



Article scientifique

Article

2009

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le droit bancaire privé suisse 2008-2009 = Das schweizerische
Bankprivatrecht 2008-2009

Thévenoz, Luc; Emmenegger, Susan

How to cite

THÉVENOZ, Luc, EMMENEGGER, Susan. Le droit bancaire privé suisse 2008-2009 = Das schweizerische Bankprivatrecht 2008-2009. In: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 2009, vol. 81, n° 4, p. 272–293.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:4821>

Das schweizerische Bankprivatrecht 2008–2009 Le droit bancaire privé suisse 2008–2009

Von Prof. Dr. Susan Emmenegger, Universität Bern und Prof. Dr. Luc Thévenoz,
Université de Genève, unter Mitarbeit von lic. iur. Hans Claas Bernhardt und
MLaw Samuel Zemp

Inhaltsübersicht

Vorbemerkungen/Introduction

- I. Bankverträge/Contrats bancaires
 1. Konten, Einlagen, Vollmachten, Legitimation/
Comptes, dépôts, procurations, légitimation
 2. Anlagen, Vermögensverwaltung/Placements,
gestion de fortune
- II. Kredite/Crédits
- III. Kreditsicherung/Sûretés
 1. Persönliche Sicherheiten/Sûretés personnelles
 2. Dingliche Sicherheiten/Sûretés réelles
- IV. Zahlungsverkehr/Moyens de paiement
- V. Rechenschaftsablegung und Auskünfte/Reddition de
compte et renseignements
- VI. Zwangsvollstreckung/Exécution forcée
- VII. Diverses/Divers

Vorbemerkungen/Introduction

Die diesjährige Rechtsprechungsübersicht blickt auf ein interessantes Jahr zurück: Das Bundesgericht hat weitere zentrale Fragen im Zusammenhang mit der SAir-Liquidation geklärt, einen Leitentscheid zur AGB-Kontrolle verfasst und die Rechtsprechungslücke hinsichtlich der privatrechtlichen Wirkungen von Geldwäschereiverstössen gefüllt. Auch andere offene Fragen wurden dieses Jahr höchstrichterlich entschieden, daneben haben die kantonalen Gerichte einige interessante Entscheide gefällt.

Allgemeine Geschäftsbedingungen. Legitimationsmängel

Im Bereich der AGB sind im Berichtsjahr wegleitende Entscheide gefallen. In drei Urteilen bejahte das Bundesgericht die Ungewöhnlichkeit von AGB-Klauseln, einen Entscheid hat es als Leitentscheid in die amtliche Sammlung aufgenommen (**r5**).¹ Alle Fälle handelten von Versicherungsklauseln; die höchstrichterlichen Erwägungen treffen aber auf die AGB der Banken gleichermaßen zu. Folgende Punkte sind hervorzuheben: Das Bundesgericht trat unter dem Titel der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG) auf die Beschwerde ein und begründete dies mit der Vielzahl von potenziell Betroffenen. Damit ist der Weg für

weitere AGB-Pilotprozesse offen, bei denen der Streitwert von CHF 30 000.– nicht erreicht wird. Inhaltlich bejahten die Lausanner Richter die Ungewöhnlichkeit einer einseitigen Vertragsanpassung ohne Kündigungsmöglichkeit sowohl für die eigenmotivierte als auch für die behördlich motivierte Anpassung. Die Ungewöhnlichkeit muss also nicht zu einer krassen Missbräuchlichkeit ausarten, damit die richterliche Kontrolle aktiviert wird. Zudem klärt das Bundesgericht die Modalitäten, unter denen eine an sich ungewöhnliche Klausel Geltung erlangt: Der AGB-Verwender muss bei Vertragsabschluss ausdrücklich und deutlich auf sie hingewiesen haben. Diese Voraussetzung dürfte bei den geltenden Formularverträgen selten erfüllt sein.

