Befolgung der Vertragsbedingungen sicherzustellen, möchte die Bank detailliert informiert werden und diese Informationen überprüfen können. Letztlich geht das Interesse der Bank dahin, dass die Finanzkraft des Unternehmens wieder hergestellt wird. Aus diesem Grunde wird der Beizug eines von der Bank bezeichneten Sanierungsberaters vertraglich vereinbart.

Ein in den Grundzügen vergleichbarer Sachverhalt lag der «*Zumbrunn-Entscheidung*» des Bundesgerichts aus dem Jahre 1981 zugrunde³. Der Sachverhalt war zusammengefasst folgender: Die sich in finanzieller Schieflage befindende Bauunternehmung Zumbrunn AG führte zwei Kapitalerhöhungen durch, an denen sich der damalige Schweizerische Bankverein (SBV) über zwei Tochtergesellschaften mitbeteiligte. Die Bank agierte dabei nicht nur als Kreditgeberin, sondern auch als finanzielle Beraterin des einzigen Verwaltungsrates der Zumbrunn AG. Ausserdem nahmen Vertreter der Bank als «stille» Verwaltungsräte im Verwaltungsrat der Zumbrunn AG Einsitz, wobei sie an Entscheidungen mit finanzieller Tragweite mitwirkten und die Willensbildung zu administrativen und geschäftlichen Fragen der Gesellschaft massgeblich beeinflussten. Die Sanierungsbemühungen blieben indessen erfolglos. Über die Zumbrunn AG wurde der Konkurs eröffnet. In der Folge kam es zu Verantwortlichkeitsklagen gegen die formellen und faktischen Organe.

Dem Bundesgericht bot sich in dieser Entscheidung die Gelegenheit, sich ausführlich mit den *Kriterien der faktischen Organschaft* zu befassen. Als faktische Organe gelten «Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen»⁴. Die *Einflussnahme* muss sich auf die *Organkompetenz* selbst beziehen; es geht somit um Handlungen, die nach Gesetz, Statuten und Reglementen den formellen Organen vorbehalten sind⁵. In einer späteren Entscheidung wurde präzisiert, dass es zudem einer *gewissen Dauer* des organotypischen Verhaltens bedarf. Eine faktische Organstellung kann nur einer Person zukommen, «die in eigener Verantwortung eine dauernde Zuständigkeit für gewisse das All-

³ BGE 107 II 349 ff.

⁴ BGE 107 II 349 ff. Erw. 5 a); siehe ferner BGE 128 III 92 ff. Erw. 3 a); BGE 124 III 418 ff. Erw. 1 b); 122 III 225 ff. Erw. 4 b); 117 II 432 ff. Erw. 2 b); 107 II 349 ff. Erw. 5 a); aus der Lehre statt vieler FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 20 N 18.

⁵ MAURENBRECHER, 1336.

tagsgeschäft übersteigende und das Geschäftsergebnis beeinflussende Entschiede wahrnimmt. Weder ein Handeln im Einzelfall noch eine bloss hilfsweise Tätigkeit in untergeordneter Stellung vermag hingegen die spezifische Organhaftung zu begründen. [...] Die Vornahme einzelner Handlungen, die dem Bereich der Geschäftsführung zugerechnet werden können, begründet jedoch keine faktische Organstellung»⁶. Schliesslich sind für das organtypische Verhalten nicht nur die Aktivitäten innerhalb der Gesellschaft relevant; vielmehr kann auch die *Kundgabe* einer solchen Betätigung *gegenüber Dritten* massgebend sein⁷.

In der Zumbrunn-Entscheidung wurde nicht gegen die kreditgebende Bank selbst, sondern gegen die Bankenvertreter als faktische Organe der Zumbrunn AG geklagt. Aufgrund des arbeitsrechtlichen Freistellungsanspruchs gegenüber dem Arbeitgeber dürfte in solchen Fällen letztlich doch die Bank für den Schadenersatzanspruch aufkommen⁸. Im Allgemeinen richtet sich die Klage ohnehin nicht gegen die Bankenvertreter, sondern – mit Blick auf die höhere Solvenz – unmittelbar gegen die Bank⁹. Bei solchen Klagen stellt sich bezüglich der faktischen Organschaft der kreditgebenden Bank noch eine weitere Frage: An sich können bloss natürliche Personen Mitglieder eines Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft sein. Dies ergibt sich aus Art. 707 Abs. 3 OR. Danach kann eine juristische Person, die Aktionärin der Gesellschaft ist, nicht in den Verwaltungsrat gewählt werden; wählbar sind an ihrer Stelle ihre Vertreter¹⁰. Auch die Verantwortlichkeit trifft den Vertreter¹¹, während die vertretene juristische Person grundsätzlich nicht haftet. Denn der Vertreter wird von der Generalversammlung gewählt, und nicht etwa – wie im Falle der Beteiligung des Gemeinwesens an einer Aktiengesellschaft – entsandt¹². Es ist in der schweizerischen Lehre

⁶ BGE 128 III 29 ff. Erw. 3 c); vgl. ISLER, 294 f.; KOEFERLI, 190; MAURENBRECHER, 1336; TRIGO TRINADE/PETER, 256; BASK-WIDMER/BANZ, OR 754 N 10.

⁷ ISLER, 293 f.; vgl. zur Haftung aus Kundgabe auch VOGEL, 184, 331 ff. und 411 ff.; BÖCKLI, § 11 N 467; BGE 111 II 480 ff.; 117 II 570 Erw. 3.

⁸ Zum Freistellungsanspruch BK-REHBINDER, OR 321e N 27; ROBERTO, Gedanken, 94 f.

⁹ BERTHEAU, 120.

¹⁰ Der in Art. 707 Abs. 3 OR verwendete Vertreterbegriff ist weit aufzufassen. Der Vertreter muss demnach nicht Angestellter oder gar Organ der delegierenden juristischen Person sein; vielmehr kann auch ein Dritter (z.B. ein Anwalt) als Vertreter gewählt werden, vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 27 N 10.

¹¹ BASK-WERNLI, OR 707 N 40; ZK-HOMBURGER, OR 707 N 62 ff.

¹² Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 15; ZK-HOMBURGER, OR 707 N 41; BÖCKLI, § 18 N 143; Urteil des Handelsgerichts St. Gallen vom 25. März 1983, publiziert in GVP 1983 Nr. 45 (vgl. zum Entscheid auch SAG 1986, 38 ff.).

und Rechtsprechung jedoch unstreitig, dass die vertretene *juristische Person als faktisches Organ* haftbar werden kann. Erfüllt eine juristische Person, z.B. die Muttergesellschaft oder eben die kreditgebende Bank, aufgrund ihres tatsächlichen Einflusses auf die Geschäftsführung die Kriterien der faktischen Organschaft, so kann sie sich gerade nicht darauf berufen, sie hätte nach Art. 707 Abs. 3 OR gar nicht in den Verwaltungsrat gewählt werden können¹³. Eine Haftung der Kreditbank aus Doppelorganschaft wird in der Lehre insbesondere dann bejaht, wenn sie ihrem Vertreter im Verwaltungsrat Instruktionen erteilt und damit zu erkennen gibt, dass sie sich selbst als Entscheidungsträgerin betrachtet¹⁴.

Zu demselben Ergebnis gelangt, wer die Handlungen der Vertreter aufgrund Art. 722 OR oder Art. 55 Abs. 2 ZGB der vertretenen juristischen Person zurechnet. Vorausgesetzt ist freilich, dass der Vertreter gleichzeitig Organ¹⁵ der vertretenen juristischen Person ist. Anderenfalls liesse sich eine Einstandspflicht aufgrund der Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 Abs. 1 OR) begründen. Inwiefern sich die Einstandsvoraussetzungen zwischen den verschiedenen Haftungsgrundlagen unterscheiden, ist unklar und umstritten¹⁶.

2. Einflussnahme als Voraussetzung der faktischen Organschaft

Bei der Zumbrunn-Entscheidung war der Sachverhalt insofern eigentümlich, als die Bank sich an Kapitalerhöhungen beteiligt hatte und dadurch einen Minderheitsanteil an der Gesellschaft von über einem Drittel besass. Die Bank liess sich sodann vertraglich das Recht zur «stillen Einsitznahme in

¹³ BÖCKLI, § 18 N 109; BASK-WERNLI, OR 707 N 40; BERTHEAU, 120 f.; FORSTMOSER, N 722 ff.; ISLER, 292; ausführlich VOGEL, 205 ff., 389 ff.

¹⁴ MAURENBRECHER, 1337, m.w.N.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 15; FORSTMOSER, N 703 ff.; BASK-WERNLI, OR 707 N 41.

¹⁵ Der Organbegriff von Art. 55 Abs. 2 ZGB ist weit zu definieren, vgl. BASK-HUGUENIN, ZGB 55 N 13; nach MAURENBRECHER, 1335 (insb. Fn. 86), ist der Begriff des faktischen Organs in Art. 55 Abs. 2 ZGB weiter gefasst als im Verantwortlichkeitsrecht nach Art. 754 ff. OR; so im Ergebnis auch BGE 117 II 570 Erw. 3, wonach es für eine Haftung nach Art. 754 ff. OR erforderlich ist, dass der Betreffende die Geschäfte der Gesellschaft aufgrund selbständiger Entschlüsse leitet. Nach BASK-HUGUENIN, ZGB 55 N 15, unterscheiden sich Art. 55 ZGB und Art. 754 ff. OR nicht durch den Organbegriff, sondern durch die Regelungsfunktion.

¹⁶ Vgl. hierzu VON PLANTA, 83 ff.; ALBERS-SCHÖNBERG, 152 ff.; FORSTMOSER, N 728; nach BÖCKLI, § 11 N 466 ist der dogmatische Umweg über Art. 722 OR oder Art. 55 OR unnötig, da mit der Revision des Aktienrechts die faktischen Organe noch klarer in den Wortlaut von Art. 754 OR einbezogen wurden.

den Verwaltungsrat» sowie ein Beratungsmandat in finanziellen Angelegenheiten einräumen. Die Bankenvertreter wirkten nicht bloss bei finanziellen Entscheidungen, sondern auch bei administrativen und geschäftlichen Angelegenheiten mit. Die Mitwirkung war – gemäss den Ausführungen des Gerichts – in diesem Fall umso bedeutsamer, als die Zumbunn AG bloss ein einziges Verwaltungsratsmitglied hatte, welches aufgrund der persönlichen Überzeugungskraft und Machtstellung der Bankenvertreter kaum zur unabhängigen Willensbildung in der Lage war. Das Bundesgericht kam infolgedessen zum Schluss, dass die Bankenvertreter in *organtypischer Weise Einfluss auf die Geschäftsführung* genommen hatten und damit die faktische Organschaft zu bejahen ist¹⁷.

Auf den Beispielsfall 1 zurückkommend gilt es nun zu prüfen, ob eine faktische Organschaft aufgrund des Sachverhaltes zu bejahen wäre. In Bezug auf den von der Rechtsprechung geforderten Grad der Einflussnahme lässt sich immerhin feststellen, dass die Kreditnehmerin verpflichtet ist, den Kredit vertragsgemäss zu verwenden, den Businessplan einzuhalten, einen Sanierungsberater beizuziehen und der Bank weitgehende und überprüfbare Informationen zu geben. Es bestehen aber wesentliche Unterschiede zu den Gegebenheiten im Zumbunn-Fall. Weder ist die kreditgebende Bank Aktionärin der kreditnehmenden Unternehmung, noch hat sie sich organchaftliche Mitwirkungsrechte oder ein Beratungsmandat einräumen lassen.

Die Verpflichtung, einen *Sanierungsberater* beizuziehen, kann das Haftungsrisiko infolge einer faktischen Organschaft kaum erhöhen. Zwar erwarten oder verlangen die Banken, dass diese Sanierungsexperten Einfluss auf die Geschäftsführung erhalten¹⁸, weshalb ein solcher Experte – sofern er nicht als formelles Organ bestellt wird – durchaus die Anforderungen des faktischen Organs erfüllen kann¹⁹. Die Bank ist jedoch für die Handlungen

¹⁷ BGE 107 II 349 ff. Erw. 5.

¹⁸ Dabei kommt es oftmals zu personellen Wechseln in der bestehenden Unternehmensleitung; zuweilen werden diese von der Bank auch als Bedingung für die Gewährung eines Überbrückungskredites gefordert. Die Bank sollte in diesem Zusammenhang jedoch darauf achten, dass diese unübertragbare Aufgabe gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR ohne Mitwirkung eines Bankenvertreters wahrgenommen und entsprechend dokumentiert wird. Nach BERTHEAU, 135, ist es ungefährlich, falls die Bank bloss eine Vorauswahl der neuen Geschäftsführung trifft, und der eigentliche Entscheid der Geschäftsführung überlassen bleibt; gl.M. KOEFERLI, 190; weitergehend wohl MAURENBRECHER, 1336, nach welchem es keine Rolle spielt, ob die Auflagen bei der Kreditgewährung in den unentziehbaren Kompetenzbereich des Verwaltungsrates eingreifen.

¹⁹ Gelegentlich werden auch mehrere externe Personen mit der Bewältigung einer Krisensituation betraut. In der Praxis regeln diese «Beiräte» ihre Zusammenarbeit oftmals

des auf ihre Veranlassung hin beigezogenen Sanierungsexperten nicht haftbar. Dieser ist aufgrund seiner Selbstständigkeit *weder Hilfsperson* im Sinne von Art. 55 Abs. 1 OR *noch Organ* der Bank.

Dass die kreditgebende Bank das Unternehmen auf einen Businessplan verpflichtet und sich gewisse *Informations- und Kontrollrechte* ausbedingt, vermag ebenfalls nicht zu einer faktischen Organschaft zu führen²⁰. Ein solches Vorgehen zielt auf die Reduktion der Informationsasymmetrien ab und ist – wie noch aufzuzeigen ist²¹ – auch ökonomisch erwünscht. Entscheidend ist – wie WIDMER/BANZ zutreffend ausführen –, dass «die Einflussnahme der Bank von aussen erfolgt und einzig der Wahrung eigener, legitimer Interessen dient, mithin die Bank nur indirekt auf die Geschäftsführung einwirkt (...). So muss es einer Bank unbenommen sein, ihre Rechte aus Kreditverträgen gegenüber der Gesellschaft auszuüben»²².

Im Beispielsfall 1 kann daher nicht von einer faktischen Organschaft der Bank ausgegangen werden. Dies wird auch durch die Ausführungen des Bundesgerichts in der Zumbrunn-Entscheidung bestätigt: «Gewiss können auch gesellschaftsfremde Personen die Willensbildung einer Gesellschaft entscheidend beeinflussen, z.B. wenn Finanzinstitute ihre Kredite von einer bestimmten Finanz- und Geschäftspolitik, Berater oder andere Beauftragte der Gesellschaft ihre Leistungen von ähnlichen Voraussetzungen abhängig machen. Solches Verhalten Dritter lässt sich indes nicht mit der gesellschaftsinternen Tätigkeit von Personen vergleichen, denen rechtlich oder faktisch Organstellung zukommt; es vermag daher auch keine Verantwortlichkeit im Sinne von Art. 754 Abs. 1 OR zu begründen»²³. Das Gericht hat im konkreten Fall eine Haftung insbesondere deshalb bejaht, weil die Bankenvertreter sich «nicht nur in gesellschaftsinterne Verhältnisse, sondern auch in die Entscheidungsbefugnisse eines Organs eingemischt haben und ihren eigenen Willen durchsetzen konnten»²⁴.

in einem Reglement. Darin wird unter anderem festgehalten, man stelle kein faktisches Organ der Unternehmung dar. Solche internen Vereinbarungen sind im Aussenverhältnis selbstverständlich unbehelflich.

²⁰ BERTHEAU, 137 f.; KOEFERLI, 190; LÄNZLINGER, 167 und 192; MAURENBRECHER, 1336; BASK-WIDMER/BANZ, OR 754 N 10.

²¹ Hinten VII.1.

²² BASK-WIDMER/BANZ, OR 754 N 10; DESSEMONTET, 405; vgl. aber HEINZER, N 132 ff. und 439 ff. sowie die Ausführungen diesbezüglich in Fn. 96 hiernach.

²³ BGE 107 II 349 ff. Erw. 5 b).

²⁴ BGE 107 II 349 ff. Erw. 5 c); eingehend zum Entscheid BERTHEAU, 123 ff.; DRUEY/VOGEL, 368 ff.

3. Folgerungen

Aufgrund des Haftungsrisikos achten die Banken gerade in Krisensituationen von kreditsuchenden Unternehmen speziell darauf, nicht in die Rolle des faktischen Organs zu fallen. Vorsicht ist insbesondere bei kreditgebenden Banken angezeigt, die – z.B. wegen einer Verrechnungsliberierung²⁵ – auch Aktionäre einer Gesellschaft sind; in solchen Konstellationen sollten ihre Vertreter jedenfalls nicht gleichzeitig intensiv die Unternehmensleitung beraten²⁶. Dagegen führen Vorgaben zur Kreditverwendung und überprüfbare Informationspflichten des Kreditnehmers ebenso wenig zur faktischen Organschaft der kreditgebenden Bank wie die Vereinbarung, dass ein Sanierungsexperte beizuziehen oder ein Businessplan einzuhalten ist.

Nicht bloss die Zumbrunn-Entscheidung, sondern die in den letzten Jahren allgemein *gesteigerte Gefahr von Verantwortlichkeitsklagen* nach einem Konkurs hat bei den Banken zu einer *erhöhten Vorsicht bei Sanierungen* geführt²⁷. Angesichts dieser Sachlage dürfte es heute kaum mehr vorkommen, dass eine Bank sich derart intensiv in eine Sanierung involvieren lässt, wie dies im erwähnten Sachverhalt der Zumbrunn-Entscheidung der Fall war.

III. Informationspflichten gegenüber Kreditnehmer

1. Informationsasymmetrien

Im zweiten Beispielfall hat die Bank in ein Projekt investiert, das nicht mehr zu realisieren ist. In der Folge gewährt sie einem anderen Unternehmen einen Kredit, damit sich dieses bei eben diesem Projekt finanziell beteiligen kann, ohne die Realisierungsprobleme offen zu legen. Die gewährten Kreditmittel werden teilweise für die Rückführung der von der Bank vorgängig in das Projekt investierten Gelder verwendet. Nicht nur in solchen Konstellationen, sondern ganz allgemein stellt sich bei Kreditverträgen die Frage, in-

²⁵ Hierzu hinten VI.1.

²⁶ Vgl. die risikomindernden Massnahmen bei BERTSCHINGER, 470 f., u.a. mit dem Hinweis, dass bei der Beurteilung des tatsächlichen Haftungsrisikos von Kreditgebern die «Business Judgement Rule» auch für faktische Organe gelten muss.

²⁷ Siehe auch die Ergebnisse einer kleinen Umfragen bei SEGE, 34, der aufgrund einer ökonomischen und juristischen Betrachtung zum Schluss gelangt, «dass die Einsitznahme von Bankenvertretern in Verwaltungsräten bei Grossunternehmen in Krisensituationen für die Banken deutlich mehr Gefahren als Chancen bietet».

wiefern die Bank dem Kreditnehmer gegenüber *Aufklärungs- und Informationspflichten* nachkommen muss.

Zunächst ist festzustellen, dass zwischen Bank und Kreditnehmer in verschiedener Hinsicht *Informationsasymmetrien* bestehen. Der Kreditnehmer hat bezüglich der eigenen Leistungsfähigkeit, insbesondere seiner Möglichkeit, die Kredite zurückzuführen, den besseren Informationsstand. Die Bank hat demgegenüber aufgrund ihrer zahlreichen Geschäftskontakte den besseren Wissensstand bezüglich der Marktfaktoren und des sonstigen Geschäftsumfeldes. Ersteres führt dazu, dass die Banken vom Kreditnehmer sowohl über den Stand als auch über die finanzielle Entwicklung im Unternehmen informiert werden wollen. Letzteres wirft die hier zur Diskussion stehende Frage auf, ob die Bank den Kreditnehmer über ihr bekannte und für den Kreditnehmer wesentliche Umstände aufzuklären hat.

2. Keine Aufklärungspflicht der Bank als Grundsatz

Vorweg ist zu beachten, dass das *Bankgeheimnis* eine Information des Kreditnehmers seitens der Bank oft verbietet²⁸. Da von Banken keine Vertragspflichten eingefordert werden können, deren Erfüllung rechtswidrig ist, dürfte die Frage der Aufklärungspflicht vielfach obsolet sein. Aber selbst da, wo sich kein Problem des Bankgeheimnisses stellt, ist fraglich, ob die bei einer Bankabteilung vorhandenen Informationen der Kreditabteilung überhaupt vorliegen und vorliegen sollen. Eine Kontrolle des Informationsflusses innerhalb einer Universalbank ist schon aufgrund der dem Universalbankensystem inhärenten Interessenkonflikten erforderlich²⁹.

In der schweizerischen Rechtsprechung ist anerkannt, dass grundsätzlich der Kreditnehmer selber die notwendigen Informationen beschaffen muss, die im Zusammenhang mit der Kreditaufnahme stehen. Die Bank hat – ebenso wenig wie ein sonstiger Vertragspartner – die Vertragsgegenseite nicht über mögliche Risiken im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss

²⁸ Dies gilt umso mehr, falls man in Anlehnung an die v.a. in Deutschland vertretene Lehrmeinung ein bankinternes Bankgeheimnis annimmt, vgl. ausführlich MARGIOTTA, 109 ff., m.w.N.; ABEGGLEN, Wissenszurechnung, 332; DESSEMONTET, 417.

²⁹ Sog. «Chinese Walls» erweisen sich insbesondere als probates Mittel gegen den Insiderhandel, vgl. NOBEL, § 9 N 40; WATTER, Chinese Walls, 109 ff.; eingehend ABEGGLEN, Wissenszurechnung, 357 ff.; ZOBL/KRAMER, § 8 N 808; MAURENBRECHER, 1330; grundlegend zur Wissenszurechnung ferner M. WALTER, passim.

aufzuklären³⁰. Es gilt das Prinzip, dass jeder Vertragsschliessende für sich selber entsprechende Risikoabklärungen zu tätigen hat. So wird in einem unlängst ergangenen Bundesgerichtsentscheid ausgeführt, dass «la banque n'est en règle générale pas tenue de faire des investigations sur le besoin de crédit du client, sur ses intentions quant à l'utilisation des fonds ou sur la justification matérielle et l'opportunité de sa demande; le banquier n'est pas le tuteur de son client»³¹.

3. Aufklärungspflicht als Ausnahme

Ausnahmsweise kann die Bank verpflichtet sein, den Kreditnehmer aufzuklären. Dies betrifft namentlich jene Fälle, in denen es sich beim Kreditnehmer um einen *unerfahrenen Bankkunden* handelt und der Kredit der Abwicklung «*banknaher*» *Geschäfte* dient. Zu denken ist etwa an den Abschluss eines Kreditvertrages, um bestimmte Wertpapieranlagen tätigen zu können; dies gilt in besonderem Masse, wenn auf Kredit hoch spekulative Terminoptionsgeschäfte erworben werden³².

Fraglich ist dagegen, ob und inwiefern die Bank geschäftserfahrene Kreditnehmer über vom Bankgeschäft unabhängige Investitionsprojekte aufzuklären hat. Eine entsprechende Aufklärungspflicht wird im deutschen Recht zumindest für jene der Bank bekannten *Umstände* diskutiert, die den *Vertragszweck vereiteln* können³³. Zu denken ist namentlich an Fälle, in denen der Bank bekannt ist, dass das Projekt, für welches der Kredit aufgenommen wird, nicht realisiert werden bzw. nicht erfolgreich sein kann. Entsprechendes klingt auch in der schweizerischen Rechtsprechung an. Der Grundsatz

³⁰ Auch LÄNZLINGER, 127, spricht sich gegen eine allgemeine Pflicht aus, «einen anderen über Tatsachen aufzuklären, von denen dieser nichts weiss»; vgl. ferner ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, 12, u.a. mit Verweis auf den Entscheid des Aargauer Handelsgerichts vom 3.12.1975, Erw. 3 (wiedergegeben in SJZ 1976, 380 ff.), wo im Zusammenhang mit einem Baukredit allerdings eine Aufklärungspflicht statuiert wurde.

³¹ BGE 4C.82/2005 vom 4. August 2005 Erw. 6.2, mit Verweis auf BGE 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002 Erw. 2 b); ebenso bereits Pra 1998, 829.

³² BGE 124 III 155 Erw. 3 a) m.w.N.

³³ Ausführlich und mit zahlreichen Nachweisen auf die Rechtsprechung BECKER, 104 ff., der die von der Rechtsprechung aufgestellten Aufklärungspflichten über vertragswesentliche Umständen folgendermassen zusammenfasst: «Die Bank ist verpflichtet, bei Verhandlungen über den Abschluss eines Kreditvertrages über solche Umstände aufzuklären, die zur Vereitelung des weiteren Zwecks des Kreditnehmers geeignet und daher für seine Entschliessung von wesentlicher Bedeutung sind, soweit dieser die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte» (126).

von *Treu und Glauben* verpflichtete die Parteien – so die wiederkehrende Formulierung des Bundesgerichts – «bei Aufnahme von Vertragsverhandlungen zur gegenseitigen richtigen Aufklärung über erhebliche Tatsachen, welche die Gegenpartei nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist, die aber ihren Entscheid über den Vertragsabschluss oder dessen Bedingungen beeinflussen können»³⁴. Bei Bankkrediten wird infolgedessen eine Aufklärungspflicht der Bank «bei einem Wissensvorsprung der Bank um spezielle Risiken eines zu kreditierenden Vorhabens»³⁵ bejaht, was letztlich sämtliche Umstände umfassen dürfte, die den Vertragszweck vereiteln können.

Wie problematisch es ist, bei speziellen Risiken, die den Vertragszweck vereiteln können, eine Aufklärungspflicht zu bejahen, zeigt der Bundesgerichtsentscheid betreffend den Erwerb, die Überbauung und die Veräusserung von Immobilien³⁶. Infolge des Einbruchs im Immobiliensektor anfangs der neunziger Jahre erlitten die gegen die Bank klagenden Kreditnehmer grosse Verluste. Nach der (fragwürdigen) Feststellung der Vorinstanz war die Immobilienkrise für die Bank «allenfalls, wenn auch nicht zwingend, voraussehbar»³⁷. Das Gericht hat, obwohl der Einbruch bei den Immobilienpreisen den Vertragszweck vereitelte, eine Haftung zu Recht abgelehnt.

Eine Aufklärungspflicht über den Vertragszweck vereitelnde Umstände ist sodann auch wegen der Abgrenzungsproblematik zur allgemeinen Aufklärungspflicht fragwürdig. Wie sollen, so ist zu fragen, die «allgemeinen Risiken», also die Zweckmässigkeit einer Kreditaufnahme oder die rechtliche und wirtschaftliche Durchführbarkeit eines Projektes, von den «speziellen Risiken», die den Zweck der Kreditaufnahme geradezu vereiteln können, abgegrenzt werden?

Aus diesen Gründen sollte es bei vom Bankgeschäft unabhängigen Projekten – zumindest bei geschäftserfahrenen Kreditnehmern³⁸ – dabei bleiben,

³⁴ BGE 125 III 86 Erw. 3 c) m.w.H.; ebenso BGE 4C.192/1998 vom 19. April 2000.

³⁵ Pra 1998, 830 mit Verweis auf BERTHEAU, 69 f. sowie CHAUDET, 65 und 68; siehe auch BGE 4C.82/2005 vom 4. August 2005 Erw. 6.2, wonach eine Aufklärungspflicht bestehe, falls die Bank «peut prévoir un danger non reconnaissable pour le client et menaçant un placement».

³⁶ Pra 1998, 827 ff.

³⁷ Pra 1998, 831.

³⁸ Vgl. auch BGE 4C.192/1998 vom 19. April 2000, in der eine Geschäftsbank gegen eine andere Bank wegen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungs- und Informationspflichten geklagt hatte; das Gericht wies die Klage zu Recht ab, da der Klägerin als geschäfts-

dass die Bank weder verpflichtet ist, die Durchführbarkeit solcher Projekte in rechtlicher oder wirtschaftlicher Hinsicht unaufgefordert zu prüfen, noch den Kreditnehmer über die Risiken eines zu finanzierenden Objekts dieser Art zu unterrichten. Selbst wenn Umstände vorliegen, die den Vertragszweck vereiteln können, sollte es beim allgemeinen Grundsatz bleiben, dass der Kreditnehmer selber einschätzen bzw. abklären muss, ob sich das mit dem Kredit verbundene Vorhaben realisieren lässt.

4. Aufklärungspflicht bei Interessenkonflikt der Bank

Anders können die Dinge dann liegen, wenn die Bank selber in einem *Interessenkonflikt* steht. Für diesen Fall sieht die Rechtsprechung zu Recht eine *Aufklärungspflicht* der Bank vor³⁹. So darf – wie das Bundesgericht ausführt – die Bank «nicht für Kredite an ein gefährdetes Unternehmen werben, um damit die Rückzahlung eigener, unsicherer Ausstände zu fördern»⁴⁰. Im Beispielsfall 2, in welchem die Bank die Anfangsinvestition getätigt hat und die Kreditvergabe an einen Dritten dazu dient, diese Investitionen zurückzuführen, ist offen, ob die Bank den Kreditnehmer zur Kreditaufnahme ermuntert hat. Ist dies der Fall, trifft sie gleichzeitig eine Aufklärungspflicht bezüglich des Interessenkonflikts.

Nichts anderes sollte gelten, wenn die Bank nicht aktiv auf die Kreditaufnahme hingewirkt hat, sondern lediglich passiv blieb. Der Kreditvertrag als Darlehen mit dauerschuldrechtlichem Auftragseinschlag⁴¹ macht die Offenlegung von Interessenkonflikten, die einen engen Zusammenhang mit dem betreffenden Geschäft haben, schon von der Natur der vertraglichen Vereinbarung her notwendig. In entsprechenden Fällen hat auch die deutsche Rechtsprechung eine Aufklärungspflicht der Bank bejaht⁴². Infolgedessen ist davon auszugehen, dass bei Interessenkonflikten nicht bloss eine Ermunterung zur Kreditaufnahme unzulässig ist, sondern die Bank auch von sich

erfahrener Partei «genügend eigene Erkenntnisquellen zur Verfügung standen» (Erw. 2 d).

³⁹ Pra 1998, 830; BGE 4C.82/2005 vom 4. August 2005.

⁴⁰ Pra 1998, 830 m.N. auf die Lehre.

⁴¹ So Pra 1998, 828.

⁴² Vgl. BGH NJW 1978, 2547: Aufklärungspflicht einer Bank, die als Hauptgläubigerin an der Sanierung wirtschaftlich interessiert ist; BGH NJW 1991, 693, 694: Aufklärungspflicht im Einzelfall nach Treu und Glauben bei besonderem Schutzbedürfnis des Darlehensnehmers, insbesondere bei Wissensvorsprung oder schwerwiegendem Interessenkonflikt der Bank; siehe die weiteren Nachweise bei BECKER, 96 f.

aus den Kreditnehmer aufzuklären hat⁴³. Der Rechtslage in Deutschland entsprechend sollte sich die Aufklärungspflicht aber bloss auf den *bestehenden* Interessenkonflikt, *nicht* dagegen auf die *Mängel des zu finanzierenden Projekts* beziehen⁴⁴. Eine solche Einschränkung dürfte sich auch im Hinblick auf das Bankgeheimnis aufdrängen, das Auskünfte über das Projekt meist nicht zulässt.

IV. Informationspflichten gegenüber Dritten

1. Allgemeines

Nebst den (vor-)vertraglichen Aufklärungs- und Informationspflichten gegenüber dem Kreditnehmer stellt sich auch die Frage, ob die kreditgewährende Bank Informationspflichten gegenüber Drittpersonen hat. Zu denken ist insbesondere an Sachverhalte, in denen die Bank bestimmte Risiken beim Kreditnehmer kennt, während Dritte darüber nicht informiert sind und bei Eingehen von Geschäftsbeziehungen mit dem Unternehmen einen Schaden erleiden können.

In diese Richtung geht auch der dritte Beispielsfall, in dem die Bank dem Unternehmen einen Kredit einräumt, der an bestimmte Bedingungen geknüpft ist. Wenn nun das Unternehmen Gläubiger und Anleger bloss über die Kreditgewährung, nicht aber über die Bedingungen informiert, ist fraglich, ob die Bank aufgrund unterlassener Informationen gegenüber diesen Drittpersonen haftbar werden kann.

Dazu ist zunächst wiederum festzustellen, dass das *Bankgeheimnis* in den allermeisten Fällen eine solche Information nicht zulassen dürfte. Der Umstand, dass das Unternehmen selbst die Krediteinräumung öffentlich ge-

⁴³ In diesem Sinne auch die beiläufigen Ausführungen in BGE 4C.192/1998 vom 19. April 2000 Erw. 2 b), wonach eine Bank gegenüber einer anderen Bank haftpflichtig werden kann, wenn sie verschweigt, dass ein gemeinsamer «Konsortialkredit lediglich zur Ablösung der eigenen notleidenden Kredite dient».

⁴⁴ Vgl. im Ergebnis ebenso MOSER/BERGER, 549 f und 552 ff.; zur Rechtslage in Deutschland BECKER, 97 mit Hinweis auf BGH NJW 1988 1583, 1584 = ZIP 1988, 562, 564: keine allgemeine Aufklärungspflicht der Kreditbank über die Sanierungsbedürftigkeit des zu finanzierenden Objektes; hierzu auch BGH ZIP 1992, 912, 913; siehe ferner BGH ZIP 1992, 163, 164 f. und BGH ZIP 1992, 990, 991: besondere Aufklärungs- und Hinweispflichten, wenn die Bank nach aussen erkennbar über die Rolle als Kreditgeber hinausgeht – in den konkreten Fällen beim sogenannten Bauherrenmodell.

macht hat, entbindet die Bank noch nicht von der Geheimhaltungspflicht⁴⁵, da die Einzelheiten des Kredits nicht offen gelegt wurden. Die Bank müsste sich vielmehr im Rahmen des Kreditvertrages vom Bankgeheimnis entbinden lassen für den Fall, dass das kreditnehmende Unternehmen Dritte unvollständig über das Kreditverhältnis informiert. Einer solchen Ermächtigung bedarf es allerdings nicht. Denn unabhängig vom Bankgeheimnis lässt sich eine Haftung der Bank in diesen Konstellationen – wie nachstehend aufgezeigt wird – nicht begründen.

2. Ausservertragliche Haftung für Informationspflichtverletzungen

Weder im schweizerischen noch im ausländischen Recht besteht eine allgemeine ausservertragliche Aufklärungs- und Informationspflicht Dritter. In der schweizerischen Lehre wird dies – in Verkennung der schweizerischen Generalklausel in Art. 41 Abs. 1 OR – damit begründet, dass bei reinen Vermögensschäden (und um einen solchen handelt es sich im vorliegenden Beispiel) ein Haftungsanspruch bloss bei Bestehen einer Schutznorm in Betracht kommen kann⁴⁶. Diese Rechtsauffassung trifft auf die Rechtslage in Deutschland zu, da § 823 Abs. 2 BGB dies explizit so anordnet; in der Schweiz kommt eine Haftung für Vermögensschäden dagegen *nicht bloss bei Schutznormverletzungen*, sondern im Hinblick auf den Wortlaut von Art. 41 Abs. 1 OR auch bei Verstössen gegen *ungeschriebene Verhaltensnormen* in Betracht⁴⁷.

Das Bundesgericht hat indessen zu Recht nicht einen allgemeinen Vermögensschutz anerkannt. Bislang wurden Verhaltenspflichten zum Schutze des Vermögens Dritter bloss punktuell, gerade auch im Zusammenhang mit Aufklärungspflichten bejaht. Zu erinnern ist an die Entscheidung, in der die Hausbank eines Bestellers von einem deutschen Lieferanten um eine Kreditauskunft gebeten wurde und die Bank die Kreditwürdigkeit des Bestellers bejahte⁴⁸. Der Besteller ging später in Konkurs. Der deutsche Lieferant klagte gegen die Bank und bekam Recht, obwohl er nicht in einem vertraglichen Verhältnis zur Bank stand und bloss einen Vermögensschaden erlitten hatte.

⁴⁵ Allgemein zum Bankgeheimnis LOMBARDINI, 629 ff.; NOBEL, § 15 N 56 ff.; MARGIOTTA, 59 ff.; EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 393 ff.

⁴⁶ Siehe etwa BASK-SCHNYDER, OR 41 N 34.

⁴⁷ Vgl. zum Ganzen ROBERTO, AJP 1999, 511, 518 f.; DERS., Haftpflichtrecht, N 48 ff., 138 ff.

⁴⁸ BGE 111 II 471 ff.; weitere Fälle bei ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 142 ff.

Das Bundesgericht bejahte die Haftung der Bank infolge unrichtiger Auskunft an den deutschen Lieferanten mit der Begründung, dass der Angefragte im Rahmen seiner beruflichen Stellung und seines Fachwissens in Anspruch genommen wurde, dabei leichtfertig unrichtige Angaben machte und für ihn die Bedeutung der Auskunft für den Adressaten erkennbar war⁴⁹. Eine solche Fallkonstellation liegt im Sachverhalt des dritten Beispielfalles aber nicht vor. Die Bank hat keine Auskünfte erteilt und wurde auch nicht um Auskunft gebeten. Um Ausuferungsgefahren entgegenzuwirken, müssen Fallgruppen, in denen Verhaltenspflichten zum Schutze des Vermögens von Drittpersonen anerkannt werden, tatbestandsmässig eng begrenzt bleiben. Das Unterlassen der Information Dritter stellt jedenfalls dann keine haftungsbegründende Pflichtwidrigkeit dar, wenn der Betreffende weder angefragt wurde noch unaufgefordert an Dritte gerichtete Informationen gab.

In neuerer Zeit müssen solche Fallkonstellationen jeweils auch im Hinblick auf die *Vertrauenshaftung* geprüft werden⁵⁰. Diese aus dem deutschen Recht übernommene Haftungsfigur⁵¹ zielt auf eine Haftungsbegründung in jenen Fällen ab, in denen bei einem reinen Vermögensschaden kein Schutznormverstoss vorliegt. Aufgrund der erläuterten Abweichung der schweizerischen von der deutschen Rechtslage hätte es dieses Imports nicht bedurft⁵².

Am zweckmässigsten ist es, man versteht die Vertrauenshaftung als Oberbegriff für jene Fälle, in denen die Rechtsprechung aufgrund einer ungeschriebenen Verhaltensnorm eine Haftung für eine Vermögensschädigung anerkennt. Eine eigenständige Bedeutung hätte sie dann nicht mehr. Im vorliegenden Zusammenhang ist zu bemerken, dass die Vertrauenshaftung ohnehin nicht zum Zuge kommen könnte, setzt sie doch eine *Sonderver-*

⁴⁹ BGE 111 II 471 ff. Erw. 3.

⁵⁰ Die Vertrauenshaftung taucht unvermittelt in BGE 120 II 331 ff. (Swissair-Entscheidung) und BGE 121 III 350 ff. (Ringer-Entscheidung) auf, ist seither in der Rechtsprechung aber wieder in den Hintergrund gerückt. In der juristischen Literatur hat diese Theorie dagegen einen beachtlichen Niederschlag gefunden, siehe etwa BK-KRAMER, Allg. Einl. OR, 68 und 142 ff.; MOSER, 83 ff.; WALTER, ZBJV 1996, 273 ff.; DERS., ZSR 2001, 79 ff.; WIEGAND, Schuldverhältnis, 85 ff.; LOSER, Konkretisierung, 73 ff.; DERS., Schutzpflicht, 113 ff.; ZK-BAUMANN, ZGB 2 N 105 ff.; BERGER, 15 ff. je m.N.

⁵¹ Grundlegend CANARIS, Vertrauenshaftung; sowie DERS., FS Larenz, 27 ff.

⁵² SCHWENZER, Rz. 52.01 ff.; C. WIDMER, 101 ff.; ROBERTO, FS Juristentag, 137 ff.

bindung zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten voraus⁵³. Eine solche Verbindung ist im vorliegenden Fall nicht auszumachen.

3. Keine Pflicht zur Offenlegung der Einzelheiten eines Kreditvertrages

Im Grunde ist auch zu bezweifeln, ob im dritten Beispielsfall Gläubiger und Anleger überhaupt gegen jemanden Haftungsansprüche geltend machen können. Während es bezüglich der Bank an einer Haftungsgrundlage fehlt, ist bezüglich des Unternehmens selbst bzw. der verantwortlichen Organe das Vorliegen einer Pflichtwidrigkeit fraglich.

Kreditverträge sind Rahmenverträge, in denen sich der Kreditgeber verpflichtet, «dem Kreditnehmer zu bestimmten Bedingungen und bis zu einer bestimmten Höhe Kredit durch Hingabe von Bar- und Buchgeld und Geldsurrogaten zu gewähren, je nach Vereinbarung als feste Vorschüsse oder Kontokorrentkredit, oder seinen Kredit zugunsten des Kreditnehmers zu verwenden»⁵⁴. Statt von Kreditverträgen spricht man daher auch von Krediteröffnungsverträgen. Diese sind zu unterscheiden von Darlehensverträgen, die eine unmittelbare Hingabepflicht begründen.

Die Offenlegung der komplexen Einzelheiten eines Kreditvertrages bzw. Krediteröffnungsvertrages ist weder zumutbar noch praktikabel. Handelt es sich bei den Bedingungen im Kreditvertrag um im allgemeinen Bankgeschäft übliche Bedingungen, so stellt der fehlende Hinweis darauf bei der Bekanntgabe der Krediteinräumung keine Pflichtwidrigkeit dar und kann daher nicht zu Schadenersatzansprüchen führen.

Nicht nur bestehen im Allgemeinen keine Offenlegungs- und Informationspflichten über die Einzelheiten eines Kreditvertrages; vielmehr können solche Informationen an Dritte zur Haftung der kreditgebenden Bank gegenüber dem Kreditnehmer führen. Der Kreditgeber hat neben den aus dem Bankgeheimnis folgenden Pflichten auch die sich *aus dem Kreditvertrag ergebenden Verpflichtungen zur Interessenwahrung und Loyalität* zu beachten. Illustrativ ist ein vor kurzem ergangenes Urteil des deutschen BGH zur Haftung

⁵³ Vgl. BK-BREHM, OR 41 N 53c ff.; LOSER, Konkretisierung, 74 f.; FEHLMANN, 169 ff.; WALTER, ZBJV 1996, 281 ff.; siehe aber VON FISCHER, 141 ff., die auch bei einem «typisierten Vertrauen» eine Haftung befürwortet; ebenso bereits WIEGAND, Ad hoc-Publizität, 162 f.; zutreffend dagegen BGE 4C.47/2004 vom 9.12.2004, Erw. 3, wonach «die rechtliche Sonderverbindung und das erweckte Vertrauen zwei verschiedene, kumulative Voraussetzungen der Vertrauenshaftung bilden».

⁵⁴ BASK-SCHÄRER/MAURENBRECHER, OR 312 N 27.

der Deutschen Bank und ihres Vorstandssprechers wegen Interviewäusserungen zur Kreditwürdigkeit eines Unternehmens der Kirch-Gruppe. Das Gericht bejahte die Schadenersatzpflicht mit der Begründung, aus dem Kreditvertrag ergebe sich für die kreditgebende Bank die Nebenpflicht, «die Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers weder durch Tatsachenbehauptungen, auch wenn sie wahr sind, noch durch Werturteile oder Meinungsäusserungen zu gefährden»⁵⁵.

V. Konkursverschleppung durch den Kreditgeber

1. Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit

Die Konkursverschleppung als solche, also das Hinausschieben der Überschuldungsanzeige beim Gericht, stellt *keinen Straftatbestand* dar⁵⁶. In Betracht kommt dagegen eine *zivilrechtliche Haftung* wegen unterlassener Überschuldungsanzeige⁵⁷. Die Pflicht zur Überschuldungsanzeige obliegt als unübertragbare und unentziehbare Aufgabe dem Gesamtverwaltungsrat der Aktiengesellschaft⁵⁸ und subsidiär, sollte dieser untätig bleiben und eine offensichtliche Überschuldung vorliegen, der Revisionsstelle⁵⁹. Gläubiger – z.B. die Bank als Kreditgeberin – sind *weder verpflichtet noch berechtigt*, anstelle des Verwaltungsrates eine Überschuldungsanzeige vorzunehmen⁶⁰.

⁵⁵ BGH ZIP 2006, 317, 320.