Das Bundesgericht hat mit den umfangreichen Hinweisen auf die doktrinelles Forderung nach einer allgemeinen richterlichen Inhaltskontrolle den Boden für eine solche vorbereitet; betreten hat es diesen Boden noch nicht. Bei der Beurteilung einer Schadenüberwälzungsklausel (**r4**) hat das Gericht auf seine neue Rechtsprechung verwiesen, ist dann allerdings den alten Pfaden treu geblieben: Die AGB der betreffenden Bank bestimmten, dass sie den Schaden nur dann trägt, wenn sie bezüglich des Nichterkennens des Legitimationsmangels ein schweres Verschulden trifft. Das Bundesgericht wendete auf den Sachverhalt die Freizeichnungsgrenzen in Art. 100 Abs. 1 und 2 OR bzw. Art. 101 Abs. 3 OR analog an, sah im Verhalten des Bankangestellten ein schweres Verschulden – und konnte deshalb trotz einlässlicher Diskussion um die gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten die Frage offen lassen, ob eine solche Schadenüberwälzungsklausel überhaupt zulässig sei. Im Entscheidfall hielt das Bundesgericht zudem fest, die Bank treffe bei der Überprüfung einer Vollmacht eine erhöhte Sorgfaltspflicht. Je strenger die Anforderungen an die Sorgfalt ausfallen, umso schwieriger wird für die Bank der Nachweis des fehlenden schweren Verschuldens; so gesehen könnten die Entscheide zu den Schadenüberwälzungsklauseln noch über lange Zeit gleich ausfallen wie der diesjährige.

Informationspflichten der Bank und Selbstverantwortung der Kunden

Nicht weniger als vierzehn Entscheide sind unter dem Titel der Vermögensverwaltung und Anlageberatung zusammengefasst (**r6–r19**), die meisten davon haben Informationspflichten zum Gegenstand.

¹ BGE 135 III 1 = r5; BGer 4A_419/2008; 4A_187/2007.

Innerhalb der Trias «Auftragsrecht, Art. 11 BEHG, Vertrauenshaftung», die nach der Formel des Bundesgerichts die Rechtsgrundlage für die Informationspflichten der Bank stellt, rückt das Vertrauensprinzip seit einigen Jahren kontinuierlich in den Hintergrund und macht der Annahme eines stillschweigenden Anlageberatungsvertrages mit seinen umfassenden Informationspflichten Platz.² Der Trend wird im Berichtsjahr fortgesetzt (**r13**). Die Kundenaufklärung darf zwar in standardisierter Form erfolgen, was jedoch die Bank nicht davon entbindet, den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung zu tragen; bei einem fremdsprachigen Kunden ist deshalb individualisierte Aufklärungsarbeit zu leisten (**r10**). Das Bundesgericht hatte auch Gelegenheit, zu präzisieren, dass die sorgfältige Wahrnehmung der Informationspflichten beim Anlagevertrag die einlässliche Befassung mit dem Wissensstand und der Risikobereitschaft des Kunden voraussetzt. Es scheint zudem den Erwägungen der Vorinstanz zu folgen, wonach die Bank den Kunden auf die Diskrepanz zwischen objektiver Risikofähigkeit und subjektiver Risikobereitschaft aufmerksam machen muss (**r11**). Damit ist man bei einer *Suitability-Prüfung* nach europäischem Muster, die allerdings mit Blick auf die bisherige Rechtsprechung lediglich bei der Vermögensverwaltung und der Anlageberatung geschuldet sein dürfte.³

Die zahlreichen Entscheide zu den Informationspflichten der Banken lassen die umgekehrte Seite – nämlich die Selbstverantwortung der Kunden – etwas in den Hintergrund treten. Tatsächlich wird von den Kunden das selbstverantwortliche Handeln verlangt und das Bundesgericht stellt dabei regelmässig strenge Anforderungen. Davon weicht es auch im Berichtsjahr nicht ab: Wer sich die Korrespondenz banklagernd zustellen lässt, muss sich im Regelfall die Kenntnisnahme und allenfalls die stillschweigende Zustimmung zum Inhalt der Korrespondenz entgegenhalten lassen (**r15**). Die eigene Erfahrung in Finanzangelegenheiten kann zudem zu einer Schadensreduktion von 50% führen (**r11**). Und auch bei der Kreditvergabe trifft die Bank nur in Ausnahmefällen eine Warnpflicht, im Übrigen bleibt das Entscheidungsrisiko beim Kunden (**r20, r21**).

² Vgl. etwa BGE 133 III 97 E. 7.2 S. 103; BGer 4C.394/2005 E. 2; 4C.205/2006 E. 3.4.1; 4C.410/1997 E. 3b, SJ 1999 I 205.

³ Vgl. BGE 133 III 97 E. 5.4 S. 101, SZW 2007 315 r10.

Margin Call

Dass die Bank vertragswidrig handelt, wenn sie im Unterdeckungsfall eine Privatverwertung vornimmt, ohne den vertraglich vorgesehenen Margin Call zu tätigen und eine Frist zur Nachdeckung anzusetzen, hatte das Bundesgericht schon zuvor entschieden.⁴ Ausdrücklich offen gelassen hatte das höchste Gericht aber bislang die Frage, ob die Fristansetzung auch dann geschuldet ist, wenn feststeht, dass der Kunde seiner Nachdeckungspflicht nicht hätte nachkommen können.⁵ Im diesjährigen Entscheidfall lag diese Konstellation vor,⁶ und das Bundesgericht bejahte die Vertragsverletzung (**r13**). Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass das neue Bucheffektengesetz⁷ die Ankündigung der Selbstverwertung zwingend vorschreibt. Vertraglich verzichten können auf die Ankündigung lediglich die qualifizierten Anlegerinnen und Anleger (Art. 32 BEG).

Retrozessionen

In der Retrozessionsfrage hat das Handelsgericht Zürich einen weiteren Baustein zur Konkretisierung der «vollständigen und wahrheitsgetreuen» Information geliefert, die nach dem Leitentscheid in BGE 132 III 460 für den gültigen Verzicht auf Herausgabe zukünftiger Retrozessionszahlungen notwendig sind (**r7**). Den informationellen Anforderungen wird Genüge getan, wenn der Kunde Kenntnis von der genauen Höhe vergangener Retrozessionszahlungen hat – im Entscheidfall handelte es sich um eine Aufstellung der jährlichen Zahlungen über einen Zeitraum von sieben Jahren. Erwähnung verdient hier zudem, dass die Retrozessionsthematik in zweifacher Hinsicht eine aufsichtsrechtliche Dimension hinzu gewonnen hat. Erstens beurteilt die Aufsichtsbehörde die Retrozessionspraxis der Banken unter dem Gesichtspunkt von Art. 11 BEHG (**r8**, siehe dazu auch hinten, Verhaltensregeln). Zweitens ist die Aufsichts-

⁴ BGer 4C.243/2006, SZW 2008 428 r24.

⁵ BGer 4C.243/2006 E. 3.2, SZW 2008 428 r24.

⁶ BGer 4A_521/2008 E. 4.5. Ausführlich die Vorinstanz: HGer BE, Urteil Nr. HG 03 9007/MAT/MIA vom 15. April 2008 (Ausfertigungsdatum: 15. September 2008), E. 31/B./g., S. 39 f.

⁷ Bundesgesetz über Bucheffekten vom 3. Oktober 2008, BBl 2008 8321. Tritt am 1. Januar 2010 in Kraft.

behörde mit dem FINMA-RS 01/09⁸ und dem parallelen Diskussionspapier der EBK/FINMA⁹ abstrakt-regulatorisch aktiv geworden. Die Auswirkungen dieser Regulierung auf das Privatrecht sind noch offen. Dass die Entwicklungen in den verschiedenen Rechtsgebieten nicht isoliert erfolgen, zeigt der Blick auf die Rechtsprechung der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts: Die Kammer verweist auf die umfassenden zivilrechtlichen Informationspflichten bei spekulativen Anlagegeschäften und bejaht im Zusammenhang mit der Verschleierung von Kommissionsgebühren den Tatbestand des serienmässigen Betrugs (**r9**). Die fehlende Aufklärung über die Kostenstruktur von Anlagegeschäften kann also unter Umständen auch strafrechtliche Folgen nach sich ziehen.

Verhaltensregeln (Art. 11 BEHG)

Bei den Aktivitäten der Finanzintermediäre spielen die in Art. 11 BEHG normierten Verhaltenspflichten eine zunehmend prominente Rolle, und zwar – ihrem Doppelnormcharakter entsprechend – sowohl in den Verfahren vor der EBK (**r8**, **r19**) als auch in solchen vor den Zivilgerichten (**r14**). Beide Instanzen fassen den Geltungsbereich der Norm weit. Für das Bundesgericht genügt die Effektenhändlerlizenz und die Tatsache, dass der Effektenhandel im Rahmen der fraglichen Kundenbeziehung als Möglichkeit in Betracht kommt,¹⁰ und die EBK beurteilt im Berichtsjahr das Verhalten einer Bank im Zusammenhang mit Investitionen in interne Sondervermögen (Art. 4 KAG) unter diesem Gesichtspunkt (**r19**).

Art. 11 BEHG bildet zudem eine der Rechtsgrundlagen für die aufsichtsrechtliche Beurteilung von Retrozessionen: Die Bank mit Effektenhändlerlizenz, die den Kunden für den Handel mit strukturierten Produkten Courtagen verrechnet und gleichzeitig Retrozessionen einbehält, ohne dass ein rechtsgültiger Verzicht der Kunden vorliegt, verstösst gegen die Sorgfalts- und Treuepflichten gemäss

Art. 11 BEHG (**r8**). Die Bank wurde verpflichtet, die Aufsichtsbehörde darüber zu orientieren, wie sie die Rückerstattung abwickeln werde. Der Entscheid erging vor Inkrafttreten des FINMAG, das in Art. 35 der Aufsichtsbehörde nunmehr das Recht zur Einziehung von Gewinnen einräumt, die in schwerer Verletzung von aufsichtsrechtlichen Pflichten erzielt wurden.