⁵⁶ Immerhin lässt sich auf den Tatbestand der Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB hinweisen, wonach u.a. die Verschlimmerung der Überschuldung strafbar ist, vgl. BÖCKLI, § 13 N 817; HEINZER, N 321 ff.; in Bezug auf die Strafbarkeit Dritter BASK-BRUNNER, StGB 165 N 16 f., nach welchem aus der Tatsache, dass Dritte im Wortlaut von Art. 165 StGB nicht erwähnt werden, nicht auf eine grundsätzliche Strafflosigkeit Dritter geschlossen werden darf. Vielmehr kann ein Kreditgeber Täter nach Art. 165 Ziff. 1 sein, falls er z.B. «in Kenntnis der maroden Lage des Schuldners Hochzinskredite gewährt». KESSELBACH, 135, weist für den Bereich der Unternehmenskrise zu Recht auf die Gefahr einer allzu starken Ausdehnung der Strafverfolgung auf das grundsätzlich zivilrechtlich geregelte Wirtschaftsleben hin.

⁵⁷ Art. 725 Abs. 2 OR.

⁵⁸ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR.

⁵⁹ Art. 729b Abs. 2 OR.

⁶⁰ ZK-HOMBURGER, OR 725 N 1254; siehe auch zum OR 1936 BGE 99 Ia 10 ff. Erw. 3 b): «Legitimiert zu einer solchen Anzeige ist, vom hier nicht zutreffenden Sonderfall des Art. 743 Abs. 2 OR abgesehen, einzig die Verwaltung der Aktiengesellschaft. Andere Organe der AG oder einzelne Aktionäre sind zur Anzeige der Überschuldung nicht befugt; dasselbe gilt für Gläubiger und Behörden»; KUNZ, § 11 N 137, fordert de lege

Da der Kreditgeber nicht Adressat der Pflicht zur Überschuldungsanzeige ist, kann er auch nicht wegen unterlassener Konkursanzeige haftbar werden⁶¹. Dies würde selbst dann gelten, wenn die Kreditbank aktiv darauf hinwirkt, dass der Verwaltungsrat die aufgrund einer bestehenden Überschuldung gebotene Benachrichtigung des Richters unterlässt. Nur wenn der Kreditgeber die Unternehmensorgane verdrängt, diese damit an der Wahrnehmung ihrer Aufgaben hindert und insbesondere die Entscheidung über die Benachrichtigung des Richters in die eigene Hand nimmt, kommt aufgrund der vorstehend dargelegten Grundsätze zur faktischen Organschaft eine Einstandspflicht in Betracht⁶².

Abzulehnen ist dagegen die Erweiterung des zur Richterbenachrichtigung verpflichteten Adressatenkreises, wie dies im deutschen Recht diskutiert wird⁶³. Dort erwägt man, den Sondertatbestand der Konkursverschleppung in Richtung eines *Allgemeindelikts* aufzuweichen. Die Haftung wegen verschleppter Überschuldungsanzeige soll demnach nicht mehr bloss von den Organen, sondern *von jedermann* begangen werden können. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die Pflicht zur Überschuldungsanzeige deshalb dem Verwaltungsrat bzw. der Revisionsstelle auferlegt ist, da von diesen Gesellschaftsorganen die Kenntnis der finanziellen Lage der Gesellschaft und die Beurteilung der Sanierungsaussichten erwartet wird. Um nun eine Haftung der Kreditbank begründen zu können, müsste diese ebenfalls über einen entsprechenden *Informationsstand* verfügen. Sodann bedarf es einer ähnlich *Entscheidungsmacht* über das weitere Schicksal der überschuldeten Gesellschaft⁶⁴. Es ist zwar denkbar, dass eine Bank sich vertraglich weitgehende Informationsrechte und Einflussmöglichkeiten ausbedingen kann. Damit dürfte sie aber wiederum eine organähnliche Stellung innehaben und

ferenda aus Gründen des Minderheitenschutzes, dass auch einzelne Aktionäre die Überschuldungsanzeige machen können; kritisch BÖCKLI, § 13 N 820 Fn. 1481.

⁶¹ Anders HEINZER, N 352 und 411 ff.: Trotz der ausschliesslich den Organen obliegenden Pflicht zur Richterbenachrichtigung «il serait erroné d'en déduire que le banquier ne peut commettre une violation illicite de l'article 725 alinéa 2 CO» (N 352). Die Bank soll nicht nur im Falle einer Kreditgewährung an ein kreditunwürdiges Unternehmen (N 415), sondern sogar dann rechtswidrig handeln, wenn sie einen bestehenden Kredit in der Unternehmenskrise nicht zurückfordert (N 420). Zurückhaltender CHAUDET, 80.

⁶² Vgl. vorstehend II.; vgl. zum deutschen Recht eingehend STEIN, 211 ff.

⁶³ Vgl. die Nachweise bei ENGERT, 38 ff.; für das Schweizer Recht HEINZER, N 352 und 399 ff.

⁶⁴ Z.B. die Möglichkeit, Sanierungsverhandlungen zu führen, Vereinbarungen mit andern Gläubigern zu treffen, vgl. STEIN, 231.

aufgrund einer faktischen Organschaft haftbar werden⁶⁵. Eine Erweiterung des Adressatenkreises, der zur Richterbenachrichtigung berechtigt und verpflichtet ist, wie dies in der deutschen Lehre vorgeschlagen wird, ist daher *abzulehnen*.

2. Haftung wegen absichtlicher sittenwidriger Schädigung

Denkbar ist auch eine Haftung der Bank aus *unerlaubter Handlung*. Nach deutschem Vorbild könnte eine Einstandspflicht aufgrund sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung bejaht werden⁶⁶. Als Haftungsvoraussetzungen wären in Anlehnung an die deutsche Rechtsprechung zu fordern: eine *Beeinflussung* der Gesellschaftsorgane mit dem Ziel, die Konkursanmeldung hinauszuschieben, die *eigennützigen Beweggründe* der Kreditbank sowie einen *Schädigungsvorsatz*⁶⁷.

Eine Haftung liesse sich infolgedessen bejahen, wenn die Bank vorsätzlich auf die Verschleppung der Konkursanzeige hinwirkt, um *eigene Vorteile* zu erlangen. Im Beispielsfall 4 könnten die eigennützigen Beweggründe darin erblickt werden, dass die Bank während der hinausgezögerten Konkursanmeldung lukrative Dienstleistungen im Zusammenhang mit den Devestitionen erbringen kann. Dies alleine würde jedoch für eine Haftung nicht genügen, da der Kreditbank die Wahrnehmung legitimer Eigeninteressen nicht ohne weiteres abgesprochen werden darf. Erforderlich wäre zusätzlich die Absicht, andere Gläubiger zu schädigen.

3. Haftung aufgrund des allgemeinen Deliktsrechts

Die Schädigungsabsicht dürfte selten vorliegen bzw. zu beweisen sein. Mit Blick auf die Generalklausel in Art. 41 Abs. 1 OR liesse sich jedoch für das schweizerische Recht auch argumentieren, dass eine *ungeschriebene Verhaltensnorm* besteht⁶⁸, die den Kreditgeberbanken bezüglich der Einflussnahme auf die Gesellschaftsorgane bestimmte Pflichten auferlegt.

⁶⁵ Vgl. vorstehend II.

⁶⁶ Die deutsche Praxis und Lehre hat in erster Linie die vorsätzliche und sittenwidrige Schädigung gemäss § 826 BGB, welcher Art. 41 Abs. 2 OR entspricht, zur Grundlage der Kreditgeberhaftung gemacht, vgl. ENGERT, 49.

⁶⁷ Vgl. zu den Voraussetzungen im deutschen Recht ENGERT, 51 ff.

⁶⁸ Siehe vorne bei Fn. 47. Im deutschen Recht verbietet sich dagegen eine solche Rechtsauffassung aufgrund des klaren Wortlautes in § 823 BGB. Aus diesem Grunde kommt im deutschen Recht – anders als in der Schweiz – der absichtlichen und sittenwidrigen

Die an die Pflichtwidrigkeit gestellten Voraussetzungen müssten durch Lehre und Rechtsprechung konkretisiert werden. In der deutschen Lehre wurde aufgrund der in der Vergangenheit ergangenen Urteile folgendes *Pflichtenprogramm* formuliert⁶⁹: Der Kreditgeber muss im Vorfeld der Kreditvergabe die finanzielle Lage der Gesellschaft überprüfen, die Aussichten für eine Überwindung der Krise sorgfältig abschätzen bzw. abschätzen lassen, begründeten Zweifeln an der Zuverlässigkeit des Managements nachgehen, die Sanierung in konkreter Form planen und dem Unternehmen die für die Sanierung notwendigen Mittel (selber oder durch Dritte) zuführen⁷⁰.

Entsprechendes gilt im Grunde auch im schweizerischen Recht in Bezug auf die «stille» Sanierung eines Unternehmens durch den Verwaltungsrat⁷¹. Solche Bemühungen sind zulässig, sofern die anvisierten Sanierungsmaßnahmen eine dauerhafte finanzielle Gesundung der Gesellschaft und deren Ertragskraft herbeizuführen vermögen. Bestehen derartige Sanierungsaussichten, liegt gemäss einer neueren Entscheidung des Bundesgerichts «keine Gefährdung der Gläubigerforderungen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor»⁷². Wobei das Gericht zutreffend auch gleich anfügt: «Die Sanierung bleibt zulässig, selbst wenn sich die Sanierungsbemühungen im Nachhinein als unfruchtbar erweisen»⁷³.

Massnahmen, die lediglich den Zusammenbruch des Unternehmens hinauszögern, rechtfertigen dagegen kein Zuwarten bei der Benachrichtigung des Richters⁷⁴. Hinsichtlich der Frage, in welchen Fällen ein Zuwarten gerechtfertigt ist, muss nach Auffassung des Bundesgerichtes abgewogen werden, «ob das Risiko, das mit dem Versuch einer Sanierung naturgemäss verbunden ist, durch den ökonomischen Wert der Chance einer erfolgreichen Sanierung aufgewogen wird»⁷⁵. Sind erhebliche Zweifel an den Erfolgsaus-

Schädigung eine grosse Bedeutung zu. Die Ausweitung des Anwendungsbereiches wurde dadurch möglich, dass die Rechtsprechung bereits grobfahrlässiges Verhalten für die Sittenwidrigkeit genügen lässt und der Eventualvorsatz sich kaum von der Grobfahrlässigkeit unterscheiden lässt. Siehe dazu etwa HONSELL, 952 f.

⁶⁹ ENGERT, 59. Die Pflichtwidrigkeit wird dort zusätzlich zur eigennützigen Handlung gefordert.

⁷⁰ Vgl. auch die nicht abschliessende «check-list» bei CHAUDET, 59 f.

⁷¹ Siehe dazu NYFFELER, 28 f. und GLANZMANN/ROBERTO, 86 f. je m.w.N.

⁷² BGE 4C.366/2000 Erw. 4 b) vom 19. Juni 2001, mit Verweis auf DUBACH, 157.

⁷³ A.a.O. Erw. 4 b), mit Verweis auf BGE 108 V 183 ff. Erw. 2.

⁷⁴ Vgl. ausführlich HEINZER zur Haftbarkeit bei der Gewährung von für die Bedürfnisse der Bank untaugliche Kredite (N 476 ff.) und der Finanzierung von nichtrentablen Projekten (N 481 ff.).

⁷⁵ A.a.O. Erw. 5 b/aa).

sichten der Sanierung angebracht oder ist das Risiko für die Gläubiger nach der erwähnten Abwägung im Verhältnis zur Chance zu hoch, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen und ihm den Entscheid über die Fortführung der Gesellschaft zu überlassen⁷⁶.

Diese Grundsätze müssen auch für das Pflichtenprogramm des Kreditgebers beachtet werden⁷⁷. Neben dem Einwirken auf den Verwaltungsrat zwecks Hinausschiebens der Konkursanmeldung aus eigennützigen Gründen bedarf es auch einer Pflichtverletzung⁷⁸, wobei die Pflichten denjenigen entsprechen, die im Hinblick auf den Verwaltungsrat bei stillen Sanierungen entwickelt wurden. Insbesondere wäre zu beachten, dass die Erhöhung der Liquidität mittels eines gesicherten Kredits keine Sanierung zu bewirken vermag⁷⁹. Besteht keine Aussicht auf finanzielle Gesundung des Unternehmens, führt die Belastung von Gesellschaftsaktiven bloss zu einer Verringerung des den Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehenden Haftungssubstrats⁸⁰. An die *Sanierungsaussichten* sollten freilich *keine zu strengen Anforderungen* gestellt werden. Immerhin könnten im Falle einer erfolgreichen Sanierung bestehende Kredite gerettet werden.

⁷⁶ A.a.O. Erw. 4 b).

⁷⁷ Anders dagegen HEINZER, N 412 ff., wonach die Kreditgewährung an eine notleidende Gesellschaft bereits das Rechtswidrigkeitserfordernis erfüllt.

⁷⁸ Vgl. auch die Ausführungen in BGE 4P.161/2003 vom 12. November 2003 Erw. 4.3.2: «Certes, huit jours auparavant, la banque avait accordé à Z-SA en formation un prêt fixe de 700'000 fr. pour le rachat du capital-actions de V-SA, un prêt fixe de 500'000 fr. pour le rachat du matériel d'exploitation de Y et un crédit en compte courant de 3'000'000 fr. comme liquidités pour l'exploitation de la société. A défaut d'autres éléments, il n'était pourtant pas arbitraire d'admettre que l'octroi de ces prêts, peu avant la fondation de la société précitée, n'avait en rien lésé cette société, ses actionnaires ou ses créanciers.» Bloss die Hingabe eines Kredits führt «a défaut d'autres éléments» nicht zu einer Einstandspflicht des Kreditgebers.

⁷⁹ Nach HEINZER, N 422 ff., und CHAUDET, 64, handelt der Kreditgeber rechtswidrig, falls er sich übermässige Sicherheiten gewähren lässt. Allerdings ist in diesem Zusammenhang auf die paulianische Anfechtung nach Art. 285 ff. SchKG hinzuweisen: Ist eine Sicherheitsleistung anfechtbar, so sind keine Gläubiger geschädigt, und es ist in der anfechtbaren Handlung noch keine Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 41 OR zu erblicken, vgl. BGE 95 III 83 ff. Erw. 6 c). Die Widerrechtlichkeit kann sich aber ergeben, falls gleichzeitig gegen eine andere Norm – insbesondere des Strafrechts – verstossen wird, so BGE 95 III 83 ff. Erw. 6 d); HEINZER, N 427.

⁸⁰ Zu weit geht dagegen die Forderung nach einer Überwachungspflicht der Bank hinsichtlich des Kredites, so aber CHAUDET, 72 ff.; HEINZER, N 490 ff.

4. Folgerungen

Eine Haftung des Kreditgebers wegen verspäteter Richterbenachrichtigung lässt sich auf der Grundlage der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nicht begründen, es sei denn, die Voraussetzungen der faktischen Organschaft seien erfüllt. In Betracht kommt dagegen eine ausservertragliche Haftung wegen absichtlicher sittenwidriger Schädigung oder aufgrund des allgemeinen Deliktsrechts. Bei beiden dogmatischen Herleitungen müssen die Anforderungen an eine Einstandspflicht hoch angesetzt werden. Eine absichtliche Schädigung anderer Gläubiger im Sinne von Art. 41 Abs. 2 OR dürfte kaum je vorliegen. Eine Haftung des Kreditgebers setzt daher voraus, dass (i) er auf den Verwaltungsrat dahingehend *einwirkt*, dass dieser die Konkursanmeldung hinausschiebt, (ii) dies aus *eigennützigen Gründen* erfolgt und (iii) die im Hinblick auf die «*stille*» *Sanierung einer Unternehmung durch den Verwaltungsrat entwickelten Voraussetzungen nicht vorliegen*.

Im Beispielsfall 4 hat die Bank einem notleidenden Unternehmen einen gesicherten Überbrückungskredit eingeräumt. Die eigennützigen Beweggründe könnten wiederum darin erblickt werden, dass die Bank in der Zwischenzeit lukrative Dienstleistungen im Zusammenhang mit den Devestitionen erbringen kann. Ob die Bank aktiv auf das Hinauszögern der Konkursanmeldung hingewirkt hat, geht aus dem Beispielsfall nicht hervor. Selbst wenn dies der Fall wäre, würde eine Haftung gemäss den vorne entwickelten Kriterien zusätzlich noch eine Pflichtverletzung voraussetzen.

Der Beispielsfall enthält bezüglich der Sanierungswürdigkeit und -fähigkeit des Unternehmens keine Anhaltspunkte. Banken pflegen jedoch Überbrückungskredite bloss im Hinblick auf eine mögliche Unternehmenssanierung zu gewähren. Um den Kredit zurückzuführen, sind oftmals Devestitionen notwendig. Sodann darf der Zinsendienst das Unternehmen nicht zu sehr belasten, da ansonsten eine finanzielle Gesundung kaum möglich ist. Infolgedessen kann die Kreditgewährung im Einzelfall finanziell wenig lukrativ sein. Dadurch, dass sich die Bank ausbedingt, bei den Devestitionen das Unternehmen beraten zu können, kann die Rendite des Geschäftes leicht verbessert werden. Im übrigen darf von einer Bank auch nicht erwartet werden, dass sie zwar den für das Überleben eines Unternehmens notwendigen Kredit gewährt, das Unternehmen jedoch eine andere Bank mit der Abwicklung der Devestitionen betraut. Sofern also *berechtigte Sanierungshoffnungen* bestanden bzw. das Sanierungsrisiko durch den ökonomischen Wert einer möglichen erfolgreichen Sanierung aufgewogen wird, kommt eine Haf-

tung nicht in Betracht, auch wenn die Bank auf die Verzögerung der Konkursanmeldung hingewirkt und in der Zwischenzeit Beratungshonorare bezogen hat.

VI. Weitere Haftungskonstellationen

Wie eingangs bemerkt, bestehen für die kreditgebende Bank vielfältige Haftungsrisiken. Auf vier Fallgruppen mit ihren verschiedenen Ausprägungen wurde vorne eingegangen. Nachfolgend soll durch die Erläuterung einiger weiterer Problembereiche die Breite der Haftungsvariationen verdeutlicht werden.

1. Verrechnungsliberierung als Sanierungsmassnahme

In unternehmerischen Krisensituationen ist eine der naheliegenden bilanztechnischen Sanierungsmassnahmen die *Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital*. Für solche Transaktionen kommen (neben den Aktionären bei bestehenden Aktionärsdarlehen) meist bloss die Kreditbanken in Betracht. Bei einem solchen «Debt-Equity-Swap» verzichtet der Gläubiger gegen entsprechendes Aktienkapital ganz oder zu einem Teil auf seine Darlehensforderung und ermöglicht somit der notleidenden Gesellschaft die Beseitigung der Unterbilanz, d.h. des nicht mehr durch Aktiven vollständig gedeckten Aktienkapitals, oder gar der Überschuldung⁸¹. Diese Sanierungshandlung ist in unternehmerischen Krisensituationen zwar nahe liegend und von der Unternehmung, den Gläubigern und den Aktionären erwünscht, da sie den Gang zum Richter vermeiden und allenfalls das Überleben der Unternehmung ermöglichen kann⁸²; sie ist aber für die Bank mit einem doppelten Haftungsrisiko verbunden.

Zum einen erhöht sich die Gefahr, dass die Bank als faktisches Organ qualifiziert wird, da sie im Anschluss an eine solche Transaktion nicht mehr Kreditgeberin, sondern Aktionärin ist. Zum anderen ist fraglich, ob ein Gericht ein solches Vorgehen als rechtsgültige Liberierung ansehen würde. In der Lehre werden sowohl für die Zulässigkeit als auch für die Gegenposition zahlreiche Gründe angeführt.

⁸¹ Siehe dazu GIGER, 126 f.

⁸² Bilanztechnische Sanierungen vermögen jedoch die Gesundheit des Unternehmens nicht *nachhaltig* zu sichern; hierfür muss die Ertragskraft wiederhergestellt werden.

Wer solche Sanierungshandlung als unzulässig erachtet, stösst sich vor allem am Umstand, dass die zur Verrechnung gebrachte Forderung im Zeitpunkt des nicht mehr gedeckten Aktienkapitals bzw. der Überschuldung bloss noch *teilweise oder gar nicht mehr werthaltig* ist⁸³. Da das Fremdkapital nicht mehr vollständig durch Aktiven gedeckt ist, sinkt der wirtschaftliche Wert solcher Forderungen unter den nominalen Forderungsbetrag. Die Gesellschaft ist eben nicht in der Lage, alle Forderungen bei Fälligkeit zu begleichen⁸⁴. Sodann werden unter anderem auch Bedenken hinsichtlich des Aktionärsschutzes geäussert. Es komme zu einer Ungleichbehandlung der Aktionäre, wenn Gläubiger der Gesellschaft «billiger» eine mit derjenigen der in bar liberierenden Aktionäre identischen Aktionärsstellung erlangen können⁸⁵.

Die gelegentlich gehegten Zweifel an der Zulässigkeit der Verrechnungsliberierung bei nicht mehr vollständig werthaltigen Forderungen sind unbegründet. Im schweizerischen Recht ist die Verrechnung als *eigenständige Liberierungsart* ausdrücklich im Gesetz geregelt⁸⁶, wobei *keine Einschränkung* hinsichtlich der Werthaltigkeit vorgesehen ist. Auch bedarf es für die Liberierung *nicht notwendigerweise eines Zuflusses von Aktiven*⁸⁷. Es gehört zum Wesen der Verrechnung als liquiditätsneutrales, reines Passivengeschäft, dass sich zwei gegenüberstehende Forderungen aufheben bzw. verkleinern, ohne dass der Gesellschaft Liquidität oder andere Vermögenswerte zufließen. Deshalb kann es bei der Verrechnung auch nicht auf den Marktwert der Forderungen ankommen, da es nicht um einen Erwerbsakt, sondern um den Untergang der Forderungen kraft Identität von Gläubiger und Schuldner geht⁸⁸. Sachgerecht ist bei Verrechnungen alleine das *Nominalwertprinzip*⁸⁹.

⁸³ Gegen die Zulässigkeit namentlich BÖCKLI, § 2 N 126 ff.; CH. WIDMER, 389; KUNZ, § 2 N 47 ff.; SENN, 155 f.; SCHOCH, 27; noch zum OR 1936 und die Voraussetzung der Werthaltigkeit *de lege ferenda* fordernd MOSIMANN, u.a. 67 ff.

⁸⁴ FORSTMOSER/VOGT, 533.

⁸⁵ So KUNZ, § 2 N 48 ff. (dort) Fn. 134; ebenso SCHOCH, 27; a.M. DRUEY, 284; FORSTMOSER/VOGT, 552 ff., welche den bei der Verrechnungsliberierung notwendigen Bezugsrechtsentzug durch die damit verfolgte Sanierungswirkung gerechtfertigt sehen; dabei dürfte das Sanierungsziel den von Art. 652b Abs. 2 OR verlangten «wichtigen Grund» darstellen.

⁸⁶ Art. 635 Ziff. 2 und 652e Ziff. 2 OR.

⁸⁷ Das Gesetz sieht in Art. 652d OR die Kapitalerhöhung durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital (Ausgabe von Gratisaktien) vor. FORSTMOSER/VOGT, 562; GLANZMANN, Schranken, 228 ff.

⁸⁸ DRUEY, 280.

Auch sachlich bestehen keine Bedenken gegen die Verrechnungsliberierung. Die Gläubiger werden nicht benachteiligt, da die Deckungsquote für die verbleibenden Gläubiger nicht verringert, sondern erhöht wird. Zwar wären die Gläubiger bei einem eigentlichen Mittelzufluss – etwa durch Barliberierung – noch besser gestellt, doch haben Gläubiger grundsätzlich keinen Anspruch auf eine Kapitalerhöhung. Im Vergleich zu einer ausbleibenden Verrechnungsliberierung sind die bestehenden Gläubiger nach einer solchen Transaktion besser gestellt⁹⁰. Die Aktionärsinteressen werden ebenfalls nicht verletzt. Der *Substanzwert* der Gesellschaft *erhöht sich* auch bei Liberierung durch eine nicht werthaltige Forderung, da die Gesellschaftsverbindlichkeiten um den Betrag der zur Verrechnung gebrachten Forderung abnehmen, während der Substanzwert entsprechend zunimmt.

Der überwiegende Teil der Lehre bezeichnet die Verrechnungsliberierung infolgedessen zu Recht auch in jenen Fällen als zulässig, in denen die Forderung, die für die Liberierung zur Verrechnung gebracht wird, nicht werthaltig ist. Diese Auffassung ermöglicht es, die Verrechnungsliberierung auch in der unternehmerischen Krisensituation als *zulässiges Sanierungsinstrument* zu verwenden⁹¹. Sowohl für die Gläubiger, die willens sind, einen

⁸⁹ Da die überschuldete Gesellschaft, für welche der Bankkredit ein Passivum darstellt, aufgrund des Vorsichtsprinzips zum Nominalwert verbuchen muss, verbessert sich die Vermögenslage bei Verrechnungsliberierung auch im vollen Umfang der getilgten Schuld, so DRUEY, 268 und insb. 277: «Das Modell, die Idee der Verrechnung, ist aber auch insofern massgebend – gegenteilige Gesichtspunkte sind nicht feststellbar –, als sie dem Nominalwertprinzip folgt, also Franken gegen Franken stattfindet und damit dem Gläubiger den für dieses Institut typischen Vorteil verschafft, mit einer schlechten Forderung einen vollwertigen Titel für die Erfüllung seiner Schuld einsetzen zu können. Deshalb spielt die Verrechnung in der ganzen Einredelehre eine so prominente Rolle (vgl. nur Art. 169 OR)».

⁹⁰ Vgl. GLANZMANN, Schranken, 230, mit dem Hinweis, dass das Vertrauen der Gläubiger auf Liquiditätszufluss selbst dann enttäuscht würde, wenn die zur Verrechnung gebrachte Forderung werthaltig wäre. Es liesse sich einzig hinsichtlich zukünftiger Gläubiger bemängeln, dass über die mangelnde Werthaltigkeit der verrechneten Forderung insofern eine eingeschränkte Publizität besteht, als dass Art. 641 OR keine Pflicht vorsieht, die Tatsache der Verrechnungsliberierung in den Statuten zu erwähnen; kritische Stimmen zur eingeschränkten Publizität finden sich ferner bei CH. WIDMER, 398; GLANZMANN, Schranken, 223 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 15 N 31; VON SALIS-LÜTOLF, N 573 (dort) Fn. 343, welcher sich bei fraglicher Werthaltigkeit der Verrechnungsforderungen für eine statutarische Erwähnung der Verrechnungsliberierung ausspricht.

⁹¹ Für die Zulässigkeit DRUEY, 267 ff.; GLANZMANN, Schranken, 221 ff.; DERS. Kapitalerhöhung, 15; FORSTMOSER/VOGT, 531 ff.; HOLD, 184 f.; CAMPONOVO, 885 ff.; RUBLI, 207 f.; wohl auch VON SALIS-LÜTOLF, N 573; REINARZ, 443 ff.; PFEIFER, 1474 ff.; SCHENKER,

Beitrag zur Sanierung eines Unternehmens zu leisten, als auch für die in Schieflage geratene Unternehmung selbst wäre es wünschenswert, wenn bezüglich der Zulässigkeit *Rechtssicherheit* geschaffen würde⁹².

Der *Rechtsprechung* bot sich bislang keine Gelegenheit, die Streitfrage zu klären⁹³. Für die kreditgebende Bank besteht damit das Problem, dass die angeführten Gründe zwar für die Zulässigkeit der Verrechnungsliberierung sprechen mögen, die Rechtslage aber aufgrund der divergierenden Auffassungen in der Lehre und der fehlenden Rechtsprechung unsicher bleibt. Sollte ein Gericht im Nachgang an eine Verrechnungsliberierung, die einen Konkurs gleichwohl nicht abzuwenden vermochte, zur Auffassung gelangen, dass ein Debt-Equity-Swap in der Überschuldungssituation unzulässig ist, hätte dies erhebliche Auswirkungen auf den Kreditgeber. Da nach dieser Ansicht die Verrechnung keine rechtsgültige Liberierung darstellt, kommt es zu einer *Nachliberierungsforderung* gegen die kreditgebende Bank⁹⁴. Überdies drohen *strafrechtliche* Konsequenzen für die Organe der Kreditbank, etwa wegen Erschleichung einer Falschbeurkundung (Art. 253 StGB) oder unwahrer Angaben gegenüber den Handelsregisterbehörden (Art. 153 StGB)⁹⁵.

108 ff.; BASK-ZINDEL/ISLER, OR 652c N 4; BASK-ISLER/ZINDEL, OR 653a N 9 f.; BASK-WATTER, OR 753 N 8; mit einem Blick auf die deutsche Lehre und Rechtsprechung auch VRBASKI, 59 ff.

⁹² Zur ökonomischen Auswirkung der Rechtsunsicherheit bei Kreditverhältnissen vgl. hinten VII.2.

⁹³ Bloss als obiter dictum erwähnt das Urteil des Bundesgerichtes vom 11.07.2002, i.S. A. GmbH und B. AG gegen EBK (2.A.169/2002), dass «[b]ei einer Liberierung durch Verrechnung [...] eine Einlage nur dann als erbracht [gilt], wenn der Verkehrswert der Forderung gegen die Gesellschaft nicht tatsächlich unter deren Nennwert gefallen ist» (Erw. 6). Die Tragweite dieser höchstgerichtlichen Feststellung in Bezug auf künftige Sachverhalte dürfte indessen schwer abzuschätzen sein. Im Dunstkreis der Thematik bewegte sich ferner der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 17. Januar 2001, in ZR 100 (2001) Nr. 41, 126 ff., wonach die Liberierung der Aktien in bar oder durch Tilgung von Gegenforderungen für die finanzielle Situation einer Gesellschaft keinen Unterschied machen soll, a.a.O. Erw. 2 b) i.f.; DRUEY, 276; STOFFEL/TERCIER, 285.

⁹⁴ VON SALIS-LÜTOLF, N 572; vgl. auch BÖCKLI, § 2 N 131.

⁹⁵ BÖCKLI, § 2 N 145.

2. Verantwortlichkeit für Kreditkaskaden

Ein weiteres Haftungsrisiko folgt aus dem Gedanken, dass das Vertrauen anderer Gläubiger aufgrund der Kreditgewährung durch die Bank Rechtsschutz verdient⁹⁶. Der Gedankengang ist der Folgende: Kreditgebern stehen eine Reihe von Informationsquellen zur Verfügung. Sie können sich auf öffentlich zugängliche Informationen stützen, seien diese rechtlich vorgeschrieben, wie Angaben im Handelsregister oder kapitalmarktrechtliche Informationspflichten, oder seien diese unter den Marktteilnehmern weitergegebene Informationen. Sodann haben Kreditgeber die Möglichkeit, im Rahmen der Kreditvergabe vom Unternehmen weitere Auskünfte und Unterlagen einzufordern. Sie können bei ihrer Prüfung ausserdem allgemeine Informationen über die Ausfallrisiken in einer Branche, die Wirtschaftslage in dem betreffenden Wirtschaftszweig oder die Einschätzungen von Ratingagenturen oder Analysten heranziehen.

Nun werden aber in der Praxis diese Informationsmöglichkeiten höchstens teilweise genutzt. Vielmehr verlassen sich, gemäss dem Gedankengang der Kreditkaskadenhaftung, viele Kreditgeber darauf, dass die grossen Kreditgeber die insgesamt verfügbaren Informationen bereits in ein Urteil über die Kreditwürdigkeit zusammengeführt haben und zu einer positiven Einschätzung gekommen sind. Ansonsten würde das auf Fremdkapital angewiesene Unternehmen im Markt ja nicht überleben. Es handelt sich somit um ein *Signal der grossen Kreditgeber an die kleineren Kreditgeber betreffend der Kreditwürdigkeit* eines Unternehmens.

Diese Kreditkaskade lässt sich ökonomisch als *Informationskaskade* erklären⁹⁷. Die Banken haben in dieser Kaskade regelmässig einen *Informationsvorsprung*, da einerseits die Kreditinformationen als Nebenprodukt der Geschäftstätigkeit anfallen und andererseits Finanzintermediäre über Spezialwissen zur Beschaffung von Kreditinformationen verfügen⁹⁸. Sodann wäre

⁹⁶ Ausführlich hierzu ENGERT, 83 ff.; siehe auch HEINZER, N 132 ff. und 439 ff., nach welchem sich die Bank im Einzelfall rechtsmissbräuchlich verhalten könne, falls sie einen Kredit kündigt, nachdem sie Dritten ausdrücklich oder konkludent zu erkennen gab, das Kreditverhältnis weiterführen zu wollen; nach DESSEMONTET, 405, kann ein Vertrag grundsätzlich keine Rechtswirkungen auf Dritte haben («res inter alios acta non nocet» bzw. «privity of contracts»); trotzdem soll eine abrupte Kreditkündigung gegen den guten Glauben verstossen (a.a.O., 416).

⁹⁷ Vgl. grundlegend die formale Herleitung von BIKHCHANDANI/HIRSHLEIFER/WELCH, 992 ff.; zum Phänomen des «Herdenverhaltens» auch BANERJEE, 797 ff.

⁹⁸ Vgl. ENGERT, 90 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

eine umfassende Abklärung bei kleineren Krediten für die jeweiligen Gläubiger unökonomisch. Es sei, so wird geltend gemacht, gesamtwirtschaftlich ohnehin sinnvoller, wenn Informationen über einen Kreditnehmer nicht mehrfach erhoben werden; die grossen Kreditgeber können die Kreditprüfung kostengünstiger und umfassender vornehmen. Umgekehrt sei es auch nicht erwünscht, dass kleinere Kreditgeber die Gewährung von Krediten einschränken. Funktionierende Kreditkaskaden würden daher die Unternehmensfinanzierung verbessern. Aus diesem Grund könne aus gesamtwirtschaftlicher Sicht gefordert werden, dass das Vertrauen von Kreditgebern mit vergleichsweise schlechtem Zugang zu kreditrelevanten Informationen in die Kreditabklärung der grossen Kreditgeber zu schützen sei⁹⁹.

Eine Haftung aufgrund des geschafften Vertrauens des Grosskreditgebers ist jedoch *abzulehnen*¹⁰⁰. Dies nicht nur deshalb, weil die Kreditwürdigkeit eine veränderliche Grösse darstellt; vielmehr können auch die Interessenlagen bei den verschiedenen Kreditgebern unterschiedlich sein. So kann es sich bei einer Bank, die bereits Kredit gewährt hat, ökonomisch lohnen, einem notleidenden Unternehmen weiterhin Kredit zu gewähren, um die Chance der Rückführung des Kredits zu erhöhen. Sodann könnte die Interessenlage auch insofern unterschiedlich sein, als ein Kredit gesichert sein könnte, sei es durch Vermögenswerte des Unternehmens selbst, sei es durch Dritte¹⁰¹. Der gesamtwirtschaftliche Effizienzgewinn lässt sich infolgedessen kaum erreichen. Im Gegenteil besteht die Gefahr, dass die mit weiteren Theorien zur Kreditgeberhaftung einhergehende Rechtsunsicherheit ökonomisch unerwünschte Folgen zeitigt¹⁰².

3. Mithilfe an unzulässigen «Cash Pooling-Modellen»

Schliesslich sei noch das Haftungsrisiko im Zusammenhang mit Dienstleistungen für die Errichtung und Betreibung einer zentralen Konzernfinanzierung erwähnt. In der Praxis erfolgt die Liquiditätsbewirtschaftung von Konzernen vielfach zentralisiert im Rahmen eines Cash Pooling. Dabei führen die einzelnen Gruppengesellschaften aus Effizienzgründen ihre Soll- und Habensaldi aller Bankkonten bei einer Bank bzw. Bankengruppe zu-

⁹⁹ So im Ergebnis ENGERT, 96 f.

¹⁰⁰ So auch BIKHCHANDANI/HIRSHLEIFER/WELCH, 992.

¹⁰¹ ENGERT, 109 ff.

¹⁰² Siehe nachstehend bei VII/2.

sammen¹⁰³. Die ökonomische Motivation einer solchen Liquiditätsbündelung liegt einerseits in der jederzeitigen Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit. Andererseits verhindert das Cash Pooling, dass einige Gruppengesellschaften niedrig verzinst Guthaben bei Banken unterhalten, während andere Konzerngesellschaften ihren Liquiditätsbedarf zu hohen Schuldzinsen decken müssen¹⁰⁴. Auf diese Weise kann die Zinsbelastung im Gesamtkonzern möglichst tief gehalten werden. Sodann ermöglicht das Cash Pooling Grössenvorteile am Kapitalmarkt, indem die Kreditwürdigkeit der einzelnen Konzernunternehmung in der konsolidierten Betrachtungsweise höher eingestuft wird¹⁰⁵. Die zentrale Konzernfinanzierung verringert schliesslich den Finanzbedarf der Gesamtgruppe.

Das Cash Pooling ist aber in mehrfacher Hinsicht problematisch. Aufgrund der Überlassung der Liquidität an die Gruppengesellschaft, die als Pool Leader bestimmt wurde (beim physischen Cash Pooling), bzw. der Gewährung von Sicherheiten für Sollsaldo einer anderen Gruppengesellschaft (beim Notional Pooling)¹⁰⁶ ist die einzelne Konzerngesellschaft regelmässig nicht kreditwürdig, wenn die Kreditwürdigkeit für jede Konzerngesellschaft gesondert zu beurteilen ist. Das Cash Pooling kann aus verschiedenen Gründen gegen *gesellschaftsrechtliche Bestimmungen verstossen*, da im schweizerischen Gesellschaftsrecht der Grundsatz der *zivilrechtlichen Selbständigkeit* der einzelnen Konzerngesellschaften gilt¹⁰⁷.

So sind auch in Konzernverhältnissen die Schranken zum Schutze des Eigenkapitals zu beachten. Das Cash Pooling kann infolgedessen gegen das

¹⁰³ Ein bankenübergreifendes Pooling ist demgegenüber kostspielig und nur unter einschränkenden Bedingungen möglich (fehlende Standardisierung der Bankensysteme und geringe Kooperationsbereitschaft der Banken), vgl. GIEGERICH, 869.

¹⁰⁴ FASSBENDER, 28; ESCHENBRUCH, N 3056 f.

¹⁰⁵ Eingehend FASSBENDER, 29, m.w.N.

¹⁰⁶ Vgl. zu den Erscheinungsformen BLUM, Aspekte, 705; DERS., Fallstricke, 25; GIEGERICH, 869 f.; FASSBENDER, 26 ff.; RUBLI, 219 f.

¹⁰⁷ Vgl. VON BÜREN, 177, m.V. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, etwa im Urteil vom 8.4.1999 (4C.10/1999), worin festgehalten wurde, es sei «zu beachten, dass in einem ausgereiften Privatrechtssystem die Rechtsfigur der juristischen Person in hohem Grade verfestigt ist und die Rechtssubjektivität nicht von Fall zu Fall in Frage gestellt werden soll», vgl. ferner BGE 110 Ib 127 ff. Erw. 3; 108 Ib 28 ff. Erw. 4; zur Durchbrechung des Trennungsprinzips, insb. in Bezug auf Haftungsfragen statt vieler VOGEL, 151 ff.; VON BÜREN, 174 ff.; HANDSCHIN, 219 ff.

Verbot der *Einlagerückgewähr* (Art. 680 Abs. 2 OR)¹⁰⁸ oder der *verdeckten Gewinnausschüttung* (Art. 678 Abs. 2 OR) verstossen. So ist das Kapitalrückzahlungsverbot verletzt, falls die Bonität der sich am Pool beteiligenden Gruppengesellschaft nicht gewährleistet ist oder begründete Zweifel hinsichtlich der Rückzahlung im Zeitpunkt der Fälligkeit oder Kündbarkeit des Darlehens bestehen¹⁰⁹. Dagegen besteht wegen unzulässiger Gewinnausschüttung eine Rückerstattungspflicht für Leistungen, welche in einem offenen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen¹¹⁰.

Die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit einer zentralen Konzernfinanzierung in Form eines Cash Pools und gegebenenfalls, welche Modalitäten zu beachten sind, ist unsicher. Die an einem Cash Pool beteiligte Bank hat infolgedessen – nebst den hauptverantwortlichen Organen – ein Haftungsrisiko. Die Bank riskiert zum einen, etwaige aufgrund der Sicherungsabrede einbehaltene Vermögenswerte *zurückerstatten* zu müssen¹¹¹. Sodann besteht die Gefahr, dass die Bank aufgrund der kausalen Mitwirkung an einer rechtswidrigen Verletzung der Kapitalschutzvorschriften¹¹² solidarisch mit den Organen¹¹³ *schadenersatzpflichtig* wird.

¹⁰⁸ Dies gilt sowohl bei einer Leistung Upstream (d.h. direkt an den Aktionär) als auch bei einer Leistung Crossstream, da in letzterer Konstellation die Mittel zumindest indirekt zu Gunsten des Aktionärs abfliessen.

¹⁰⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 348; TSCHÄNI, Kap. 5 N 48; BASK-KURER, OR 680 N 22; RUSCH, 135; GLANZMANN, Darlehensvertrag, 98 f.; vgl. zu Ganzen auch BÖCKLI, § 12 N 544.

¹¹⁰ Ausserdem können sich beim Cash Pooling Probleme im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsinteresse, der Verletzung der guten Sitten, der Begrenzung des Erwerbs und Haltens eigener Aktien oder der Gleichbehandlung der Aktionäre ergeben; vgl. zu den einzelnen Problembereichen etwa RUSCH, 18 ff.

¹¹¹ BLUM, Aspekte, 708 f., m.w.H.; siehe für den Fall einer verdeckten Gewinnausschüttung TSCHÄNI, Kap. 5 N 73; AEBI, 175; hinsichtlich der Rückerstattungspflicht aus Art. 680 Abs. 2 OR soll es nach einem Teil der Lehre auf die Gutgläubigkeit der Bank ankommen, dahingehend ZOBL, 190 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 109; a.M. BASK-KURER, OR 680 N 25 («absolute Nichtigkeit»); die Frage der Gutgläubigkeit der Pool Bank dürfte indes aufgrund einer weitgehenden Wissenszurechnung akademischer Natur sein.

¹¹² Zumindest im Umfang der freien Reserven sollte die zentrale Bewirtschaftung der Vermögenswerte zulässig sein; vgl. BLUM, Aspekte, 715, u.a. mit dem Hinweis, dass die Gläubiger ja auch gegen eine ordentliche Dividendenausschüttung im Umfang der freien Reserven nichts einwenden können; vgl. auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 348.

¹¹³ Vgl. zu einer entsprechenden Klage gegen die Swissair-Organen NZZ vom 14.7.2005, 21.

VII. Ökonomische Erwägungen

Zum Schluss seien noch einige Überlegungen ökonomischer Art im Zusammenhang mit der Kreditgewährung durch Banken angestellt. Darzulegen sind einerseits die Auswirkungen von Informationsasymmetrien auf das Kreditverhalten der Banken und andererseits die Bedeutung von Rechtsunsicherheit in Bezug auf Kreditentscheidungen. Auf diese beiden Aspekte hat in der deutschen Literatur insbesondere ENGERT¹¹⁴ hingewiesen.

1. Auswirkungen von Informationsasymmetrien

Zwischen dem Kreditgeber und dem Kreditnehmer besteht eine ausgeprägte Informationsasymmetrie. Das Unternehmen hat die weitaus besseren Möglichkeiten, um die eigene Kreditwürdigkeit einschätzen zu können, als die kreditgebende Bank.

Damit entsteht die Situation, die der Nobelpreisträger Akerlof am Beispiel des Gebrauchtwagenmarktes mit seinem Forschungsbeitrag «Market for Lemons» aufgezeigt hat¹¹⁵. Mit «Lemons» sind dabei nicht Zitronen, sondern minderwertige Occasionsfahrzeuge gemeint. Das theoretische Modell ist das folgende: Der Käufer eines Gebrauchtwagens kann die Qualität des Fahrzeugs nur eingeschränkt überprüfen. Aus diesem Grunde tendieren auch die Verkäufer von Gebrauchtwagen in minderwertigem Zustand dazu, die Qualität des Fahrzeugs höher anzupreisen, als sie tatsächlich ist.