Geschäftsherrenhaftung. Schadensrecht

Die Bank trifft für die kriminellen Handlungen ihrer Angestellten unter Umständen eine Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR). In der letzten Berichtsperiode hatte das Bundesgericht den funktionellen Zusammenhang verneint;¹¹ in diesem Berichtsjahr hat es ihn bejaht (**r18**). Die beiden Fälle geben nützliche Hinweise auf das Haftungsumfeld der Bank als Geschäftsherrin.

Im Schadensrecht bleibt die Rechtsprechung konstant: Die Bedeutung von Art. 42 Abs. 2 OR nimmt zwar stetig zu,¹² doch kann sich der Geschädigte für den Nachweis des Anlageschadens nicht einfach mit dem Hinweis auf diese Bestimmung begnügen (**r6**). Dass man für den Zeitpunkt der Schadensbemessung bei Anlageschäden im Regelfall auf die Vertragskündigung abstellt (**r11**), gehört zur gefestigten Rechtsprechung.¹³ Überraschend ist nur, dass das Bundesgericht in seiner Begründung auf eine ältere Rechtsprechung zurückgreift,¹⁴ die noch vom Unterbruch des Kausalzusammenhangs ausgeht.

Kreditrecht und Kreditsicherheiten

Obwohl das Kreditgeschäft von Gesetzes wegen zum Wesensmerkmal der Bank gehört (Art. 2 Abs. 1 lit. a BankV), bleiben die diesbezüglichen Entscheide spärlich – in der Berichtsperiode sind es dieses Mal lediglich deren fünf. In einem hat das Bundesgericht immerhin eine Rechtsprechungslücke gefüllt (**r23**): In Anlehnung an die Doktrin hat es die Anwendbarkeit von Art. 317 OR (Hingabe an Geldes statt) auf den Forderungskauf mit kreditierter Kaufpreisforderung abgelehnt. Offen gelassen hat es dagegen die

⁸ FINMA-RS 09/01 Eckwerte zur Vermögensverwaltung vom 18. Dezember 2008, abrufbar unter www.finma.ch, «Regulierung», «Rundschreiben».

⁹ Diskussionspapier «Anreizsysteme und Interessenkonflikte beim Vertrieb von Finanzprodukten» (EBK-Bericht «Vertriebsvergütungen») vom 5. September 2008, abrufbar unter www.finma.ch, «Archiv», «Eidgenössische Bankkommission», «Aktuelles 2008».

¹⁰ BGer 4C.205/2006 E. 3.5.1.

¹¹ BGer 4A_54/2008, SZW 2008 426 r13.

¹² Vgl. BGer 4A_351/2007 E. 3.3.1, SZW 2008 426 r16; BGer 4C.295/2006 E. 5.2.2.

¹³ BGer 4C.68/2007 E. 11.

¹⁴ BGer 4C.126/2004 E. 3.

Frage, ob die Bestimmung analog anzuwenden ist, wenn im Rahmen eines Darlehens anstelle von Geld Forderungen hingegeben werden.

Bei den Kreditsicherheiten hatte das Bundesgericht auch dieses Jahr wieder Gelegenheit, sich zur Abgrenzung zwischen der formgebundenen Bürgschaft und der formfreien Garantie zu äussern. Den Grundsatzentscheid bildet nach wie vor BGE 129 III 702. In den darauffolgenden Urteilen hatte das Bundesgericht neben der Akzessorietät und dem Wortlaut der Sicherungsvereinbarung das Eigeninteresse des Sicherungsgebers als weiteres «zentrales Unterscheidungsmerkmal»¹⁵ hervorgehoben. Von den zwei rezipierten Entscheiden folgt der eine bei der Gewichtung des Eigeninteresses der bisherigen Entwicklung (**r28**). Der andere kehrt dagegen zur ursprünglichen breiten Indizienkette zurück und zieht das Eigeninteresse zwar als Indiz für die Garantie heran, hebt aber gleichzeitig hervor, dass diesem nach der Rechtsprechung «für sich allein keine ausschlaggebende Bedeutung» zukommt (**r27**, E. 5.2.3). Insgesamt bleibt die Abgrenzung stark einzelfallbezogen.

Weiter wurde im Berichtsjahr im Zusammenhang mit einem *stand by letter of credit* der Grundsatz der Dokumentenstrenge im Akkreditiv-/Garantierecht bestätigt (**r26**). Mit Blick auf die dinglichen Sicherheiten war zu entscheiden, ob ein ungültiges Rechtsgeschäft vorliegt, weil der Verpfänder nicht Eigentümer des Grundstücks und der Schuldbriefe war. Das Bundesgericht nahm ein Suspensivgeschäft an und bejahte die Gültigkeit (**r30**). Im Übrigen bestätigte es seine Rechtsprechung über die Einheit von Grundpfandrecht und Grundpfandforderung bei Schuldbriefen (**r39**). Im diesjährigen Entscheidfall hatte der Gerichtspräsident im erstinstanzlichen Verfahren vergessen, die Rechtsöffnung auch für das Pfandrecht zu erteilen. Das Bundesgericht entschied, dass dem Schuldner erst mit dem Erlass der Berichtigungsverfügung ein Interesse zustand, die Aberkennungsklage zu erheben.

Aufbewahrung von Bankdokumenten. Auskunftspflichten über Kontobeziehungen

Auf die Banken kommen komplexe aufsichtsrechtliche Organisationspflichten im Hinblick auf die Aufbewahrung von Bankdokumenten zu: Unter anderem (!) müssen sie die Basisverträge und Identifi-

kationsdokumente während zehn Jahren ab Beendigung der Kundenbeziehung aufbewahren, und sie müssen die Dokumente innerhalb angemessener Frist produzieren können. Nach Ablauf der Frist dürfen die Dokumente nach den von der Bank zu erstellenden Richtlinien vernichtet werden, wobei die Vernichtung zu protokollieren ist (**r35**).

In verschiedenen Entscheiden wurden die Auskunftspflichten der Bank hinsichtlich der Kontobeziehungen behandelt; sie betreffen ganz überwiegend die Auskunftsbegehren von Erben. Das Bundesgericht hat zweimal entschieden, dass in internationalen Sachverhalten die Bank gegenüber den Erben, die von ihr Auskunft über Kontobeziehungen des Erblassers verlangen, mit der Einrede der Unzuständigkeit der schweizerischen Gerichte nicht durchdringt. Nachdem es im ersten Entscheid noch auf der Grundlage der einschlägigen erbrechtlichen IPR-Bestimmung argumentierte (**r32**), schlug es im zweiten Urteil einen neuen Weg ein: Nach Auffassung der Lausanner Richter sind jedenfalls all jene Auskunftsbegehren von Erben vertragsrechtlich und nicht erbrechtlich zu qualifizieren, bei denen der Erblasser mit der Bank in einer Kontobeziehung stand (**r33**). Damit verschiebt sich für die grosse Mehrzahl der Auskunftsbegehren die Rechtsgrundlage von den vergleichsweise restriktiven erbrechtlichen Zuständigkeitsregeln des IPRG in das Lugano-Übereinkommen, das den Sitz oder Wohnsitz des Beklagten in einem Vertragsstaat genügen lässt, um die Zuständigkeit der Gerichte dieses Staates zu begründen (Art. 2 Abs. 1 LugÜ). Für die Banken mit Sitz in der Schweiz ist damit die Zuständigkeit der Gerichte gegeben. Der Entscheid bildet das prozessuale Pendant zu einer Reihe von Entscheiden, die in materieller Hinsicht den Banken umfassende Auskunftspflichten gegenüber den Erben auferlegt.¹⁶ Im Berichtsjahr sah sich etwa eine Bank mit der praktisch fast unmöglichen Pflicht konfrontiert, über Kompensationsgeschäfte des Erblassers Auskunft zu geben (**r34**).

Von Interesse für die Banken dürfte ein (unpublizierter) Entscheid des Handelsgerichts Zürich sein, der sich mit einer Erbenausschlussklausel im Zusammenhang mit einem Gemeinschaftskonto (*Compte-joint*) befasst (**r3**). Die Gültigkeit solcher Klauseln ist umstritten, was dazu geführt hat, dass die Banken

¹⁵ BGer 4A_420/2007 E. 2.4.2, SZW 2008 431 r30.