Im Markt stellt sich aufgrund der mangelhaften Überprüfbarkeit der Qualitätsunterschiede ein Einheitspreis ein. Dieser Preis mag für die Eigentümer minderwertiger Gebrauchtwagen nach wie vor attraktiv sein, während die Eigentümer qualitativ guter Fahrzeuge nicht bereit sind, ihre Fahrzeuge zu diesem Preis zu veräußern. Es kommt mithin zu einer *Negativeauslese* («adverse selection»), wodurch die Preise für Gebrauchtwagen noch tiefer sinken. Dies macht den Markt für weitere Verkaufsinteressenten unattraktiv. Letztlich sind bloss noch jene Verkäufer bereit, ihr Gebrauchtauto zu den gefallen Preisen zu veräußern, die um die mangelhafte Qualität ihres Autos wissen. Alle anderen Verkaufsinteressenten sind vom Markt ausgeschlossen. Im Ergebnis können Informationsasymmetrien zum *teilweisen oder*

¹¹⁴ S. 14 ff., 134 ff., 209 ff.

¹¹⁵ AKERLOF, 488 ff.

gänzlichen Zusammenbruch des Marktes führen, es sei denn, das Informationsgefälle lässt sich zu vernünftigen Kosten beheben¹¹⁶.

Entsprechendes gilt für den Kreditmarkt. Das Ausfallrisiko einer Unternehmung ist für die Bank oftmals wenig transparent; jedenfalls kann das Unternehmen seine Kreditwürdigkeit besser einschätzen als die Bank. Ein Kreditzins kann für ein solides Unternehmen zu hoch, für ein Unternehmen mit potentiellen Risiken dagegen durchaus angemessen sein. Da vor allem Unternehmen mit geringer Kreditwürdigkeit durch die bestehenden Kreditkonditionen angezogen werden, müssten die Banken aufgrund der steigenden Ausfallrisiken die Zinsen kontinuierlich erhöhen, was Unternehmen mit geringen Risiken noch weiter vom Kreditmarkt ausschliesst («adverse selection»). In Analogie zum Akerlof'schen «Market for Lemons» kann dies dazu führen, dass *ökonomisch sinnvolle Kreditfinanzierungen teilweise oder vollends unterbleiben*.

Um dieser Problematik zu entgehen und gleichwohl profitabel arbeiten zu können, können die Banken dazu übergehen, aufgrund gewisser Merkmale ganze Risikoklassen von der Kreditfinanzierung auszuschliessen. In den USA spricht man in diesem Zusammenhang von «*redlining*». Kreditgeber pflegten in den USA beim Hypothekengeschäft ganze Landstriche rot zu schraffieren, wo generell keine Hypotheken gewährt wurden¹¹⁷. Eine solche Kreditrationierung kommt einem partiellen Zusammenbruch des Kreditmarktes gleich¹¹⁸.

Subtiler erfolgt die Kreditrationierung, falls Unternehmen, die im Grunde als gleich kreditwürdig erscheinen, teils Kredite erhalten, teils leer ausgehen¹¹⁹, oder wenn zwar alle Unternehmen Kredite erhalten, aber nicht in der Höhe, in der sie die Kredite nachfragen¹²⁰. Die Banken sind jeweils auch nicht bereit, durch Zinserhöhungen den Nachfrageüberhang zu beseitigen und den Kreditmarkt ins Gleichgewicht zu bringen. Was auf den ersten Blick paradox erscheinen mag, ist wiederum mit dem Akerlof'schen «Market for Lemons» erklärbar: Ein höherer Zins schreckt die finanzstarken Unternehmen ab und lockt dafür Unternehmen mit schlechter Bonität an. Sofern

¹¹⁶ So beispielsweise die Untersuchung des Autos in einer Werkstatt, vgl. ENGERT, 17.

¹¹⁷ Vgl. zum Redlining ENGERT, 22; FREIXAS/ROCHET, 138; JAFFEE/STIGLITZ, 848; NEUBERGER, 104.

¹¹⁸ Grundlegend zu den ökonomischen Hintergründen der Kreditrationierung in Märkten mit Negativauslese HELLMANN/STIGLITZ, 281.

¹¹⁹ Vgl. FREIXAS/ROCHET, 140, Abb. 5.2.

¹²⁰ ENGERT, 23.

die Kreditausfälle die Mehreinnahmen aufgrund der Zinserhöhungen übersteigen, wird der Gewinn nicht erhöht, sondern verringert¹²¹.

Der Ausschluss ganzer Risikoklassen wird heutzutage auch im Zusammenhang mit der Reform des Bankenaufsichtsrechts («Basel II») diskutiert. Mittelständische Unternehmen befürchten generell als schlechte Risiken eingestuft und vom Kreditmarkt ausgeschlossen zu werden (sog. «Credit Crunch»)¹²².

Eine Möglichkeit, die Informationsasymmetrie zu vermindern, liegt in der sogenannten *Selbstselektion*. Dabei sollen durch bestimmte Vertragsbedingungen Unternehmen mit schlechter Kreditwürdigkeit von einer Kreditaufnahme abgehalten werden. Zu denken ist insbesondere an die verschiedenen Arten von Sicherheiten, insbesondere an die Stellung von Bürgschaften. Mit der Bereitschaft, die verlangten Sicherheiten zu leisten, senden die Kreditnehmer Signale hinsichtlich ihrer Bonität aus und verringern damit die Informationsasymmetrien¹²³.

Sofern die Leistung von Sicherheiten nicht in Betracht kommt, sollten Kreditgeber die Möglichkeit haben, sich möglichst umfassend von den Unternehmungen informieren zu lassen und diese Informationen auch überprüfen zu dürfen. Diese ökonomisch erwünschte Verringerung der Informationsasymmetrie darf nicht durch überhöhte Haftungsrisiken unterlaufen werden. Aus diesem Grunde sollte man bei Vereinbarung entsprechender Informationsrechte der kreditgebenden Bank auch nicht auf eine faktische Organschaft der Bank bei der kreditnehmenden Unternehmung schliessen.

2. Auswirkungen von Rechtsunsicherheit auf Kreditentscheidungen

Eine weitere ökonomische Überlegung bezieht sich auf die Auswirkung von Rechtsunsicherheit. Die Bank muss bei der Kreditvergabe folgendes abwägen: Wie hoch sind die Ertragsmöglichkeiten und wie hoch ist das Aus-

¹²¹ ENGERT, 23 f.

¹²² Im Vorfeld von Basel II sind die Kreditbanken teilweise dazu übergegangen, für mittelständische Unternehmen einen internen Rating-Prozess zu implementieren. Dies bedingt einerseits, dass die Banken den Unternehmen die Informationen über die internen Rating-Systeme zugänglich machen, und andererseits, dass die Unternehmen die quantitativen Messgrößen nicht beeinflussen und damit das Bild verfälschen; vgl. HAAG, 912.

¹²³ ENGERT, 19 f., m.w.N.; vgl. zum «Signaling» durch Gewährleistungen als Antwort auf die Adverse Selection SCHÄFER/OTT, 480 f.; NOLL, 28.

fallrisiko multipliziert mit der Ausfallwahrscheinlichkeit¹²⁴. Je nachdem, wie sie diese Grössen einschätzt, wird sie den Kredit gewähren bzw. weiterhin bestehen lassen oder nicht. Gewährt eine Bank z.B. einen Kredit in der Höhe von CHF 500'000 für ein Jahr zu einem Zinssatz von 10% und droht für die Gläubiger bei einer Insolvenz des Unternehmens ein Verlust von 80%, dann erzielt die Bank beim Fortbestand des Unternehmens einen Gewinn von CHF 100'000, bei einer Insolvenz einen Verlust von CHF 400'000. Die Bank gewährt in diesem Fall den Kredit, wenn die Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz weniger als 20% beträgt.

Falls nun im Nachgang an eine Insolvenz auch ein Haftungsrisiko besteht, wird die Bank zu ihrem Ausfallrisiko noch das Haftungsrisiko addieren müssen. Im gemachten Beispiel würde der Verlust um die potentielle Haftungssumme erhöht. Bei Rechtssicherheit wirft die Haftung des Kreditgebers keine Probleme auf: Der Kreditgeber handelt pflichtgemäss, und es kommt nicht zu Haftungsfällen.

Anders liegen die Dinge, falls hinsichtlich der Kreditgeberhaftung Rechtsunsicherheit besteht. Zum einen neigen Richter erfahrungsgemäss bei der nachträglichen Beurteilung eines Sachverhaltes dazu, sich eher «in Richtung Pflichtwidrigkeit zu irren». Dies hängt damit zusammen, dass der Kenntnisstand im Zeitpunkt des Handelns und in der nachträglichen Betrachtung unterschiedlich ist. *Während für den Handelnden oftmals erhebliche Unsicherheiten bestehen, welche von mehreren Handlungsalternativen erfolgsversprechend sein kann, erscheint für den Richter als nachträglicher Betrachter die Fehlerhaftigkeit der gewählten Handlungsoption als sicher*¹²⁵.

Zum anderen hat die ökonomische Analyse des Rechts aufgezeigt, dass sich Rechtsunsicherheit (bzw. die fehlerhafte Einschätzung der Rechtslage durch Kreditgeber oder Gerichte) in ihrer Wirkung nicht aufhebt. Der im

¹²⁴ In der Standardformel des Actuarial Credit Risk Accounting (ACRA) ergibt sich der erwartete Verlust (Expected Loss, EL) aus dem Produkt der Ausfallwahrscheinlichkeit (Probability of Default, PD), dem Kreditbetrag zum Zeitpunkt des Ausfalls (Exposure at Default, EAD) und dem Verlust bei Ausfall in Prozent (Lossgiven Default, LGD); vgl. zum Kreditrisikomanagement SPREMANN/GANTENBEIN, 221 ff.; BRODA, 464.

¹²⁵ Siehe bereits die Warnung vor nachträglicher Besserwisserei durch SCHMIDT, 490 ff.; in diesem Sinne auch die Ausführungen in der berühmten englischen Entscheidung des Privy Council «The Wagon Mound», Weekly Law Reports 1961/2, 126, 141: After the event even a fool is wise. But it is not the hindsight of a fool; it is the foresight of the reasonable man which can determine responsibility". Im amerikanischen Schrifttum wird der sog. «hindsight bias» bei Richtern auch psychologisch erforscht, siehe C. GUTHRIE/J.J. RACHLINSKI/A.J. WISTRICH, Inside the Judicial Mind, Cornell Law Review 86 (2001), 777 ff. m.N.

Konkurs haftpflichtige Kreditgeber läuft Gefahr, nicht bloss die eigenen, sondern auch die Ausfälle der anderen Anspruchsinhaber tragen zu müssen, ohne dass er im gegenteiligen Fall an deren Gewinn partizipieren würde. Er wird die potentielle Gefahr, für eine Vielzahl von Schadenspositionen einstehen zu müssen, möglichst gering halten wollen «und zu diesem Zweck einen Sicherheitsabstand von der rechtlich festgelegten Haftungsschwelle einhalten»¹²⁶. Besteht – wie vorne dargelegt wurde – in verschiedener Hinsicht bezüglich der Haftung des Kreditgebers *Rechtsunsicherheit*, wird die Bank bereits zu einem *früheren Zeitpunkt den Kredit verweigern*, als dies bei Rechtssicherheit der Fall wäre.

Rechtsunsicherheit hebt sich in ihrer Wirkung folglich nicht auf, sondern hat eine einseitige Wirkung: «Sie verringert die Bereitschaft des informierten Kreditgebers, Unternehmen Kredite zu gewähren. Eigentlich noch kreditwürdige Unternehmen werden auf diese Weise von der Kreditversorgung abgeschnitten. Die guten Absichten einer Kreditgeberhaftung verkehren sich in ihr Gegenteil.»¹²⁷

Insgesamt ist festzustellen, dass Rechtsunsicherheit zu einer *ökonomisch unerwünschten partiellen Kreditrestriktion* führt. Die Lehre fordert daher seit längerem klare Richtlinien für die betroffenen Kreditgeber¹²⁸. Es wäre im gesamtwirtschaftlichen Interesse, wenn Banken gerade in Krisensituationen nicht aufgrund unklarer Haftungsfolgen (faktische Organschaft, Beihilfe zur Konkursverschleppung usw.) von der Kreditgewährung absehen bzw. Kredite kündigen müssen. Eine Klärung der Rechtslage scheint auch bezüglich der Verrechnungsliberierung und der zentralen Konzernfinanzierung wünschenswert.

¹²⁶ ENGERT, 137, der in 209 ff. in Anlehnung an die Arbeiten der Law and Economics-Autoren S. SHAVELL sowie J.E. CALFEE/R. CRASWELL den Zusammenhang auch grafisch herleitet.

¹²⁷ ENGERT, 136. Wobei diese Folgerung nicht für Fälle mit Interessendivergenzen zwischen der kreditgebenden Bank und den anderen Gläubigern gilt, ENGERT, 137 f. und 212 ff.

¹²⁸ Siehe die Nachweise auf die deutsche Literatur bei ENGERT, 133; eine analoge Situation besteht bezüglich der teilweise in Konflikt zueinander stehenden Pflichten der Unternehmensleitung in der Unternehmenskrise, vgl. GLANZMANN/ROBERTO, 100 f.

VIII. Zusammenfassung in Thesen

1. *Vielfältige Haftungskonstellationen und unterschiedliche Haftungsgrundlagen:* Die Haftung der Bank als Kreditgeber weist vielfältige Konstellationen auf und entzieht sich einer generellen Analyse. Vielmehr sind die verschiedenen in Betracht kommenden Tatbestände und die daraus resultierenden unterschiedlichen Haftungsgrundlagen im Einzelfall zu prüfen. Untersucht man die Stellung des Kreditgebers als faktisches Organ einer Unternehmung, so stützt sich die Haftung auf die aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen. Verletzt der Kreditgeber dagegen seine Aufklärungs- und Informationspflichten gegenüber dem Kreditnehmer, steht die vertragliche Haftung im Vordergrund, während bei entsprechenden Pflichtverletzungen gegenüber Dritten wiederum eine ausservertragliche Haftung zu prüfen ist.

2. *Kreditgebende Bank als faktisches Organ:* Eine Haftung der kreditgebenden Bank als faktisches Organ setzt die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Kriterien für organtypisches Verhalten voraus. Der einschlägige Entscheid des Bundesgerichts, der eine solche Verantwortlichkeit bejaht, betraf einen spezifischen Sachverhalt¹²⁹: Nicht nur war die Bank Minderheitsaktionärin der Gesellschaft; die Bankenvertreter standen als «stille» Verwaltungsräte auch bloss einem einzigen Verwaltungsrat gegenüber, der aufgrund der persönlichen Überzeugungskraft und der Machtstellung der Bankenvertreter kaum zur unabhängigen Willensbildung in der Lage war. Zu einer derart weitgehenden Machtstellung einer kreditgebenden Bank dürfte es heutzutage aufgrund der grösseren Sensibilisierung bezüglich der Haftungsrisiken kaum noch kommen. Das Haftungsrisiko lässt sich insbesondere dadurch senken, dass anstelle von Bankangestellten externe Berater das Unternehmen im Rahmen einer Sanierung beraten. Keine faktische Organschaft lässt sich aufgrund der im Rahmen des Kreditvertrages ausbedungenen Informations- und Kontrollrechte begründen.

3. *Informationspflichten gegenüber dem Kreditnehmer:* Der geschäftserfahrene Kreditnehmer hat das Risiko von vom Bankgeschäft unabhängigen Projekten, die er finanzieren will, selber einzuschätzen. Die Bank muss die Realisierbarkeit der Investition weder prüfen, noch den Kreditnehmer über die Risiken eines zu finanzierenden Objekts unterrichten. Wird der Kredit für ein vom Bankgeschäft unabhängiges Projekt verwendet und handelt es sich

¹²⁹ BGE 107 II 349 ff. sowie vorne bei II.1.

beim Kreditnehmer um eine geschäftserfahrene Vertragspartei, dann obliegt der Bank einzig bei Interessenkonflikten eine Aufklärungspflicht. Dabei bezieht sich die Aufklärungspflicht bloss auf den Interessenkonflikt, nicht dagegen auf die Mängel des zu finanzierenden Projekts.

4. *Informationspflichten gegenüber Dritten:* Obwohl es sich beim Schaden einer Drittperson aufgrund eines Kredites jeweils um einen reinen Vermögensschaden handeln dürfte, ist eine ausservertragliche Haftung nicht ausgeschlossen, da in der schweizerischen Rechtsordnung auch der Verstoss gegen ungeschriebene Verhaltenspflichten rechtswidrig ist; den Gedanken der Vertrauenshaftung bedarf es – anders als im deutschen Recht – hierfür nicht. Gleichwohl kommt eine Haftung aufgrund einer Informationspflichtverletzung gegenüber einem Dritten kaum je in Betracht. Solchen Informationen steht meist schon das Bankgeheimnis entgegen. Unabhängig davon ist die Offenlegung der komplexen Einzelheiten eines Kreditvertrages weder für die Bank noch für das kreditnehmende Unternehmen zumutbar oder praktikabel.

5. *Konkursverschleppung durch den Kreditgeber:* Für die Konkursanmeldung sind die formellen Organe, nicht die kreditgebende Bank zuständig. Eine Einstandspflicht wegen verspäteter Richterbenachrichtigung ist jedoch denkbar, wenn die Voraussetzungen der faktischen Organschaft erfüllt sind. Eine weitere Möglichkeit ist die ausservertragliche Haftung. Die Anforderungen an eine Einstandspflicht müssen freilich hoch angesetzt werden. Denkbar ist eine Haftung des Kreditgebers, wenn er aus eigennützigen Gründen auf den Verwaltungsrat dahingehend einwirkt, dass dieser die Konkursanmeldung hinausschiebt; überdies dürfen die durch Lehre und Praxis im Hinblick auf die «stille» Sanierung einer Unternehmung durch den Verwaltungsrat entwickelten Voraussetzungen nicht vorliegen.

6. *Weitere Haftungskonstellationen:* Um Unternehmenssanierungen nicht zu behindern, sollte die Verrechnungsliberierung auch bei einer Unterbilanz oder Überschuldung des Unternehmens zulässig sein. Da die Frage in der Lehre umstritten und durch die Rechtsprechung nicht entschieden ist, besteht für die Bank in solchen Situationen ein zivil- und strafrechtliches Risiko. – Neue Haftungsansätze entsprechend einer Kreditkaskadenhaftung sind abzulehnen. Kleinere Unternehmensgläubiger mit vergleichsweise schlechtem Zugang zu kreditrelevanten Informationen mögen zwar bei der Kreditgewährung auf die Abklärungen der Banken vertrauen und anneh-

men, dass die Banken einem Unternehmen, das nicht finanziell solide ist, keine Kredite gewährt; dieses Vertrauen kann aber schon deshalb rechtlich nicht geschützt werden, weil sich die Bank in einer unterschiedlichen Situation befinden kann, sei es, weil die Kredite gesichert sind oder weil die zusätzliche Kreditgewährung die Sanierung des Unternehmens und damit die Werterhaltung früherer Kredite ermöglicht. – Ein Haftungsrisiko der kreditgebenden Bank besteht schliesslich auch im Zusammenhang mit Dienstleistungen für die Errichtung und Betreuung einer zentralen Konzernfinanzierung. Die an einem solchen Cash Pool beteiligte Bank riskiert zum einen, Vermögenswerte, die als Sicherheiten für den Kredit dienten, zurückerstatte zu müssen. Zum anderen besteht die Gefahr, dass die Bank aufgrund der kausalen Mitwirkung an einer rechtswidrigen Verletzung der Kapitalchutzvorschriften solidarisch mit den Organen schadenersatzpflichtig wird. Es bleibt zu hoffen, dass die Rechtsprechung solche Tatbestände aus einer Konzernsicht würdigt.

7. *Ökonomische Erwägungen:* Ökonomisch ist es durchaus erwünscht, dass sich Banken weitgehende Informationsrechte durch die kreditbeanspruchenden Unternehmen einräumen lassen. Schlagworte wie die unerwünschte Macht der Banken sind diesbezüglich verfehlt. Die Informationen vermindern die bestehenden Informationsasymmetrien, was sich vorteilhaft auf die Höhe der Zinsen auswirkt und einer unerwünschten Kreditrationierung entgegenwirkt. Diese wünschbaren ökonomischen Auswirkungen dürfen nicht durch überhöhte Haftungsrisiken, insbesondere einer vorschnellen Qualifikation der kreditgebenden Bank als faktisches Organ der kreditnehmenden Unternehmung, unterlaufen werden. – Ökonomisch wäre es sodann auch erwünscht, dass die bestehenden Rechtsunsicherheiten möglichst verringert werden. Dies bezieht sich vor allem auf die Sorgfaltspflichten einer Bank im Zusammenhang mit Kreditgewährungen an Unternehmen, die sich in einer Krisensituation befinden. Damit ökonomisch schädliche partielle Kreditrestriktionen vermieden werden können, sind möglichst klare Richtlinien in Bezug auf die Verhaltenspflichten der Kreditgeber wünschbar.

Bankaufsichtsrechtliche und vertragsrechtliche Aspekte von IPOs

Hans Caspar von der Crone/Matthias Nänni/Eric Sibbern, Zürich*

Inhaltsverzeichnis

I.	IPO: Merkmale.....	142
1.	Begriff.....	142
2.	Kritische Punkte.....	143
a)	Interessengegensätze.....	143
b)	Informationsasymmetrien.....	144
c)	Preisfestsetzung.....	144
II.	Preisfindung und Zuteilung.....	145
1.	Markträumender Preis.....	145
2.	Emissionspreis unter Marktpreis.....	145
3.	Konsequenz: Überzeichnung und Frage der Zuteilung.....	146
a)	Überzeichnung.....	146
b)	Thema Zuteilung.....	147
III.	Referenz: Platzierung über Auktion.....	147
1.	Begriff und Arten.....	148
a)	Begriff.....	148
b)	Arten.....	149
2.	Holländische Auktion.....	150
3.	Ausgestaltung.....	151
a)	Selektion der Teilnehmer.....	152
b)	Verbindliche Gebote.....	154
c)	Zuschlag an den Meistbietenden.....	155
d)	Pflicht zum Zuschlag.....	155
e)	Gebote und Preisgestaltung.....	156

* Hans Caspar von der Crone ist ordentlicher Professor für Privat- und Wirtschaftsrecht, Matthias Nänni und Eric Sibbern sind wissenschaftliche Assistenten am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich.

4. Praxis.....	159
5. Fazit.....	160
IV. Bookbuilding.....	160
1. Marktprozesse.....	160
2. Aufsichtsrechtliche Aspekte des Bookbuilding.....	162
a) Zuteilungsrichtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung.....	163
aa) Dokumentation.....	164
bb) Zuteilung nach sachlichen Kriterien.....	165
cc) Zuteilung auf Wunsch des Emittenten.....	166
dd) Zuteilung an Nostro.....	166
ee) Zivilrechtliche Bedeutung der Zuteilungsrichtlinien.....	167
b) Würdigung.....	167
3. Vertragliche Aspekte des Bookbuilding.....	168
a) Zustandekommen des Vertrags.....	168
b) Veränderung der Zeichnungsaufforderung.....	170
c) Zuteilungsanspruch oder Schadenersatz.....	171
aa) Vertragsrechtlicher Anspruch.....	171
bb) Vorvertragliches Rechtsverhältnis.....	172
cc) Schaden.....	175
V. Schlussbetrachtung.....	175

I. IPO: Merkmale

1. Begriff

Unter dem Begriff *Initial Public Offering (IPO)* versteht man die erstmalige Einführung von Aktien eines Unternehmens an der Börse. Wirtschaftlich bedeutet dies den Übergang von der privat gehaltenen Aktiengesellschaft zur Publikumsgesellschaft. Begleitende Erscheinung dieses Regimewechsels ist eine erhöhte Transparenz. In einer nicht kotierten Gesellschaft besteht die Rechenschafts- und Auskunftspflicht nur gegenüber den Aktionären. In der kotierten Gesellschaft wird dieser gesellschaftsinterne Informationsfluss

durch Publizitätsvorschriften gegenüber dem Markt ergänzt.¹ Der Markt wird innerhalb der Corporate Governance zum zusätzlichen Funktionsträger. Aktionäre gewinnen eine leicht zugängliche Ausstiegsoption und, die Aktien der Gesellschaft werden kontinuierlich bewertet. Das Management erhält damit ein laufendes Feedback über die Einschätzung der Qualität seiner Arbeit durch den Markt. Die verbesserte Unternehmenskontrolle aufgrund der intensiven Beobachtung kotierter Unternehmen durch Investoren, Analysten und Finanzmedien führt zu tieferen *Agency Costs*². Zusammen mit der höheren Liquidität der Aktien schafft dies einen Mehrwert für das Unternehmen: Kotierte Gesellschaften werden bei gleicher Profitabilität und gleichem Potential höher bewertet als privat gehaltene Unternehmen. Es kann von einer Kotierungsprämie gesprochen werden.³

2. Kritische Punkte

a) Interessengegensätze

Der Emissionsprozess ist von den gegenläufigen Interessen seiner Hauptakteure geprägt. Potentielle Neuaktionäre sind naturgemäss an einem möglichst günstigen Emissionspreis sowie an der vollständigen Erfüllung ihrer Order interessiert; die Emittenten dagegen an einer vollständigen Platzierung unter Erzielung des höchstmöglichen Kapitalzuflusses⁴, wobei zwischen verkaufenden Altaktionären und Verwaltungsrat bzw. Geschäftsleitung die bekannten *Agency*-Probleme bestehen. Innerhalb dieses Spannungsfeldes befinden sich die Emissionshäuser, welche als Agenten beider Parteien auftreten können und ihrerseits eigene Interessen verfolgen.⁵

¹ Grundlage dieser Vorschriften sind in erster Linie das Börsengesetz bzw. darauf gestützt das Kotierungsreglement sowie die ergänzenden Transparenzrichtlinien der Börse wie etwa die Richtlinie betreffend Corporate Governance. Zur Publizität im Rahmen des IPO vgl. ALFRED METTLER, *Going Public*, Bern/Stuttgart 1990, S. 171 ff.

² Grundlegend EUGENE F. FAMA/MICHAEL C. JENSEN, *Separation of Ownership and Control*, *The Journal of Law & Economics*, 1983, S. 301 ff., 304 ff.

³ Zu den Vorteilen eines IPO vgl. KARINA WOLFF, *Going Public in der Schweiz*, in Deutschland und in den USA, Diss. St. Gallen 1994, S. 34 ff.; KAY-MICHAEL SCHANZ, *Börseneinführung*, 2. Aufl., München 2002, § 2 N 1 ff.

⁴ Darunter ist nicht bloss die Maximierung des Emissionspreises zu verstehen, sondern eine umfassende Betrachtung aller Kosten inklusive Folgekosten und Reputation.

⁵ Emissionshäuser sind vor allem an einer risikolosen und vollständigen Platzierung interessiert sowie an der Erhaltung bzw. Steigerung ihrer Reputation und der Pflege geschäftlicher Kontakte. TEODORO D. COCCA, *Das Zuteilungsdilemma der Emissions-*

b) Informationsasymmetrien

Weiter bestehen bei allen Mitwirkenden ausgeprägte Informationsasymmetrien.⁶ Der Unternehmenswert wird bestimmt durch den Barwert der künftigen Einkommensströme, die dem Aktionär aus der Beteiligung zufließen.⁷ Entsprechend relativiert ist die Bedeutung der historischen Abschlüsse für die Unternehmensbewertung. Umso wichtiger wird umgekehrt die dynamische Betrachtungsweise: Hat das Unternehmen in der Vergangenheit gehalten, was es versprochen hat? Wie ist es mit unerwarteten Entwicklungen fertig geworden? War es in der Entwicklung neuer und in der Weiterentwicklung bestehender Produkte innovativ und marktnah?

IPO-Gesellschaften verfügen nun notwendigerweise nicht über einen solchen dynamischen öffentlichen Leistungsausweis. In einer punktuellen Betrachtungsweise aber lassen sich diese dynamischen Faktoren nur beschränkt beurteilen. Emissionswillige Gesellschaften beginnen denn auch typischerweise schon ein bis zwei Jahre vor der Emission damit, über den Kreis der Aktionäre hinaus auch das allgemeine Investorenpublikum über den Geschäftsgang zu informieren. Auch bei aller Vorbereitung wird der Markt allerdings bei einer Neuemission nie über die gleiche Qualität von Informationen verfügen, wie dies bei einer seit längerem kotierten Gesellschaft der Fall ist.

c) Preisfestsetzung

Eng mit den ersten beiden verbunden ist das Problem der Preisfestsetzung, die naturgemäss unsicher ist. Die Preisbildung an Aktienmärkten ist wiederum kein punktuellere Ereignis, sondern ein kontinuierlicher Prozess. Das Unternehmen wird mit anderen Worten nicht immer wieder neu bewertet, son-

bank, Publikationen des Instituts für schweizerisches Bankwesen an der Universität Zürich, Working Paper Nr. 24, Zürich 2000, S. 2; KLAUS SERFLING/ULRICH PAPE/THOMAS KRESSIN, Emissionspreisfindung und Underpricing im Rahmen des Börsengangs junger Wachstumsunternehmen, AG 1999, S. 289 ff., 291 f. Ausführlich zu den bestehenden Interessengegensätzen TANJA KOEHLER, Der Gleichbehandlungsgrundsatz bei Aktienemissionen, Berlin 2006, S. 59 ff.; CHRISTIAN HAUSMANINGER, Zuteilungsfragen bei Erstemissionen, in: Marcus Lutter/Manfred Scholz/Walter Sigle (Hrsg.), FS für Martin Peltzer zum 70. Geburtstag, Köln 2001, S. 43 ff., 46 ff.

⁶ Zur ungleichen Verteilung der Informationen unter den Akteuren vgl. VALERIO SCHMITZ-ESSER/CARSTEN STOLZ, Was kommt nach dem Bookbuilding?, ST 1998, S. 1039 ff., 1040.

⁷ MARKUS RUFFNER, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft, Zürich 2000, S. 369 m.w.H.

dem die bestehende Marktauffassung über den Wert des Unternehmens wird laufend angepasst und hinterfragt.⁸ Wird das Papier erstmals platziert, fehlt diese Erfahrung, was die Bewertung stark erschwert.

II. Preisfindung und Zuteilung

Wesentlicher Faktor für den Erfolg des Börsengangs ist demzufolge die Wahl des geeigneten Preisfindungs- und Zuteilungsverfahrens, das die bestehenden Informationsasymmetrien abbaut und die unterschiedlichen Interessen berücksichtigt. Doch selbst unter der Annahme, dass ein Emissionsverfahren einen wesentlichen Teil der Informationsasymmetrien beseitigen könne, bleibt das Problem bestehen, dass der Markt zuerst ein kollektives Urteil über den Wert des Unternehmens zu bilden hat.

1. Markträumender Preis

Ist eine Aktie einmal kotiert, ergibt sich als Konsequenz des laufenden Handels notwendigerweise ein markträumender Preis. Ziel der Aktienplatzierung müsste aus Sicht des Unternehmens deshalb eigentlich ebenfalls die Festsetzung eines markträumenden Preises sein. Wird der Preis zu tief angesetzt, kommt es infolge zu grosser Nachfrage zu einem Kursanstieg unmittelbar nach der Platzierung, und der Emittent lässt einen Teil des Emissionserlöses liegen. Wird der Preis zu hoch angesetzt, so kann die Emission nicht vollumfänglich platziert werden.

2. Emissionspreis unter Marktpreis

Angenommen, der Preis kann nur zu hoch oder zu tief, nicht aber markträumend und damit richtig angesetzt werden, sprechen drei Gründe dafür, ihn lieber zu tief als zu hoch anzusetzen:

- *Erstens* besteht Gewähr für die vollständige Platzierung.
- *Zweitens* führt der normalerweise anschliessende Kursanstieg zu zufriedenen Investoren, was insbesondere auch dem Management zugute kommt: Wer schon einen schönen Gewinn gemacht hat, wird

⁸ Zur Preisgestaltung am Finanzmarkt RUFFNER (Fn. 7), S. 371 ff.

die Tätigkeit von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung fürs erste einmal positiv einschätzen.⁹

- *Drittens* tragen nicht etwa Verwaltungsrat oder Geschäftsleitung die Kosten für diesen *feel good* Effekt, sondern die früheren Aktionäre. Mit dem zu tiefen Emissionspreis wird mit anderen Worten nicht eigenes, sondern fremdes Geld ausgegeben.¹⁰ Immerhin ist es nicht etwa so, dass die bisherigen Aktionäre nach der Emission notwendigerweise schlechter dastehen als zuvor. Vielmehr schafft das IPO als solches, wie bereits erwähnt, einen Mehrwert: Im Kern geht es also bei der Festsetzung des Emissionspreises um die Verteilung dieses Mehrwertes zwischen bisherigen Eigentümern, mitwirkenden Banken und Beratern sowie neuen Aktionären.

3. Konsequenz: Überzeichnung und Frage der Zuteilung

Die Preisfestsetzung unter dem Marktpreis hat zwei Konsequenzen:

a) Überzeichnung

Vorerst wird die Emission überzeichnet werden. Gewöhnt sich der Markt daran, wird sich der Überzeichnungseffekt zusätzlich verstärken: Weil man sowieso nur mit einer limitierten Zuteilung rechnet und weil man weiss, dass man im Fall der Zuteilung nur gewinnen kann, werden von Anfang an wesentlich mehr Aktien gezeichnet als tatsächlich gewünscht.¹¹ Der Zeich-

⁹ In diesem Sinn kann auch von einer Versicherungsprämie gesprochen werden. JAY R. RITTER/IVO WELCH, A Review of IPO Activity, Pricing, and Allocation, *The Journal of Finance*, 2002, S. 1795 ff., 1807.

¹⁰ Gesprochen wird von *money left on the table*, definiert als die Anzahl Aktien mal *first day performance* (Unterschied zwischen Emissionspreis und Schlusskurs). Über die Gründe, weshalb der Emittent bei IPOs in der Regel Geld liegen lässt, existieren verschiedene Ansichten; einen Überblick bietet LAWRENCE M. AUSUBEL, Implications of Auction Theory for New Issues Markets, *Brookings-Wharton Papers on Financial Services*, 2002, S. 313 ff., 329 f.; sowie JAY R. RITTER/TIM LOUGHRAN, Why Has IPO Underpricing Changed Over Time?, *Financial Management*, 2004, S. 5 ff.; vgl. ferner JAY R. RITTER, Differences between European and American IPO Markets, *European Financial Management*, 2003, S. 421 ff. Erschöpfende Bearbeitung bei TIM JENKINSON/ALEXANDER LJUNGQVIST, *Going Public*, Second Ed., Oxford 2001, S. 63 ff., mit empirischen Nachweisen.

¹¹ Letztes Jahr beispielsweise Mobimo 6-fach, *Neue Zürcher Zeitung* vom 24. Juni 2005, S. 29; Panalpina 14-fach, *Neue Zürcher Zeitung* vom 23. September 2005, S. 31. Selbst der harzige Börsengang des Softwareunternehmens Esmertec war 8-fach überzeichnet,

nungserfolg sagt damit nichts mehr über die Tiefe des Marktes aus. Wird etwa eine Emission sechsfach überzeichnet, kann daraus keinesfalls auf ein Potential zur Aufnahme des sechsfachen Emissionsvolumens dieser Gesellschaft geschlossen werden.

b) Thema Zuteilung

Als zweite Folge erhält die Zuteilung einen Wert, ähnlich dem Bezugsrecht bei einer Aktienkapitalerhöhung mit Ausgabepreis unter dem inneren Wert. Vor allem diese zweite Feststellung führt zur Frage nach dem Zuteilungsverfahren. Sie hat die breitere Öffentlichkeit und die für die Marktaufsicht und -regulierung zuständigen Stellen vor allem im Nachgang zur *new-economie-bubble* intensiv beschäftigt. Als Reaktion auf die Missstände in der Praxis der Jahre 1996–2000 wurden Regeln eingeführt, die eine nicht-willkürliche Zuteilung sicherstellen sollen.¹²

III. Referenz: Platzierung über Auktion

Bevor wir uns den geltenden Marktstandards für Emissionen zuwenden, sei noch die Frage nach grundlegenden Alternativen gestellt. Standardverfahren zur Veräußerung von Gütern, deren Marktpreis sich nicht ohne weiteres bestimmen lässt, ist bekanntlich die Auktion. Diesem Verfahren immanent ist, dass durch den gestalterischen Eingriff des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs naturgemäss ein markträumender Preis entsteht. Analog zur Preisfindung im Sekundärmarkt werden Angebot und Nachfrage zu einem Ausgleich gebracht und ein Gleichgewichtspreis ermittelt.¹³ Damit stellt sich insbesondere die Frage, ob sich ein IPO nicht auf dem Weg einer Auktion durchführen lässt.

vgl. Neue Zürcher Zeitung vom 30. September 2005, S. 31. Dieses Vorgehen wird als Majorisierung bezeichnet, CARSTEN STOLZ, Nachfrageorientierte Emissionspolitik mit Bookbuilding, Diss. Freiburg i. Ue. 1998, S. 308; KOEHLER (Fn. 5), S. 63.

¹² Dazu unten IV.2.

¹³ Einziger Unterschied liegt darin, dass am Sekundärmarkt sowohl Angebot wie Nachfrage preissensitiv sind, im Rahmen der Auktion hingegen nur die Nachfrage. JOACHIM GRAVENHORST, Platzierungsverfahren bei Aktienemissionen und der Anspruch auf Zuteilung, Baden-Baden 2003, S. 151; SCHANZ (Fn. 3), § 10 N 60.

1. Begriff und Arten

a) Begriff

Umgangssprachlich wird unter dem Begriff «Auktion», oder gleichbedeutend «Versteigerung», der öffentliche Verkauf an den Meistbietenden verstanden.¹⁴ Wer nach einer Legaldefinition sucht, wird in den Bestimmungen zum Steigerungskauf (Art. 229 ff. OR) nicht fündig. Juristische Definitionen der Begriffe¹⁵ betonen ihr Wesen als Verfahren zum Vertragsabschluss zwischen einem Verkäufer und mehreren Kaufinteressenten nach Massgabe des höchsten Angebotes.¹⁶ Als weitere notwendige Elemente eines engen Auktionsbegriffs gemäss Art. 229 ff. OR werden genannt: die Anwesenheit der Bieter vor Ort und die Unmittelbarkeit des Verfahrens¹⁷, die Öffentlichkeit des Verfahrens¹⁸ und die Durchführung durch einen vom Veräusserer verschiedenen Auktionator¹⁹.

¹⁴ Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in 10 Bänden, Mannheim 1999.

¹⁵ Auch juristisch mehrheitlich synonyme Verwendung, vgl. etwa HANS GIGER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI/2/1/4, Bern 1999, N 9 Vorbemerkungen zu Art. 229–236 OR; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 2003, S. 179; RETO THOMAS RUOSS, Scheingebote an Kunstauktionen, Diss. Zürich 1983, S. 16; ANTON PESTALOZZI, Der Steigerungskauf, Kurzkomentar und Zitate, Zürich 1997, N 118; derselbe, Ergänzungsband, Zürich 2000, E 118. Die zürcherische VO des Obergerichts über das Verfahren bei freiwilligen öffentlichen Versteigerungen (235.15) grenzt die durch einen Gemeindeammann durchzuführende Versteigerung von der durch eine Privatperson geleiteten Auktion ab. In Deutschland wird der Begriff Auktion differenzierend für die öffentliche gewerbsmässige Versteigerung verwendet, vgl. Brockhaus Enzyklopädie XXIII, Leipzig 2001, S. 240 f.

¹⁶ GIGER (Fn. 15), N 9 Vorbemerkungen zu Art. 229–236 OR; THEO GUHL/ALFRED KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, bearbeitet von Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey, 9. Aufl., Zürich 2000, § 41 N 108; RETO THOMAS RUOSS, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2003, N 1 ff. vor Art. 229–236 OR.

¹⁷ PESTALOZZI (Fn. 15), N 118; GIGER (Fn. 15), N 30 Vorbemerkungen zu Art. 229–236 OR; JÖRG SCHMID, Die Grundstücksversteigerung, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückskauf, 2. Aufl., Bern 2001, S. 453 ff., § 10 N 1; RUOSS (Fn. 15), S. 5; PIERRE CAVIN, Kauf, Tausch und Schenkung, in: Frank Vischer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band VII/1, Basel 1977, S. 1 ff., 162; BGE 109 II 126, Erw. 2.b. Vgl. aber zu schriftlichen Auktionsverfahren und Tendersverfahren PESTALOZZI (Fn. 15), N 30 ff.; SCHMID, § 10 N 75 f.

¹⁸ PESTALOZZI (Fn. 15), N 118; RUOSS, Basler Kommentar (Fn. 16), N 13 ff. vor Art. 229–236 OR.

¹⁹ PESTALOZZI (Fn. 15), N 118; GIGER (Fn. 15), N 32 Vorbemerkungen zu Art. 229–236 OR; SCHMID (Fn. 17), § 10 N 71 f.

Über diese enge, den Geltungsbereich des Steigerungskaufs gemäss Art. 229 ff. OR beschreibende Definition hinaus ist ein weiter verstandener Auktionsbegriff von (auch rechtlicher) Bedeutung. Es handelt sich bei der Auktion um ein wettbewerbsgestütztes Vertragsabschlussverfahren, bei dem mehrere Interessenten verbindliche Angebote machen (Gebote) und die Annahme mittels Zuschlag an den Meistbietenden erfolgt.²⁰

b) Arten

Auktionen werden in mannigfacher Ausgestaltung durchgeführt. Zu unterscheiden sind vier Grundtypen:²¹ Die aufsteigende Auktion (*English auction*), die absteigende Auktion (*Dutch auction*), die *first-price sealed-bid* Auktion und die *second-price sealed-bid* Auktion (*Vickrey auction*). Bei der weithin bekannten aufsteigenden Auktion wird das höchste Gebot durch Steigerung ermittelt; bei der absteigenden Auktion dagegen wird der anfänglich hohe Preis solange gesenkt bis ein Bieter bereit ist, zum ausgerufenen Preis zu kaufen. Im Gegensatz zu diesen sog. dynamischen Auktionen mit offenen Geboten bieten die Teilnehmer an *sealed-bid* Auktionen (statische Auktionen) verschlossen – und folglich ohne Kenntnis der anderen Gebote. Bei beiden statischen Auktionen geht der Zuschlag an das höchste Gebot, bei der *first-price* Auktion zum gebotenen Preis, bei der *second-price* Auktion zum Preis des zweithöchsten Gebotes. Strategisch gleichen sich *first-price sealed-bid* und absteigende Auktion – der Gewinner muss den Preis zahlen, der dem vollen Wert gemäss seiner Einschätzung entspricht, während er in einer *second-price sealed-bid* und einer aufsteigenden Auktion einen Preis bieten muss, der nur über der zweithöchsten, aber unter seiner eigenen, höchsten Einschätzung liegt. Sobald mehrere Stücke gleicher Art versteigert werden (Mehrgutauktion, *multi-unit auction*)²², ergeben sich zudem zwei Varianten: Entweder werden alle Stücke zum tiefsten, markträumenden Einheitspreis (*uniform*

²⁰ Ähnlich HONSELL (Fn. 15), S. 179; GIGER (Fn. 15), N 9 Vorbemerkungen zu Art. 229–236 OR.

²¹ Vgl. zu den Auktionstypen PAUL MILGROM, *Auctions and Bidding: A Primer*, *The Journal of Economic Perspectives*, Summer 1989, S. 3 ff.; PAUL KLEMPERER, *Auctions: Theory and Praxis*, New Jersey 2004, S. 11 ff.; CHRISTINA E. BANNIER, *Vertragstheorie*, Heidelberg 2005, S. 201 f.; SANJIV RANJAN DAS/RANGARAJAN K. SUNDARAM, *Auction Theory: A Summary with Applications to Treasury Markets, Financial Markets, Institutions, and Investments*, 1996, S 1 ff., 4 ff.; RALPH CASSADY, *Auctions and Auctioneering*, Berkeley and Los Angeles 1967, S. 56 ff.

²² Grundlegend ROBERT WILSON, *Auctions of Shares*, *The Quarterly Journal of Economics*, 1979, S. 675 ff. Übersicht bei AUSUBEL (Fn. 10), S. 316 ff.

price auction)²³ zugeschlagen, oder jeder Bieter, angefangen beim höchsten, zahlt den Preis seines Gebotes (*discriminatory auction*)²⁴, bis alle Stücke versteigert sind.