¹⁶ Siehe die Nachweise der Präzedenzfälle in BGer 5C.291/2006 = r32, E. 4.1.

sich bei Auszahlungen an überlebende Kontoinhaber teilweise Zurückhaltung auferlegen. Nach Auffassung des Handelsgerichts ist die Bank zur Auszahlung berechtigt und verpflichtet, solange sie von den Erben als Rechtsnachfolger des Erblassers nicht rechtlich belangt worden ist (Art. 150 Abs. 3 OR). Nicht zu entscheiden war die Frage nach der Wirkung der Ausschlussklausel auf das Auskunftsrecht der Erben gegenüber der Bank; auch hier bestehen unter den kantonalen Gerichten teilweise erhebliche Differenzen.¹⁷

SAir-Liquidation: Zwischenstand

Die Liquidation der ehemaligen Swissair beschäftigt die Gerichte nach wie vor. Nach dem Entscheid des Bundesgerichts, wonach bei der Nachlassstundung mit Vermögensabtretung die zweijährige Verwirkungsfrist für die Absichtsanfechtung nicht schon mit der Bewilligung der Nachlassstundung, sondern erst mit der rechtskräftigen Bestätigung des Nachlassvertrages zu laufen beginnt¹⁸, fordert der Swissair-Liquidator nunmehr von den Banken, denen teilweise wenige Tage vor der Nachlassstundung Darlehen in Millionenhöhe zurückerstattet wurden, deren Rückführung in die Liquidationsmasse. Das Bundesgericht gab seinen Begehren bislang statt, der Pilotfall betraf ein Darlehen der Zürcher Kantonalbank in Höhe von CHF 80 Mio. (**r41**).¹⁹ Das damit vorbefasste Handelsgericht hat in weiteren Urteilen der bundesgerichtlichen Auffassung über die Rückerstattungspflicht Rechnung getragen. In zwei Entscheiden hat es allerdings zugunsten der Banken entschieden, einer davon – er betrifft Ausgleichszahlungen der SAir im Rahmen einer Swap-Transaktion – wurde vom Bundesgericht bestätigt (**r43**). Der zweite Fall betrifft den Vorwurf der indirekten Begünstigung der Banken mittels eines Darlehens der SAir an eine Tochtergesellschaft im Hinblick auf die Rückzahlung des Konsortialkredits (**r44**). Der Entscheid ist rechtskräftig.

Wirtschaftlich Berechtigter. Geldwäscherei-bestimmungen als privatrechtliche Schutznormen

Der wirtschaftlich Berechtigte – eigentlich eine Kreation der Geldwäschereigesetzgebung – wird zur ständigen Erscheinung bei den Gerichtsentscheiden zum Bankprivatrecht. In der letzten Berichtsperiode durfte die Bank den Anordnungen des wirtschaftlich Berechtigten Folge leisten; die von den Kontoinhabern erhobene Rüge der fehlenden Legitimation liessen die Gerichte nicht gelten.²⁰ Umgekehrt gilt: Moniert der wirtschaftlich Berechtigte eine Kontobelastung, kann die Bank nicht einwenden, die Kontoinhaberin habe durch ihr Schweigen die Kontobelastung genehmigt (**r26**).

Mit BGE 134 III 529 (**r46**) beantwortet das Bundesgericht zwei umstrittene Fragen im Hinblick auf den zivilrechtlichen Schutznormcharakter des GwG und der Strafbestimmung über die mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften (Art. 305^{ter} StGB). Fest stand nach dem Entscheid in BGE 133 III 323, dass der Geldwäschereibestimmung in Art. 305^{bis} StGB bei Vorsatz und Eventualvorsatz, nicht aber bei Fahrlässigkeit, ein solcher Schutznormcharakter zukommt. Offen war, ob auch die Verhaltensnormen des Geldwäschereigesetzes als Schutznormen im Sinne von Art. 41 OR infrage kommen. Das Bundesgericht verneint dies: Die Bestimmungen des GwG sollen die Integrität des schweizerischen Finanzplatzes schützen und bezwecken nicht den Schutz individueller Vermögensinteressen. Negativ beantwortet das Bundesgericht auch die Frage nach dem Schutznormcharakter von Art. 305^{ter} StGB. Die Banken werden den Entscheid mit Erleichterung zur Kenntnis nehmen, bleibt damit doch das Risiko einer zivilrechtlichen Haftung im Umfeld von Geldwäschereidelikten in einem voraussehbaren Rahmen.

Bankgeheimnis

Das Bankgeheimnis füllt aktuell die Spalten der Tagespresse. Bundesgerichtsentscheide hierzu sind aber selten, obwohl es an streitigen Fragen nicht mangelt. Umstritten ist etwa, ob aus der Unterstellung des Beauftragten unter Art. 47 BankG folgt, dass der Datentransfer zwischen der Bank und ihrem Beauftragten generell gerechtfertigt ist. Im Berichts-

¹⁷ Vgl. SZW 2007 321 r27 (Tessin); SZW 2006 300 r18 (Basel); SZW 2002 245 r8 (Zürich).