2. Holländische Auktion²⁵

Für die Platzierung der schweizerischen Bundesanleihen²⁶ und der *US-Treasury bonds*²⁷ ist seit langem das Verfahren der Holländischen Auktion üblich. Ähnliche Verfahren wenden auch andere Staaten teilweise seit Jahren für die Vergabe von Bundesanleihen an.²⁸

Technisch wird die Holländische Auktion mit Einheitspreis folgendermassen durchgeführt: Die Bieter geben an, zu welchem Preis sie welche Anzahl Titel zu zeichnen bereit sind. Der Auktionator bestimmt, wie tief er den Preis ansetzen muss, damit die ganze vorgesehene Emission platziert werden kann. Massgebend ist das tiefste Gebot, das noch berücksichtigt werden kann. Dieser Preis gilt einheitlich für sämtliche gezeichneten Titel: Wer einen höheren Preis geboten hat, muss nicht diesen, sondern den tieferen Einheitspreis bezahlen. Wer einen Preis unter dem Einheitspreis geboten hat, erhält keinen Zuschlag.

²³ Die Auktion mit Einheitspreis wird teilweise als Holländische Auktion bezeichnet.

²⁴ Auch *pay-as-bid auction* oder *American auction* genannt; in Anlehnung an den Grundtyp der amerikanischen Auktion (*pay-your-bid auction*), bei der jeder Bieter sein Gebot einzahlt, obwohl nur der höchste den Zuschlag erhält.

²⁵ Es handelt sich dabei um eine *multi-unit sealed-bid auction*, die zum Einheitspreis zugeschlagen wird. Dieses Verfahren wird im vorliegenden Zusammenhang regelmässig, aber untechnisch, als Holländische Auktion bezeichnet (vgl. Fn. 23), obwohl an herkömmlichen Holländischen Auktionen offen (nicht *sealed*) geboten wird. Wegen der weiten Verbreitung wird der Begriff Holländische Auktion aber auch im vorliegenden Beitrag im untechnischen Sinne verwendet.

²⁶ ARTHUR MEYER-HAYOZ/HANS CASPAR VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 2. Aufl., Bern 2000, § 20 N 87.

²⁷ Die Anwendung des Auktionsverfahrens war schon Anfangs der 60er-Jahren bezüglich der Platzierung der *US-Treasury bonds* eine notorische Streitfrage. Seit Anfang der 70er-Jahren wird jedoch in diesem Bereich regelmässig das Auktionsverfahren angewendet. Vgl. Auctioning New Issues of Corporate Securities, Virginia Law Review 1985, S. 1381 ff., 1386.

²⁸ Z.Bsp. Australien, Deutschland, Dänemark, England, Frankreich, Italien, Japan, Mexiko, Neuseeland, Norwegen, Österreich. Eine Übersicht über empirische Studien enthält PHILIP FÉVRIER/RAPHAËLE PRÉGET/MICHAEL VISSER, Econometrics of Share Auctions, CREST Working Paper, N 2002–09, S. 188 ff., 192.

Ein solches Auktionsverfahren führt notwendigerweise dazu, dass sich Emissionspreis und markträumender Preis decken und damit zugleich die Zuteilungsfrage gelöst ist. Grundsätzlich müsste sich dieses Verfahren deshalb auch ideal für die Börseneinführung eignen.²⁹

3. Ausgestaltung

In der Praxis werden Verfahren der Holländischen Auktion mit Einheitspreis in vielfältiger Ausgestaltung, als sog. «modifizierte Auktionen», angewandt. Differenzierungen sind notwendig, da je nach Art der Güter andere, modifizierte Auktionsverfahren erfolgsversprechend sind.³⁰

Den Ansätzen der Auktionsdesignlehre belässt die Rechtsordnung nach dem Grundsatz der Privatautonomie weiten Spielraum. Inwiefern die Bestimmungen der Art. 229 ff. OR über den Steigerungskauf zur Anwendung kommen, ist im Einzelfall zu klären. Soweit ein Auktionsverfahren für IPOs in den engen Geltungsbereich fällt, kommen, neben den in der Mehrzahl dispositiven, einige zwingende Bestimmungen zur Anwendung. Ausserhalb des Geltungsbereichs kommt eine Anwendung der Art. 229 ff. OR ergänzend durch Parteiwillen oder als hypothetischer Parteiwille im Rahmen der Auslegung in Betracht.³¹ Denkbar ist im Einzelfall auch eine Anwendung *per analogiam*.³² Im folgenden werden zentrale Parameter eines Auktionsverfahrens für IPOs aus rechtlicher und vertragstheoretischer Perspektive kurz beleuchtet.

²⁹ Freilich wären auch andere Auktionsverfahren zur Emission von Aktien denkbar, insb. die auf auktionstheoretischer Grundlage neu entwickelten Verfahren, vgl. dazu PAUL MILGROM, *Putting Auction Theory to Work*, Cambridge 2004, S. 251 ff. Vorschlag einer *ascending clock auction* und Diskussion verschiedener Modifikationen bei AUSUBEL (Fn. 10), S. 328 ff. Beachtung dürften auch das von William Vickrey entworfene OpenIPO-Verfahren oder die *Anglo-Dutch auction* (PAUL KLEMPERER, *Auctions with Almost Common Values*, *European Economic Review*, 1998, S. 757 ff.) finden.

³⁰ Vgl. MILGROM (Fn. 29), S. 24 f.

³¹ Zur Frage der Anwendung von Art. 229 ff. OR auf die private Versteigerung GIGER (Fn. 15), N 83 ff. zu Art. 229 OR, N 82 ff. zu Art. 230 OR; ANTON PESTALOZZI, *Wann gelten die Sonderbestimmungen des Versteigerungsrechts?*, *AJP* 2000, S. 984 ff.

³² SCHMID (Fn. 17), § 10 N 24. Bzgl. der analogen Anwendung von Art. 230 OR SCHMID (Fn. 17), § 10 N 156.

a) Selektion der Teilnehmer

Der Kreis der bietberechtigten Personen kann in den Auktionsbedingungen eingeschränkt werden. Neben den bereits heute aus Haftungsgründen gängigen Restriktionen bezüglich Wohnsitz bzw. Sitz der potentiellen Zeichner könnten die Auktionsbedingungen auch nur bestimmte Zielgruppen, beispielsweise institutionelle Investoren oder Kunden des Emittenten zur Auktion zulassen.³³ Darüber hinaus können bestimmte Personen oder Gruppen im Rahmen einer Privatemission bedient werden. Zur Sicherung einer ausreichend breiten Streuung sind umgekehrt Höchstquoten möglich³⁴, die mit Gruppenklauseln kombiniert werden können.

Aus kaufrechtlicher Perspektive werfen solche Einschränkungen des Bieterkreises die Frage auf, ob eine öffentliche oder eine private Auktion vorliegt. Letztere fällt gemäss Art. 229 Abs. 1 OR *e contrario* nicht unter die Sonderbestimmungen von Art. 229 ff. OR,³⁵ was im vorliegenden Zusammenhang wegen der Anfechtung gemäss Art. 230 OR interessant ist. Ein Teil der Lehre folgt strikte dem Wortlaut des Gesetzes und erkennt nur dann eine öffentliche Auktion, wenn sie öffentlich angekündigt wurde und jedermann bietberechtigt ist.³⁶ Spätestens seit briefliche oder internetbasierte Auktionsverfahren eine weltweite Teilnahme ermöglichen, bedarf die zweite Voraussetzung einer differenzierten Betrachtung – gerade im Hinblick auf IPOs: Als öffentlich muss eine Auktion u.E. dann gelten, wenn ein allgemein eingeschränkter, aber immer noch unbestimmter, offener Personenkreis mitbieten kann. Umgekehrt handelt es sich erst dann um eine private Auktion, wenn der Kreis der Bieter auf bestimmte Personen beschränkt, sc. geschlossen ist.³⁷ Dies trifft jedenfalls auf die in Lehre und Rechtsprechung genann-

³³ Vgl. AUSUBEL (Fn. 10), S. 323.

³⁴ AUSUBEL (Fn. 10), S. 322; METTLER (Fn. 1), S. 142; WOLFF (Fn. 3), S. 327.

³⁵ CAVIN (Fn. 17), S. 162; RUOSS, Basler Kommentar (Fn. 16), N 13 vor Art. 229–236 OR; SCHMID (Fn. 17), § 10 N 19; GIGER (Fn. 15), N 38 Vorbemerkungen zu Art. 229–236 OR.

³⁶ Vgl. RUOSS, Basler Kommentar (Fn. 16), N 17 ff. vor Art. 229–236 OR; GIGER (Fn. 15), N 38 Vorbemerkungen zu Art. 229–236 OR; HERMANN BECKER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI/2, Bern 1934, N 3 zu Art. 229 OR; GUHL/KOLLER (Fn. 16), § 41 N 108; PESTALOZZI (Fn. 15), N 112 ff.; PIERRE TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 3^{ème} ed., Zürich 2003, § 20 N 1280.

³⁷ Ähnlich PIERRE ENGEL, *Contrats de droit suisse*, Bern 2000, S. 64. PESTALOZZI, AJP 2000 (Fn. 31), S. 984 bemerkt, dass «einschränkende Zulassungsbestimmungen allgemeiner Art» noch keine private Auktion ausmachen. Hinweise auf ein ähnliches Verständnis finden sich in den Materialien, Amtl. Sten. Bull. SR, 1910, S. 191; sowie bei GIGER (Fn. 15), N 41 Vorbemerkungen zu Art. 229–236 OR; PESTALOZZI (Fn. 15), N 116; HUGO

ten Beispiele privater Auktionen³⁸ zu. Gerade im Hinblick auf eine Anfechtung macht ein weites Verständnis des Begriffs Sinn. Art. 230 Abs. 1 OR bezweckt den Schutz der öffentlichen Ordnung im Rahmen einer Auktionen als wettbewerbsgestütztes Preisbildungsmodell.³⁹ An einer Auktion ist damit neben der freien Willensbildung⁴⁰ auch der unverfälschte Wettbewerb geschützt. Dieser Schutzgedanke findet seine Grenze frühestens an privaten, im geschlossenen Kreise stattfindenden Auktionsverfahren. Wer in einem unbestimmten, offenen Personenkreis ein wettbewerbsgestütztes Vertragsabschlussverfahren verwendet, ist daher in erzwingbarer Weise an die Regeln des Wettbewerbs gebunden.

Die Emission von Aktien im Auktionsverfahren ist folglich regelmässig eine öffentliche Auktion und als solche anfechtbar i.S.v. Art. 230 Abs. 1 OR; allgemeine Beschränkungen bzgl. Wohnsitz, Sitz oder Nationalität der Bieter vermögen daran nichts zu ändern. Ebenfalls keine relevante Beschränkung stellt das Erfordernis einer Anmeldung zur Feststellung von Identität und Bonität oder die Pflicht zur Leistung einer Garantiezahlung bzw. einer Teilnahmegebühr dar. Wird die Anmeldung aber z.Bsp. von einer Bankenbewilligung oder Effektenhändlerbewilligung abhängig gemacht, liegt eine private Auktion vor, als wären nur bestimmte Personen bietberechtigt.

Dass gewisse Anleger nach durchgeführter Auktion ausgeschlossen werden, resp. eine Zuteilung erhalten, obwohl höhere Gebote nicht berücksichtigt wurden, ist dagegen nicht ohne weiteres möglich. Eine nachträgliche Verweigerung des Zuschlages kommt nur bei missbräuchlichen Geboten

OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Das Obligationenrecht, 2. Teil, 2. Aufl., Zürich 1929, N 6 Vorbem. zu Art. 229–236 OR; SCHMID (Fn. 17), § 10 N 15.

³⁸ Auktionen unter Miterben (Art. 612 ZGB), unter Mit- oder Gesamteigentümern (Art. 651 und 654 ZGB), unter Mitgliedern einer Gemeinde oder eines Vereins (vgl. OSER/SCHÖNENBERGER (Fn. 37), N 8 Vorbem. zu Art. 229–236 OR).

³⁹ BECKER (Fn. 36), N 1 zu Art. 230 OR; CAVIN (Fn. 17), S. 165; GIGER (Fn. 15), N 8 zu Art. 230 OR; RUOSS, Basler Kommentar (Fn. 16), N 1 zu Art. 230 OR; RUOSS (Fn. 15), S. 126.

⁴⁰ Neben einer Anfechtung gemäss Art. 230 Abs. 1 OR stehen einem Käufer auch die allgemeinen privatrechtlichen Rechtsbehelfe etwa gemäss Art. 23 ff. OR zu. BGE 40 II 380, Erw. 4; GIGER (Fn. 15), N 81 zu Art. 230 OR; OSER/SCHÖNENBERGER (Fn. 37), N 9 zu Art. 230 OR; PESTALOZZI (Fn. 15), N 567; RUOSS, Basler Kommentar (Fn. 16), N 15 ff. zu Art. 230 OR; SCHMID (Fn. 17), § 10 N 155; TERCIER (Fn. 36), § 20 N 1303. Eingehend zum Verhältnis zur Anfechtung wegen Täuschung i.S.v. Art. 28 OR RUOSS (Fn. 15), S. 176 ff.

oder gemäss ausdrücklichem Vorbehalt in Betracht⁴¹ – und nur unter Wahrung des Gleichbehandlungsgebots⁴².

b) Verbindliche Gebote

Der Bietende ist nach Massgabe der Versteigerungsbedingungen an sein Angebot gebunden (Art. 231 Abs. 1 OR). Die Verbindlichkeit der Gebote ist aus rechtlicher Sicht damit nur ein dispositives Merkmal einer Auktion – Vorbehalte können entweder in den Versteigerungsbedingungen vorgesehen sein oder aber anlässlich der Versteigerung mittels Konsens zustande kommen.⁴³ Sie müssen bei öffentlichen Versteigerungen allen Bietenden gleichermassen zustehen. Gewährt der Auktionator in Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nur einzelnen Bieterinnen das Recht von ihren Geboten Abstand zu nehmen (*pactum de licitando*)⁴⁴, wird der Wettbewerb verfälscht, und es kommt eine Anfechtung der Auktion nach Art. 230 OR wegen Sittenwidrigkeit in Betracht.⁴⁵

Wenn Vorbehalte aber im Einzelfall möglich und sinnvoll sind, heisst das nicht, dass eine Auktion gänzlich ohne verbindliche Gebote auskommen könnte. Ihre Vorzüge als Preisfindungsverfahren sind letztlich in der Verbindlichkeit der Gebote begründet, indem sie bei richtiger Ausgestaltung die wahre Werteinschätzung der Marktteilnehmer offenbart. Sie fallen noch nicht dahin, wenn zunächst eine erste Runde unverbindlich geboten werden kann oder die Gebote bis zu einem bestimmten Zeitpunkt widerrufen werden können⁴⁶. Wenn aber bei Auktionsschluss keine verbindlichen Gebote vorliegen, liegt begriffsnotwendig auch keine Auktion vor.

⁴¹ Solche Vorbehalte wurden etwa im IPO von Google für spekulative und manipulative Gebote gemacht. Vgl. Google Auktionsbedingungen, <www.secinfo.com/d14D5a.148c8.htm>, besucht am 9. Mai 2006, S. 27.

⁴² GIGER (Fn. 15), N 65 zu Art. 229 OR; PESTALOZZI (Fn. 15), N 462 und 629 ff.

⁴³ Vgl. GIGER (Fn. 15), N 54 ff. zu Art. 231 OR.

⁴⁴ Vgl. zum Begriff GIGER (Fn. 15), N 45 f. zu Art. 230 OR; SCHMID (Fn. 17), § 10 N 140 f.; RUOSS (Fn. 15), S. 14.

⁴⁵ BGE 109 II 123, Erw. 2 b.

⁴⁶ Im Auktionsverfahren des IPO von Google konnten alle Gebote bis zum *closing* modifiziert oder widerrufen werden, vgl. Google Auktionsbedingungen (Fn. 41), S. 27.

c) Zuschlag an den Meistbietenden

Zentrales Element von Auktionsverfahren ist der Vertragsabschluss durch Zuschlag an die Person mit dem höchsten Gebot^{47, 48}. Aus rechtlicher Sicht hat der Zuschlag aber nicht zwingend an den Meistbietenden zu erfolgen. Art. 229 Abs. 3 OR behält einen abweichenden Willen des Veräusserers ausdrücklich vor, sodass der Zuschlag auch etwa an das zweithöchste oder ein anderswie ermitteltes Gebot erteilt werden könnte. Voraussetzung wäre, dass der Veräusserer die Kriterien für den Zuschlag in den Versteigerungsbedingungen entsprechend kund tut.⁴⁹ Entsprechende Modifikationen im Rahmen eines IPO sind jedoch auch mit Nachteilen behaftet, indem sie Spielraum für strategisches Verhalten der Bieter schaffen. Positiv zu erwähnen ist immerhin, dass solche Abweichungen in jeder Hinsicht transparent gemacht werden müssten.

d) Pflicht zum Zuschlag

Ob der Versteigerer zum Zuschlag überhaupt verpflichtet ist, ist umstritten.⁵⁰ Eine eindeutige Rechtslage kann jedoch parteiautonom geschaffen werden: Jedenfalls wenn der Verkäufer in den Versteigerungsbedingungen einen Vorbehalt gemacht hat, ist er wie ein gewöhnlicher Verkäufer frei, das Angebot des Bieters abzulehnen.⁵¹ Hat er umgekehrt einen sog. Reservepreis bekannt gegeben, ist er gegenüber Bietern, die diesen geboten haben, zum Zuschlag verpflichtet.⁵² Der Emittent kann daher in den Emissionsbedingun-

⁴⁷ GIGER (Fn. 15), N 9 Vorbemerkungen zu Art. 229–236 OR; GUHL/KOLLER (Fn. 16), § 41 N 108; PESTALOZZI (Fn. 15), N 419; RUOSS, Basler Kommentar (Fn. 16), N 5 zu Art. 229 OR; SCHMID (Fn. 17), § 10 N 84.

⁴⁸ Es kann sich dabei um den höchsten Käufer oder den günstigsten Anbieter handeln. Grundsätzlich ist daher auch die Submission ein Auktionsverfahren; sie wird wegen des bloss mittelbaren Verfahrens von der Auktion (vgl. oben Fn. 17) unterschieden; SCHMID (Fn. 17), § 10 N 6; RUOSS (Fn. 15), S. 5 Fn. 5; ferner GIGER (Fn. 15), N 12 Vorbemerkungen zu Art. 229–236 OR; RUOSS, Basler Kommentar (Fn. 16), N 4 vor Art. 229–236 OR.

⁴⁹ GIGER (Fn. 15), N 82 und N 89 f. zu Art. 229 OR.

⁵⁰ Vgl. CAVIN (Fn. 17), S. 164; GIGER (Fn. 15), N 59 f. zu Art. 229 OR; PESTALOZZI (Fn. 15), N 451 ff.; SCHMID (Fn. 17), § 10 N 81, insb. Fn. 104.

⁵¹ RUOSS, Basler Kommentar (Fn. 16), N 4 zu Art. 229 OR.

⁵² GIGER (Fn. 15), N 60 zu Art. 229 OR. Im Zweifel gegen einen Kontrahierungszwang SCHMID (Fn. 17), § 10 N 86. In diesem Zusammenhang ist die Auktion der Schweizer UMTS-Lizenzen im November/Dezember 2000 zu erwähnen. Die Auktionsbedingungen enthielten keinen Rücktrittsvorbehalt. Angesichts drohender Klagen mussten 4 Lizenzen unter nur 4 Interessenten versteigert und schliesslich zum (tiefen) Reservepreis

gen den Vorbehalt anbringen, nach erfolgter Versteigerung keine⁵³ oder nur einen Teil der Aktien auszugeben, letzteres um einem Einbruch der Nachfrage vorzubeugen⁵⁴. Wird dagegen ausschliesslich ein bestimmter Emissionskurs vorbehalten und dieser in der Auktion erreicht, muss der Emittent alle zur Emission vorgeschlagenen Aktien zuschlagen. Daneben können jedoch weitere gültige Vorbehalte gemacht werden, insbesondere auch dass bei Vorliegen wichtiger Gründe von einer Platzierung der Emission abgesehen werden kann.

Anleger, die in einer Holländischen Auktion mit Einheitspreis ein Gebot in der Höhe des markträumenden Preises oder darüber platziert haben, können daher grundsätzlich den Zuschlag verlangen. Wurde in den Auktionsbedingungen der Zuschlag an Gebote über dem markträumenden Preis vorbehaltlos angekündigt, liegt eine Abrede i.S. eines Verhandlungsvertrages⁵⁵ vor; der Anleger hat einen vertraglichen Erfüllungsanspruch und kann Schadenersatz gemäss Art. 97 OR verlangen. Ansonsten⁵⁶ steht er zum Emittenten immerhin in einem Vertragsverhandlungsverhältnis, das massgeblich durch die Auktionsbedingungen bestimmt ist; Verletzungen von Treu und Glauben verpflichten beide Seiten zum Ersatz des negativen Interesses aus *culpa in contrahendo*⁵⁷.

e) Gebote und Preisgestaltung

Die weitere Ausgestaltung eines Auktionsverfahrens zum Zwecke eines IPO kann im Rahmen dieses Beitrages nicht umfassend dargelegt werden. Im folgenden sei eine Auswahl entscheidender Parameter kurz besprochen.

zugeschlagen werden. Vgl. Eine verständliche Denkpause, Neue Zürcher Zeitung vom 14. November 2000, S. 21; UMTS-Auktion mit erwartetem Ausgang, Neue Zürcher Zeitung vom 7. Dezember 2000, S. 21.

⁵³ Vgl. zum Reservepreis und Alternativen AUSUBEL (Fn. 10), S. 332 f.

⁵⁴ Mit diesem Ziel kam eine Einschränkung beim IPO von Google zum Tragen, vgl. Google Auktionsbedingungen (Fn. 41), S. 28.

⁵⁵ Vgl. dazu PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, N 982o ff.

⁵⁶ Ob eine verpflichtende Abrede oder bloss ein Treueverhältnis im Rahmen der Vertragsverhandlungen vorliegt, ist nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen; SCHMID (Fn. 17), § 10 N 154. Vgl. zu dieser Abgrenzung bei der Submission, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (Fn. 55), N 1064; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, N 488 ff.

⁵⁷ SCHMID (Fn. 17), § 10 N 82.

Der durch die Auktion ermittelte markträumende Preis muss nicht notwendigerweise dem Emissionspreis entsprechen. Die Auktionsbedingungen können einen tieferen⁵⁸ oder auch höheren Preis vorbehalten, um ein *Underpricing* zu bewirken oder Unregelmässigkeiten im Auktionsprozess auszugleichen. Denkbar ist auch der Einbezug von qualitativen Merkmalen in das *Pricing*-Verfahren.⁵⁹ Ein solches Vorgehen wirft jedoch die Frage der Zuteilung auf. Im Rahmen eines Auktionsverfahrens ist vermutungsweise nach Massgabe des höchsten Gebotes zuzuteilen; die Auktionsbedingungen können freilich einen anderen Modus vorsehen⁶⁰. Auch wenn das Verfahren so immer noch Transparenz gewährleistet; es geht den Vorteilen der wettbewerbsgestützten Preisfestsetzung doch verlustig.

Die Preisfindung mittels Auktion mit Einheitspreis birgt zudem ein *Freeriding*-Problem. Der einzelne Bieter kann geneigt sein, auf eigene Informationsbeschaffung zu verzichten und die Bewertung der Aktie «den anderen» zu überlassen. Er selber kann sich seine Stellung mit einem vermutungsweise zu hohen Gebot sichern, da ihn die ersteigerten Aktien ja bloss den tieferen markträumenden Preis kosten. Ein Auktionsverfahren muss solchem taktischen Verhalten vorbeugen, wenn die Bewertung den Marktverhältnissen entsprechen soll. Daher sollten die Auktionsbedingungen nur auf einen bestimmten Betrag lautende Gebote zulassen, resp. Bestens-Gebote ausschliessen.⁶¹ Notwendig ist insb. der Vorbehalt, Gebote auszuschliessen, die auf einen zu hohen Betrag lauten (sog. maskierte Bestens-Gebote oder

⁵⁸ Lassen die Auktionsbedingungen einen (Emissions-)Preis unter dem markträumenden Preis zu, spricht man von einer *dirty auction*, vgl. ANN E. SHERMAN, Global trends in IPO methods: Book building versus auctions with endogenous entry, *Journal of Financial Economics*, 2005, S. 615 ff., 616. Als Beispiel dient wiederum der IPO von Google Auktionsbedingungen (Fn. 41), S. 28. Über den blossen Vorbehalt hinaus sind auch die Kriterien für eine abweichende Preisfestsetzung beschrieben.

⁵⁹ Dazu wird nach Abschluss der Zeichnungsfrist für jedes Angebot eine Preis-Mengenfunktion erstellt. Nach Aufschlüsselung der Gesamtnachfrage in private und institutionelle Anleger wird auf Grundlage der erarbeiteten Informationen ein Gleichgewichtspreis ermittelt. Als solcher gilt derjenige Preis, der eine Mindestzahl institutioneller Investoren einbezieht. ANN-KRISTIN ACHLEITNER, *Handbuch Investment Banking*, 2. Aufl., Wiesbaden 2000, S. 570; HOLGER FLEISCHER, Börseneinführung von Tochtergesellschaften, *ZHR* 2001, S. 513 ff., 535; KOEHLER (Fn. 5), S. 52.

⁶⁰ Zum Beispiel eine *pro-rata* Allokation, vgl. das französische *Offre à Prix Ouvert* (OPO), oder eine *maximum share* Allokation, so bei Google Auktionsbedingungen (Fn. 41), S. 29.

⁶¹ METTLER (Fn. 1), S. 142. Vgl. Google Auktionsbedingungen (Fn. 41), S. 27. Bestens-Gebote können auch erst ab einem gewissen Volumen ausgeschlossen werden, wie das bei der Auktion von Eidgenössischen Bundesanleihen der Fall ist.

Mondgebote)⁶² oder offensichtlich zu manipulativen Zwecken abgegeben worden sind.

Schliesslich ist ein weiteres, aus der Auktionstheorie bekanntes Phänomen zu beachten. Der sog. *winner's curse*⁶³ spielt in allen *common-value*⁶⁴ Auktionen eine Rolle: Wer in einer Auktion den Zuschlag erhält, war bereit mehr zu bezahlen als seine Mitbieter. Er ist derjenige, der den Wert des Gutes am höchsten einschätzt und daher mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auch überschätzt. Der Fluch des Siegers, oder eben *the winner's curse*, ist es, das ersteigerte Gut vermutlich überzahlt zu haben. Von dieser Einsicht wird sich der erfahrene Auktionsteilnehmer bereits bei der Abgabe seiner Gebote leiten lassen;⁶⁵ die Gefahr einer Überbewertung besteht allenfalls bei wenig erfahrenen Bietern. Welche Rolle der *winner's curse* bei der Emission von Aktien spielt, ist allerdings unklar. Immerhin ist auch die spätere Bestimmung des Wertes durch den Sekundärmarkt⁶⁶ keine absolut richtige, sondern genauso von privaten Informationen der Anleger abhängig. Hinzu kommt, dass sich das Problem des *winner's curse* auch über die Gestaltung der Auktion angehen lässt. Sinnvoll erweisen sich in diesem Zusammenhang die verschlossenen Gebote⁶⁷: Der höhere Bieter gewinnt zu einem Preis, den der

⁶² Im französischen OPM (*Offre à Prix minimal*, frühere *Mise en vente*) wird dies durch interne Festlegung eines Höchstpreises bei der Preisberechnung erreicht; über dem Höchstpreis liegende Gebote werden ausgeschlossen. Vgl. dazu FRANÇOIS DERRIEN/KENT L. WOMACK, Auctions vs. Bookbuilding and the Control of Underpricing in Hot IPO Markets, *The Review of Financial Studies*, Spring 2003, S. 31 ff., 34 f.

⁶³ Zum Begriff vgl. PAUL MILGROM, Auctions and Bidding (Fn. 21), S. 3 ff. Genauer untersucht wurde der *winner's curse* im Zusammenhang mit Auktionen über Explorationslizenzen von Bodenschätzen, insbesondere Erdgas, in den USA.

⁶⁴ Unterschieden werden die Modelle der *common-value* und *private-value* Auktionen. In *common-value* Modellen haben die Güter einen objektiven, für alle Bieter gleichen Wert, die Bieter verfügen aber über unterschiedliche private Informationen über diesen Wert. Beispiele sind etwa Explorationslizenzen für Bodenschätze, Mobilfunklizenzen, Submissionen, Anleihen, Aktien. In *private-value* Modellen dagegen misst jeder Bieter dem Gegenstand einen individuellen Wert, abhängig vom persönlichen Nutzen oder Vorlieben zu; klassisches Beispiel sind Kunstgegenstände. Vgl. zum Ganzen KLEMPERER (Fn. 21), S. 12 f.; MILGROM (Fn. 29), S. 162.

⁶⁵ Vgl. KLEMPERER (Fn. 21), S. 14; MILGROM, Auctions and Bidding (Fn. 21), S. 5 f.

⁶⁶ Der auftragsgesteuerte Börsenhandel ist mit kontinuierlichen mehrseitigen Auktionen vergleichbar. Dem Handelsschluss an der SWX geht eine eigentliche Schlussauktion vor, vgl. Matching Regeln, S. 9 ff., <www.swx.com/download/trading/education/tmup_3_match_de.pdf>, besucht am 27. April 2006.

⁶⁷ Im Gegensatz zur vorgestellten Holländischen Auktion, eine *multi-unit sealed-bid auction* mit Einheitspreis (vgl. oben Fn. 25), wären auch offene Gebote denkbar. Dadurch würde mehr Information – die Gebote der Konkurrenten – zur Verfügung

unterlegene Bieter nicht geboten hat – den er aber allenfalls bereit gewesen wäre zu zahlen, hätte er gewusst, dass höhere Gebote vorliegen, andere Bieter den Wert des Gutes also höher einschätzen. In einer Auktion mit offenen Geboten hätte er aus dieser Überlegung heraus möglicherweise selber höher geboten.⁶⁸ Denkbar wären zudem rechnerische Massnahmen bei der Festlegung des Emissionspreises.

Dass der *winner's curse* als Charakteristikum einer Auktion auf Seiten des Versteigerers und der Bieter beachtet werden muss, spricht aber nicht gegen die Verwendung der Auktion als Verfahren zur wettbewerbsgestützten Preisbestimmung an sich. Ansonsten müsste man auch das ganze Submissionsverfahren für öffentliche Aufträge überdenken.

4. Praxis

In der Praxis wurden bis jetzt allerdings nur einige wenige IPOs, welche breitere Beachtung gefunden haben, im Verfahren der Holländischen Auktion durchgeführt. Die Beurteilung des wohl bekanntesten Falles, der Börseneinführung von Google, fällt gemischt aus.⁶⁹ Die Probleme dürften aber primär auf die fehlende Erfahrung des IPO-Marktes mit Auktionen sowie auf den latenten Widerstand der Wall Street zurückzuführen sein, die ihren als wohl erworbenen verstandenen Anteil an der IPO-Prämie in Frage gestellt sah. In Frankreich hat das Auktionsverfahren mit dem *Offre à Prix Minimum* (OPM)⁷⁰ seinen festen Platz, mit dem modernen *Offre à Prix Ouvert* (OPO)⁷¹ wird zudem ein auktionnahes Verfahren angewendet, das verbindliche Gebote und eine transparente *pro-rata* Allokation vorsieht. Die jüngsten Erfah-

stehen und der Auktionsprozess vermutlich effizienter. Weitere Vorteile offener Gebote bei AUSUBEL (Fn. 10), S. 318.

⁶⁸ Vgl. KLEMPERER (Fn. 21), S. 115.

⁶⁹ Die geringe Nachfrage kann auf ein schlechtes Timing (Nasdaq Kurskorrektur) und komplexe Registrierungsbedingungen, die das Hochtreiben des Preises durch wenig erfahrene Investoren zu verhindern suchten, zurückgeführt werden. Eine Rolle dürfte zudem die als restriktiv empfundene Informationspraxis gespielt haben. Google stellte an *Roadshows* auch institutionellen Investoren nur die im öffentlichen Prospekt bekannt gegebenen Informationen zur Verfügung. Vgl. NAYANTARA HENSEL, Are Dutch Auctions Right for Your IPO?, HBSWK vom 11. April 2005; JAMES SUROWIECKI, The Financial Times vom 20. August 2004, S. 17; DEBORAH BREWSTER/RICHARD WATERS, Lessons of Google's frugal float, The Financial Times vom 21. Oktober 2004, S. 11.

⁷⁰ Zu diesem Verfahren DERRIEN/WOMACK (Fn. 62), S. 34 ff.

⁷¹ Beschrieben in FRANÇOIS DERRIEN, IPO Pricing in «Hot» Market Conditions: Who Leaves Money on the Table?, The Journal of Finance, February 2005, S. 487 ff., 499 f.

rungen mit Emissionen im Auktionsverfahren *OpenIPO* sind mehrheitlich positiv.⁷²

5. Fazit

Angesichts der vielfältigen Ausgestaltungsmöglichkeit spricht viel dafür, dass sich Aktien ohne Nachteile für die Gesellschaft mit einer Auktion direkt zu einem markträumenden Preis platzieren lassen. Insbesondere kann für die heute verwendeten Emissionsverfahren nicht ohne weiteres rechtfertigend geltend gemacht werden, sie stellten den besten auch wirklich verfügbaren Weg zur Platzierung von Aktien dar. Umso kritischer sind deshalb die Schwächen der bestehenden Verfahren und vor allem ihrer Umsetzung im Markt zu beurteilen.

IV. Bookbuilding

Standardverfahren für Aktienemissionen ist heute das sog. Bookbuilding⁷³. Als dessen Kernelemente gelten die strategische bzw. gewillkürte Preisfestlegung und Allokation der Aktien. Begrifflich ist jedoch zu beachten, dass das Bookbuilding nicht nur als Platzierungs- und Preisfindungsmechanismus zu verstehen ist, sondern ein umfassendes Emissionskonzept darstellt.⁷⁴

1. Marktprozesse

Technisch lässt sich das Verfahren wie folgt gliedern:

- In der *Pre-Marketing*-Phase, vor Bekanntgabe der Zeichnungsaufforderung, wird ein erster Markttest für die Bewertung der Aktien durchgeführt. An Informationsveranstaltungen werden ausgewähl-

⁷² Vgl. Open and Fair: Why Wall St. Hates Auctions, The New York Times vom 18. März 2006. Aktuelle Emissionen unter <www.openipo.com>, besucht am 20. April 2006.

⁷³ Das im angelsächsischen Raum bereits seit den Achtzigerjahren etablierte Verfahren wurde in der Schweiz erstmals beim Spinn-Off von Clariant im Juni 1995 verwendet und gilt heute als der weltweit vorherrschende Mechanismus zur Börseneinführung. MAX BOEMLE/CARSTEN STOLZ, *Unternehmensfinanzierung*, 13. Aufl., Zürich 2002, S. 372; DANIEL DAENIKER, *Zuteilungsgrundsätze bei Aktienplatzierungen*, in: Hans Caspar von der Crone et al. (Hrsg.), *FS für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag*, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 341 ff., 344.

⁷⁴ MARCUS WILLAMOWSKI, *Bookbuilding*, Köln/Berlin/Bonn/München 2000, N 48 ff; KOEHLER (Fn. 5), S. 54 f.

te Schlüsselinvestoren mit den von Emittent und Bankenkonsortium erstellten Unternehmensanalysen (insb. der *Equity Story*) vertraut gemacht und deren eigene Bewertungsvorstellungen in Erfahrung gebracht. Anhand dieser Informationen und der selbst vorgenommenen Unternehmensbewertungen wird der Preisrahmen für die folgende Zeichnungsaufforderung ermittelt⁷⁵.

- Zu Beginn der anschliessenden *Marketing*-Phase wird die Zeichnungsfrist sowie der Preisrahmen bekannt gegeben, innerhalb dessen die Investoren die Aktien zeichnen können. Parallel zur Zeichnungsaufforderung erfolgt die Vermarktung der Aktie anhand detaillierter Unternehmenspräsentationen (*Roadshows*) und auf finanzkräftige Investoren zugeschnittener Einzelgespräche (*One-on-Ones*).⁷⁶ Während dieser Phase erfolgt die Eingabe der Zeichnungswünsche der potentiellen Anleger. Neben den Vorstellungen über Preis und Volumen werden noch weitere Informationen gesammelt, welche der Strukturierung der Nachfrage dienen sollen. Ab einer bestimmten Ordergrösse werden die Investoren individuell erfasst. Die einzelnen Banken informieren den Konsortialführer über die Identität, die Geschäftstätigkeit sowie ihre Erfahrung hinsichtlich des zeitlichen Horizonts (kurz- oder langfristig) des betroffenen Anlegers.⁷⁷ Am Ende der Zeichnungsfrist erfolgt die Erfassung der Nachfrage anhand der Gesamtheit der eingegangenen Zeichnungswünsche und der angegebenen Kaufpreise sowie unter Berücksichtigung der zusätzlich gesammelten Investorenmerkmale. Ziel ist die Ermittlung eines marktgerechten, einheitlichen Platzierungspreises unter Beachtung der Angebotsqualität.⁷⁸ I.d.R. wird der Emissionspreis nicht an der Schnittstelle festgelegt, bei der die Nachfrage das Emissionsvolumen voll ausschöpft. Durch ein gezieltes *Underpricing*

⁷⁵ Die Breite der Preisspanne bewegt sich üblicherweise zwischen 10 und 20 Prozent. WOLFGANG GROSS, *Bookbuilding*, ZHR 1998, S. 318 ff., 320 f.; WILLAMOWSKI, *Bookbuilding* (Fn. 74), N 137 ff.; STOLZ (Fn. 11), S. 295 ff.; DANIEL DAENIKER, *Underwriting Agreement, Rechtliche Grundlage von öffentlichen Aktienangeboten schweizerischer Gesellschaften*, in: Rolf Watter (Hrsg.), *Rechtsfragen beim Börsengang von Unternehmen*, Zürich 2002, S. 159 ff., S 164.

⁷⁶ STOLZ (Fn. 11), S. 302 f.; GROSS (Fn. 75), S. 321 f.; WILLAMOWSKI, *Bookbuilding* (Fn. 74), N 178 ff.

⁷⁷ STOLZ (Fn. 11), S. 305; GROSS (Fn. 75), S. 322; GRAVENHORST (Fn. 13), S. 41.

⁷⁸ STOLZ (Fn. 11), S. 310 ff.; GROSS (Fn. 75), S. 322.

(ca. 5–10 %) soll eine positive Entwicklung des Börsenkurses im Sekundärmarkt sichergestellt werden.⁷⁹

- Abschliessend werden den einzelnen Anlegern die Aktien zugeteilt. Übersteigt die Nachfrage zum festgelegten Emissionspreis das Angebotsvolumen⁸⁰, erfolgt durch das Bankenkonsortium in Absprache mit dem Emittenten eine selektive Allokation der Aktien.⁸¹ Die Zuteilung erfolgt i.d.R. nach strategischen Überlegungen bezüglich der Qualität der eingegangenen Zeichnungswünsche, unter Berücksichtigung der Zielsetzungen des Emittenten.⁸²

2. Aufsichtsrechtliche Aspekte des Bookbuilding

Die Schweiz kennt kein einheitliches Kapitalmarktrecht. Primären Regelungsgegenstand des BEHG bildet der Sekundärmarkt.⁸³ Auf eine ausführliche Regelung des Primärmarktes im BEHG wurde verzichtet, vor allem um rechtssystematisch störende Doppelspurigkeiten zu vermeiden. *Sedes materiae* bleibt weiterhin das Obligationenrecht, insbesondere die Prospektpflicht (Art. 652a und 1156 Abs. 1 und 2 OR) und die Prospekthaftung (Art. 752 und 1156 Abs. 3 OR).⁸⁴ Indessen ergibt sich insofern ein gewisser Einfluss auf die Emissionstätigkeit, als Art. 2 lit. d BEHG auch solche Personen als Effektenhändler definiert, welche gewerbsmässig Effekten auf dem Primärmarkt

⁷⁹ DAENIKER, Zuteilungsgrundsätze (Fn. 73), S. 344; ANDREAS BOHRER, Aktienzuteilungen beim Börsengang, ST 2004, S. 651 ff., 651 f.; WILLAMOWSKI, Bookbuilding (Fn. 74), N 225.

⁸⁰ Eine Überzeichnung ist schon aufgrund des erwähnten Vorgehens bei der Preisfestlegung der Normalfall. Dieses Ergebnis wird weiter dadurch verstärkt, dass Anleger zu strategischen Verhalten tendieren. Rechnen die Investoren mit einer selektiven Allokation, sind sie dazu verleitet, die gewünschte Menge an zu emittierenden Aktien zu übertreiben, um ihre Zuteilungschancen zu verbessern (sog. Majorisierung). Vgl. oben II.3.a.

⁸¹ WILLAMOWSKI, Bookbuilding (Fn. 74), N 229; DAENIKER, Zuteilungsgrundsätze (Fn. 73), S. 344.

⁸² DIETER ZOBL/STEFAN KRAMER, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich/Basel/Genf 2004, N 1099; DAENIKER, Zuteilungsgrundsätze (Fn. 73), S. 344.

⁸³ Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I S. 1993 ff., 1397; statt vieler PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 2. Aufl., Bern 2004, § 10 N 7.

⁸⁴ DIETER ZOBL, in: Gérard Hertig/Christian Meier-Schatz/Robert Roth/Urs P. Roth/Dieter Zobl (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Zürich 2000, N 114 Einl.

öffentlich anbieten⁸⁵. Die an der Emission beteiligten Banken bedürfen daher einer Bewilligung der Eidgenössischen Bankenkommission⁸⁶ und unterstehen den Anforderungen von Art. 10 Abs. 2 BEHG, insbesondere der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit⁸⁷. Dieser unbestimmte Begriff erfährt einerseits eine Konkretisierung in den Verhaltensregeln von Art. 11 BEHG⁸⁸, vor allem aber auch im Rahmen der Selbstregulierung⁸⁹.

a) Zuteilungsrichtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung

Von Bedeutung sind im vorliegenden Zusammenhang die Zuteilungsrichtlinien für den Emissionsmarkt der Schweizerischen Bankiervereinigung (Zuteilungsrichtlinien), welche per 1. Januar 2005 in Kraft getreten sind. Es handelt sich dabei um eine sog. gesteuerte Selbstregulierung⁹⁰. Sie wurden auf

⁸⁵ Art. 2 Abs. 1 BEHV qualifiziert denn ausdrücklich Emissionshäuser als Effekthändler. Vgl. auch Botschaft (Fn. 83), S. 1385; ROLF WATTER, in: Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Kapitalmarktrecht, Basel 1999, N 4 zu Art. 1 BEHG; ZOBL (Fn. 84), N 114 Einl.; ROLF H. WEBER, Börsenrecht, Zürich 2001, N 10 zu Art. 1 BEHG.

⁸⁶ Art. 10 Abs. 1 BEHG i.V.m. Art. 34 BEHG; WATTER (Fn. 85), N 4 zu Art. 1 BEHG; DAENIKER, Underwriting (Fn. 75), S. 169; Banken die dem BankG unterstellt sind brauchen also zusätzlich zur Bankenbewilligung (Art. 3 BankG) auch eine Effekthändlerbewilligung, soweit sie als Emissionshaus agieren wollen. GÉRARD HERTIG/URS SCHUPPISSER, in: Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Kapitalmarktrecht, Basel 1999, N 5 zu Art. 10 BEHG; MANFRED KÜNG/FELIX M. HUBER/MATTHIAS KUSTER, Kommentar zum Börsengesetz, Bd. 2, Zürich 2004, N 5 zu Art. 10 BEHG.

⁸⁷ Art. 10 Abs. 2 lit d BEHG. Obwohl das Emissionsgeschäft eigentlich Gegenstand des BEHG ist, prüft die EBK entsprechende Normverstösse einer Bank immer auch unter dem Blickwinkel von Art. 3 BankG. DANIEL BODMER/BEAT KLEINER/BENNO LUTZ, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zürich 2005, N 223 zu Art. 3 BankG.

⁸⁸ EBK Bulletin 2000/40, S. 26; KÜNG/HUBER/KUSTER (Fn. 86), N 1 zu Art. 11 BEHG; URS P. ROTH, in: Gérard Hertig/Christian Meier-Schatz/Robert Roth/Urs P. Roth/Dieter Zobl (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Zürich 2000, N 19 zu Art. 11 BEHG; ALEXANDER WYSS, Verhaltensregeln für Effekthändler, Diss. Zürich 2000, S. 41. Zur Tragweite dieser Vorschriften für Emissionen vgl. unten IV.3.c.bb.

⁸⁹ WYSS (Fn. 88), S. 46; HERTIG/SCHUPPISSER (Fn. 86), N 12 ff. zu Art. 11 BEHG; CHRISTOPH WINZELER, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler (Hrsg.), Bankengesetz, Basel 2005, N 27 zu Art. 3 BankG.

⁹⁰ Unter gesteuerter Selbstregulierung versteht man eine zwar primär von Privaten erstellte Regulierung, bei der jedoch eine übergeordnete Instanz beteiligt ist, sei es am Er-

Aufforderung der Bankenkommission erlassen und nach einmaliger Bereinigung⁹¹ mit Beschluss vom 27. Mai 2004 von dieser als aufsichtsrechtlicher Mindeststandard anerkannt⁹². Deren Verletzung ist folglich gewährsrelevant⁹³ und ihre Einhaltung Prüfungsgegenstand der Revisionsstellen im Sinn von Art. 17 f. BEHG⁹⁴.

aa) *Dokumentation*

Die Zuteilungsrichtlinie verpflichtet die Bank zuerst einmal das Zuteilungsverfahren zu dokumentieren. Ziel ist dabei nicht die Transparenz gegenüber dem Markt. Vielmehr geht es darum, das Zuteilungsverfahren *ex post* bankintern, für die Revisionsstelle und für die Aufsichtsbehörde nachvollziehbar zu machen.⁹⁵ Gegen aussen besteht hingegen nur eine beschränkte Publizitätspflicht. Zu veröffentlichen ist nur das Platzierungsvolumen, die Höhe der Zuteilungen im Rahmen eines *Friends & Family*-Programms⁹⁶ sowie die allfällige Ausübung einer Mehrzuteilungsoption^{97, 98}.

lass, an der Überwachung oder an der Durchsetzung. GEORG MÜLLER, *Elemente der Rechtssetzungslehre*, 2. Aufl., Zürich 2006, N 37 ff.

⁹¹ Die Bankenkommission kam nach einer Untersuchung der Zuteilungspraxis bei Erstemissionen zum Schluss, dass sich eine Regulierung dieses Bereiches aufdränge. EBK Jahresbericht 2003, S. 96. Ende 2003 wurde der Entwurf der Bankiervereinigung zur Überarbeitung zurückgewiesen, da er den Anforderungen der Gleichbehandlung, der Verhältnismässigkeit und den Transparenz nicht genügte. EBK Jahresbericht 2004, S. 80.

⁹² EBK Rundschreiben 04/2, N 1 sowie Anhang I Ziff. 14; Zuteilungsrichtlinien Ziff. 14. Rechtsgrundlage für diese hoheitliche Verbindlichkeitserklärung bildet Art. 35 Abs. 1 BEHG. Der Einfluss der EBK erstreckt sich somit auf den Erlass der Regulierung sowie auf deren Überwachung und Durchsetzung. Vgl. zum Ganzen MONIKA ROTH, *Die Standesregeln der Schweizer Banken*, Basel 2004.

⁹³ DAENIKER, *Zuteilungsgrundsätze* (Fn. 73), S. 349; HUGO RENZ, *Selbstregulierung im schweizerischen Bankwesen – ein Erfolgsrezept*, in: Hans Caspar von der Crone et al. (Hrsg.), *FS für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag*, Zürich 2004, S. 129 ff., 127 f.; BOHRER (Fn. 79), Fn. 15; BODMER/KLEINE/LUTZ (Fn. 87), N 114 zu Art. 3 BankG.

⁹⁴ EBK Rundschreiben 04/2, N 3.

⁹⁵ Ziff. 6.1 Zuteilungsrichtlinien.

⁹⁶ Dazu unten IV.2.a.cc.

⁹⁷ Gemäss Ziff. 8 der Zuteilungsrichtlinien muss über Mehrzuteilungsoptionen auch im Prospekt Aufschluss gegeben werden, unter Angabe der Vertragsparteien, den Umfang und die Dauer der Vereinbarung. Zur Bedeutung und Funktionsweise der Mehrzuteilungsoptionen vgl. SCHANZ (Fn. 3), § 10 N 91 ff.

⁹⁸ Ziff. 11 Zuteilungsrichtlinien.

bb) Zuteilung nach sachlichen Kriterien

Materiell muss das Zuteilungsverfahren auf sachlichen Kriterien beruhen.⁹⁹ Verlangt wird demzufolge eine relative Gleichbehandlung der Anleger.¹⁰⁰ Die Allokationskriterien müssen generell mit Struktur (vorgesehener Investorenmix) und Intention (z.Bsp. Expansion der Kapitalbasis ins Ausland) der Emission begründbar sein.¹⁰¹ Allerdings müssen sie nicht von Anfang an feststehen. Vielmehr genügt es, dass sie diesen Test rückblickend bestehen. Die eher programmatische Anforderung der Sachlichkeit wird im Rahmen der Zuteilungsrichtlinien positiv und negativ konkretisiert. In Ziff. 6.5 wird für einige Verhaltensweisen ausdrücklich die Unsachlichkeit festgehalten:

- *Laddering*: Berücksichtigung derjenigen Investoren, welche sich bereits im Vorfeld verpflichten, weitere Aktien zu höheren Preisen am Sekundärmarkt nachzukaufen. Solche Praktiken bewirken eine künstliche Erhöhung der Nachfrage auf dem Sekundärmarkt und eine damit einhergehende Preiserhöhung. Die Folgen sind ein vorgetauschter Platzierungserfolg und die Ermöglichung ungerechtfertigter kurzfristiger Gewinne.¹⁰²
- *Quid pro quo Agreements*: Leistung von ungerechtfertigten Kommissionen oder Kommissionszuschlägen durch den Anleger zur Erhaltung einer bevorzugten Behandlung bei der Aktienzuteilung. Wirtschaftlich geht es um das Verbot von sog. *Kick Back Agreements*, durch die ein Teil des Gewinnes aus dem kurzfristigen Verkauf der zugeteilten Aktien mittels überhöhten Kommissionen oder anderen Leistungen an das Emissionshaus zurückgeht.
- *Spinning*: Zuteilung der Aktien gegen Ankündigung oder Zusicherung von Aufträgen an die betreffende Bank.

Ziff. 7 zählt für Privatanleger exemplarisch eine Liste von Kriterien auf, welche der Anforderung der Sachlichkeit im Zuteilungsverfahren genügen.¹⁰³

⁹⁹ Ziff. 1, 6.1, 6.3 und 7 Zuteilungsrichtlinien.

¹⁰⁰ EBK Jahresbericht 2004, S. 81.

¹⁰¹ GROSS (Fn. 75), S. 331.

¹⁰² KOEHLER (Fn. 5), S. 86. TEODORO D. COCCA, Neue Zürcher Zeitung vom 25. April 2003, S. 33.

¹⁰³ Strukturell lässt sich die Aufzählung in objektivierte (Los, Ordergrösse, zeitliche Priorität, Kaufpreis usw.) und subjektive (Dauer der Bindung, Portofoliostruktur usw.) Kriterien unterscheiden. DAENIKER, Zuteilungsgrundsätze (Fn. 73), S. 352 f.

cc) *Zuteilung auf Wunsch des Emittenten*

Gemäss Ziff. 9 der Zuteilungsrichtlinien sind sog. *Friends & Family*-Programme auf Wunsch des Emittenten zulässig. Es geht um das Recht, einen bestimmten Teil der Aktien direkt an zuvor vom Emittenten festgelegte Personen zuzuteilen. Transparenz soll dadurch geschaffen werden, dass über solche Programme unter Angabe der maximalen Höhe der Quote insgesamt und der Kategorien der Zuteilungsberechtigten im Prospekt Aufschluss gegeben wird.¹⁰⁴ Die Tragweite dieser Bestimmung bleibt weitgehend unklar. Selektive Zuteilungen müssten eigentlich ähnlichen Anforderungen genügen wie ein Bezugsrechtsausschluss. Soweit es sich um langfristige Geschäftsbeziehungen handelt, wäre eine Aktienzuteilung auch gestützt auf einen Bezugsrechtsausschluss zulässig.¹⁰⁵ Dementsprechend spricht hier nichts gegen eine gezielte Zuteilung. Zweifellos zulässig wäre auch die bevorzugte Zuteilung an Mitarbeiter. Ob hingegen Zuteilungen bloss aufgrund der Bekanntheit mit dem Emittenten ohne Förderung der Gesellschaftsinteressen ermöglicht werden sollen bzw. dürfen, ist fragwürdig.¹⁰⁶

dd) *Zuteilung an Nostro*

Zuteilungen an Nostro (Eigen- bzw. Handelsbestand) sind zulässig, aber nur in Absprache mit dem Emittenten und nur in angemessenem Umfang, als Grundlage für das *market making*, zur Stabilisierung oder aus anderen sachlichen Gründen.¹⁰⁷ Auch die Übernahme an Nostro bei mangelnder Zeichnung ist (gezwungenermassen) zulässig.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Ziff. 9 Zuteilungsrichtlinien am Ende.

¹⁰⁵ Es fehlt hier denn auch nicht an einem sachlichen Grund, da die Bindung von Partnerunternehmen an die eigene Gesellschaft durchaus legitimen Gesellschaftsinteressen folgt. WYSS (Fn. 88), S. 349; KOEHLER (Fn. 5), S. 72; CHRISTINA ESCHER-WEINGART, Die Zuteilung von Aktien beim «going public»– Gleiches Recht für alle?, AG 2000, S. 164 ff., 170; GRAVENHORST (Fn. 13), S. 87.

¹⁰⁶ KOEHLER (Fn. 5), S. 72 f.; GRAVENHORST (Fn. 13), S. 87 f.; MARKUS WILLAMOWSKI, Die strategische Allokation von Aktien bei Emissionen, WM 2001, S. 653 ff, 661 f.; ESCHER-WEINGART (Fn. 105), S. 170.

¹⁰⁷ Ziff. 10.1 Zuteilungsrichtlinien.

¹⁰⁸ Ziff. 10.2 Zuteilungsrichtlinien. Zum Ganzen DAENIKER, Zuteilungsgrundsätze (Fn. 73), S. 353 f.

ee) *Zivilrechtliche Bedeutung der Zuteilungsrichtlinien*

In Ziff. 3 der Zuteilungsrichtlinien wird ausdrücklich festgehalten, dass diese keine Auswirkung auf das zivilrechtliche Verhältnis der Banken zu ihren Kunden haben. Die praktische Tragweite dieses Vorbehalts hält sich jedoch in Grenzen. Es bleibt dem Zivilrichter unbenommen, bei der Gesetzes- sowie bei der Vertragsauslegung¹⁰⁹ auf die Zuteilungsrichtlinien fallweise als Usanz zurückzugreifen.¹¹⁰

b) Würdigung

Die Zuteilungsrichtlinien sind zumindest ein Schritt hin zu einer valablen Lösung der Allokationsproblematik. Vor allem die Konkretisierung der verbotenen Praktiken stellt einen willkommenen Beitrag zur Rechtssicherheit im Aufsichtsrecht dar. Darüber hinaus bleibt das Zuteilungsverfahren jedoch beschränkt justiziabel, da es weiterhin durch subjektive Kriterien bestimmt sein kann.¹¹¹ Auch die Bestimmungen zur Dokumentation sind in Bezug auf die Praktikabilität der aufsichtsrechtlichen Kontrolle zu begrüßen. Gerade punkto Transparenz muss man sich jedoch fragen, ob nicht zu kurz gegriffen wurde. Das Endergebnis bleibt weit hinter dem programmatischen Ansatz der Richtlinien zur Schaffung von Transparenz zurück.¹¹² Es wäre einem Bankenkonsortium ohne weiteres zuzumuten, im Voraus bekanntzugeben, welches Vorgehen bei der Zuteilung geplant ist¹¹³ und im Nachhinein

¹⁰⁹ Voraussetzung für diese Auswirkung ist, dass der Investor im Rahmen einer vorbestehenden vertraglichen Beziehung (z.Bsp. Vermögensverwaltungsauftrag) den Auftrag zur Zeichnung erteilt hat. Wie oben (IV.3.a) dargelegt, entsteht mit der blossen Zeichnung noch kein Vertrag. Man kann sich allerdings fragen, ob die Verkehrssitte als Massstab der durch das Vertrauensprinzip geforderten Objektivierung im Rahmen der vertraglichen Willenäusserungen nicht auch schon eine Auswirkung auf die vorvertragliche Vertrauenslage haben kann.

¹¹⁰ DAENIKER, Zuteilungsgrundsätze (Fn. 73), S. 349; WINZELER (Fn. 89), N 32 zu Art. 3 BankG; ROTH (Fn. 88), N 34 zu Art. 11 BEHG; URS EMCH/HUGO RENZ/RETO ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl., Zürich 2004, N 177. BGE 108 II 314, 318; 115 II 62, 64; ZR 2003, S. 297 f. Vgl. auch BGE 4C.45/2001, Erw. 4a «Ce devoir d'information peut être fondé..., sur l'art. 11 al. 1 let. b LBVM éventuellement à lire en rapport avec les directives de l'Association suisse des banquiers...».

¹¹¹ DAENIKER, Zuteilungsgrundsätze (Fn. 73), S. 356; SCHANZ (Fn. 3), § 10 N 71.

¹¹² Ziff. 2 Zuteilungsrichtlinien.

¹¹³ Zu nennen wären zumindest Alternativen und die Voraussetzungen unter welchen das jeweilige Verfahren zur Anwendung kommt. Eine genauere Festlegung könne problematisch sein, da der Zuteilungsmodus massgeblich von der Höhe der Überzeichnung abhänge. Eine Entscheidung sei erst bei Kenntnis der Nachfrage sinnvoll,

offenzulegen, ob entsprechend vorgegangen wurde.¹¹⁴ Eine transparente Aktienzuteilung ist nicht nur im Hinblick auf die Sicherung des Vertrauens der Anleger in den Kapitalmarkt, zur Wahrung seiner Funktionsfähigkeit gerechtfertigt. Sie verringert auch das Missbrauchspotential und die daraus resultierende Fehlallokation von Ressourcen.¹¹⁵

Eine kohärente Lösung der Zuteilungsproblematik ist allerdings nicht bzw. nicht nur mit einer verbesserten Publizität zu erreichen. Ausgangspunkt der Missstände bleibt die Preisfestlegung; dort liegt auch der Anknüpfungspunkt zur ihrer Behebung.¹¹⁶

3. Vertragliche Aspekte des Bookbuilding

a) Zustandekommen des Vertrags

Die von Bankenkonsortium und Emittent veröffentlichte Zeichnungsaufforderung stellt rechtstechnisch keinen wirksamen Antrag im Sinne von Art. 3 Abs. 1 OR, sondern lediglich eine Aufforderung zur Offertstellung dar. Dies ergibt sich auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt. Die Zeichnungsaufforderung kann gemäss dem objektiven Empfängerhorizont nicht dahingehend ausgelegt werden, die Bank wolle sich rechtlich binden, da sie eine spätere Zuteilung im Falle einer Überzeichnung nicht gewährleisten kann.¹¹⁷

wenn die Handlungsalternativen des Konsortiums nicht unnötig eingeschränkt werden sollen. GRAVENHORST (Fn. 13), S. 149 f.; MARKUS PFÜLLER/SEBASTIAN MAERKER, Rechtliche Rahmenbedingungen bei der Zuteilung von Aktien, Die Bank, S. 670 ff, 673.

¹¹⁴ Vgl. dazu die entsprechenden Anforderungen in den deutschen «Grundsätze für die Zuteilung von Aktienemissionen an Privatanleger», herausgegeben von der Börsensachverständigenkommission beim Bundesministerium der Finanzen, insbesondere Art. 3, 4, 8 und 9. Gleiche Anforderungen in Bezug auf die Transparenz stellen ZOBL/KRAMER (Fn. 82), N 1099; COCCA, Das Zuteilungsdilemma (Fn. 5), S. 218; DAENIKER, Zuteilungsgrundsätze (Fn. 73), S. 357; ESCHER-WEINGART (Fn. 105), S. 171; HAUSMANNINGER (Fn. 5), S. 57; RAVI JAGANNATHAN/ANN E. SHERMAN, Reforming the Bookbuilding Process for IPOs, *Journal of Applied Corporate Finance*, 2005, S. 67 ff., 76 ff.

¹¹⁵ Allokationseffizienz bildet gerade eine der zentralen Funktionen des Kapitalmarktes. THOMAS WERLEN, Schweizerisches Kapitalmarktrecht als Anlegerschutzrecht, SZW 1995, S. 270 ff., 271.

¹¹⁶ Damit ist jedoch nicht eine zwingende Festlegung des Preisfindungsmechanismus gemeint. Vielmehr liegt es in der Hand der Unternehmen den effizienten Weg zur Emission zu wählen.

¹¹⁷ ZOBL/KRAMER (Fn. 82), N 1085; CARLO LOMBARDINI, *Droit bancaire suisse*, Zürich 2002., S. 411; ANDREAS ROHR, Grundzüge des Emissionsrechts, Diss. Zürich 1990, S. 148 m.w.H. Für die deutsche Lehre vgl. SCHANZ (Fn. 3), § 10 N 68; ULRICH BOSCH/WOLF-

Bezüglich der Wirkung der abgegebenen Zeichnungen seitens der Investoren wird in der Lehre unterschieden:

Die von institutionellen Anlegern abgegebenen *Indications of Interest*, wonach sie bereit sind, eine bestimmte Anzahl Aktien zu einem gegebenen Preis zu kaufen, werden als unverbindliche Absichtserklärungen ohne rechtlichen Bindungswillen aufgefasst.¹¹⁸ Folglich können sie auch jederzeit widerrufen bzw. abgeändert werden. Erst die Zuteilung der Aktien seitens des Bankenkonsortiums nach Abschluss der Zeichnungsfrist stellt eine verbindliche Offerte nach Art. 3 Abs. 1 OR dar. Für den rechtsgültigen Vertragsschluss ist schliesslich eine Annahme des anvisierten Investors erforderlich¹¹⁹. Der Ausschluss der Bindungswirkung bis zum Ende der Zeichnungsfrist ist unerlässlich für eine praxisgerechte Durchführung des Bookbuildings. Eine zeitlich frühere rechtswirksame Verpflichtung führte dazu, dass die Anleger ihre Angebote erst in den letzten Tagen der Bookbuildingperiode abgeben würden. Dadurch würde eine transparente Nachzeichnung der Marktnachfrage sowie eine kontinuierliche Reaktion auf deren Entwicklung unmöglich.¹²⁰

Anders als institutionelle Anleger geben Privatanleger i.d.R. preislich unlimitierte Zeichnungsofferten ab. Sie erklären sich also bereit, die Aktien zu dem durch die Preisspanne eingegrenzten Preis am Abrechnungstag zu erwerben.¹²¹ Diese Zeichnung stellt einen verbindlichen Antrag dar, welcher mit der Aktienzuteilung durch Realakzept angenommen wird.¹²² Mangels

GANG GROSS, Das Emissionsgeschäft, Köln 1998, N 10/266; THOMAS HEIN, Rechtliche Fragen des Bookbuilding nach deutschem Recht, WM 1996, S. 1 ff., 4.

¹¹⁸ DAENIKER, Underwriting (Fn. 75), S. 166; ZOBL/KRAMER (Fn. 82), N 1096; EMCH/RENZ/ARPAGAUS (Fn. 110), N 1909.

¹¹⁹ In der Praxis wird das Angebot (soweit es nicht von der zuletzt abgegebenen *Indication of Interest* abweicht) regelmässig angenommen, weil man sonst riskiert, bei der nächsten Emission nicht mehr berücksichtigt zu werden. DAENIKER, Underwriting (Fn. 75), S. 167; ZOBL/KRAMER (Fn. 82), N 1096.

¹²⁰ STOLZ (Fn. 11), S. 304; HEIN (Fn. 117), S. 4; GROSS (Fn. 75), S. 329.

¹²¹ STOLZ (Fn. 11), S. 306 Fn. 808; DAENIKER, Underwriting (Fn. 75), S. 165; ZOBL/KRAMER (Fn. 82), N 1096. Die Tendenz unlimitiert zu zeichnen ergibt sich wohl aus der Tatsache, dass private Anleger nicht die nötigen Informationen besitzen um den Wert der Aktien genau zu bewerten bzw. deren Beschaffung unökonomisch wäre. Weiter erhöhen sie durch ein solches Vorgehen die Chance, bei der Zuteilung berücksichtigt zu werden.

¹²² DAENIKER, Underwriting (Fn. 75), S. 165; DIETER ZOBL/RETO ARPAGAUS, Aktuelle Probleme des Primärmarktes, SZW 1995, S. 244 ff., 255 Fn. 103; EMCH/RENZ/ARPAGAUS (Fn. 110), N 1909. Besonderheit des Bookbuilding ist, dass der Investor bei Abgabe eines unlimitierten Angebots den genauen Preis, zu dem er die Aktien möglicherweise

anderer Angaben dauert die Bindung bis zum Abschluss der Zeichnungsfrist. Durch eine vorbehaltlose Zeichnung macht der Anleger eine in der Zeichnungsaufforderung enthaltene Frist zum Bestandteil seines Angebots.

b) Veränderung der Zeichnungsaufforderung

Wirtschaftlich kann sich im Laufe der Zeichnungsfrist aus unterschiedlichen Gründen das Bedürfnis ergeben, die einzelnen Faktoren der Zeichnungsaufforderung abzuändern. Dementsprechend behalten sich Emittent und Bankenkonsortium in der Praxis häufig das Recht vor, solche Anpassungen vorzunehmen. Ist eine Änderung der Bedingungen während der Orderphase rechtlich zulässig, da einer Zeichnungsaufforderung kein Rechtsbindungswille zugrunde liegt, so stellt sich die Frage, ob und wie sich diese auf den verpflichtenden Charakter der Anträge von Privatanlegern auswirkt.

Soweit limitierte Angebote durch die Erhöhung der Preisspanne aus dieser herausfallen, besteht keine Deckung von Angebot und Annahme mehr.¹²³ Eine definitive Zuteilung der Bank am Ende der Zeichnungsfrist ist als neues Angebot zu deuten.

Bezüglich unlimitierter Angebote ist danach zu differenzieren, ob die Möglichkeit einer Rahmenerweiterung in der Zeichnungsaufforderung angekündigt wurde. Fehlt ein entsprechender Vorbehalt, ist der Antrag nur auf den maximalen Preis des ursprünglich veröffentlichten Preisrahmens gerichtet. Der Investor muss sich deshalb einen über der Preisspanne liegenden Preis nicht entgegenhalten lassen, da es mangels Deckung von Angebot und Annahme nicht zu einem wirksamen Vertragsschluss kommen kann.¹²⁴ Wurde die Änderung der Zeichnungsmodalitäten hingegen vorbehalten,

erwerben wird, nicht kennt. Auch Anträge, die dem Empfänger die Wahl zwischen verschiedenen Möglichkeiten lassen oder ihn zu gewissen Ergänzungen ermächtigen, sind rechtswirksam und bindend. Die dem Empfänger eingeräumte Autonomie darf aber nicht so weit gehen, dass sich der Antragssteller in sittenwidriger Weise dem Willen des Anderen ausliefert (Art. 19 OR i.V.m. Art. 27 Abs. 2 ZGB). GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (Fn. 55), N 380. ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, Zürich 1979, S. 181 verlangen eine Ausübung der Gestaltungsfreiheit nach billigem Ermessen. Soweit ein Preisrahmen feststeht, innerhalb dessen der Oblat den endgültigen Preis festlegt, kann grundsätzlich von einem rechtsgültigen Antrag ausgegangen werden.

¹²³ SCHANZ (Fn. 3), § 10 N 86; GROSS (Fn. 75), S. 331.

¹²⁴ DAENIKER, Underwriting (Fn. 75), S. 165 ff. und Fn. 21; HEIN (Fn. 117), S. 5; FLEISCHER (Fn. 59), S. 538; WILLAMOWSKI, Bookbuilding (Fn. 74), N 446. A.M. wohl STOLZ (Fn. 11), S. 304 sowie SCHANZ (Fn. 3), § 10 N 86, welche bei Änderung der Preisspanne automatisch Unverbindlichkeit annehmen.

bleiben unlimitierte Anträge auch bei einem Emissionspreis über dem des Preisrahmens wirksam. Voraussetzung dürfte jedoch die Angabe einer Obergrenze für die Erhöhung in der ursprünglichen Zeichnungsaufforderung sein.¹²⁵

Welche Rechtsfolgen eine Veränderung des Emissionsvolumens hat, kann nur nach den konkreten Umständen des Einzelfalls beurteilt werden. Jedenfalls bei erheblichen Änderungen ist ein Einfluss auf die Rechtsgültigkeit des Vertrages nicht ausgeschlossen. Durch eine deutliche Reduktion kann die Liquidität des Handels gefährdet werden. Eine wesentliche Erhöhung kann hingegen den Wert der Aktie mindern (z.Bsp. wegen der verminderten Stimmkraft). Problematisch ist die Rechtslage, sobald Angaben gemacht werden, die vom Emissionsvolumen abhängig sind (z.Bsp. die Gewinnerwartung pro Aktie). Solche Fälle sind wohl unter dem Aspekt des Grundlagenirrtums zu berücksichtigen.¹²⁶

c) Zuteilungsanspruch oder Schadenersatz

aa) Vertragsrechtlicher Anspruch

Gemäss den oben dargestellten Überlegungen liegt der Zeichnungsaufforderung des Emittenten und der Bank kein Rechtsbindungswille zugrunde. Sie bleiben somit nach dem Prinzip der Privatautonomie grundsätzlich frei, Investoren nach ihrem Ermessen auszuwählen.¹²⁷

¹²⁵ Für die deutsche Lehre vgl. FLEISCHER (Fn. 59), S. 538; GROSS (Fn. 75), S. 332. Ohne eine solche Obergrenze müsste man wohl von einer übermässigen Bindung ausgehen i.S. von Art. 19 OR i.V.m. Art. 27 Abs. 2 ZGB.

¹²⁶ Bedenken über die Verbindlichkeit der Angebote in dieser Lage äussern auch SCHANZ (Fn. 3), § 10 N 87; STOLZ (Fn. 11), S. 802. DAENIKER, *Underwriting* (Fn. 75), S. 166, erachtet einen Grundlagenirrtum für den Fall der Veränderung der Preisspanne nach unten als denkbar.

¹²⁷ Einen Einbruch in die Vertragsfreiheit lässt das BGer aus dem Grundsatz des Verbots des sittenwidrigen Verhaltens zu. *In concreto* soll eine Kontrahierungspflicht aus dem kumulativen Vorliegen folgender Voraussetzungen abgeleitet werden: öffentliches Angebot, Normalbedarf, Machtstellung, fehlende sachliche Gründe zur Ablehnung (BGE 129 III 45 f.). Bei der Allokation einer Aktienemission dürfte es sicher am Merkmal der Machtstellung fehlen. Auf dem Sekundärmarkt besteht eine zumutbare Ausweichmöglichkeit, um den Bedarf an Aktien zu decken. Weiter kann im Rahmen der Definition von Machtstellung nicht auf die Aktien der einzelnen Gesellschaft abgestellt werden, sondern es muss der Gesamtmarkt betrachtet werden. Sonst wäre jedes Unternehmen bezüglich seiner Produkte marktbeherrschend.

bb) *Vorvertragliches Rechtsverhältnis*

Schranken in Bezug auf die Allokationsfreiheit können sich ausnahmsweise aus dem vorvertraglichen Rechtsverhältnis ergeben. Wie jedes Verhandlungsverhältnis begründet auch im Emissionsgeschäft die Aufforderung zur Abgabe von Angeboten und der daraufhin abgegebene Antrag zwischen den Beteiligten ein Rechtsverhältnis.¹²⁸ Pflichten, die sich aus einem solchen vorvertraglichen Verhältnis ergeben, lassen sich unmittelbar aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) herleiten. Darüber hinaus sind sie vom geschaffenen Vertrauen abhängig, welcher in verschiedenen Abstufungen erweckt werden kann.¹²⁹ Ihre Verletzung kann zu Schadenersatzansprüchen aus *culpa in contrahendo* führen.¹³⁰

Primäre Vertrauensgrundlage bildet die Aufforderung zur Zeichnung in ihrer jeweiligen Ausgestaltung, durch welche das Vertrauen zur Einhaltung der dort genannten Bedingungen erweckt wird. Insbesondere die im voraus veröffentlichten konkreten Bedingungen der Zuteilung oder eines bestimmten Zuteilungsverfahrens bilden einen Anknüpfungspunkt für die Inanspruchnahme von Vertrauen. Sie verpflichten den Herausgeber zu deren Einhaltung.¹³¹

Neben der Möglichkeit des Vorliegens einer solchen konkreten Vertrauensbasis ist weiter zu prüfen, ob sich ein Anspruch aus dem abstrakten Vertrauen auf Gleichbehandlung begründen lässt. Die Konkretisierung einer solchen Vertrauensgrundlage liesse sich möglicherweise aus dem Kapitalmarktrecht herleiten. Wie oben (2.) erläutert wurde, fallen unter die Definition des Effekthändlers im Sinne von Art. 2 lit. d BEHG auch die als Emissionshäuser tätigen Banken, welche demzufolge den Verhaltensregeln

¹²⁸ Allgemein zum Verhandlungsverhältnis GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (Fn. 55), N 946 ff. Für die vergleichbare Lage im Submissionsverhältnis vgl. GAUCH, Werkvertrag (Fn. 56), N 467 ff. Für die deutsche Rechtslage bei der Aktienemission, GROSS (Fn. 75), S. 326; HANS ERICH BRANDNER/ALFRED BERGMANN, Zur Zuteilung von Aktienemissionen an Privatanleger, in: Ernst A. Kramer/Wolfgang Schuhmacher (Hrsg.), FS für Hans-Georg Koppensteiner, Wien 2001, S. 17 ff., 21. Zurückhaltend ESCHER-WEINGART (Fn. 105), S. 166.

¹²⁹ KARL LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 14. Aufl., München 1987, S. 106.

¹³⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (Fn. 55), N 962a ff.

¹³¹ DAENIKER, Zuteilungsgrundsätze (Fn. 73), S. 355; WYSS (Fn. 88), S. 242; CLAUS-WILHELM CANARIS, Bankvertragsrecht, Berlin/New York 1981, N 2269; KOEHLER (Fn. 5), S. 183 f.; GRAVENHORST (Fn. 13), S. 128 ff. Für die vergleichbare Lage im Submissionsverfahren vgl. GAUCH, Werkvertrag (Fn. 56), N 489 ff.

von Art. 11 BEHG unterstehen.¹³² Art. 11 BEHG kommt nach h.L. und Rechtsprechung insofern die Funktion einer Doppelnorm zu, als sie neben der aufsichtsrechtlichen Bedeutung auch eine privatrechtliche Dimension aufweist.¹³³ Sie ist jedoch nicht als eigenständige Anspruchsgrundlage aufzufassen. Privatrechtliche Pflichten entstehen weiterhin aus Vertrag, Delikt oder Vertrauenshaftung.¹³⁴ In diesem Sinne kann Art. 11 BEHG als Konkretisierung der vorvertraglichen Pflichten des Effekthändlers und potentieller Kunden verstanden werden.¹³⁵

¹³² ZOBL/KRAMER (Fn. 82), N 148; WYSS (Fn. 88), S. 120; LUC THEVENOZ, Les règles de conduite des négociants, SZW 1997, S. 20 ff., 22 f.; ALAIN HIRSCH, Le droit boursier et le droit des sociétés, SZW 1995, S. 228 ff., 230; HERTIG/SCHUPPISSER (Fn. 86), N 23 zu Art. 11 BEHG; URS ZULAUF, Les Règles de conduite des négociants dans la nouvelle loi suisse sur les bourses, in : Luc Thévenoz (Hrsg.), Journée 1995 de droit bancaire et financier, Bern 1995, S. 25 ff, 32; ROLF WATTER, Die Regulierung der Effekthändler (und der Banken) im BEHG, in: Dieter Zobl (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Kapitalmarktrechts, Zürich 1996, S. 67 ff, 77; NOBEL (Fn. 83), § 1 N 100; WEBER (Fn. 85), N 10 zu Art. 1 BEHG. Zurückhaltend ROTH (Fn. 88), N 26 zu Art. 2d BEHG, der bloss eine sinngemässe Anwendung von Art. 11 BEHG auf den Primärmarkt postuliert.

¹³³ EBK Bulletin 40/2000, S. 26; EBK Bulletin 41/2000, S. 35; BGE 4C.45/2001, Erw. 4a. Statt vieler vgl. ZOBL/KRAMER (Fn. 82), N 796 m.w.H. Die Qualifikation als Doppelnorm impliziert, dass für die Durchsetzung von Art. 11 BEHG dem Privaten der Weg über die zivile Gerichtsbarkeit offen steht, gleichzeitig jedoch auch die Verwaltungsbehörde die Beachtung der Vorschrift mittels Verwaltungszwang durchsetzen kann. Vgl. WOLFGANG WIEGAND/BERNHARD BERGER, Zur rechtssystematischen Einordnung von Art. 11 BEHG, ZBJV 1999, S. 713 ff., 722.

¹³⁴ Diese Ansicht drängt sich schon deswegen auf, weil es in Bezug auf Art. 11 BEHG an einer Konkretisierung der Haftungskriterien bzw. -folgen mangelt. DIETER ZOBL/OLIVER BANZ, Art. 11 BEHG im Kontext des europäischen und schweizerischen Finanzdienstleistungsrecht, in: Peter Forstmoser et al. (Hrsg.), FS Roger Zäch, Zürich 1999, S. 621 ff, 637; WIEGAND/BERGER (Fn. 133), S. 734; WYSS (Fn. 88), S. 72. A.M. KÜNG/HUBER/KUSTER (Fn. 86), N 7a zu Art. 11 BEHG. Unklar BGE 4C.45/2001, Erw. 4a, der in Bezug auf Informationspflichten der Banken Art. 11 BEHG als Anspruchsgrundlage neben der Haftung aus Vertrag und Vertrauen aufzählt.

¹³⁵ Allgemein anerkannt ist, dass Verletzungen der Verhaltensregeln gleichzeitig auch Vertragsverletzungen darstellen, HERTIG/SCHUPPISSER (Fn. 86), N 105 zu Art. 11 BEHG; WATTER (Fn. 132), S. 91/95; ROLF WATTER/RALPH MALACRIDA, Das Börsengesetz im internationalen Kontext, in: Christian J. Meier Schatz (Hrsg.), Das neue Börsengesetz der Schweiz, Bern/Stuttgart/Wien 1996, S. 135 ff., 159; WEBER (Fn. 85), N 4 zu Art. 11 BEHG. Bezweckt Art. 11 BEHG die Förderung des Vertrauens der Anleger in die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts, lässt sich wohl nicht begründen, warum er nicht auch auf das vorvertragliche Verhältnis anwendbar sein sollte. Für eine Ausstrahlung der Verhaltenspflichten von Art. 11 BEHG auf das vorvertragliche Verhältnis vgl. THÉVENOZ (Fn. 132), S. 23; WIEGAND/BERGER (Fn. 133), S. 726/736 f.; KÜNG/HUBER/KUSTER (Fn. 86), N 7a/9a zu Art. 11 BEHG. Wohl auch ZOBL/BANZ (Fn. 134), S. 631 Fn. 55. Für

Die Tragweite der Anwendbarkeit von Art. 11 BEHG auf den Primärmarkt darf jedoch nicht überschätzt werden. Abs. 1 lit. c der besagten Norm postuliert zwar eine Treuepflicht des Effektenhändlers, aus der regelmässig ein Anspruch auf faire und gleiche Behandlung abgeleitet wird. Damit ist jedoch keine absolute Gleichbehandlung intendiert, sondern lediglich eine relative bzw. verhältnismässige Gleichbehandlung^{136, 137}. Insofern sind Differenzierungen anlässlich der Zuteilung nicht allgemein ausgeschlossen, sondern nur dort, wo sie als sachlich nicht begründet und folglich willkürlich zu qualifizieren sind.¹³⁸ Dieses Ergebnis steht grundsätzlich im Einklang mit dem Leitgedanken des Bookbuilding, welches gerade eine selektive Allokation nach qualitativen Merkmalen ermöglichen soll und also nicht willkürlich ist.

das deutsche Wertpapierhandelsgesetz KOLLER in: Heinz-Dieter Assmann/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 3. Aufl., Köln 2003, N 19 zu Vor. § 31 WpHG; SIEGFRID KÜMPEL, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., Köln 2004, N 9.62; ANDREAS SCHWENNICKE, Die Dokumentation der Erfüllung von Verhaltenspflichten nach § 31 Abs. 2 WpHG durch die Bank, WM 1998, S. 1101 ff., 1102; PETER BALZER, Anlegerschutz bei Verstössen gegen die Verhaltenspflichten nach §§ 31 Wertpapierhandelsgesetz (WpHG), ZBB 1997, S. 260 ff., 262.

¹³⁶ HERTIG/SCHUPPISSE (Fn. 86), N 101 zu Art. 11 BEHG; URS PHILIPP ROTH, Effektenhändler, in: Christian J. Meier Schatz (Hrsg.), Das neue Börsengesetz der Schweiz, Bern/Stuttgart/Wien 1996, S. 57 ff., 85; WYSS (Fn. 88), S. 249; WATTER (Fn. 132), S. 91.

¹³⁷ Eine relative Gleichbehandlung im Rahmen von Erstemissionen ist auch rechtspolitisch erwünscht. Ziel des BEHG i.S. des Funktionsschutzes des Kapitalmarktes ist unter anderem der Schutz des Anlegervertrauens in eine ordnungsgemässe und effiziente Abwicklung seiner Allokationsprozesse. Ein Finanzmarkt, in dem Investoren ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt werden, verdient dieses Vertrauen nicht. Als wesentlicher Bestandteil eines funktionierenden Kapitalmarktes müssen auch Erstemissionen unter diesen Schutz fallen. HAUSMANINGER (Fn. 5), S. 59; COCCA, Das Zuteilungsdilemma (Fn. 5), S. 17. Eine Gleichbehandlung *stricto sensu* im Sinne der Verpflichtung zur Zuteilung nach Zeitpriorität oder nach proportionalen Grundsätzen ist hingegen kapitalmarktrechtlich nicht notwendig. Eine solche Aushöhlung der Vertragsfreiheit durch einen Kontrahierungszwang lässt sich nur ausnahmsweise rechtfertigen. ZOBL/ARPAGAU (Fn. 122), S. 255; BOHRER (Fn. 79), S. 654.

¹³⁸ ZOBL/KRAMER (Fn. 82), N 809; WYSS (Fn. 88), S. 249; ZULAUF (Fn. 132), S. 32. Im Ergebnis wohl gleich HERTIG/SCHUPPISSE (Fn. 86), N 102 zu Art. 11 BEHG, die eine gewisse Diskriminierung zulässig finden, soweit sie konsequent durchgeführt wird, keine spürbare unfaire Wirkung hat und klar offengelegt wird. Vgl. auch EBK Bulletin 18/1998, S. 26 ff. und EBK Bulletin 45/2003, S. 164 ff. Gleich im deutschen Recht, BOSCH/GROSS (Fn. 117), N 10/267; KÜMPEL (Fn. 135), N 9.55.

cc) *Schaden*

Liegt eine Verletzung der oben konkretisierten Pflichten vor, stellt sich die Frage nach dem Umfang des ersatzfähigen Schadens. Die Haftung aus *culpa in contrahendo* ist auf das negative Interesse beschränkt.¹³⁹ Der betroffene Anleger wäre so zu stellen, wie wenn er nicht auf die Zeichnungsaufforderung eingegangen wäre. Die Schadensposten dürften insofern regelmässig gering ausfallen.

V. Schlussbetrachtung

Als herausragende Merkmale des Bookbuildingverfahrens gelten die strategische Preisfindung und die Aktienzuteilung nach qualitativen Kriterien. Aus Sicht des Unternehmens stellt sich die Frage, ob diese grundsätzlich legitimen Anliegen überhaupt erreichbar sind und wenn ja, ob das Bookbuilding das effizienteste Verfahren dazu ist.

Durch die Ausrichtung auf das Merkmal der Qualität der Anleger wird ein stark subjektiviertes Element in das Emissionsverfahren einbezogen. Sowohl Allokation wie auch Preisfindung gründen somit letztlich auf einem wissenschaftlich nicht nachvollziehbaren Wertungsentscheid, der schon *a priori* kritisch zu hinterfragen ist.¹⁴⁰

Eine korrekte Preisfindung wird primär über die Erfassung der wirklichen Nachfrage erreicht. Ein ideales Emissionsverfahren muss diese ohne Verfälschungen widerspiegeln, um die Preisfestsetzung auf einer soliden Basis abzustützen. Verzerrungen bei der Erfassung der korrekten Nachfrage entstehen hauptsächlich durch Informationsasymmetrien oder durch strategisches Verhalten der Zeichner.¹⁴¹ Das Bookbuildingverfahren versucht vor allem auf den ersten Punkt einzuwirken, indem stark auf die Preisvorstellungen professioneller Anleger abgestellt wird. Kehrseite ist jedoch neben der erwähnten Subjektivität der Umstand, dass die Preisfindung erheblich von strategischem Verhalten beeinflusst wird. Der Grund liegt in den rechtlichen Rahmenbedingungen des Bookbuilding, welche weitgehend die

¹³⁹ Statt vieler BGE 130 III 345, Erw. 1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (Fn. 55), N 966 m.w.H.

¹⁴⁰ DAENIKER, Zuteilungsgrundsätze (Fn. 73), S. 345; WILLIAM J. WILHELM, Bookbuilding, and the Future of the IPO Process, *Journal of Applied Corporate Finance*, 2005, S. 2 ff., 3.

¹⁴¹ GRAVENHORST (Fn. 13), S. 154; ROBERT SCHLICK, *Going Public*, Diss. Tübingen 1997, S. 184; STOLZ (Fn. 11), S. 307.

Abgabe von unverbindlichen Preisvorstellungen vorsehen.¹⁴² Die Investoren antizipieren die selektive Zuteilung durch das Bankenkonsortium und zeichnen grössere als die tatsächlich gewünschten Volumen (Majorisierung), oder sie verteilen ihre Zeichnungen auf mehrere Konsortialbanken (Konzertzeichnungen).¹⁴³ Dieses Verhalten führt dazu, dass der Informationsgehalt einer Zeichnung sinkt und die erfasste Nachfrage dementsprechend verfälscht wird.

Auch die Auswahl des Aktionariats nach Qualitätsmerkmalen bleibt, wie die bisherige Praxis zeigt, mehr Wunsch als Realität. Dies ist schon im Umstand angelegt, dass die Angaben über die einzelnen Investorenmerkmale nicht verbindlich sind und ihre Einhaltung faktisch nur schwer zu überprüfen ist.¹⁴⁴ Institutionelle Anleger stellen dazu keine Ausnahme, da sie ihrerseits unter einem beträchtlichen Erwartungsdruck seitens der wirtschaftlich an den Vermögenswerten Berechtigten stehen. Solche Anleger können sich im Grunde genommen gar nicht zu einem Verhalten im Interesse des Managements der IPO-Gesellschaft verpflichten. Im Gegenteil, sie sind ihren eigenen Anlegern zu optimaler Performance verpflichtet. Hinzu kommt, dass sich Abstriche beim Platzierungsverfahren, die letztlich zu Lasten der Gesellschaft und damit der Aktionäre gehen, ganz allgemein schwerlich mit dem Hinweis auf das Interesse an der Steuerung der Zusammensetzung des Aktionariats rechtfertigen lassen. Seit der Neuordnung der Vinkulierung in der Aktienrechtsrevision ist klar, dass die Organe der Gesellschaft zumindest bei kotierten Titeln keine Kontrolle über die Aktionärsstellung mehr haben. Wer Aktionär ist, entscheidet immer der Markt. Zuteilungen auf dem Primärmarkt sind denn auch regelmässig von kurzem Bestand, wie die hohen Handelsvolumen der ersten Tage zeigen.¹⁴⁵

Das Anliegen der Selektion zukünftiger Aktionäre steht denn auch teilweise im Widerspruch zur im Bookbuilding üblichen Praxis, den Emissionspreis regelmässig unter dem ermittelten Wert festzulegen.¹⁴⁶ Die künstlich erhöhte Nachfrage, die eine positive Kursentwicklung garantieren soll, ermöglicht bei umgehenden Verkauf einen Zeichnungsgewinn: Dies steht aber

¹⁴² Vgl. oben IV.3.

¹⁴³ ESSER/STOLZ (Fn. 6), S. 1043; STOLZ (Fn. 11), S. 307 f.; GRAVENHORST (Fn. 13), S. 47.