¹⁸ BGer 5A_321/2007, zusammenhängend mit BGer 5A_320/2007 und 5A_322/2007, vgl. dazu SZW 2008 436 r45. Für dieselbe Frage: BGE 134 III 273.

¹⁹ Vgl. auch BGE 135 III 265 und 135 III 276.

²⁰ HGer ZH, ZR 106 (2007) Nr. 36; Cour de Justice GE, C/15736/2004, SZW 2008 423 r4 und r5.

jahr hatte die erste Zivilkammer über einen Fall zu entscheiden, bei dem ein Bankangestellter den bankexternen Anwalt über Unregelmässigkeiten im Zusammenhang mit einer bestimmten Finanztransaktion informiert hatte (**r48**). Die Bank entliess den Mitarbeitenden mit der Begründung, er habe das Bankgeheimnis verletzt. Das Bundesgericht bejahte die Missbräuchlichkeit der Kündigung und hielt in diesem Zusammenhang fest, der bankexterne Anwalt sei von der Bank im Hinblick auf die fragliche Transaktion mandatiert gewesen und er habe zudem sowohl dem Berufsgeheimnis als auch dem Bankgeheimnis unterstanden. Der Entscheid wird die Debatte über den Umfang der Geheimnispflicht der Bank neuen Aufschwung geben. Das Bundesgericht bleibt in diesem Punkt nämlich vage: Einerseits weist es auf das Mandatsverhältnis und die Geheimnispflicht des Anwalts hin, andererseits vermeidet es die Aussage, das Bankgeheimnis sei nicht verletzt – oder gar, die Verletzung sei aufgrund des Mandatsverhältnisses ausgeschlossen. Eine klare Sprache spricht es hingegen bezüglich der Missbräuchlichkeit der Kündigung; die betroffene Bank kann froh sein, dass die Entscheide aus Lausanne in anonymisierter Form publiziert werden.

I. Bankverträge/Contrats bancaires

1. Konten, Einlagen, Vollmachten, Legitimation/Comptes, dépôts, procurations, légitimation

r1 Bankvollmacht. Erkundigungspflicht der Bank. *Procuration bancaire. Devoir pour la banque de se renseigner.*

Weisung des Bevollmächtigten an die Bank, den Schlussaldo auf das Klientenkonto einer Anwaltskanzlei zu überweisen. Der Kontoinhaber macht geltend, der Bank habe es am guten Glauben hinsichtlich der einmal erteilten Vollmacht gefehlt, weshalb sie sich nicht gültig befreit habe. **1.** Fehlt es der Bank an der Gutgläubigkeit, kann sie sich nicht auf die ihr kundgegebene Vollmacht berufen (Art. 33 Abs. 3 OR). Zerstört wird der gute Glaube vor allem dann, wenn die Bank erkannte oder hätte erkennen sollen, dass das abgeschlossene Geschäft den Interessen des Vertretenen widerspricht, wobei aber keine generelle Erkundungs- oder Nachforschungspflicht besteht. Ohne Vorliegen besonderer Anzeichen braucht die Bank die Weisungen des Bevollmächtigten nicht infrage zu stellen **2.** Die Tatsache, dass die Vollmacht

vierzehn Jahre vor der strittigen Überweisung erteilt wurde und sich der Vollmachtgeber während dieser Zeit nie aktiv um das Konto gekümmert hat, vermag eine Erkundigungspflicht der Bank nicht zu begründen. Dasselbe gilt für den Umstand, dass sich die Beziehung zwischen dem Bevollmächtigten und der Bank nach Eintritt von Verlusten auf dem Konto verschlechterte. Unbehelflich ist auch, dass der Bevollmächtigte die Vollmacht voll ausgenützt und spekulative Geschäfte getätigt hatte, denn der Streit bezieht sich einzig auf die Überweisung des Kontosaldos. Die Erkundigungspflicht der Bank kann auch nicht damit begründet werden, dass der Bevollmächtigte wiederholt auf die Schreiben der Bank nicht reagierte. Gleiches gilt für die Überweisung des Kontosaldos auf das Klientenkonto einer Anwaltskanzlei.

BGer, 10.2.2009 (I. zivilrechtliche Abteilung, A.F. c. Bank X.): 4A_536/2008.

r2 Bankvollmacht. Widerruf. Auskunftspflicht der Bank.