¹⁴⁴ SCHANZ (Fn. 3), § 10 N 92; GRAVENHORST (Fn. 13), S. 64 und 159; WILLAMOWSKI (Fn. 106), S. 658. Angaben der Investoren wären nur im Rahmen von vertraglichen Vereinbarungen durchsetzbar. Zu den sog. *Lock-up* Vereinbarungen vgl. BOEMLE/STOLZ (Fn. 73), S. 372; ZOBL/KRAMER (Fn. 82), N 1102.

¹⁴⁵ ESSER/STOLZ (Fn. 6), S. 1044; WILHELM (Fn. 140), S. 3.

¹⁴⁶ Vgl. oben IV.1.

gerade im Gegensatz zum angestrebten Ziel, durch strategische Zuteilungen einen langfristig orientierten Investorenkreis zu schaffen.

Diese Kritikpunkte fallen umso stärker ins Gewicht, als mangelnde Transparenz und bestehende Interessengegensätze das Verfahren missbrauchsanfällig machen. Eine disziplinierende Wirkung des Marktes kann aufgrund des beschränkten rechtlichen Instrumentariums der potentiellen Anleger nicht erwartet werden.

Diese Schwächen fallen der Gesellschaft als indirekte Kosten zur Last. Zieht man zudem die direkten Kosten in Betracht, die für das aufwändige Verfahren selber anfallen,¹⁴⁷ muss sich für die emittierenden Gesellschaften daher die Frage stellen, ob das Bookbuilding tatsächlich das optimale Emissionsverfahren darstellt.

Das Auktionsverfahren stellt wegen der geringen direkten Kosten eine Alternative dar. Die kostenintensive subjektive Preisfestlegung wird durch die unsichtbare Hand des Marktes ersetzt, indem mittels Angebot und Nachfrage ein markträumender Preis bestimmt wird. Auch die indirekten Kosten fallen erheblich tiefer aus, da die Transparenz in der Zuteilung den *Agency-Problemen* zwischen den beteiligten Parteien besser gerecht wird und das Missbrauchspotential verringert.

Im Übrigen sei angemerkt, dass die Eckpfeiler des Bookbuildingverfahrens durch die bestehenden Ausgestaltungsmöglichkeiten grundsätzlich auch auf das Auktionsverfahren übertragen werden können.¹⁴⁸ Durch eine Selektion der Teilnehmer *ex ante* können Qualitätsmerkmale auch hier berücksichtigt werden.¹⁴⁹ Wie weit ein solches Vorgehen Sinn macht, ist jedoch fragwürdig. Im Auktionsverfahren werden kurzfristige Gewinnaussichten schon weitgehend durch den Wettbewerb unter den Mitbieter beseitigt, was Spekulationen von vornherein den Raum nimmt und eine nachhaltigere Platzierung garantiert. Die tatsächliche Zahlungsbereitschaft ist als objektiv messbares Signal auch besser dazu geeignet, die Absichten eines Investors aufzuzeigen.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Zu den direkten und indirekten Kosten des Emissionsgeschäfts vgl. FABIAN STEINER, *Das Emissionsgeschäft in der Schweiz*, Bern 2005; JENKINSON/LJUNGQVIST (Fn. 10), S. 25 ff.

¹⁴⁸ Ansätze bei AUSUBEL (Fn. 10), S. 329 ff.

¹⁴⁹ Vgl. oben III.1.a.

¹⁵⁰ ZOBL/KRAMER (Fn. 82), N 1077, COCCA, *Das Zuteilungsdilemma* (Fn. 5), S. 14. So auch schon HENRY N. GOLDSTEIN, *Should the Treasury Auction long-Term Securities?*, *The Journal of Finance*, 1962, S. 444 ff, 461 f., zu der in den 60er-Jahren aktuellen Frage, ob US-Bonds versteigert werden sollen.

Gleiches gilt in Bezug auf das Bedürfnis eines bewussten (moderaten) *Underpricings*. Die Erzeugung eines Nachfrageüberhangs zur Erzielung einer positiven Kursentwicklung, wie sie im Bookbuilding erfolgt¹⁵¹, ist auch im Rahmen einer (modifizierten) Auktion möglich.¹⁵² Bedenken sind aber auch bei dieser Praxis angebracht. Der Anstieg der Kurse nach erfolgter Platzierung wird zwar von der Öffentlichkeit und insbesondere den Medien immer noch als Zeichen des Erfolgs verstanden. Tatsächlich gründet die steigende Nachfrage jedoch nicht in einer positiven Bewertung des Unternehmens durch den Markt, sondern einer falschen Preisfestlegung. Ob dieser vermeintliche Werbeeffekt seine Kosten rechtfertigt, ist fraglich und ein *Underpricing* u.E. daher entbehrlich. Die Abkehr von dieser Praxis wäre in der ersten Zeit allerdings mit einem gewissen Kommunikationseffort verbunden.¹⁵³

In Frage steht bei diesen Überlegungen nur das Verfahren der Preisfindung und der Zuteilung. Zumindest bei grösseren IPOs ist eine professionelle Emissionsplanung und -beratung zweifellos unabdingbar; auch die Kurspflege im Nachgang einer Emission kann sinnvoll sein. Solche Massnahmen sollten einen IPO im Auktionsverfahren in gleicher Weise begleiten.

Eine emittierende Bank sollte diesen Überlegungen zu den unterschiedlichen Kosten der Verfahren bei der Beratung ihres IPO-Klienten den angemessenen Stellenwert einräumen. Doch auch Verwaltungsrat und Geschäftsleitung haben vor einem IPO eine sorgfältige Abwägung der Vor- und Nachteile der verschiedenen Emissionsverfahren vorzunehmen. Es ist ein Verfahren zu wählen, das die Interessen der Gesellschaft bestmöglich wahrt. Der Entscheid wird zumindest vorläufig nicht zwingend zugunsten des Auktionsverfahrens ausfallen müssen, obwohl dieses erheblich kostengünstiger sein dürfte, in der Anwendung nach erst wenigen Erfahrungen aber noch Unsicherheiten birgt. Sollte sich das Auktionsverfahren für IPOs in Zukunft jedoch als ähnlich erfolgreich und sicher erweisen, wie es für

¹⁵¹ Vgl. oben IV.1.

¹⁵² Vgl. oben III.3. Eine echte Auktion ist denn auch nicht zwingend nachteilig für die Kursstabilität im Sekundärmarkt. Eine vollständige Sättigung der Gesamtnachfrage erfolgt nur im Rahmen einer diskriminierenden Auktion. In diesem Fall bleiben nur noch Kaufinteressenten übrig die ursprünglich weniger als den Ausgabekurs geboten hatten. Im Falle einer Auktion mit Einheitspreis bleiben diejenigen Anleger als potentielle Käufer erhalten, welche bereit waren über dem festgelegten Emissionspreis zu kaufen. Vgl. METTLER (Fn. 1), S. 143 Fn. 13.

¹⁵³ AUSUBEL (Fn. 10), S. 333.

Bundesanleihen, Submissionen und Lizenzen verschiedener Art ist, wäre «auf dem Tisch zurückgelassenes Geld» nicht mehr ohne weiteres zu rechtefertigen.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Immerhin ist in diesem Zusammenhang auf die Klage der Gläubiger der gescheiterten Gesellschaft eToys gegen den ursprünglichen *Underwriter* hinzuweisen. Klagegrund ist die Behauptung, das starke *Underpricing* habe die Überlebenschancen der Gesellschaft beeinträchtigt. *The New York Times*, 18. März 2006. Zum Ganzen FLEISCHER (Fn. 59), S. 533 ff.; WILHELM (Fn. 140), S. 12; SHERMAN (Fn. 58), S. 639 f.

Die Haftung im Bankenverbund*

Karl Hofstetter, Wilen (OW)

Inhaltsverzeichnis

I.	Komplexe Rechtsrealität	182
1.	«Neue Unübersichtlichkeit» der Verbundsformen	182
2.	«Postnationale» Rechtsrealität: IPR- und IZPR-Fragen	183
II.	Konzernintegration: Haftung der Mutter	183
1.	Haftungskonstellationen	183
a)	Tochter-GAU	183
b)	Krisenkonzern	184
c)	Sonderprobleme	184
2.	Konzernmutterhaftung: «4-Fragenprobe»	185
a)	Forum	185
b)	Anwendbares Recht	185
c)	Materielles Haftungsrecht	185
d)	Vollstreckung	186
3.	Konzernmutterhaftung: Rechtsgrundsätze (Schweiz)	186
a)	Haftung als «Aktionärin»	186
b)	Haftung als «Geschäftsführerin»	187
c)	Haftung als «Drittperson»	187
III.	Cash Pooling	188
1.	Praxis	188
2.	Restriktionen	189
a)	Verbot der Kapitalrückgewähr (OR 680 II)	189
b)	Verbot verdeckter Gewinnausschüttungen	190
IV.	Andere Verbundsformen	191
1.	Minderheitsbeteiligungen	191
2.	Dauerkooperationen	191

* Es handelt sich beim vorliegenden Text um die schriftliche Aufzeichnung des anhand von Folien gehaltenen mündlichen Vortrags, ergänzt durch einzelne Fussnoten.

3.	Joint Ventures.....	192
4.	Ad hoc-Syndikate.....	192
V.	Schlussfolgerungen für Praktiker	192
1.	Konzernintegration: Trennung von Mutter- und Tochttersphären.....	192
2.	Minderheitsanteile: Beschränkung auf die Aktionärsrolle.....	193
3.	Kooperationen/Joint Ventures/Syndikate.....	193

I. Komplexe Rechtsrealität

Alle Berufsgattungen haben ihren Traum. Die Juristen hegen seit jeher den Traum der Vorreiterrolle des Rechts. Wie wir aus der Praxis wissen, ist dies eine Illusion. Zumindest im Wirtschaftsrecht gilt: *Law Follows Business*. Das führt dazu, dass der Traum der Juristen zum Albtraum werden kann, dann nämlich, wenn sie der wirtschaftlichen Praxis zu weit hinterherhinken. Ein Bereich, in dem die Juristerei traditionell sehr stark hinter der wirtschaftlichen Realität nachhinkt, ist die Haftungsproblematik in verschiedenen Formen des Verbundes. Die Juristerei kämpft schon seit Jahrzehnten mit der Konzernproblematik bzw. mit der Konzernhaftungsproblematik. Und sie hat das Ei des Kolumbus noch nicht gefunden.

1. «Neue Unübersichtlichkeit» der Verbundsformen

Aktuell erleben wir eine neue Unübersichtlichkeit der Verbundsformen. Auf der einen Seite gibt es die Konzernintegration mit sehr unterschiedlichen Strukturen, etwa den zentralen und dezentral organisierten Konzernen. Eine wachsende Rolle spielen andererseits die Minderheitsbeteiligungen. Jüngstes Beispiel ist die Minderheitsbeteiligung der UBS an der Bank Julius Bär. Weiter gibt es verschiedenste Formen von Dauerkooperationen. Ein Beispiel aus dem Bankenbereich ist das Joint Venture Raiffeisen/Vontobel. Ein anderes Beispiel ist die Clientis. Das ist ein Zusammenschluss mittelgrosser Regionalbanken – ein Konstrukt, das mit Sicherheit auch Haftungsfragen aufwirft. Schliesslich gibt es noch die traditionellen Verbundsformen im Kapitalmarkt, die Ad hoc-Syndikate bei Emissionen oder im Kreditgeschäft. Es existiert also eine grosse Zahl möglicher Verbundsstrukturen.

2. «Postnationale» Rechtsrealität: IPR- und IZPR-Fragen

Die zweite Schwierigkeit der Konzernhaftungsproblematik liegt darin, dass wir in einer globalisierten Welt leben und dadurch mit einer postnationalen Rechtsrealität konfrontiert sind. Es genügt nicht mehr, die materiellrechtlichen Grundsätze zu kennen. Vielmehr muss man sich zuerst einmal fragen, welches Recht überhaupt zur Anwendung kommt. Und um dies zu beantworten, muss man wissen, wo die ganze Sache eingeklagt wird. Die IPR- und IZPR-Fragen komplizieren die Haftungsproblematik ganz erheblich.

Was diese postnationale Rechtsrealität etwa im Bereich der Konzernproblematik konkret bedeuten kann, zeigt der Entscheid des Zürcher Obergerichts von 1999 im Zusammenhang mit dem Konkurs des Rey-Imperiums.¹ Es ist ein mutiger Entscheid, der sich mit Haftungsproblemen des Unternehmensverbunds im internationalen Umfeld auseinandersetzt.

II. Konzernintegration: Haftung der Mutter

Wenden wir uns zunächst der klassischen Haftungsproblematik im Verbund zu: der Frage der Mutterhaftung für Tochterschulden im Konzern.

1. Haftungskonstellationen

a) Tochter-GAU

Ein klassischer Fall, der in der Praxis immer wieder vorkommt, ist der Tochter-GAU: Bei einer Tochtergesellschaft passiert ein katastrophaler Unfall, wie beispielsweise die Bhopal-Katastrophe in Indien in den 80er Jahren.² Hier stellte sich die Frage nach der Haftung des amerikanischen Mutterunternehmens, Union Carbide. Ein anderes Beispiel – diesmal mit Bezug zur Schweiz – ist die Seveso-Katastrophe. Auch dort wurde seinerzeit die Frage nach der Haftung des Roche-Mutterhauses aufgeworfen.³

Die Banken lassen ihre Tochtergesellschaften sehr selten oder praktisch nie in Konkurs gehen. Wenn eine Bank zusammenbricht, dann als ganzer Konzern. Offenbar machen die Banken keine halben Sachen! Es gibt aller-

¹ ZR 98 (1999) Nr. 52.

² Vgl. KARL HOFSTETTER, Sachgerechte Haftungsregeln für multinationale Konzerne, Tübingen 1995, S. 27–31.

³ A.a.O., S. 34–38.

dings zumindest eine Ausnahme aus den letzten Jahren, nämlich den Fall UBS/Systor. Systor war eine Gesellschaft aus dem IT-Bereich, an der die UBS eine Mehrheitsbeteiligung hielt. Dennoch hat die UBS diese Tochtergesellschaft in Konkurs gehen lassen, was man meines Wissens bei den Schweizer Banken zuvor noch nicht erlebt hatte. Nun war Systor zwar keine Banktochter, sondern eine IT-Tochtergesellschaft. Aber auch in solchen Fällen stellt sich natürlich die Frage, inwiefern die Muttergesellschaft haftet.

b) Krisenkonzern

Ein zweiter Fall, in dem die Problematik der Mutterhaftung virulent werden kann, ist der Krisenkonzern. Dort stellen sich beispielsweise Fragen im Zusammenhang mit dem Cash Pooling. Fallen allerdings sowohl Tochter- als auch Muttergesellschaft in Konkurs, wandelt sich das Ganze zu einem Problem der Haftung der Mutter- und Tochterorgane. An diesem Punkt sind wir beispielsweise bei der Swissair angelangt. Denkbar ist aber auch, dass eine Muttergesellschaft eine Konzerntochter in Konkurs gehen lässt, nachdem sie dort Gelder per Cash Pooling abgezogen hat. Dann handelt es sich wiederum um ein klassisches Problem der Konzernmutterhaftung.

c) Sonderprobleme

Schliesslich gibt es spezifische Sonderprobleme, etwa den Fall Credit Suisse. Die seinerzeitige SKA und die Credit Suisse First Boston standen unter dem Dach der CS Holding. Die EBK verpflichtete die SKA zur konsolidierten Eigenmittelunterlegung, unter Einschluss der Schwestergesellschaft Credit Suisse First Boston. Das Bundesgericht schützte den Entscheid der EBK.⁴ Auch wenn rechtlich gesehen die SKA nicht verpflichtet sei, für die Schulden der Credit Suisse First Boston einzustehen, so bestehe doch aufgrund der Konzernstruktur ein faktischer Beistandszwang. Es sei anzunehmen, dass die SKA der Credit Suisse First Boston im Falle von Schwierigkeiten beistehen würde. Folglich müsse die SKA auch über eine entsprechende Eigenmittelausstattung verfügen. Der CS-Entscheid betrifft ein mit der Frage der Mutterhaftung verwandtes Problem, auf das ich hier nicht näher eingehen kann.

⁴ BGE 116 Ib 331.

2. Konzernmutterhaftung: «4-Fragenprobe»

Zurückkommend auf die klassische Konzernmutterproblematik, bei der die Tochtergesellschaft konkursit ist und die Muttergesellschaft aufrecht steht, kann man das Problem der Konzernmutterhaftung auf vier Fragen reduzieren. Alle Rotarier kennen die «4-Fragenprobe». Das ist eine Art Gewissensprobe ihrer Zunft. Eine 4-Fragenprobe kennt aber auch das Recht der Konzernmutterhaftung:⁵

a) Forum

Zuerst stellt sich die Frage, welcher Gerichtsstand zur Verfügung steht, wenn sich Mutter- und Tochtergesellschaft in unterschiedlichen Ländern befinden. Das Problem stellte sich beispielsweise im Zusammenhang mit der Bhopal-Katastrophe, wo sich die Muttergesellschaft in den USA und die Tochtergesellschaft in Indien befanden. Die Gläubigervertreter der Tochtergesellschaft klagten natürlich zunächst in den USA auf Schadenersatz im Betrag von 3 Milliarden Dollar. Das US-Gericht schickte allerdings unter dem Titel des «forum non conveniens» die Streitsache nach Indien zurück. Am Schluss mussten also die indischen Gerichte entscheiden.⁶

b) Anwendbares Recht

Steht das Forum fest, stellt sich die Frage nach dem anwendbaren Recht. Hier ist ein Hang zur *lex fori* auszumachen.⁷ Auch im Bhopal-Fall haben die indischen Gerichte ihr eigenes Recht angewandt.⁸

c) Materielles Haftungsrecht

Steht das anwendbare Recht fest, stellt sich die Frage, welche materielle Regelung es getroffen hat. Generell kann man sagen, dass die Haftungstrennung zwischen Konzernmutter und Konzerntochter nach allen Rechten der Welt grundsätzlich anerkannt ist.⁹ Gleichzeitig existieren aber auch überall Ausnahmen, die zum Teil unterschiedlich sind, dann aber auch wieder Ge-

⁵ HOFSTETTER, Haftungsregeln (Fn. 2), S. 256–259.

⁶ A.a.O., S. 27 ff.

⁷ Vgl. z.B. ZR 98 (1999) Nr. 52 oder die bei HOFSTETTER, Haftungsregeln (Fn. 2), S. 26 ff. referierten Fälle.

⁸ HOFSTETTER, Haftungsregeln (Fn. 2), S. 29 f.

⁹ A.a.O., S. 119 ff.

meinsamkeiten haben. Ich werde die Ausnahmen nachfolgend für das schweizerische Recht darstellen.

In unserer postnationalen Rechtsrealität muss man allerdings gerade in diesem Zusammenhang feststellen, dass ein Opportunismuspotenzial besteht. Wenn Mutter und Tochter sich in unterschiedlichen Ländern befinden und im Tochterland geklagt wird, weil die Tochtergesellschaft in Konkurs geht, so ist natürlich die Tendenz vorhanden, dass die Richter im Tochterland die Muttergesellschaft haftbar machen. So geschah es etwa im Bhopal-Fall, wo die indischen Gerichte festhielten, der Entscheid *Salomon vs. Salomon* aus dem 19. Jahrhundert – in Indien gilt englisches Common Law – halte strikte an der Trennung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft fest. Doch sei, inzwischen «viel Wasser den Ganges hinunter geflossen». Also müsse man das heute anders entscheiden. Es kam, wie es kommen musste: Union Carbide wurde für haftbar erklärt und musste 300 Millionen Dollar bezahlen.¹⁰

d) Vollstreckung

Die letzte Stufe der 4-Fragenprobe ist die Frage der Vollstreckung. Wenn, wie im Bhopal-Fall, ein indisches Urteil ergeht, kann es dann im Mutterland USA oder in einem Drittland, wo der Konzern Aktiven hat, vollstreckt werden?¹¹

3. Konzernmutterhaftung: Rechtsgrundsätze (Schweiz)

Von den vier Fragen der Konzernmutterhaftung ist die materiellrechtliche Frage die zentrale. Ich beschränke mich im folgenden auf eine kurze Darstellung der Grundsätze, wie wir sie im schweizerischen Recht kennen. Man kann dabei im wesentlichen drei Haftungsansätze unterscheiden:

a) Haftung als «Aktionärin»

Die Muttergesellschaft kann als Aktionärin haften, weil sie beispielsweise die Tochtergesellschaft missbräuchlich verwendet hat.¹² Hier steht das klassische Instrument des Durchgriffs zur Verfügung. Der Durchgriff kommt allerdings nur in Extremfällen zur Anwendung, etwa wenn die

¹⁰ A.a.O., S. 29 f.

¹¹ Vgl. dazu a.a.O., S. 172 f., 254 f.

¹² A.a.O., S. 177 ff.

Tochtergesellschaft unterkapitalisiert war, wenn die Vermögenssphären derart vermischt waren, dass man sie nicht mehr trennen kann, oder wenn Formalitäten, wie die Pflicht zur Durchführung von Generalversammlungen und Verwaltungsratssitzungen, nicht beachtet wurden.

b) Haftung als «Geschäftsführerin»

Eine Muttergesellschaft kann für Tochterschulden auch haftbar gemacht werden, wenn man ihr nachweisen kann, dass sie als operative Kontrolleurin der Tochtergesellschaft Pflichten verletzt hat.¹³ Nach herrschender Lehre kann man eine Konzernmutter unter Umständen nämlich als faktisches Organ erfassen.¹⁴ Dann kommen auf die Mutter ähnliche Sorgfaltspflichten zur Anwendung, wie sie auch für Verwaltungsräte und Manager gelten. Wir haben es hier allerdings mit einer Innenhaftung zu tun, bei der die Konkursverwaltung der Tochter die Ansprüche gegenüber der Muttergesellschaft geltend macht.

Ein klassischer Fall, bei dem dieser Haftungsansatz zur Anwendung kommen könnte, ist das Vorliegen von Transferpreisen. Auch der Liquiditätsabzug ohne entsprechende Gegenleistung fällt unter diese Kategorie.

c) Haftung als «Drittperson»

Schliesslich kann man die Muttergesellschaft wie eine Drittperson in die Haftung ziehen, weil sie – unabhängig von ihrer Aktionärseigenschaft oder von ihrer faktischen Organstellung – für spezifische Handlungen oder Unterlassungen im Tochterbereich einzustehen hat.¹⁵ Hierzu gehören einerseits Garantien oder Patronatserklärungen, welche die Konzernmutter zugunsten der Tochter abgab. Es ist aber auch möglich, dass die Muttergesellschaft deliktisch in Anspruch genommen werden kann, beispielsweise über die Konstruktion der Geschäftsherrenhaftung.¹⁶ Hier würde so argumentiert: Die Muttergesellschaft kontrolliert die Tochter und ist daher Geschäftsherrin. Bei der Tochter wurde ein Delikt verübt, beispielsweise sind Gläubiger oder Drittpersonen getäuscht oder betrogen worden. Die Tochtergesellschaft kann für den Schaden nicht aufkommen, also soll die Muttergesellschaft als

¹³ A.a.O., S. 193 ff.

¹⁴ JEAN NICOLAS DRUEY/ALEXANDER VOGEL, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, S. 346–354.

¹⁵ HOFSTETTER, Haftungsregeln (Fn. 2), S. 206 ff.

¹⁶ A.a.O., S. 239 ff.

Geschäftsherrin nach OR 55 dafür einstehen. Der Muttergesellschaft steht dabei der Entlastungsbeweis der drei *Curae* zu. Diesen müsste die Muttergesellschaft zumindest dann erbringen können, wenn sie eine ordnungsgemässe Konzerngeschäftsführung nachweist. Im Bankenbereich gehört dazu auch eine genügende Compliance. Will man sich also bei der Muttergesellschaft dagegen schützen, dass man für Betrugshandlungen der Tochter in Anspruch genommen wird, bedingt dies eine Compliance, die *lege artis* ist.

In den vorliegenden Zusammenhang gehört auch das Konstrukt des Konzernvertrauens.¹⁷ Es hat eine Zeit lang die Konzernhaftungsdebatte in der Schweiz aufgewühlt.¹⁸ Allerdings: Der Ansatz wird überbewertet. Das Konzernvertrauen ist nur auf sehr spezifische Fälle anwendbar, nämlich dann, wenn die Muttergesellschaft am Markt gegenüber den Gläubigern sehr direkt für die Tochtergesellschaft auftritt und den Gläubigern den festen Eindruck vermittelt, dass sie am Schluss für die Tochter einstehen werde. Es geht also fast in Richtung Patronatserklärung. Das ist ein enger Anwendungsbereich. Er macht aber auf jeden Fall Sinn, denn letztlich handelt es sich um ein Konstrukt der *culpa in contrahendo*.

III. Cash Pooling

Das Problem des Cash Pooling wurde bereits mehrfach angesprochen. Rechtlich handelt es sich um ein Minenfeld mit vielen schwierigen Fragen.

1. Praxis

In der Praxis kann man zwei Cash Pooling Systeme unterscheiden. Es gibt das «Zero Balancing», wo die Gelder der Tochter effektiv abgezogen und anschliessend auf ein Konto der Muttergesellschaft oder einer ihrer Finanzgesellschaften verschoben werden. Und es gibt das «Notional Pooling», wo zwar die Gelder auf den Konten der Tochtergesellschaft verbleiben, dort aber als Sicherheit dienen für Kredite, die eine Bank dem Konzern und den Tochtergesellschaften ganz allgemein zur Verfügung stellt.¹⁹ Beim «Notional

¹⁷ BGE 120 II 331 (Swissair), 124 III 297 (Motor Columbus).

¹⁸ Vgl. dazu z.B. ROLAND VON BÜREN, Der Konzern, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/6, 2. Aufl., Basel u.a. 2005, S. 187 ff.

¹⁹ OLIVER BLUM, Fallstricke des Cash-Pooling, NZZ 15.11.2005, S. 25 und DERS., Cash Pooling: gesellschaftrechtliche Aspekte, AJP 2005, S. 705 ff.

Pooling» besteht das Risiko vor allem in der Sicherstellung von Darlehen, die anderen Konzerngesellschaften gewährt werden.

Praktisch relevant – ich habe es bereits erwähnt – wurde das Problem des Cash Pooling im Zusammenhang mit dem Zusammenbruch der Swissair. Hier läuft aktuell eine Verantwortlichkeitsklage in Sachen SAirGroup/Flightlease AG.²⁰ In diesem Fall hatten die Tochterorgane, d.h. die Organe der Flightlease AG, rund 70 Millionen Cash ohne entsprechende Sicherheiten an die Muttergesellschaft überwiesen. Daraus resultierte für die Flightlease AG im Mutterkonkurs eine blossе Konkursforderung. Aus diesem Grund werden jetzt die zuständigen Organe in Anspruch genommen.

2. Restriktionen

Das Cash Pooling ist keine schweizerische Besonderheit. Die damit verbundenen rechtlichen Probleme bestehen in anderen Ländern in ähnlicher Weise wie in der Schweiz.²¹ Im Grundsatz sind zwei Restriktionen zu beachten:

a) Verbot der Kapitalrückgewähr (OR 680 II)

Die erste Restriktion für das Cash Pooling ergibt sich aus dem Verbot der Kapitalrückgewähr. Wenn – wie beim «Zero Balancing» – effektiv Geld auf ein Konto der Muttergesellschaft verschoben wird, darf es sich nur um freie Reserven handeln. Es dürfen also keine gebundenen Mittel verschoben werden, zumindest dann nicht, wenn die leiseste Gefahr besteht, dass das Geld nicht mehr zurückbezahlt werden kann. In gesunden Konzernen ist das kein Problem. Wo kein Kläger, da kein Richter! Problematisch wird es in Konzernen, wo finanzielle Schwierigkeiten bestehen. In diesen Fällen muss die Schranke der gebundenen Mittel sakrosankt sein.

²⁰ Vgl. NZZ vom 14.7.2005: «Weitere Klage des Swissair-Liquidators».

²¹ Vgl. z.B. den «Bremer Vulkan»-Entscheid in Deutschland, BGHZ 149, 10 (Bremer Vulkan); BGHZ 157, 72; MATTHIAS HENTZEN, Konzerninnenfinanzierung nach BGHZ 157, 72, ZGR 2005, S. 480 ff.; MARKUS C. KERBER, Die Beurteilung von Cash-Pool-Verträgen im Lichte höchstrichterlicher Rechtsprechung, ZGR 2005, S. 437 ff.

b) Verbot verdeckter Gewinnausschüttungen

Differenzierter verhält es sich dagegen bei den freien Mitteln.²² Hier gilt das Verbot verdeckter Gewinnausschüttungen. Selbst die freien Mittel dürfen somit nicht völlig frei transferiert werden. Wenn ein Risiko besteht, dass sie nicht mehr zurückbezahlt werden, dann ist dafür Sorge zu tragen, dass entsprechende Sicherheiten bestehen. Auch sonst muss auf jeden Fall eine adäquate «Arm's Length»-Verzinsung vereinbart werden. In der Praxis liegen gerade hier die Schwierigkeiten. Denn: Was ist eine adäquate Verzinsung, und welches sind adäquate Sicherheiten?

Das Problem zeigt sich in seiner vollen Tragweite bei den Krisenkonzernten. Genau dort, wo die Liquidität am meisten gebraucht wird – Stichwort Swissair – kann man diese Bedingungen praktisch nicht mehr erfüllen. Hier besteht also ein klares Risiko. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob man in solchen Fällen das Konzerninteresse geltend machen kann, indem man quasi eine Gesamtrechnung vornimmt und argumentiert, die Tochter habe vielleicht früher einmal vom Konzern profitiert und müsse jetzt, da Schwierigkeiten bestehen, ihren Beitrag leisten. Zwar finden sich in der Rechtsprechung, unter anderem im bereits erwähnten ZR-Entscheid²³, teilweise Konzessionen an das Konzerninteresse. In Krisensituationen gilt dies aber sicher nicht mehr. Dort lautet der Rat: Hände weg vom Cash-Transfer in krisengeschüttelte affiliierte Gesellschaften. In solchen Fällen sind die Tochtergesellschaften auf ihr eigenes Interesse verpflichtet und es ist ihnen untersagt, den Cash ungesichert anderen Konzerngesellschaften zu überlassen. Auch eine GV-Genehmigung vermöchte gegenüber den Gläubigern grundsätzlich nicht zu helfen.

Im übrigen sollte in diesem Zusammenhang auch die Verrechnungssteuerproblematik beachtet werden. Verschiebt eine Schweizer Tochtergesellschaft beispielsweise Cash in eine Offshore-Finanzgesellschaft und kommt das Geld nicht mehr zurück, so befindet man sich im Bereich der «faktischen Liquidation». Nach der Praxis des Bundesgerichts haften die Organe bekanntlich in solchen Fällen solidarisch. Dabei wird der verlorene Betrag auch noch «ins Hundert gerechnet», womit über 50% der Summe, welche nicht mehr zurück kommt, zusätzlich der Steuerverwaltung abzuliefern ist.²⁴

²² Freie Mittel sind im Prinzip alle Mittel, die über das Nennkapital, die Reserven und das Agio hinaus bestehen, wobei das Agio zumindest umstritten ist. Vgl. dazu PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, S. 1410 f.

²³ ZR 98 (1999) Nr. 52, S. 242 ff.

²⁴ BÖCKLI, Aktienrecht (Fn. 22), S. 1620.

IV. Andere Verbundsformen

Es gibt nicht nur den Konzern, sondern es gibt – gerade in neuerer Zeit – auch sehr viele andere Verbundsformen. Was kann man diesbezüglich zur Haftung sagen?

1. Minderheitsbeteiligungen

Eine erste Kategorie sind die Minderheitsbeteiligungen. Ein aktuelles Beispiel ist die UBS, welche 21,6% an der Bank Julius Bär erworben hat. Sie hat sich verpflichtet, über drei Jahre kein Stimmrecht auszuüben und wird auch keine operative Rolle übernehmen.²⁵ In einem solchen Fall sehe ich grundsätzlich keine Haftungsprobleme.

2. Dauerkooperationen

Eine andere Kategorie von Verbundsformen sind die Dauerkooperationen. Als Beispiel kann die Zusammenarbeit zwischen den zwei Bankinstituten Raiffeisen und Vontobel genannt werden. Raiffeisen hält einen Anteil von 12,5% an der Bank Vontobel und hat Einsitz in deren Verwaltungsrat. Es bestehen zudem Verträge über die Zusammenarbeit an der Front.²⁶ In dieser Verbundsform sehe ich das Haftungspotenzial sehr viel deutlicher, beispielsweise beim Vertrieb der Produkte. Wie die Kooperation im einzelnen genau abläuft, ist nicht bekannt. Soweit allerdings ein gemeinsamer Auftritt nach aussen erfolgt, gilt im Prinzip das Recht der einfachen Gesellschaft, und es besteht grundsätzlich eine solidarische Haftung.²⁷

Ein anderes Beispiel ist Clientis. Wie bereits erwähnt, handelt es sich dabei um eine Zusammenarbeit von rund 31 mittelgrossen Regionalbanken. Diese Banken firmieren offenbar überall mit Clientis und auch ihre Produkte sind zum Teil aufeinander abgestimmt. Ohne die Details im einzelnen zu kennen: auch hier dürfte die «Falle» der einfachen Gesellschaft und der solidarischen Haftung gegenüber Dritten lauern.

²⁵ Vgl. z.B. Handelsblatt, 26.10.2005.

²⁶ Vgl. zur Struktur der Zusammenarbeit die Empfehlung der UEK vom 4. Juni 2004.

²⁷ Art. 544 Abs. 3 OR.

3. Joint Ventures

Auch das Joint Venture ist eine Form der (intensiven) Dauerkooperation. Im Allgemeinen sind Joint Ventures als Aktiengesellschaft strukturiert («Equity Joint Venture»). Falls die gemeinsamen Tätigkeiten ausschliesslich über diese Aktiengesellschaft abgewickelt werden, so verhält es sich haftungsrechtlich ähnlich wie bei einer Tochtergesellschaft: Es stellt sich die Frage, wie das Joint Venture durch die Aktionäre organisiert und kontrolliert wurde. Läuft die Kooperation dagegen nur über einen Vertrag («Contractual Joint Venture»), befinden sich die Vertragspartner wieder im «Minenfeld» der einfachen Gesellschaft.

4. Ad hoc-Syndikate

Auf die Ad hoc-Syndikate, Emissionen usw. will ich nicht näher eingehen, da hierzu Herr von der Crone in seinen Ausführungen schon Einiges gesagt hat.

V. Schlussfolgerungen für Praktiker

1. Konzernintegration: Trennung von Mutter- und Tochttersphären

Konzernintegration – wie soll man die Mutter vor Tochtterschulden schützen? Zunächst einmal durch eine saubere Trennung der Mutter- und Tochttersphären. Man muss die Interessen klar auseinander halten, die Vermögenssphären sauber trennen und auch gegen aussen jeweils klar zu erkennen geben, mit welcher Gesellschaft es die Marktteilnehmer bzw. Gläubiger zutun haben. Selbstverständlich ist zudem, dass man die Formalitäten einhält, also korrekte Tochter-Generalversammlungen durchführt, Tochterverwaltungsräte hat und Verwaltungsratssitzungen organisiert. Zudem müssen auch die internen Transaktionen nach plausiblen «Arm's Length»-Grundsätzen ablaufen, so dass z.B. Dienstleistungen in Form von Rahmenverträgen abgeboten werden und dies auch dokumentiert wird. Das ist häufig bereits mit Blick auf die Steuerbehörden notwendig. Es kann aber auch für die Haftungsfrage relevant sein.

2. Minderheitsanteile: Beschränkung auf die Aktionärsrolle

Bei den Minderheitsbeteiligungen, etwa wie im Fall UBS/Julius Bär, sehe ich keine grossen Haftungsrisiken. Wichtig ist, dass man sich auf die Aktionärsrechte beschränkt. Tut man als Minderheitsaktionär mehr als man tun sollte, steigt auch das Haftungsrisiko nach dem Grundsatz «Haftung folgt Kontrolle».

3. Kooperationen/Joint Ventures/Syndikate

Für Joint Ventures lässt sich festhalten, dass diese grundsätzlich als juristische Personen zu organisieren sind. Das entschärft die Haftungssituation, wie sie namentlich entstehen könnte, wenn die Kooperationspartner als rein vertraglich organisierte einfache Gesellschaft auftreten. Es nützt dabei nichts, wenn man verkündet, man sei keine einfache Gesellschaft. Sobald mit gemeinsamen Mitteln auf einen gemeinsamen Zweck hin gearbeitet wird, ist man im Prinzip eine einfache Gesellschaft.²⁸

Kann man in diesen Fällen das Haftungsrisiko verringern? Die Antwort lautet «Ja», beispielsweise, indem man im Vertrag der einfachen Gesellschaft klarstellt, dass die einzelnen Partner nur für sich selbst, auf eigene Rechnung und in eigenem Namen handeln, dass also ein Handeln nach aussen gegenüber Dritten für die einfache Gesellschaft gar nicht existiert. Dann ist man am Schluss eine stille Gesellschaft: Intern haftet man zwar immer noch,²⁹ aber zumindest nicht mehr solidarisch gegenüber Dritten. Zudem bestehen für die interne Haftungsregelung vertragliche Möglichkeiten zur Haftungsbeschränkung.³⁰

Schliesslich bietet evtl. auch das IPR Möglichkeiten zur Haftungsbeschränkung. Weil die einfache Gesellschaft vertragsrechtlich angeknüpft wird,³¹ besteht im Prinzip die Freiheit der Rechtswahl, d.h. die Wahl einer Haftungsordnung, welche günstiger ist als das Recht der einfachen Gesellschaft in der Schweiz.

²⁸ Art. 530 ff. OR.

²⁹ ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., Bern 2004, S. 353 f.

³⁰ A.a.O., S. 354 f. i.V. mit 292 f.

³¹ Art. 150 Abs. 2 IPRG.

Mit diesem Hinweis wären wir wieder bei der postnationalen Rechtsrealität und der «neuen Unübersichtlichkeit» der Verbundsformen angelangt. Der Kreis hat sich geschlossen – Grund genug auch dieses Exposé zu beenden.

Die Vertragshaftung der Banken und Ihre AVB

Peter Gauch, Freiburg

Inhaltsverzeichnis

I. Meine AVB-Sammlung.....	196
II. Die vorformulierte Beschränkung der Bankhaftung.....	197
III. Die Rechtsbehelfe der Kunden.....	205
IV. Drei allgemeine Bemerkungen.....	212
V. Einwände gegen meinen Beitrag.....	218
VI. Die Reformbedürftigkeit der Bankbedingungen.....	225

Das ist kein Vortrag. Und auch kein Vortragsmanuskript. Viel eher ist es ein selbst gefertigtes Protokoll meines Vortrages, den ich an der Schweizerischen Bankrechtstagung 2006 in Bern gehalten habe. Davon sind mir die Notizen geblieben, die ich zum Vortragen brauchte. Und diese kommen mir jetzt zustatten, da ich das Gesagte auch noch schriftlich formulieren soll, was nur unvollständig gelingen kann, weil dem Schreiben das Spontane der Rede abgeht. Aber auch sonst vermag das nachträglich Geschriebene das vormals Gesprochene nicht exakt zu wiederholen. Wenn ein Mensch sich sogar ausserstande sieht, einen Laut zweimal in der gleichen Weise auszusprechen, wie sollte er dann in der Lage sein, das mündlich Vorgetragene in schriftliche Worte zu fassen, die genau das wiedergeben, was er gesagt hat?

I. Meine AVB-Sammlung

Natürlich hatte ich mich auf den Vortrag vorbereitet. Das gehört sich. Und ausserdem war es das erste Mal, dass ich mich mit den AVB (den Allgemeinen Vertragsbedingungen) der Banken beschäftigte. Selbst die AVB meiner eigenen Bank, deren Kunde ich bin, hatte ich bis dahin noch nicht gelesen, geschweige denn die AVB anderer Banken. Ich musste mir also zunächst *ein Bild der gebräuchlichen Banken-AVB* verschaffen, wozu ich mir mit Hilfe von MARKUS BRÜLHART¹ eine zweckdienliche Sammlung zusammenstellte.

1. Die AVB-Sammlung, auf die ich mich abstütze, enthält die *Allgemeinen Vertragsbedingungen von Schweizer Banken*. Es ist keine vollständige, aber wie mir scheint, eine doch repräsentative Sammlung. Sie umfasst vorformulierte und damit Allgemeine Vertragsbedingungen grosser, grösserer und kleiner Banken, eingeschlossen auch die Bedingungen von Kantonalbanken.

Diese Allgemeinen Vertragsbedingungen, welche die Banken für ihre Bankgeschäfte verwenden (kurz: die «Bankbedingungen»), kommen in verschiedenen Erscheinungsformen vor. Stellt man auf das primäre Einteilungskriterium ab, so gibt es einerseits die *Gesamtbedingungen*, die unter Vorbehalt von Sonderbedingungen für alle Geschäfte bestimmt sind. Andererseits gibt es die vorformulierten *Sonderbedingungen für einzelne Geschäftssparten*, die sich z.B. auch in Standardformularen für Verwaltungsaufträge oder in so genannten «Reglementen» (z.B. in einem «Depot- und Metallkontoreglement», einem «Reglement für Spargelder» oder einem «Reglement für die Vermietung von Tresorfächern») finden. Die Banken selbst gebrauchen den Ausdruck «Allgemeine Geschäftsbedingungen» nur für ihre Gesamtbedingungen. Der Sache nach sind aber auch die vorformulierten Sonderbedingungen Allgemeine Vertragsbedingungen, weshalb ich sie mitverstanden habe, als ich an der Tagung in Bern über die Banken-AVB sprach und sie auch hier (beim Schreiben) wiederum mitverstehe.

¹ Herr lic. iur. MARKUS BRÜLHART ist Assistent an meinem Lehrstuhl. Er hat nicht nur das Sammeln der Bankbedingungen übernommen, sondern hat zusammen mit seinem Mitassistenten, lic. iur. FABIAN WÄGER, auch das Manuskript meines Beitrages korrigierend durchgesehen. Beiden danke ich herzlich für die Mithilfe. MARKUS BRÜLHART danke ich namentlich auch für seine unzähligen E-Mails und Telefonanrufe an Banken, deren Mitarbeiter nicht immer auf den ersten Anhieb bereit waren, mit den AVB ihrer Banken herauszurücken.

2. Die gesammelten AVB verschiedener Schweizer Banken stimmen in weiten Teilen überein. Die *Konkordanz* ist unverkennbar, obgleich sich inhaltliche Variationen und sprachliche Differenzen beobachten lassen. Dieses Mass an Einmütigkeit, welche die Banken in ihren Allgemeinen Vertragsbedingungen zur Schau tragen², hat es mir erheblich erleichtert, das gewünschte Bild von den gebräuchlichen Banken-AVB zu gewinnen. Ob sich darunter auch ein kartellrechtlich relevanter Sachverhalt im Sinne einer unzulässigen Wettbewerbsabrede (Art. 4 und 5 KG) verbirgt³, bedürfte einer näheren Abklärung, allenfalls einer Vorabklärung durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Art. 26 KG). Damit habe ich mich nicht befasst. Dagegen wurde mir im Nachgang zu meinem Vortrag verschiedentlich zu bedenken gegeben, dass die festgestellte Konkordanz schon seit vielen Jahren bestehe⁴ und heute ihren Grund darin habe, dass es ausformulierten AVB nun einmal eigen sei, sich nicht nur über lange Zeit hinweg fortzupflanzen, sondern auch als Vorlage für spätere AVB anderer zu dienen. Offenbar verhält es sich mit den Allgemeinen Vertragsbedingungen der Banken ähnlich wie mit den Invasionspflanzen, denen eine besondere Stabilität und eine ausgesprochene Tendenz zur Ausbreitung nachgesagt wird.

II. Die vorformulierte Beschränkung der Bankhaftung

Der *Gesichtspunkt*, unter dem ich die gesammelten Bankbedingungen gelesen habe, ist vor allem die Art und Weise, wie sie mit dem *vertraglichen Haftungsrisiko der Banken* gegenüber ihren Bankkunden umgehen.⁵ Bei der Lektüre ist

² Vgl. auch EUGEN BUCHER, *Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankenverkehr?*, recht 1997, S. 49: «Ohne dahingehende formelle Absprache folgen die Banken bei der Redaktion ihrer AGB mehr oder weniger denselben vorgegebenen Modellen.»

³ Vgl. dazu HUBERT STÖCKLI, *Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung*, Diss. Freiburg 1999/AISUF Band 182, S. 104 ff.

⁴ Früher gab es noch Muster-AGB, die von privaten Vereinigungen (z.B. von der Schweizerischen Bankiervereinigung) ausgearbeitet wurden (vgl. DANIEL GUGGENHEIM, *Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis*, 3. Aufl., Zürich 1986, S. 37).

⁵ Welchen Einfluss die von einem konkreten Kunden übernommenen Bankbedingungen auf eine allfällige Deliktshaftung der Bank haben, bleibt in meinem Beitrag unerörtert. Auch verzichte ich auf allgemeine Ausführungen zum Rechtsverhältnis, das die Bank mit dem jeweiligen Kunden verbindet. Diesbezüglich verweise ich auf WOLFGANG WIEGAND, *Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der AGB-Problematik*, in: WIEGAND (Herausgeber), *Aktuelle Probleme im Bankrecht*, Bern 1994, S. 129 ff.

mir eine durchgehende Tendenz der vorformulierten Bankbedingungen aufgefallen, die Vertragshaftung der jeweiligen Bank zum Nachteil ihrer Kunden massiv einzuschränken⁶, was mich an die unfreundlichen Vertragsbedingungen von Leasingfirmen der Automobilbranche erinnerte⁷. Ich muss gestehen, dass ich vom Ausmass der Einschränkung überrascht war, liess ich mich doch bis anhin von den Hochglanzprospekten der Banken und von den Bankhäusern verleiten, die den Eindruck gediegener Kundenfreundlichkeit vermitteln. Auf folgende Punkte will ich besonders hinweisen:

1. Die studierten AVB der Banken (unter Einschluss der Sonderbedingungen) enthalten verschiedene Regeln, welche im jeweiligen Zusammenhang (namentlich auch im Zusammenhang mit Übermittlungsfehlern oder Verwaltungsaufträgen) die Haftung der Bank⁸ auf ein «*grobes Verschulden*» (oder auf «*grobe Fahrlässigkeit*») beschränken, was einer Freizeichnung für leichtes Verschulden⁹ entspricht. Bisweilen sind die einschlägigen Bestimmungen

⁶ Zur vereinbarten Beschränkung der Vertragshaftung im Allgemeinen vgl. z.B. MARTINA BUOL, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Diss. Freiburg, Zürich 1996, und INGEBORG SCHWENZER, Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung, in: ALFRED KOLLER (Herausgeber), Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998, S. 99 ff.; beide mit weiteren Literaturhinweisen.

⁷ Dass ich gerade *daran* erinnert wurde, hat mit der Freiburger Strassenverkehrsrechtstagung 2006 zu tun, wo unter anderem die Allgemeinen Geschäftsbedingungen solcher Leasingfirmen zur Sprache kamen. Vgl. HUBERT STÖCKLI, Verträge und AGB beim Autokauf, in: STÖCKLI/WERRO (Herausgeber), Strassenverkehrsrechtstagung, Bern 2006, S. 30 f./S. 32 f., und FRANZ WERRO, L'achat et le leasing d'un véhicule automobile : regard critique sur les conditions générales, in: WERRO/STÖCKLI (Herausgeber), Journées du droit de la circulation routière, Bern 2006, S. 58 ff.

⁸ In meinem Beitrag verzichte ich darauf, die jeweilige Verwender-Bank beim Namen zu nennen; dies auch in den zitierten Bankbedingungen, selbst wenn im Originaltext der Firmenname steht.

⁹ Das «*leichte*» Verschulden verstehe ich als Gegenbegriff zum «*groben*» Verschulden. Damit übernehme ich die Zweiteilung, die das Gesetz in Art. 100 f. OR für die Vertragshaftung verwendet, indem es der «*rechtswidrigen Absicht*» und «*groben Fahrlässigkeit*» (Art. 100 Abs. 1 OR) das «*leichte Verschulden*» gegenüberstellt (Art. 100 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 3 OR). Ein «*leichtes*» Verschulden ist nach dieser zweigliedrigen Begrifflichkeit also jedes Verschulden, das sich nicht als grobes Verschulden im Sinne des Art. 100 Abs. 1 OR qualifiziert. Es schliesst das «*mittlere*» Verschulden ein, wenn man mit einem Teil der Lehre auch für das Gebiet der Vertragshaftung zwischen «*grobem*», «*mittlerem*» und «*leichtem*» Verschulden unterscheiden will. Soweit in den AVB der Banken eine Vertragshaftung für «*leichtes*» Verschulden ausgeschlossen wird, muss davon ausgegangen werden, dass damit jedes Verschulden unterhalb des groben Verschuldens (Art. 100 Abs. 1 OR) gemeint ist. Vorbehalten bleibt, dass das

auch so formuliert, dass die Bank «keine Haftung für leichtes Verschulden übernimmt», dass die Bankhaftung «für leichtes Verschulden von Organen und Hilfspersonen» ausgeschlossen¹⁰ oder dass die Haftung verneint wird, «sofern die Bank kein grobes Verschulden» trifft¹¹. Vereinzelt wird sogar die gesetzliche Beweislastverteilung umgekehrt, indem es etwa heisst: «Eine Haftpflicht der Bank wird für verschlossene Depots nur insoweit übernommen, als ihr grobe Fahrlässigkeit als Ursache des Schadens nachgewiesen werden kann».¹²

Wenn in den AVB (und dementsprechend auch hier) vom Verschulden oder der Fahrlässigkeit «*der Bank*» die Rede ist, handelt es sich um eine verkürzte Ausdrucksweise, die sich über die Organe hinaus auch auf die Hilfspersonen der Bank bezieht.¹³ Bei der Haftung für eine Hilfsperson kommt es nach Art. 101 OR indes nicht auf deren *persönliches* Verschulden, sondern darauf an, ob das Verhalten der Hilfsperson dem Geschäftsherrn zum Verschulden (allenfalls zum Vorwurf der Fahrlässigkeit) gereichen würde, falls er gleich gehandelt hätte wie der Gehilfe¹⁴, was bei einer Bank auf das hypothetische Verschulden der massgeblichen Organe hinausläuft. Mit dieser Präzisierung sind auch die einschlägigen Bankbedingungen und sind meine eigenen Ausführungen zu verstehen, wenn darin vom Verschulden oder der Fahrlässigkeit der Hilfspersonen die Rede ist. Ausserdem ist anzumerken:

Soweit das Verschulden, für das die Bank nach Massgabe ihrer AVB einstehen will, nur mit «grober Fahrlässigkeit» umschrieben wird, bleibt die «rechtswidrige Absicht» (Art. 100 Abs. 1 OR) zwar unerwähnt. Eine Be-

Gericht bei einer individuellen Auslegung der betreffenden Bestimmung zu einem anderen Auslegungsergebnis gelangt.

¹⁰ Zum «leichten» Verschulden, für das die Haftung ausgeschlossen wird, vgl. die vorstehende Anmerkung.

¹¹ Beispiel: «Die Bank übernimmt keine Haftung irgendwelcher Art in Bezug auf die Vermögensverwaltung, sofern kein grobes Verschulden ihrerseits vorliegt.»

¹² Von Gesetzes wegen trägt der Schuldner die Beweislast dafür, dass ihn kein Verschulden trifft (Art. 97 Abs. 1 OR). Haftet er nur für grobes Verschulden, weil seine Haftung für leichtes Verschulden wirksam wegbedungen wurde, so hat er zu seiner Exkulpation zu beweisen, dass es an einem groben Verschulden fehlt (zutreffend: WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar, 3. Auflage, N 5 zu Art. 100 OR).

¹³ Vorbehalten bleibt der mögliche Fall, dass die Auslegung der betreffenden Bankbedingungen etwas anderes ergibt, wenn sie als Bestandteil eines konkreten Vertrages auszulegen sind.

¹⁴ Vgl. z.B. BGE 130 III 605; GAUCH/SCHLUEP/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, AT II, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2003, Nr. 2883/2884 ff.; WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar, 3. Auflage, N 11 ff. zu Art. 101 OR.

schränkung der Haftung auf «grobe Fahrlässigkeit» kann jedoch vernünftigerweise nicht so verstanden werden, dass bei «rechtswidriger Absicht» (der potenzierten Form des groben Verschuldens) eine Haftung entfallen soll. Die Formulierung beruht entweder auf einem Versehen des Verfassers oder auf der unrealistischen Vorstellung, dass vom Fall einer «rechtswidrigen Absicht» abstrahiert werden könne, weil er bei einer Bank nicht vorkomme.

2. Das vorformulierte Bemühen, die Bank nur für grobes Verschulden haften zu lassen, findet eine Entsprechung in Allgemeinen Bankbedingungen, wonach der Schaden, der aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln und Fälschungen entsteht, vom Kunden zu tragen ist, sofern die Bank kein grobes Verschulden trifft.¹⁵ Solche Bestimmungen befassen sich nicht mit der Vertragshaftung im üblich verstandenen Sinne.¹⁶ Vielmehr überwälzen sie einen Schaden, den die Bank dadurch erleidet, dass sie einem Unberechtigten leistet, auf den betreffenden Kunden.¹⁷ Dass die Überwälzung bloss bei *grobem Verschulden der Bank* unterbleiben soll, wie die Bedingungen verschiedener Banken vorsehen, widerspricht den Grundsätzen des allgemeinen Legitimationsrechts, wonach ein Schuldner, der an den Nichtberechtigten leistet, gegenüber seinem Gläubiger einzig dann befreit wird, wenn er den Ansprecher wegen eines entschuldbaren und überdies durch den Gläubiger mitverursachten Irrtums für berechtigt hielt¹⁸, wobei auch ein leichtes Ver-

¹⁵ Beispiele: «Den aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln oder Fälschungen entstehenden Schaden trägt der Kunde, ausser die Bank hat ihre Sorgfaltspflichten in grober Weise verletzt.» Oder: «Schäden, die aus dem Nichterkennen von Fälschungen und Legitimationsmängeln, namentlich aus Unterschriften- und Dokumentenfälschungen entstehen, trägt der Kunde, sofern die Bank kein grobes Verschulden trifft.»

¹⁶ Vgl. BGE 112 II 454.

¹⁷ Vgl. dazu EUGEN BUCHER, *Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankenverkehr?*, recht 1997, S. 49, S. 42; ZR 97, 1998, Nr. 90, S. 215; ERICH RÜEGG, *Leistung des Schuldners an einen Nicht-Gläubiger*, Diss. Freiburg 1990/AISUF Band 98, S. 131; WOLFGANG WIEGAND, zit. in Anm. 5, S. 153 f.

Eine Schadensüberwälzung bezwecken im Übrigen auch jene Bankbedingungen, die den Schaden aus mangelnder Handlungsfähigkeit auf den Kunden übertragen (vgl. ERICH RÜEGG, a.a.O, S. 132). Beispiel: «Der Kunde trägt jeden Schaden, der aus mangelnder Handlungsfähigkeit seiner Person oder Dritter entsteht, es sei denn, sie sei bezüglich seiner Person in einem schweizerischen Amtsblatt publiziert und bezüglich Dritter der Bank schriftlich mitgeteilt worden.» Kritisch zu einer solchen Bestimmung, die nicht einmal ein grobes Verschulden der Bank vorbehält: WOLFGANG WIEGAND, zit. in Anm. 5, S. 155.

¹⁸ Vgl. PETER JÄGGI, *Zürcher Kommentar*, N 40 zu Art. 966 OR.

schulden die Entschuldbarkeit des Irrtums ausschliesst¹⁹. Auf den Bankverkehr bezogen, hält EUGEN BUCHER²⁰ fest, dass die Bank von Gesetzes wegen ausschliesslich dann berechtigt ist, Fehlvergütungen dem Konto des Kunden anzulasten, wenn diese in der einen oder anderen Form vom Kontoinhaber veranlasst worden sind. Dass der vom Inhaber des Kontos veranlasste Irrtum der Bank ausserdem «entschuldbar» sein muss, wird in diesem Satz nicht speziell hervorgehoben. Hingegen wird klar gemacht, dass ein Kunde, der die Fehlvergütung weder so noch anders veranlasst hat, den Schaden nach allgemeinen Grundsätzen selbst dann nicht übernehmen muss, wenn die Bank überhaupt kein Verschulden trifft.²¹ Von der soeben genannten Regel weichen auch solche Bankbedingungen ab, die den Schaden vorbehaltlos auf den Kunden überwälzen, sobald die Bank die übliche Sorgfalt angewendet hat.²²

3. Die Beschränkung auf grobes Verschulden der Bank ist nicht die einzige Methode, deren sich die Banken-AVB bedienen, um die Vertragshaftung der Bank zum Nachteil der Kunden zu beschränken. *Andere Beschränkungen* haben einen mehrfach verschiedenen Inhalt. So wird in den vorformulierten Vertragsbedingungen etwa bestimmt, dass die Bank bei «Nichtausführung» oder «verspäteter» («resp. mangelhafter») Ausführung von Aufträgen lediglich für den «unmittelbaren Schaden» hafte; dass sie höchstens für den Ersatz des Zinses aufkomme; oder dass sie nur für den Zinsausfall einstehe, wenn sie im Einzelfall nicht auf die Gefahr eines darüber hinausgehenden Schadens hingewiesen worden sei. Oder es wird im Rahmen von Depotreglementen die Haftung der Bank auf den unmittelbaren Schaden oder/und auf den deklarierten Wert des Depots begrenzt. Die Beispiele lassen sich vermehren. In Sonderbedingungen für das «Online-Banking» ist beispielsweise zu lesen, dass die Bank keinerlei Gewähr für die Richtigkeit und Vollstän-

¹⁹ In einem solchen Fall, da den Schuldner ein nur leichtes Verschulden trifft, ist freilich möglich, dass er gegenüber dem Gläubiger, der den Irrtum mitverursacht hat, in einem vom Richter zu bestimmenden Umfang von der Leistung befreit wird (vgl. PETER JÄGGI, zit. in Anm. 18, N 40 zu Art. 966 OR).

²⁰ EUGEN BUCHER, zit. in Anm. 17, S. 42 f.; im gleichen Sinne auch ZR 97, 1998, Nr. 90, S. 216.

²¹ Vgl. auch BGE 112 II 454.

²² Beispiel: «Unterschriften- bzw. Legitimationsprüfung. Schäden, die durch mangelhaften Ausweis über die Verfügungsberechtigung oder durch Fälschungen entstehen, trägt der Kunde, sofern die Bank allfällige Mängel trotz Anwendung der üblichen Sorgfalt nicht erkennen konnte.»

digkeit der von ihr übermittelten Internetbanking-Daten übernimmt; dass sie die Haftung für die von ihr gelieferte (oder empfohlene) Software ablehnt; und dass die Haftung für Schäden, die dem Kunden aus der Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtungen entstehen²³, sowie die Haftung für indirekte Schäden und Folgeschäden ausgeschlossen sei.

Bisweilen knüpfen die vorformulierten Bankbedingungen bei der geschuldeten Sorgfalt an, indem eine Bank sich etwa verpflichtet, «die Depotwerte des Deponenten mit der gleichen Sorgfalt aufzubewahren, zu verbuchen und zu verwalten wie die eigenen», was auf eine Beschränkung der Sorgfaltshaftung auf eine Haftung für Sorgfalt «quam in suis» hinausläuft²⁴. Andere Bestimmungen sprechen von einer «notwendigen» oder «üblichen» («allgemein üblichen» oder «banküblichen») Sorgfalt, zu der sich die Bank z.B. bei der Ausführung eines Vermögensverwaltungsvertrages verpflichtet. Die Kombination einer solchen Bestimmung mit einer Beschränkung der Haftung auf grobes Verschulden²⁵ könnte prima vista zur Ansicht verleiten, die (allgemein) übliche Sorgfalt der Banken reiche nicht über die Vermeidung grober Unsorgfalt hinaus. Das aber ist gewiss nicht der Fall und würde auch von keiner Bank behauptet. Vielmehr verhält es sich so, dass die erwähnte Haftungsbeschränkung in einem unausgewogenen Verhältnis zur übernommenen Verpflichtung steht, indem sie die Verpflichtung zur üblichen Sorgfalt auf der Ebene der Haftung teilweise wieder entwertet.²⁶ Was

²³ Die Formulierung lässt im Unklaren, ob mit den Verpflichtungen, die nicht erfüllt werden, vertragliche Pflichten des Kunden oder solche der Bank gemeint sind. Handelt es sich um Verpflichtungen der Bank, für deren Nichterfüllung die Bankhaftung ausgeschlossen wird, so würde sich der zusätzliche Haftungsausschluss für «indirekte Schäden und Folgeschäden» logisch erübrigen. Handelt es sich um Verpflichtungen des Kunden, so bedürfte es keines Haftungsausschlusses, da die Bank ihrem Kunden für dessen eigene Vertragsverletzungen ohnehin nicht haftet. Einschlägige Bedingungen anderer Banken sind genauer und so formuliert, dass es sich um Verpflichtungen des Kunden handelt.

²⁴ Vgl. dazu OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N 5 zu Art. 99 OR.

²⁵ Beispiel: «Bei der Ausübung dieses Vermögensverwaltungsvertrages übt die Bank die allgemein übliche Sorgfalt aus. Die Bank haftet nur für grobfahrlässige oder in rechtswidriger Absicht getroffene Anlageentscheide».

²⁶ Anders verhält es sich freilich, wenn eine Bank die *Haftung* für gehörige Sorgfalt übernimmt, gleichzeitig aber die *Haftung für leichtes Verschulden* ablehnt (Beispiel: «Die Bank haftet für gehörige Sorgfalt bei der Ausführung dieses Auftrages. Sie haftet weder für leichtes Verschulden von Organen und Hilfspersonen noch für»). Eine solche Satzkombination, welche nicht zwischen der Verpflichtungs- und der Haftungsebene unterscheidet, ist in sich widersprüchlich, wenn man richtigerweise annimmt, dass eine Bankhaftung für «gehörige Sorgfalt» auch die Haftung für leichte Sorgfalts-

die Bank auf der Verpflichtungsebene zusagt, dafür will sie auf der Haftungsebene nicht voll einstehen.²⁷

4. Die Haftung der Bank kann auch *mittelbar* beschränkt werden. Einer solchen Beschränkung dient etwa die Bestimmung, wonach bei der Rückgabe eines verschlossenen Depots «die vorbehaltlose Empfangsbestätigung» (oder «die Rückgabequittung») des Deponenten «die Bank von jeglicher Haftung befreit».²⁸ Von praktisch grosser Bedeutung sind aber vor allem die vorformulierten *Beanstandungsklauseln*, welche die Bankkunden mit Reklamationspflichten und bei deren Verletzung mit einer Genehmigungsfiktion belasten, die sich nachteilig auf deren Haftungslage auswirkt.²⁹ Exemplarisch für eine einschlägige Klausel ist die folgende Bankbedingung:

«Reklamationen des Kunden wegen Ausführung oder Nichtausführung von Aufträgen jeder Art oder Beanstandungen von Rechnungs- oder Depotauszügen sowie anderer Mitteilungen sind sofort nach Empfang der diesbezüglichen Anzeige, spätestens aber innert der von der Bank angesetzten Frist, anzubringen, ansonst die Ausführung bzw. Nichtausführung sowie die entsprechenden Auszüge und Mitteilungen als genehmigt gelten; unterbleibt eine Anzeige, so hat die Beanstandung zu erfolgen, sobald die Anzeige dem Kunden im üblichen Geschäftsablauf hätte zugehen müssen.»

Diese Bestimmung unterstellt dem Kunden, der die rechtzeitige Reklamation (Beanstandung) versäumt, eine Genehmigungserklärung, ohne dass

verletzungen einschliesst. Wären leichte Sorgfaltsverletzungen für einen Bankbetrieb nicht «ungehörig», so wäre es mit der «gehörigen Sorgfalt» einer Bank schlecht bestellt.

²⁷ So verhält es sich auch dann, wenn eine Bank zwar nicht die «übliche» Sorgfalt verspricht, in ihrem Depotreglement aber erklärt, sie verwahre, verbuche und verwalde die Depotwerte «mit der gleichen Sorgfalt wie die eigenen», hafte jedoch «nur, sofern sie ihre Sorgfaltspflichten in grober Weise verletzt» habe. *Oder* analog für den Kontext der Legitimationsprüfung: «Bei Sparkonten verpflichtet sich die Bank zur Prüfung der Unterschriften der Kunden mit der üblichen Sorgfalt. Den aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln und Fälschungen entstehenden Schaden trägt der Kunde, sofern die Bank kein grobes Verschulden trifft.»

²⁸ Pro memoria: Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen wirkt sich eine Quittung lediglich auf die Beweislage, nicht auf den Bestand einer Verpflichtung aus (vgl. dazu MARIUS SCHRANER, Zürcher Kommentar, N 41 zu Art. 88 OR; FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Die Schuldanerkennung im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Freiburg 2003/AISUF Band 222, S. 32).

²⁹ Zu dieser Art der Haftungsbeschränkung vgl. KARL SPIRO, Die Haftung für Erfüllungsgelhilfen, Bern 1984, S. 325, Fn. 1, zweiter Absatz. Eingehend: VIKTOR AEPLI, Zur Inhaltsproblematik allgemeiner Geschäftsbedingungen, dargestellt anhand vorformulierter Klauseln von Banken, ZSR 119, 2000 I, S. 99 ff.

es auf sein wirkliches Erklärungsverhalten ankommt. Nach dem fachtechnischen Verständnis der Regel wird die Genehmigung unwiderlegbar vermutet, also fingiert, was den Kunden erheblich belastet. Durch den letzten Satz der Regel wird die Genehmigungsfiktion bei verspäteter Beanstandung sogar auf Fälle erstreckt, in denen die Bank eine nach dem üblichen Geschäftsablauf zu erwartende Anzeige gar nicht abgeschickt hat³⁰. Über die Wirkung der fingierten Genehmigung schweigt die Bestimmung sich dagegen aus. Offensichtlich hat es die Meinung, dass der Kunde, der eine rechtzeitige Reklamation unterlassen hat, sich auf Fehler der Bank (auch hinsichtlich der Ausführung oder Nichtausführung von Aufträgen) nicht mehr berufen kann, soweit die Fehler aus der tatsächlich erfolgten Anzeige erkennbar waren oder bei unterbliebener Anzeige hätten erkannt werden können, wenn die Anzeige erfolgt wäre.³¹ Bestimmungen anderer Banken sehen nur (aber immerhin) vor, dass der Kunde den aus der verspäteten Beanstandung entstandenen Schaden zu tragen habe, was eine Haftung für den bei rechtzeitiger Beanstandung vermeidbaren Schaden ausschliesst, aber keine Genehmigungsfiktion bezüglich der schädigenden Handlung darstellt.³² Soweit in einer anwendbaren Beanstandungsklausel eine «schriftliche» Reklamation verlangt wird, dient die verlangte Schriftform lediglich dem Beweiszweck, ist also keine Voraussetzung für die Beachtlichkeit der Erklärung. Denn Art. 16 Abs. 1 OR findet keine Anwendung auf Erklärungen, die keine Rechtsgeschäfte sind und den Erklärenden nicht belasten.³³

Für die Genehmigung von Rechnungsauszügen im Kontokorrentverkehr gibt es oft eigene Bestimmungen.³⁴ Mit der Genehmigung solcher Rechnungsauszüge befasse ich mich nicht im Speziellen.

³⁰ Davon zu unterscheiden ist der Fall der «banklagernd zu haltenden Post». Für sie wird etwa bestimmt, dass sie («im Zweifel» oder überhaupt) an dem Datum als zugestellt gilt, das sie trägt.

³¹ Vgl. z.B. den Entscheid BGr. 4C.194/2005 vom 28. September 2005, auf den ich später (unter Ziff. V/3) zurückkommen werde.

³² Vgl. auch VIKTOR AEPLI, zit. in Anm. 29, S. 101; WOLFGANG WIEGAND, zit. in Anm. 5, S. 151.

³³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, AT I, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2003, Nr. 610, unter Verweis auf BGE 128 III 215.

³⁴ Beispiel: «Wenn die Rechnungsauszüge der Bank nicht spätestens innert eines Monats beanstandet werden, gelten sie als genehmigt ... Die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung des Rechnungsauszuges schliesst die Genehmigung aller in ihm enthaltenen Posten sowie allfälliger Vorbehalte der Bank in sich.»

III. Die Rechtsbehelfe der Kunden

Mit den vorstehend erwähnten (vorformulierten) Vertragsbestimmungen, welche die Vertragshaftung der jeweiligen Bank beschränken, habe ich mich auf *eine Auswahl* haftungsbeschränkender Bankbedingungen konzentriert. Aus der Sicht der Kunden, die solche Bedingungen als Vertragsbestandteil übernommen haben, stellt sich *die Frage, wie sie ihnen nach geltendem Recht begegnen können*. Verschiedene Möglichkeiten bieten sich an, namentlich die folgenden:

1. Soweit die Vertragshaftung der Bank auf grobes Verschulden beschränkt, für leichtes Verschulden also wegbedungen wird, greift die zutreffende Rechtsprechung des Bundesgerichts, die den Betrieb einer Bank mit der *Ausübung eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes* gleichsetzt³⁵. Das bedeutet, dass die Freizeichnung für leichtes Verschulden «nach Ermessen des Richters als nichtig betrachtet werden» kann, soweit es um das Verschulden der (rechtlichen oder faktischen)³⁶ Bankorgane geht (Art. 100 Abs. 2 OR). Anders verhält es sich bezüglich der Hilfspersonenhaftung. Sie darf bei obrigkeitlich konzessioniertem Gewerbe zwar nicht überhaupt (Art. 101 Abs. 2 OR), aber doch «für leichtes Verschulden»³⁷ wegbedungen werden (Art. 101 Abs. 3 OR).

Dem Gesagten zufolge liegt es im Ermessen des entscheidenden Gerichts (Art. 4 ZGB), ob die *Wegbedingung der Bankhaftung für leichtes Verschulden der Organe* wirksam ist oder nicht. Kriterien für diesen Entscheid hat das Bundesgericht z.B. in BGE 112 II 455 entwickelt. Dabei hat es zu Recht auch auf das Schutzbedürfnis der Kunden gegenüber den von einer Bank verwendeten AVB hingewiesen.³⁸ Meines Erachtens dürfte es sich im Normalfall und insbesondere bei Konsumentenverträgen rechtfertigen, die Bank trotz gegenteiliger Abrede auch für leichtes Verschulden ihrer Organe haften zu lassen, wenn die vereinbarte Beschränkung auf grobes Verschulden sich aus einer vorformulierten Vertragsbedingung der Bank ergibt. Dafür spricht schon der Umstand, dass der Kunde gemeinhin gar keine andere Wahl hat, als die AVB der von ihm gewählten Bank mit der betreffenden Bestimmung

³⁵ Grundlegend: BGE 112 II 455; bestätigt durch BGr. 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002, E 2.

³⁶ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/REY, zit. in Anm. 14, Nr. 2909.

³⁷ Gemeint: Leichtes hypothetisches Verschulden des Geschäftsherrn (vgl. oben Ziff. II/1); ALFRED KOLLER, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Diss. Freiburg, Zürich 1980, S. 115.

³⁸ Ebenso: BGr. 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002, E 3.

zu übernehmen, da die vorformulierten Bankbedingungen meistens nicht verhandelbar sind. Ausserdem besteht weder ein rechtlich schützenswertes Interesse der mit staatlicher Bewilligung operierenden Banken, sich von der Haftung für leichtes Verschulden der Organe frei zu zeichnen, wenn man von allenfalls möglichen Sonderfällen absieht; noch ist die Branchenüblichkeit einer solchen Freizeichnung ein Umstand, der dafür spricht, sie im Anwendungsbereich des Art. 100 Abs. 2 OR gelten zu lassen. In der Lehre wird denn auch gesagt, dass im Anwendungsbereich des Art. 100 Abs. 2 OR «jeglicher Haftungsausschluss» der Bank, «somit auch jener für leichtes Verschulden, grundsätzlich unwirksam» sei.³⁹

Demgegenüber darf, wie bereits erwähnt, eine *Hilfspersonenhaftung der Bank* für leichtes Verschulden von Gesetzes wegen wegbedungen werden.⁴⁰ Art. 101 Abs. 3 OR, der hierzu einschlägig ist, enthält keine Regel, die es dem Gericht erlaubt, eine solche Abrede nach seinem Ermessen für nichtig zu erklären. Indes liesse sich rechtlich argumentieren, dass die Bank mit Rücksicht auf die Komplexität und die wirtschaftliche Bedeutung ihres Betriebes und das daraus fliessende Schädigungspotential nach Treu und Glauben verpflichtet sei, den Betriebsablauf zum Schutze des einzelnen Vertragskunden so zu organisieren, dass zumindest die dem eigenen Betrieb zugehörigen Hilfspersonen nach Möglichkeit daran gehindert werden, Vertragsverletzungen gegenüber den Vertragspartnern der Bank zu begehen. Bejaht man eine solche Pflicht im Sinne einer vertraglichen Nebenpflicht, wofür auch der ausgesprochene Vertrauenscharakter der massenhaft abgeschlossenen Bankgeschäfte spricht, so trifft die für die Organisation des Geschäftsbetriebes verantwortlichen Organe ein für die Vertragshaftung relevantes (Organisations-)Verschulden, wenn die durch eine Hilfsperson begangene Vertragsverletzung bei geeigneter Organisation hätte vermieden werden können. Und das wiederum führt zurück zu Art. 100 Abs. 2 OR, wonach es im Ermessen des Gerichtes liegt, die Wegbedingung der Bankhaftung auch für leichtes Verschulden der Organe als nichtig zu betrachten.

Die Bestimmung des Art. 100 Abs. 2 OR befasst sich nur mit *Haftungsabreden*, also nicht mit Vertragsklauseln, die den Schaden einer Vertragspartei auf die andere Partei überwälzen. Folglich findet sie keine unmittelbare Anwendung auf Bankbedingungen, wonach der Schaden, den eine Bank aus dem Nichterkennen von *Legitimationsmängeln und Fälschungen* erleidet, vom Kunden zu tragen ist. Auf solche Abreden bringt das Bundesgericht die Be-

³⁹ So: GAUCH/SCHLUEP/REY, zit. in Anm. 14, Nr. 2833, unter Hinweis auf EUGEN BUCHER.

⁴⁰ Explizit auch GAUCH/SCHLUEP/REY, zit. in Anm. 14, Nr. 2899.

stimmung des Art. 100 Abs. 2 OR jedoch sinngemäss zu Anwendung, was bedeutet, dass der Richter die Abrede als nichtig betrachten kann, wenn und soweit sie den Schaden auch bei leichtem Organverschulden auf den Kunden überwälzt.⁴¹ Bei einer Überwälzung trotz groben Verschuldens käme Art. 100 Abs. 1 OR analog zur Anwendung.

2. Nach *Art. 100 Abs. 1 OR* ist «eine zum voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, ... nichtig». Nach Massgabe dieser Bestimmung kann die Vertragshaftung der Bank für grobes Organverschulden weder vollständig noch teilweise wegbedungen werden. Somit ist auch eine zum voraus vereinbarte Einschränkung (nicht nur der vollständige Ausschluss) dieser Haftung nichtig.⁴² Worin die Einschränkung besteht, macht dabei keinen Unterschied. Es genügt, dass sie darauf abzielt, die Haftungslage des Geschädigten auf die eine oder andere Weise zu verschlechtern. Dementsprechend erfasst Art. 100 Abs. 1 OR z.B. auch Abreden, welche die Haftung auf den unmittelbaren Schaden oder auf einen bestimmten Höchstbetrag begrenzen⁴³ oder sie derart (mittelbar) einschränken, dass sie bei nicht zeitiger Reklamation des Kunden durch eine Genehmigungsfiktion beseitigt wird⁴⁴. Auch solche Abreden bleiben nach Art. 100 Abs. 1 OR wirkungslos, soweit sich die Haftung der Bank aus einem groben Organverschulden ergibt.

Das Gesagte gilt sinngemäss im *Anwendungsbereich der Art. 100 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 3 OR*.⁴⁵ Gestützt auf Art. 100 Abs. 2 OR kann das Gericht auch eine Abrede, wonach die Haftung der Bank für leichtes Verschulden der Organe bloss eingeschränkt werden soll, als nichtig betrachten. Und Art. 101 Abs. 3 OR schliesst die Wirksamkeit auch einer Abrede aus, welche

⁴¹ Grundlegend: BGE 112 II 450 ff.; dazu ERICH RÜEGG, zit. in Anm. 17, S. 133 ff.

⁴² Vgl. EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 2. Auflage, Zürich 1988, S. 348, Fn. 77; MARTINA BUOL, zit. in Anm. 6, S. 66 und S. 73; GAUCH/SCHLUEP/REY, zit. in Anm. 14, Nr. 2825.

⁴³ Vgl. BGE 115 II 479; WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar, 3. Auflage, N 4 zu Art. 100 OR.

⁴⁴ Vgl. sinngemäss BGr. 4C.157/2003 vom 2. November 2004, E 3.3. Nach BGr. 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002, E 4.3 kann eine «in den AGBs der Banken ... vereinbarte Genehmigungsfiktion» auch «durch den Nachweis umgestossen werden, dass die Bank um die tatsächliche Nichtgenehmigung wusste». Worauf das Bundesgericht diese Ansicht gründet, nachdem die Genehmigungsfiktion gerade nicht von einem erklärten Genehmigungswillen abhängt, lässt es im zitierten Entscheid offen.

⁴⁵ Vgl. MARTINA BUOL, zit. in Anm. 6, S. 73 und S. 88.

die Hilfspersonenhaftung der Bank für grobes Verschulden nur einschränkt. All das bezieht sich auf Abreden, die «zum voraus» getroffen wurden, sei es individuell oder durch die Übernahme vorformulierter Vertragsbedingungen.

3. Nach *Art. 398 Abs. 2 OR* haftet der Beauftragte dem Auftraggeber «für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes». Nach einem Teil der Lehre kann diese Haftung nicht (auch nicht für leichtes Verschulden) wegbedungen werden, weil der Beauftragte begriffsnotwendig ein sorgfältiges Tätigwerden schulde.⁴⁶ Teilt man den besagten Standpunkt, so scheidet eine Wegbedingung der Bankhaftung schon am Auftragsrecht, sofern der konkrete Bankvertrag dem gesetzlichen Auftragsrecht untersteht. Einige Autoren wollen das aus dem Auftragsrecht hergeleitete Freizeichnungsverbot noch auf andere Dienstleistungsverträge ausdehnen, für die ein sorgfältiges Tätigwerden des Leistungserbringers ebenfalls typisch ist.⁴⁷

Die überwiegende Lehrmeinung lehnt den erwähnten Standpunkt ab und lässt es, was die Wegbedingung der Haftung betrifft, auch im Gebiete des Auftragsrechts bei den allgemeinen Bestimmungen der *Art. 100 und 101 OR* bewenden.⁴⁸ Ohne hier auf die Einzelheiten der Argumentation einzutreten, erachte ich diese (überwiegende) Meinung für richtig. Eine andere Frage freilich ist, wie es sich dann verhält, wenn eine Bank in ihren Vertragsbedingungen die sorgfältige Ausführung eines Geschäftes vertraglich zusichert (indem sie sich z.B. zur üblichen Sorgfalt verpflichtet), ihre Haftung aber gleichzeitig (namentlich auf grobes Verschulden) beschränkt. In einem solchen Fall könnte man vorbringen, dass das vertragliche Sorgfaltsversprechen der vereinbarten Haftungsbeschränkung ohne weiteres vorgehe, weshalb die Beschränkung schon aus diesem Grunde unwirksam sei.⁴⁹ Da indes Verpflichtung und Haftung zu unterscheiden sind⁵⁰, erscheint mir eine derartige Regel nicht für begründet. Damit schliesse ich aber nicht aus, dass

⁴⁶ Nachweise bei GAUCH/SCHLUEP/REY, zit. in Anm. 14, Nr. 2839. Grundsätzlich zustimmend, wenn auch mit gewissen Differenzierungen: WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar, 3. Auflage, N 6 zu Art. 100 OR.

⁴⁷ So z.B. WOLFGANG WIEGAND, zit. in Anm. 46, N 6 zu Art. 100 OR.

⁴⁸ So z.B. HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, BT, 7. Auflage, Bern 2003, S. 317; FRANZ WERRO, Commentaire Romand, N 46 zu Art. 398 OR; ROLF WEBER, Basler Kommentar, 3. Auflage, N 34 zu Art. 398 OR; GAUCH/SCHLUEP/REY, zit. in Anm. 14, Nr. 2839, mit weiteren Verweisen. Offen gelassen in BGE 124 III 165.

⁴⁹ Vgl. sinngemäss dazu INGEBORG SCHWENZER, zit. in Anm. 6, S. 109 f.

⁵⁰ Vgl. auch KARL SPIRO, zit. in Anm. 29, S. 326 f.

die Interpretation des konkreten Vertrages zum Ergebnis führen kann, dass eine vorformulierte Haftungsbeschränkung nicht gelten soll, soweit eine Verletzung der vertraglich versprochenen Sorgfalt in Frage steht. Dabei denke ich vor allem auch an haftungsbeschränkende Bedingungen, die im übernommenen AVB-Werk der Bank getrennt vom vorformulierten Sorgfaltsversprechen platziert sind.

4. Über die angeführten Gesetzesbestimmungen hinaus stehen dem Kunden der Bank auch die Hilfsmittel zur Verfügung, welche die Lehre und Rechtsprechung zur *Geltungskontrolle Allgemeiner Vertragsbedingungen* entwickelt haben⁵¹. Im Vordergrund steht der Grundsatz, wonach individuelle Abreden den Allgemeinen Vertragsbedingungen vorgehen, der aber im Bankgeschäft eine praktisch nur geringe Rolle spielt, da individuell vereinbarte Abweichungen von den vorformulierten Bankbedingungen, gemessen am gesamten Bankenverkehr, relativ selten sind. Von grösserer Wichtigkeit ist die *Ungewöhnlichkeitsregel*, die besagt, dass Allgemeine Bedingungen, mit der eine global zustimmende Partei nicht gerechnet hat und aus ihrer Sicht zur Zeit des Vertragsabschlusses auch nicht rechnen musste, unverbindlich bleiben.⁵² Diese Regel bezweckt, eine Vertragspartei, die eine vorformulierte Vertragsbedingung ohne deren Kenntnis oder Verständnis übernommen hat⁵³, vor Überraschungen zu schützen. Sie wird nicht schon dadurch ausser Kraft gesetzt, dass in den übernommenen AVB steht, der Kunde habe die ihm übergebenen Bankbedingungen ausdrücklich anerkannt.

Überraschend kann für einen branchenfremden Bankkunden z.B. auch ein vorformulierter Haftungsausschluss der Bank für leichtes Verschulden oder eine fingierte Genehmigung sein, welche die Bankbedingungen an sein Verhalten knüpfen. Die Mehrheit der Bankkundschaft muss jedenfalls nicht damit rechnen, die Bank lehne es in den vorformulierten Bedingungen ab, für volle Sorgfalt voll einzustehen, nachdem sogar die Bankenkommission bei der Erteilung der Betriebsbewilligung davon ausgegangen ist, dass «die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen ... Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten» (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG). Und was die Genehmigungsfiktion der Beanstandungsklauseln an-

⁵¹ Vgl. den Überblick bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Anm. 33, Nr. 1138 ff.

⁵² Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Anm. 33, Nr. 1141 ff., mit weiteren Verweisen.

⁵³ Für eine Übernahme ohne Kenntnisnahme spricht nach ALFRED KOLLER (Schweizerisches Obligationenrecht I, Bern 1996, S. 366) eine tatsächliche Vermutung.

geht, so dürften viele Kunden von der Fiktion einer Genehmigung und/oder deren Folgen überrascht sein, welche die von ihnen übernommenen Bankbedingungen mit einer nach Massgabe dieser Bedingungen verspäteten Reklamation verbinden.⁵⁴

Die Tatsache, dass Bankbedingungen mit dem erwähnten Inhalt für Bankverträge üblich sind, vermag die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel nicht ohne weiteres auszuschliessen, wenn man bedenkt, wie erheblich sie vom geltenden Gesetzesrecht abweichen. Dazu kommt, dass die Dienstleistungen der Banken immer häufiger als «Produkte» und somit wie «Waren» angeboten werden, was bei der Kundschaft die kaufähnliche Erwartung einer fehlerfreien Leistung erwecken kann.⁵⁵ Wird ausserdem in einer «Produktbeschreibung» oder sonstwie angepriesen, dass eine Bank «auf höchste Seriosität setzt», dass «Sicherheit und Erfolg oberste Priorität» haben oder dass die Kunden bei ihrer Geldanlage «genau den gewünschten Effekt» erzielen⁵⁶, so wird eine solche Erwartung noch verstärkt.⁵⁷ Jedenfalls aber können die Banken nicht leichthin auf die Akzeptanz ihrer haftungsbeschränkenden Bedingungen vertrauen.⁵⁸ Das gilt z.B. auch für Bankbedingungen, welche die Haftung auf einen Höchstbetrag begrenzen.

Von der Ungewöhnlichkeitsregel zu unterscheiden ist die *Unklarheitsregel*, die auf die vorformulierten Bedingungen zur Anwendung kommt, noch bevor sich die Frage nach der Wirksamkeit stellt. Die Gesamtbedingungen der Banken werden zwar häufig durch eine Deklaration eingeleitet, wonach sie einer klaren Regelung der gegenseitigen Geschäftsbeziehungen

⁵⁴ Das Letztere wird durch eine Aussage des Schweizerischen Bankenombudsman bestätigt, die sein Jahresbericht 2004 auf S. 7 enthält.

⁵⁵ Vgl. WOLFGANG WIEGAND, zit. in Anm. 5, S. 137.

⁵⁶ «Mit der richtigen Würze erreichen Sie auch bei Ihrer Geldanlage genau den gewünschten Effekt.» So der Text in einer Werbebroschüre.

⁵⁷ Dass die Ungewöhnlichkeit einer vorformulierten Vertragsbestimmung auch vor dem Hintergrund einer einschlägigen Werbung zu beurteilen ist, wird in der Lehre anerkannt (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Anm. 33, Nr. 1141b).

⁵⁸ Vgl. dazu auch WALTER FELLMANN, der dem Beauftragten in Zusammenhang mit Art. 398 OR sogar einen Vertrauensmissbrauch vorwirft, wenn er den Auftraggeber veranlasst, ungelesene oder unverstandene Haftungsbeschränkungen zu seinem Nachteil zu übernehmen (Berner Kommentar, N 518 zu Art. 398 OR, unter weitgehender Anlehnung an RAINER SCHUMACHER). Eine solche Klausel sei nichtig, wenn sie nicht speziell ausgehandelt und vom Auftraggeber in voller Kenntnis ihrer Tragweite akzeptiert worden sei. Eine Ausnahme greife nur Platz, wenn der Auftraggeber geschäftserfahren oder sachverständig vertreten gewesen sei (N 519 zu Art. 398 OR).

dienen.⁵⁹ In Wirklichkeit aber sind die Gesamt- und die Sonderbedingungen der Banken nicht so formuliert, dass sie durchwegs den Anforderungen einer guten Mittelbarkeit genügen, wenn man auf den Adressatenkreis der überwiegend rechtsunkundigen und mit der Rechtssprache unvertrauten Bankkunden abstellt. Schon deshalb, aber auch sonst, ist nicht ausgeschlossen, dass deren Auslegung zu einem unklaren Ergebnis führt.⁶⁰ Alsdann spielt die Regel, wonach unklare Vertragsbedingungen zu Ungunsten derjenigen Vertragspartei auszulegen sind, die sie formuliert oder zur Verwendung vorgeschlagen hat.⁶¹ Davon profitiert bei Banken-AVB der Kunde. Steht etwa in den Bedingungen, dass die Bank bei der Ausführung eines Auftrages «für gehörige Sorgfalt», aber doch nur für grobes Verschulden hafte, so ist diese widersprüchliche und dementsprechend unklare Haftungsbestimmung⁶² richtigerweise so auszulegen, dass die Beschränkung der Haftung auf grobes Verschulden entfällt.

5. Die Ungewöhnlichkeitsregel dient, wie erwähnt, dem Schutz gegen überraschende Vertragsbedingungen.⁶³ Mit der Unklarheitsregel hat sie gemeinsam, dass sie nicht auf einer expliziten Anordnung des Gesetzgebers beruht. Im Gesetz verankert ist dagegen *die Regel des Art. 8 UWG*, die gegen «missbräuchliche Geschäftsbedingungen» (Randtitel) ankämpft, indem sie bestimmt, dass «unlauter handelt..., wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen».

In der Rechtspraxis hat die Bestimmung des Art. 8 UWG leider nur wenig bewirkt⁶⁴, wohl nicht zuletzt auch deswegen, weil sie in der Lehre von Anfang an auf mannigfache Kritik gestossen ist⁶⁵. Indes könnte Art. 8 UWG gerade auch im Zusammenhang mit den haftungsbeschränkenden

⁵⁹ Beispiel: «Die nachstehenden Bedingungen dienen einer klaren Regelung der gegenseitigen Beziehungen zwischen den Kunden und der Bank.»

⁶⁰ Vgl. z.B. Anm. 23.

⁶¹ Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Anm. 33, Nr. 1231 ff., mit weiteren Verweisen.

⁶² Vgl. das Beispiel in Anm. 26.

⁶³ In der Rechtsprechung wird sie bisweilen auch zu einer verdeckten Inhaltskontrolle herbeigezogen (vgl. z.B. INGEORG SCHWENZER, zit. in Anm. 6, S. 108).

⁶⁴ So z.B. auch FRANZ WERRO, *L'achat et le leasing*, zit. in Anm. 7, S. 11.

⁶⁵ Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Anm. 33, Nr. 1155, mit weiteren Verweisen.

AVB der Banken von Nutzen sein, wenn man nur dazu überginge, das Tatbestandselement der «Irreführung» zeitgemäss auszulegen⁶⁶. Die umstrittene Frage, ob «missbräuchliche Geschäftsbedingungen» im Sinne des Art. 8 UWG von vornherein nichtig sind, wie die wohl überwiegende Lehre annimmt⁶⁷, oder ob der Vertragspartner des Verwenders dem Richter beantragen kann, sie in Anwendung des Art. 9 Abs. 1 lit. b UWG nichtig erklären zu lassen⁶⁸, ist sekundärer Natur und wäre durch die Rechtsprechung autoritativ zu klären⁶⁹.

6. Schliesslich ist zurückzukommen auf die eingangs erwähnte Tatsache, dass die von mir gesammelten Banken-AVB weitgehend übereinstimmen. Sollte der beobachteten Konkordanz eine *unzulässige Wettbewerbsabrede* (Art. 4 und 5 KG) zugrunde liegen, so wäre der unternehmerisch tätige Bankkunde allenfalls befugt, übernommene Bankbedingungen nach Art. 13 lit. a KG für ungültig erklären zu lassen.⁷⁰

IV. Drei allgemeine Bemerkungen

Dem vorangegangenen dritten Teil möchte ich nun einige Bemerkungen hinzufügen, die das Gebiet des juristisch Handwerklichen verlassen. Es handelt sich um *drei allgemeine Bemerkungen*:

1. Der *schweizerische Bankenplatz* präsentiert sich mit haftungsbeschränkenden Bankbedingungen der geschilderten Art in einem ungünstigen Licht. Die betreffenden Vertragsbedingungen sind keineswegs kundenfreundlich. Ausserdem vermitteln die Banken, die sie verwenden, den Eindruck, dass sie selber nicht auf ihre eigene Sorgfalt und Zuverlässigkeit vertrauen, weshalb sie durch ihre Bankbedingungen versuchen, sich den Haftungsfolgen ihrer Fehler zulasten der Kunden in einem erheblichen Umfang zu entziehen. Dies steht im Kontrast zum bereits zitierten Art. 3 Abs. 2 lit. c des

⁶⁶ Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Anm. 33, Nr. 1154, mit weiteren Verweisen; neuerdings: HUBERT STÖCKLI, Verträge und AGB, zit. in Anm. 7, S. 26 f.

⁶⁷ Vgl. die Nachweise bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Anm. 33, Nr. 1156 f., wo diese Meinung jetzt ebenfalls vertreten wird (anders noch in der Voraufgabe).

⁶⁸ So z.B. PETER GAUCH, Baurecht 1987, S. 57 f.

⁶⁹ In BGE 119 II 448 wurde die Frage offen gelassen.

⁷⁰ Vgl. dazu HUBERT STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, zit. in Anm. 3, S. 185 ff.; zur fehlenden Aktivlegitimation von Konsumenten vgl. allerdings S. 18 f.

Bankengesetzes, der zwar an den darin genannten («mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten») Personen anknüpft, aber doch das Anliegen des Gesetzgebers verkörpert, «eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» der Banken sicherzustellen. Ein wichtiges Indiz dafür, dass das gesetzgeberische Anliegen erfüllt wird, bestünde nun gerade darin, dass die Banken gewillt wären, gegenüber ihrer Kundschaft für eine umfassende Sorgfalt, wie sie für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit vorausgesetzt wird, voll einzustehen.

Dass die Bankenkommission, welche die Bewilligung zum Geschäftsbetrieb einer Bank zu erteilen hat (Art. 3 Abs. 1 BankG), offenbar davon absieht, auch auf deren AVB abzustellen, vermag am Gesagten nichts zu ändern. Ob die Bewilligungsbehörde überhaupt befugt wäre, den Inhalt der zur Verwendung vorgesehenen Vertragsbedingungen als ein Entscheidkriterium beizuziehen, steht hier nicht zur Diskussion. Art. 3 Abs. 3 des Bankengesetzes weist z.B. in eine andere Richtung, aber nur dann, wenn die darin enthaltene Aufzählung der von der Bank einzureichenden Dokumente abschliessenden Charakter hat, was sich dem Wortlaut der Bestimmung nicht zwingend entnehmen lässt.

2. Die Lektüre der von mir gesammelten Banken-AVB hat mich in meiner Überzeugung verstärkt, dass die Schweiz einer einlässlichen *Gesetzgebung zur Kontrolle der Allgemeinen Vertragsbedingungen* bedarf. Der vor zwanzig Jahren erlassene und am 1. März 1988 in Kraft getretene Art. 8 UWG hat bis anhin noch nicht viel bewegt, worauf bereits hingewiesen wurde. Überdies dient Art. 8 UWG vorwiegend dem wettbewerbsrechtlichen Lauterkeitsschutz (Art. 1 UWG) und vermag auch deshalb ein umfassendes Eingreifen des Gesetzgebers nicht zu ersetzen. Die politischen Widerstände gegen eine wirksamere Kontrolle der Allgemeinen Vertragsbedingungen scheinen jedoch enorm und von enorm mächtigen Interessengruppen getragen zu sein.⁷¹ So hat der Bundesrat erst kürzlich, am 21. Dezember 2005, entschieden, auf die vorbereitete Revision des Konsumentenschutzgesetzes zu verzichten.⁷² Damit wurde auch der zugehörige Entwurf einer AVB-Gesetzgebung, die das geltende OR ergänzt und eine gerichtliche Inhaltskontrolle wenigstens zu Gunsten der Konsumenten vorgesehen hätte⁷³,

⁷¹ Vgl. dazu auch EUGEN BUCHER, zit. in Anm. 17, S. 53.

⁷² Vgl. die Pressemitteilung des EVD vom 21.12.2005.

⁷³ Das wäre ein guter Anfang gewesen. Selber bin ich jedoch der Meinung, dass eine Inhaltskontrolle nur zugunsten der Konsumenten nicht ausreicht, sondern auch die

auf unbestimmte Zeit begraben. Möglich und zu hoffen bleibt allerdings, dass das Bundesgericht bei passender Gelegenheit in die Bresche springt, indem es den säumigen Gesetzgeber durch eine kreative Rechtsprechung remplaciert.

In der Situation, wie sie sich heute noch darstellt, ist die Schweiz ein archaisches Eldorado inhaltlich unkontrollierter AVB, dieweil man im benachbarten und weiteren Ausland schon seit längerer Zeit erkannt hat, dass ein modernes Vertragsrecht nicht ohne gerichtliche Gerechtigkeitskontrolle der Allgemeinen Vertragsbedingungen auskommt. Eine solche Kontrolle, die es den Gerichten gestattet, inhaltlich unbilligen AVB die Geltung zu versagen, bedürfte der Ergänzung durch ein entsprechendes Verbandsklagerecht. Beides drängt sich auch für die AVB der Banken auf, die durch ihre einseitige Vertragsgestaltung und die systematische und flächendeckende Verwendung ihrer vorformulierten Vertragsbedingungen faktisch die Rolle privater «Gesetzgeber» übernommen haben, welche die Bankgeschäfte reglementieren⁷⁴. Nach der gewonnenen Erfahrung reicht der Wettbewerb unter den Banken offensichtlich nicht aus, um eine angemessene Ausgestaltung der im Bankgeschäft vorherrschenden AVB sicherzustellen. Überhaupt hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, «dass aufgrund der sozio-ökonomischen Entwicklung ... dem Vertrag als solchem nicht automatisch eine Richtigkeitsgewähr oder auch nur eine Richtigkeitschance innewohnt».⁷⁵

3. Dass das Bankgeschäft nicht ohne vorformulierte Vertragsbedingungen funktionieren kann, ist mit Rücksicht auf die notwendige Rationalisierung der Vertragsabschlüsse und das Erfordernis einer inhaltlichen Vereinheitlichung der massenweise abgeschlossenen Bankverträge klar, so wie auch *das Versicherungsgeschäft* nicht ohne vorformulierte Vertragsbedingungen auskommt. Gegen das Unvermeidbare zu polemisieren, liegt mir ferne. Nachdem nun aber die Versicherungen genannt wurden, drängt sich ein weiterer Vergleich auf:

Während der schweizerische Gesetzgeber für den Versicherungsvertrag schon zu Beginn des letzten Jahrhunderts ein spezielles Gesetz (das Ver-

Kaufleute (namentlich die KMU) ein schützenswertes Interesse an einer gerichtlichen Inhaltskontrolle der Allgemeinen Vertragsbedingungen haben (ebenso: INGEORG SCHWENZER, zit. in Anm. 6, S. 106).

⁷⁴ Einen sprachlichen Ausdruck findet dies darin, dass Sonderbedingungen für bestimmte Geschäftssparten explizit als «Reglemente» bezeichnet werden.

⁷⁵ INGEORG SCHWENZER, zit. in Anm. 6, S. 104, mit Verweis auf ERNST KRAMER und CARL BAUDENBACHER.

sicherungsvertragsgesetz von 1908) mit zum Teil zwingenden oder halb-zwingenden Bestimmungen erlassen hat, dessen Anpassung an die Neuzeit in Vorbereitung ist⁷⁶, fehlt es an einem entsprechenden *Sondergesetz für Bankverträge*. Das ist ein ungerechtfertigter Unterschied, der umso deutlicher zum Vorschein tritt, als nach einer kürzlich verabschiedeten Botschaft des Bundesrates die staatliche Aufsicht über Banken, Versicherungsunternehmen und weitere Finanzintermediäre in einer einzigen Behörde zusammengefasst werden soll⁷⁷, was die nahe Verwandtschaft der besagten Finanzbereiche vor Augen führt. Dem widerspricht die gesetzgeberische Ungleichbehandlung auf der Ebene des Vertragsrechts, die sich auch nicht durch die Vielfalt der unterschiedlichen Bankgeschäfte rechtfertigen lässt. Denn:

Trotz dieser Vielfalt liessen sich zumindest die grundlegenden Pflichten und Rechte der Parteien sowie die Vertragshaftung besonders regeln, allenfalls verbunden mit einer Vorschrift, wonach abweichende Vereinbarungen zum Nachteil der Kunden unwirksam bleiben, wenn sie in Allgemeinen Vertragsbedingungen vorformuliert sind. Eine solche Vorschrift wäre kein Novum, sondern könnte sich am Vorbild der geltenden Art. 256 Abs. 2 lit. a und Art. 288 Abs. 2 lit. a OR orientieren, die den Mietern und Pächtern einen derartigen Schutz gegen Allgemeine Vertragsbedingungen ihres Vertragspartners einräumen. Da die Schutzbedürftigkeit der Bankkunden nicht geringer ist als jene der Mieter und Pächter, gibt es für den Gesetzgeber keinen nachvollziehbaren Grund, ihnen nicht auch den gleichen Schutz zu gewähren.⁷⁸ Noch weiter geht bereits heute Art. 65 des Anlagefondsgesetzes, der in seinem Anwendungsbereich eine Haftungsbeschränkung der Depotbanken überhaupt ausschliesst.

Andere Fragen, die in einem besondern Bankvertragsgesetz zu regeln wären, betreffen z.B. die Beendigung der Bankverträge und das Recht der Banken, vertraglich übernommene Bankbedingungen einseitig zu ändern. In den heute geläufigen Bankbedingungen behalten sich die Banken grundsätzlich ein jederzeitiges Recht zur einseitigen Auflösung bestehender Geschäftsbeziehungen und ein Recht zur Änderung der Gesamt- und bisweilen auch

⁷⁶ Der Bundesrat hat zu diesem Zweck eine Expertenkommission eingesetzt, deren Ergebnisse in absehbarer Zeit veröffentlicht werden sollen.

⁷⁷ Vgl. die Medienmitteilung des EFD vom 1.2.2006 und die Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1.1.2006.

⁷⁸ Auf die Miete von Bankschrankfächern kommt Art. 256 Abs. 2 lit. a OR ohnehin zur Anwendung.

anderer Bedingungen vor.⁷⁹ Dass sich eine bankseitige Änderung geltender Vertragsbedingungen negativ auf die Haftungslage oder auf die sonstige Rechtsstellung des Vertragskunden auswirken kann, liegt auf der Hand. Deren Verbindlichkeit für laufende Verträge wird zwar in den meisten Bedingungen an die Voraussetzung geknüpft, dass der jeweilige Kunde nicht innerhalb einer bestimmten Frist widerspricht. Ob aber der Kunde Widerspruch erhebt oder nicht, hängt vorerst davon ab, ob er die «auf dem Zirkularweg» oder sonstwie bekannt gegebene Änderung der Bankbedingungen überhaupt zur Kenntnis nimmt und in ihrer Tragweite begreift oder nicht. Unterlässt er es, rechtzeitig zu widersprechen, so läuft der Vertrag, wie von der Bank gewünscht, mit den geänderten Bedingungen weiter. Erhebt der Kunde dagegen rechtzeitig Widerspruch, so muss er damit rechnen, dass die Bank von einem allenfalls vorbehaltenen Recht zur Kündigung Gebrauch macht, falls sie die Vertragsauflösung einer unveränderten Weitergeltung des Vertrages vorzieht. So oder anders befindet die Bank sich in einer komfortablen Lage. Vereinzelt Bestimmungen sehen sogar davon ab, dem Kunden eine Widerspruchsmöglichkeit einzuräumen⁸⁰; andere Klauseln bestimm-

⁷⁹ *Beispiele für das Auflösungsrecht:* «Die Bank behält sich vor, bestehende Geschäftsbeziehungen, insbesondere zugesagte oder benützte Kredite, mit sofortiger Wirkung aufzuheben, wobei allfällige Forderungen sofort zur Rückzahlung fällig werden. Vorbehalten bleiben anderslautende schriftliche Abmachungen.» *Oder:* «Die Bank behält sich vor, bestehende Geschäftsverbindungen jederzeit aufzuheben. Insbesondere kann sie auch zugesagte und erteilte Kredite annullieren und ihre Guthaben ohne Kündigung einfordern. Dies gilt auch für Kredite mit bestimmter Laufzeit oder Kündigungsfrist, sofern die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kunden/der Kundin nach der Beurteilung der Bank eine Fortführung der bestehenden Geschäfte nicht mehr rechtfertigen.» *Oder* in Form einer Sonderbedingung: «Die Bank kann jederzeit Sparguthaben ... kündigen.»

Beispiele für das Änderungsrecht: «Die Bank behält sich jederzeitige Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor. Diese werden dem Kunden auf dem Zirkularweg oder auf andere geeignete Weise bekannt gegeben und gelten ohne Widerspruch innert Monatsfrist als genehmigt.» *Oder:* «Die Bank behält sich Änderungen der Allgemeinen und/oder Besonderen Geschäftsbedingungen vor. Diese Änderungen werden auf dem Zirkularweg oder auf andere geeignete Weise bekannt gegeben. Sie gelten ohne Widerspruch innert Monatsfrist als genehmigt.»

In Sonderbedingungen für einzelne Geschäftssparten können die Rechte der Bank abweichend vom allgemeinen Muster geregelt sein. Insbesondere kann die Kündigung der Bank an die Einhaltung einer bestimmten Kündigungsfrist gebunden sein.

⁸⁰ Änderungsbestimmungen, die dem Kunden keine Möglichkeit zum Widerspruch einräumen, sind z.B. wie folgt formuliert: «Die Bank kann die Allgemeinen Geschäftsbedingungen jederzeit ändern. Der Kunde wird schriftlich oder auf andere geeignete

men im Zusammenhang mit der Verwendung elektronischer Hilfsmittel, dass die Änderungen «auf jeden Fall mit dem nächsten Einsatz der elektronischen Hilfsmittel als genehmigt» gelten.

Sofern der konkrete Bankvertrag der auftragsrechtlichen Auflösungsregel des Art. 404 OR untersteht, kann er nach dieser OR-Bestimmung, die das Bundesgericht sogar für zwingend erachtet⁸¹, jederzeit von jeder Partei fristlos gekündigt werden (Abs. 1), was jedoch (im Unterschied zu den einschlägigen Bankbedingungen) zu einer Schadenersatzpflicht führt, wenn die Kündigung zur Unzeit erfolgt (Abs. 2). Ob Art. 404 OR auch auf Dauerverträge zur Anwendung kommt, lässt sich der diesbezüglich widersprüchlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts allerdings nicht eindeutig entnehmen.⁸² In einem besondern Bankvertragsgesetz müsste die Frage, ob und für welche Verträge sich ein jederzeitiges (voraussetzungsloses) Auflösungsrecht bei Bankgeschäften rechtfertigt, jedenfalls speziell geregelt werden. Auch hätte sich ein solches Gesetz mit der Auswirkung geänderter Bankbedingungen auf laufende Bankverträge zu befassen. Als Vorbild könnte dabei der ausgewogene Art. 35 des VVG dienen, wonach der Versicherungskunde (nicht der Versicherer) berechtigt ist, die Fortsetzung des Vertrages zu den vom Versicherer geänderten Bedingungen zu verlangen, jedoch ein zusätzliches Entgelt zu leisten hat, wenn die Versicherung zu den neuen Bedingungen eine höhere Gegenleistung erfordert.

Weise informiert.» *Oder:* «Im übrigen gelten die vertraglichen Grundlagen der Bank in der jeweils gültigen Form.»

Da solche Bestimmungen es in das Belieben der Bank stellen, den vorformulierten Inhalt eines abgeschlossenen Vertrages einseitig abzuändern, bleiben sie nach Massgabe des Art. 27 Abs. 2 ZGB zumindest insoweit ungültig, als es um Änderungen *zum Nachteil* eines Kunden geht. Nach der Auslegungsregel, wonach im Zweifel diejenige Bedeutung vorzuziehen ist, die zu einem rechtlich haltbaren Ergebnis führt (JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 441 ff. zu Art. 18 OR), sind sie allenfalls schon auf der Ebene der Vertragsauslegung so zu verstehen, dass sie sich ausschliesslich auf *kundengünstige* Änderungen beziehen.

⁸¹ So die konstante Rechtsprechung seit BGE 115 II 466 ff.; neuerdings etwa BGr. 4P.155/2004 vom 4. Oktober 2004, E 2.2.7; 4C.43/2003 vom 24. April 2003, E 2.1; 4C.278/2003 vom 5. November 2003, E 2.3; 4C.447/2004 vom 31. März 2005, E 5.4. *Kritisch* dagegen: PETER GAUCH, Art. 404 OR – Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters, recht 1992, S. 15 ff.; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, BT, 7. Auflage, Bern 2003, S. 323; WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, N 104 ff. zu Art. 404 OR mit weiteren Zitaten in N 109.

⁸² Vgl. dazu PETER GAUCH, Der Auftrag, der Dauervertrag und Art. 404 OR, SJZ 2005, S. 520 ff.

V. Einwände gegen meinen Beitrag

Ich bin sicher, dass mein Beitrag zu den Banken-AVB keine ungeteilte Zustimmung findet. Insbesondere von den Banken und den Juristen, die ihnen nahe stehen, sind *Einwendungen* zu erwarten, was kein Nachteil ist, da man Gewissheit nur erlangt, wenn Ansichten verschiedener Herkunft zusammenfliessen. Einige Einwände habe ich schon vor der Niederschrift meines Beitrages (im Anschluss an meinen Vortrag oder später) vernommen; sie waren darauf aus, mich von meiner kritischen Haltung gegenüber den Bankbedingungen zu heilen. Andere will ich in thomistischer Manier vorwegnehmen. Insgesamt sind es fünf Einwendungen, auf die ich im Folgenden eingehe:

1. Der *erste Einwand* argumentiert mit der *Vertragsfreiheit*: Die Bankkunden seien frei, Bankverträge mit den von den Banken vorformulierten AVB abzuschliessen oder vom Abschluss eines Vertrages abzusehen, weshalb sie keines besondern Schutzes bedürften.

Dieser Einwand stimmt theoretisch. Das Leben aber ist anders. Nach den realen Lebensverhältnissen sind die Bankkunden auf den Abschluss von Bankverträgen angewiesen und können sich im Normalfall auch dem einseitigen AVB-Diktat der Banken nicht entziehen. So gesehen kann von «Freiheit» nicht die Rede sein. Die Bankverträge sind im Gegenteil ein eindrückliches Beispiel dafür, wie sehr der freiwillig abgeschlossene und individuell ausgehandelte Vertrag, einst Leitbild des Gesetzgebers, an Bedeutung verloren hat. Dass einige (verhältnismässig wenige) Bankkunden über genügend Verhandlungsmacht verfügen, um über einen bankseitig vorformulierten Vertragsinhalt mit Aussicht auf Erfolg zu verhandeln, ändert nichts daran, dass die übrigen Kunden, die der Dominanz der Banken ausgeliefert sind, einem faktischen Kontrahierungszwang unterliegen. Die Banken wissen das, so gut wie sie auch wissen müssen, dass wohl ein grosser Teil ihrer Kunden die massgeblichen Banken-AVB übernehmen, ohne sie vorerst studiert oder ohne sie in allen Teilen verstanden zu haben⁸³.

⁸³ Dass die Banken sich bisweilen durch Unterschrift des Kunden das Gegenteil bestätigen lassen, signalisiert lediglich das Bedürfnis, sich ein formales Argument zu beschaffen. Insbesondere kann ein Kunde, wenn er die AVB überhaupt gelesen hat, nur bestätigen, dass die Bedingungen von ihm *so* verstanden wurden, wie er selber sie verstanden hat. Denn es ist ja immer nur der Leser, der einem gelesenen Text einen Sinn gibt und damit die Bedeutung bestimmt, die der Text für ihn hat.

So wäre es denn wünschenswert, dass die vom Bundesgericht festgestellte Tendenz, «die formale Vertragsfreiheit durch materielle Vertragsgerechtigkeit» zu ersetzen (BGE 123 III 298)⁸⁴, auch auf das Gebiet der Bankgeschäfte übergreifen würde. Unter dem Gesichtspunkt eines sozialen Vertragsrechts erscheint dies umso wichtiger, als den Banken, die ihre Geschäfte in der Schweiz betreiben, die ganze Bevölkerung der Schweiz gegenübersteht. Auf einige Protagonisten verflussener Vertragsideale abzustellen, um über die realen Bedürfnisse der Bevölkerung hinwegzusehen, kann gewiss nicht die Aufgabe einer geltungszeitlichen Rechtsordnung sein, obwohl sich der Bundesrat in seiner momentanen Besetzung dieser Einsicht zu verschliessen scheint⁸⁵.

Dass die formale Vertragsfreiheit nicht wirkliche Freiheit für alle bedeutet, ist im Übrigen keine neue Erkenntnis, sondern insbesondere für die Versicherungsbranche schon länger als hundert Jahre anerkannt. «Im Versicherungsverkehr ist die Vertragsfreiheit in Tat und Wahrheit ‚Freiheit‘ nur für den Versicherer», hatte der Bundesrat von 1904 in seiner Botschaft zum Entwurf eines Versicherungsvertragsgesetzes ausgeführt und dann beigefügt: «Die Versicherungsgesellschaften sind mit einem faktischen Monopole ausgerüstet; ihrem Drucke vermag sich der Einzelne nicht zu entziehen.»⁸⁶ Diese frühe Erkenntnis des damaligen Bundesrates⁸⁷ lässt sich im Wesentlichen auch auf den Bankverkehr übertragen, wenn man an die Stelle der Versicherer die Banken setzt.

⁸⁴ Vgl. dazu auch die grundlegende Arbeit von EVA MARIA BELSER, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Diss. Freiburg 2000/AISUF Band 198, passim.

⁸⁵ In der Medienmitteilung des EJPD vom 9. 11. 2005 hat der Bundesrat seinen Verzicht auf den Erlass eines Bundesgesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr und eine damit verbundene Revision des Obligationenrechts unter anderem wie folgt begründet: «Das Obligationenrecht steht auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Sie ist Ausdruck davon, dass die Bürger mündig sind und selber am besten wissen, was für sie gut und von Vorteil ist. Widerrufsrechte und Gewährleistungsansprüche tragen dem keine Rechnung und stellen eine Form der Bevormundung des Konsumenten durch den Gesetzgeber dar.» Diese Sätze demonstrieren, wie sehr sich der jetzige Bundesrat von einem historisch überholten Vertragsbild leiten lässt. Aus ihnen spricht das neunzehnte Jahrhundert, das in die Gedankenwelt unserer derzeitigen Regierung zurückgekehrt ist.

⁸⁶ Botschaft des Bundesrates vom 2. Februar 1904 zu dem Entwurfe eines Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (BBl 1904 I 250).

⁸⁷ Vgl. dazu auch ANDREAS ABEGG, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, Diss. Freiburg 2004/AISUF Band 225, Zürich 2004, S. 68.

2. Der *zweite Einwand* verweist auf die *Möglichkeit der gerichtlichen Auseinandersetzung*: Die Kunden hätten es in der Hand, sich gegen vereinbarte Bankbedingungen gerichtlich zur Wehr zu setzen, soweit diese nach dem geltenden Recht ungültig seien.

Dieser Einwand verkennt zunächst, dass es im Zusammenhang mit Allgemeinen Vertragsbedingungen nicht nur *darum* geht, die Kunden gegen einseitig vorformulierte Regeln zu schützen, die nach der gegenwärtigen Rechtslage keinen rechtlichen Bestand haben. Sodann verweist er die Bankkunden auf den Gerichtsweg, obwohl die wenigsten Kunden einer Bank es wagen oder es sich leisten können, gegen ihre Bank prozessual anzutreten, ganz abgesehen davon, dass ein nur geringer Teil der Bankkundschaft mit den erforderlichen Rechtskenntnissen ausgestattet ist, um die rechtliche Gültigkeit einer übernommenen Vertragsbedingung überhaupt in Zweifel zu ziehen. So machte denn auch der Bankenombudsman «die Erfahrung, dass die Kunden der Rechtskenntnis ihrer Bank vertrauen und meist aus Unkenntnis nicht reklamieren»⁸⁸.

Dass vorformulierte Vertragsbedingungen der Banken nach wie vor Bestimmungen enthalten, welche die Haftung der Bank für leichtes Verschulden auch ihrer Organe ausschliessen, obgleich diesbezüglich Art. 100 Abs. 2 OR eingreift, ist ein beredtes Zeichen dafür, wie gering die Prozessbereitschaft der Bankkunden von den Bankiers eingeschätzt wird. Es auf einen Prozess ankommen zu lassen, ist für viele Kunden auch deshalb zu riskant, weil die Banken sich in ihren AVB regelmässig vorbehalten, die bestehenden Geschäftsbeziehungen, insbesondere zugesagte oder benützte Kredite, mit sofortiger Wirkung und sofortiger Fälligkeit ihrer Forderungen aufzukündigen, was je nach den finanziellen Verhältnissen des Kunden ein zusätzliches Risiko darstellen kann.

3. Der *dritte Einwand* beruft sich auf *das tatsächliche Geschäftsgebaren der Banken*: Die Banken seien bei der Durchsetzung ihrer AVB kulant, weshalb aus ihren Bankbedingungen nicht auf ihr tatsächliches Verhalten bei der Vertragsabwicklung geschlossen werden könne.

Dieser Einwand bringt mich vorerst in Verlegenheit, da ich nicht zu beurteilen vermag, wie kulant die Banken im Umgang mit ihren Kunden sind. Denn das meiste, was in den Banken geschieht, dringt bekanntlich nicht an die Öffentlichkeit. Immerhin zeigt aber die amtlich oder sonst publizierte Rechtsprechung, dass die Banken nicht davon absehen, sich in gerichtlich

⁸⁸ Jahresbericht 2000 des schweizerischen Bankenombusman, S. 5.

ausgetragenen Streitfällen eben doch auf ihre AVB zu berufen, wenn es nützt. In einem Fall, der kürzlich vom Bundesgericht entschieden wurde⁸⁹, ging es um eine ganze Reihe von Börsentransaktionen, die von einem Kundenberater der Bank ohne Auftrag des Kunden ausgeführt worden waren. Obwohl der Kunde die vertragswidrigen Transaktionen jeweils telefonisch beim Kundenberater beanstandet hatte, lehnte die beklagte Bank es ab, die aus dem grob vertragswidrigen Verhalten ihres Angestellten abgeleiteten Ansprüche des Kunden anzuerkennen, indem sie sich unter anderem auf die Genehmigungsfiktion berief, welche die in den Prozess eingeführten AVB an eine verspätete Reklamation des Kunden knüpften. Das Bundesgericht, das im Berufungsverfahren mit einem Teil der fraglichen Transaktionen befasst war, schlug sich mit einer merkwürdigen Auslegung der vereinbarten Beanstandungsklausel⁹⁰ auf die Seite der Bank, obwohl feststand, dass der Kunde «umgehend» reklamiert hatte.⁹¹ Das Urteil des Gerichts wurde im

⁸⁹ BGr. 4C. 194/2005 vom 28. September 2005.

⁹⁰ Die Beanstandungsklausel, auf die sich die Bank im Prozess berief, hatte folgenden Wortlaut: «Der Kunde erhält periodisch Rechnungs- und Depotauszüge. Einwendungen hiergegen wie gegen andere Mitteilungen der Bank sind unverzüglich anzubringen, wo tunlich auch telegrafisch oder telefonisch; bei Verzögerungen ist der daraus resultierende Schaden vom Kunden zu übernehmen. Das gleiche gilt, wenn eine zu erwartende Mitteilung nicht termingerecht beim Kunden eintrifft. Sofern der Kunde innert Monatsfrist keine Einwendungen erhebt, gelten die Auszüge als richtig befunden, unter Genehmigung aller darin eingestellten Posten und allfälliger Vorbehalte der Bank in Gutschriftenanzeigen über noch nicht eingegangene Beträge» (teilweise zitiert in Erwägung 3.2.3 des Entscheides).

⁹¹ Nach den Ausführungen des Bundesgerichts (Erwägung 3.2.3) ist die in Anm. 90 zitierte Beanstandungsklausel «nach Treu und Glauben» so auszulegen, «dass eine Reklamation *in allen Fällen* in 'tunlicher Weise' zu erfolgen hat». Diesem Erfordernis der «Tunlichkeit» könne grundsätzlich zwar auch eine telefonische Reklamation beim Kundenberater genügen. Nachdem aber dem klägerischen Kunden klar geworden sei, «dass mündliche Reklamationen an seinen Kundenberater nichts fruchteten und von diesem schlicht ignoriert wurden», sei er verpflichtet gewesen, «sich entweder schriftlich oder gegebenenfalls auch telefonisch an den Vorgesetzten (des) Kundenberaters zu wenden», wenn er die auftragslos getätigten Transaktionen nicht gegen sich gelten lassen wollte. Da er dies bis zum Ablauf von rund zweieinhalb Monaten nach Erhalt des massgeblichen Quartalsauszuges unterlassen habe, könne nicht davon gesprochen werden, er habe die strittigen Geschäfte in tunlicher Weise beanstandet, bevor die Genehmigungswirkung nach Massgabe der Beanstandungsklausel eintrat.

Diese Ausführungen krankten an einer falschen Prämisse, da sie offensichtlich von einer unrichtigen Auslegung der vertraglichen Genehmigungsbestimmung ausgehen. Die vorformulierte Beanstandungsklausel sagt, dass Einwendungen gegen die periodischen Rechnungs- und Depotauszüge «*unverzüglich*» anzubringen sind, um dann

PLÄDOYER 2006/Heft 1 mit dem Beisatz «komplett verdreht» zum «Fehlurteil 2005» erhoben. Ob es diese negative «Auszeichnung» verdient, mag dahingestellt bleiben. So oder anders ist der geschilderte Fall kein Beispiel für das kulante Verhalten einer Bank. Vielmehr hatte die involvierte Bank, wie im «Sachverhalt» des Urteils nachzulesen ist, von Anfang an «sämtliche Vorwürfe und Begehren» des Kunden zurückgewiesen.

Natürlich ist mir bewusst, dass ein Einzelfall nicht das Gesamte ausmacht. Das will ich auch gar nicht behaupten. Vielmehr lasse ich offen, wie weit die angebliche Kulanz der Banken, aufs Ganze gesehen, tatsächlich

unmittelbar beizufügen: «*wo tunlich auch telegrafisch oder telefonisch*». Aus dem besagten Zusammenhang ergibt sich somit nichts anderes, als dass Einwendungen «telegrafisch oder telefonisch» zu erfolgen haben, sofern dies *unter dem Gesichtspunkt der verlangten Unverzüglichkeit* «tunlich» ist. Hätten trotz des Kontextes, in dem das Wort «tunlich» verwendet wird, Zweifel an einer solchen Auslegung bestanden, so wäre es angezeigt gewesen, zu Gunsten des Kunden die Unklarheitsregel ins Spiel zu bringen. Jedenfalls lässt sich eine Verpflichtung des im konkreten Fall geschädigten Kunden, «sich entweder schriftlich oder gegebenenfalls auch telefonisch an den Vorgesetzten (des) Kundenberaters zu wenden», nicht mit dem vorformulierten Satzteil begründen, wonach Einwendungen «wo tunlich auch telegrafisch oder telefonisch» anzubringen sind. Dass das Bundesgericht es dennoch getan hat, weckt die Vermutung, dem Urteil lägen in Wirklichkeit andere Motive zugrunde. Vielleicht liess das Bundesgericht sich von der (in der gleichen Erwägung angedeuteten) Überlegung leiten, dass der betreffende Kunde wohl die weitere (eventuell günstigere) Entwicklung abwarten wollte, bevor er zusätzliche Schritte unternahm. Dann aber hätte das Gericht sein Urteil auf *diese* Überlegung abstützen müssen, ohne auf die Beanstandungsklausel und das darin verwendete Wort «tunlich» zu rekurrieren. Ob die Prozess- und Rechtslage dies zugelassen hätte, entzieht sich meiner Einsicht.

Aber auch dann, wenn man sich der Auslegung des Bundesgerichts anschliessen wollte, wären noch nicht alle Zweifel ausgeräumt. Dann nämlich stellt sich die vom Bundesgericht unerörterte Frage, wie sich die mit der Beanstandungsklausel vereinbarte Haftungsbeschränkung (vgl. Ziff. II/4 im Text) zur gesetzlichen Bestimmung des Art. 101 Abs. 3 OR verhält, die bei Banken eine Beschränkung der Hilfspersonenhaftung «höchstens für leichtes Verschulden» zulässt (vgl. Ziff. III/1). Da sich im entschiedenen Fall der Kundenberater und damit eine Hilfsperson der Bank fortgesetzt und absichtlich vertragswidrig verhalten hat, kann gewiss nicht von einem bloss «leichten» Verschulden gesprochen werden, weshalb die Haftungsbeschränkung unwirksam war (vgl. Ziff. III/2 a.E.). Ob das Bundesgericht diesen Gesichtspunkt nach der für seinen Entscheid massgeblichen Behauptungs- und Prozesslage nicht berücksichtigen konnte oder ihn übersehen hat, ist mir unbekannt. Ebenso wenig weiss ich, weshalb das Bundesgericht davon absah, auf die Ungewöhnlichkeitsregel (Ziff. III/4) oder darauf einzutreten, dass die Genehmigungsfiktion nach seiner eigenen Rechtsprechung dahin fällt, sobald feststeht, dass die Bank um die tatsächliche Nichtgenehmigung wusste (vgl. Anm. 44).

reicht. Wie immer es sich damit verhält, – das Argument der Kulanz ist weder so noch anders ein Argument, das kundenungünstige Banken-AVB zu rechtfertigen vermag. Wer es dennoch verwendet, scheint die Interessenlage der Kunden nicht ernst zu nehmen. Statt die Kundschaft mit ausgewogen-gerechten Bankbedingungen zu versorgen, wird sie auf das Wohlwollen der Banken verwiesen. Und das wiederum erinnert an Aesops Fabel vom Frosch und vom Skorpion, der den Frosch bat, ihn huckepack über den Fluss zu tragen, da er ihn gewiss nicht stechen werde. Dass er ihn dann doch gestochen hat, ist bekannt. Dass er zusammen mit dem Frosch unterging, passt freilich nicht in den vorliegenden Zusammenhang.

4. Der *vierte Einwand* operiert mit der *Besonderheit des vertraglichen Bankenrechts*: Das Vertragsrecht der Banken habe sich zu einer weitgehend eigenständigen Materie entwickelt, wobei sich die Haftungsbeschränkungen der gebräuchlichen AVB aus der besonderen Natur der Bankverträge ergebe.

Dieser Einwand stimmt gewiss insofern, als er auf die «Eigenständigkeit der Materie» verweist.⁹² Soweit aber insinuiert wird, dass sich die Haftungsbeschränkungen der gebräuchlichen Bankbedingungen aus der «besonderen Natur der Bankverträge» ergeben, vermag er mich zumindest nicht mit Bezug auf alle Einschränkungen zu überzeugen. So ist etwa die Freizeichnung für leichtes Verschulden nicht schon in der «Natur der Bankverträge» begründet. Andernfalls würden z.B. die DEUTSCHE BANK und die (deutsche) COMMERZBANK «unnatürliche» Bedingungen verwenden, wenn sie in ihren Gesamtbedingungen zum Grundsatz erklären, dass die Bank «bei der Erfüllung ihrer Verpflichtungen für jedes Verschulden ihrer Mitarbeiter und der Personen» hafte, «die sie zu Erfüllung ihrer Verpflichtungen hinzuzieht». Gleich verhält es sich auch mit einer Schweizer Bank, die für Geschäfte, die dem deutschen Recht unterstehen, gesonderte AVB mit derselben Grundsatzbestimmung wie die deutsche Konkurrenz bereithält. Der anvisierten Kundschaft ist das Letztere zu gönnen; die schweizerische Kundschaft bleibt schlechter gestellt, was sich aus der für die Bankkundschaft ungünstigeren Gesetzes- und Rechtslage in der Schweiz, nicht aus der «besonderen Natur der Bankverträge» erklärt.

Heikler ist die Frage, wie es sich (um eine andere Regelung herauszugreifen) mit der Genehmigungsfiktion verhält, die vorformulierte Beanstandungsklauseln an eine verspätete Reklamation im Zusammenhang mit

⁹² Vgl. auch DANIEL GUGGENHEIM, zit. in Anm. 4, der auf S. 9 von einer «Autonomie des Bankvertragsrechts» spricht.

Bankanzeigen knüpfen.⁹³ Dass eine derartige Fiktion durch die Besonderheit der Bankgeschäfte bedingt sein kann, vermag ich nicht rundweg zu bestreiten.⁹⁴ Hingegen sehe ich keinen durch die Eigenart des Geschäftes vorgegebenen Grund, dem Kunden eine unangemessen kurze Reklamationsfrist (allenfalls sogar eine «sofortige» Reklamationspflicht) aufzubürden, die fingierte Genehmigung mit weiter gehenden Rechtsfolgen als einer blossen Umkehr der Beweislast zu verbinden oder eine Genehmigung selbst dann zu fingieren, wenn die Bank die Zusendung einer Anzeige versäumt hat. Das eigene Versäumnis zu einer Keule zu machen, liegt gewiss nicht in der «Natur der Bankgeschäfte».⁹⁵

5. Der *fünfte Einwand* richtet sich gegen ein Eingreifen des Gesetzgebers: Eine einlässliche AVB-Gesetzgebung mit einer Inhaltskontrollvorschrift führe zu einer «Überlegiferierung». Für eine spezialgesetzliche Regelung der Bankverträge gelte dies erst recht.

Dieser Einwand wäre richtig, würde der Gesetzgeber eingreifen, ohne dass hierfür eine Notwendigkeit bestünde. Dass aber eine einlässliche Regelung des AVB-Rechts, von der auch die AVB der Banken erfasst würden, dringend erforderlich ist, liegt so sehr auf der Hand, dass ich darauf nicht im Einzelnen einzutreten brauche.⁹⁶ Wer etwas anderes behauptet und davon überzeugt ist, der muss, was die derzeitige Vertragswirklichkeit und die häufig missbräuchliche Verwendung von Allgemeinen Vertragsbedingungen betrifft, mit einer Art von «Blindsicht» geschlagen sein. Aber auch die Notwendigkeit eines besonderen Gesetzes für Bankverträge lässt sich kaum bestreiten, wenn man als Vergleichsmassstab das für Versicherungsverträge geltende VVG herbeizieht. Zudem wird das Postulat eines Sondergesetzes auch durch den vierten Einwand gestützt, wonach sich das Vertragsrecht der Banken zu einer weitgehend eigenständigen Materie entwickelt hat. Wenn dem so ist, so drängt sich für die Regelung der «weitgehend eigenständigen Materie» ein eigenständiges Gesetz geradezu auf; dies umso mehr, als vom schweizerischen Bankengeschäft die ganze Bevölkerung der Schweiz betroffen ist.

⁹³ Pro memoria: Mit der Genehmigung von Rechnungsausdrücken im Kontokorrentverkehr befasste ich mich in meinem Beitrag nicht im Speziellen (Ziff. II/4 a.E.).

⁹⁴ Vgl. auch ZR 97, 1998, Nr. 90, S. 222.

⁹⁵ Sehr kritisch auch VIKTOR AEPLI, zit. in Anm. 29, S. 101 f.

⁹⁶ Vgl. statt vieler EVA MARIA BELSER, zit. in Anm. 84, S. 393 ff.

Bei alledem ist mir klar, dass neue Gesetze immer auch zu neuen Problemen führen und insofern ihre Schattenseiten haben. Die Frage aber ist, *welche* Schatten grösser sind: die mit oder die ohne Gesetz; und: wer *mit* und wer *ohne* Gesetz im Schatten steht.

VI. Die Reformbedürftigkeit der Bankbedingungen

Dass unter der Herrschaft der AVB, welche die Schweizer Banken heutzutage verwenden, *die Kunden* im Schatten stehen, dürfte namentlich auch mit Rücksicht auf die eingefügten Haftungsbeschränkungen nicht leicht zu widerlegen sein. Zwar ist durchaus möglich, dass von einzelnen Banken oder für bestimmte Geschäftsbereiche der Banken ausgewogenere Bedingungen verwendet werden als von anderen Banken oder für andere Bereiche. Das Gesamtbild, das ich bei der Lektüre meiner AVB-Sammlung gewonnen habe, führt mich jedoch zur Feststellung, dass insgesamt eine Reform der gebräuchlichen Banken-AVB erforderlich ist: Eine Reform notabene, die nicht beim Sprachlichen stehen bleibt, sondern zu Gunsten der Kunden ins Materielle eingreift!

Die Schweizer Banken mögen die besten der Welt sein, ihre derzeitigen Vertragsbedingungen aber sind es nicht. Da vorformulierte Vertragsbedingungen bekanntlich nicht von sich aus auf die Idee kommen, sich zu verändern, liegt es an den massgeblichen Bankorganen, die notwendigen Reformen im Vertragswerk ihrer Institutionen anzuordnen. Das Erscheinungsbild der «hauseigenen» Bankbedingungen mag vielen Banken zwar so vertraut geworden sein, dass sie deren Mängel wie jene eines alten Gemäldes nicht mehr wahrnehmen. Würden aber einige Banken aus dem behaglich Vertrauten ihrer AVB ausbrechen, – die Reform ihrer Bankbedingungen hätte gewiss Signalwirkung. Und schon bald könnte die im vorliegenden Beitrag enthaltene Kritik an den AVB der Banken durch die Wirklichkeit überholt sein.