Procuration bancaire. Révocation. Devoir de renseignement de la banque.

1. Im Bankverkehr wird von einem konkludenten Widerruf der Vollmacht ausgegangen, wenn ein Kontoinhaber eine Vollmacht für ein bestimmtes Konto erteilt hat und das Konto später aufhebt. Nach dem Erlöschen der Vollmacht hat die Bank gegenüber den früheren Bevollmächtigten wieder das Bankgeheimnis zu wahren, und zwar auch bezüglich Vorgängen während der Zeit, als die Vollmacht bestand. **2.** Dem Bevollmächtigten ging mit der Information der Bank hinsichtlich der Auflösung des Kontos die konkludente Erklärung des Widerrufs seiner Vollmacht zu. Mit diesem Zeitpunkt erlosch sein Recht auf Auskunft. **3.** Aus Art. 47 BankG kann man nicht *e contrario* herleiten, dass die Bank den vom Kontoinhaber beauftragten Personen Auskunft erteilen muss. Art. 47 BankG ist eine Strafnorm, die als solche keine Anspruchsgrundlage für einen privatrechtlichen Auskunftsanspruch bildet.

BGer, 8.5.2009 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. c. Bank X.): 4A_457/2008; de Gottrau, Actualité CDBF n° 635.

r3 **Compte-joint. Erbenausschlussklausel. Pflichten der Bank.**

Compte-joint. Clause d'exclusion des héritiers. Devoirs de la banque.

Der Kläger verlangt die Saldierung des auf ihn und den Erblasser lautenden Gemeinsamkontos. Die Vereinbarung für das Gemeinsamkonto sieht die Solidargläubiger- und die Solidarschuldnerschaft der Kontoinhaber vor. Sie enthält zudem eine Erbenausschlussklausel. Die Bank verweigert die Saldierung unter Hinweis auf ihr bekannte Ansprüche potenzieller Erben und dem damit verbundenen Doppelzahlungsrisiko. **1.** Die Gültigkeit von Erbenausschlussklauseln ist umstritten. Nach Auffassung des Zürcher Obergerichts ist die Bank nicht befugt, gestützt auf die Erbenausschlussklausel die Auskunft gegenüber den Erben zu verweigern. Die Klausel sei ein Mittel, die erbrechtlichen Ansprüche der Erben des erstversterbenden Kontoinhabers zu unterlaufen. Sie sei rechtswidrig und daher ungültig im Sinne von Art. 20 OR (ZR 101 [2002] Nr. 26). **2.** Der Entscheidfall ist anders gelagert: Es geht nicht um das Verhältnis zwischen der Bank und den Erben, sondern um jenes zwischen dem Solidargläubiger eines Compte-joint und der Bank. Letztere kann jedem Solidargläubiger mit befreiender Wirkung leisten, solange sie nicht von einem anderen Solidargläubiger rechtlich belangt wird (Art. 150 Abs. 3 OR), wozu es im Regelfall der Anhängigmachung einer Klage bedarf. **3.** Eine allfällige Ungültigkeit der Erbenausschlussklausel wirkt sich auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Solidargläubiger des Compte-joint und der Bank nur aus, wenn aus der Ungültigkeit der Klausel die Ungültigkeit des Gesamtvertrages folgt. Nur in einem solchen Fall könnte eine Doppelzahlungspflicht der Bank entstehen. Die Nichtigkeit des Gesamtvertrages wurde von der Bank nicht behauptet, weshalb offen bleiben kann, ob sie zu dieser Einwendung überhaupt berechtigt wäre.

HGer ZH, 26.6.2008, Geschäfts-Nr. HG070016/U/ei (nicht publiziert).

r4 **Défaut de légitimation. Risque à charge du client. Faute de la banque. Diligence élevée dans le contrôle des procurations.**

Legitimationsmangel. Risikoüberwälzung auf den Kunden. Verschulden der Bank. Erhöhte Sorgfalt bei der Überprüfung von Vollmachten.

1. Le dommage causé par l'exécution d'un ordre non autorisé par le client est à la charge de la banque.

Les art. 100 et 101 CO s'appliquent par analogie à la clause contractuelle mettant ce dommage à la charge du client. **2.** En cas de faute légère d'un organe de la banque, le juge peut tenir cette clause pour nulle (art. 100 al. 2 CO). Dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, il lui appartient d'examiner la clause de transfert en tenant compte des autres stipulations du contrat et de l'ensemble des circonstances du cas particulier; il doit prendre en considération, d'une part, le besoin de protection des clients contre les clauses élaborées d'avance qu'ils ne peuvent pratiquement pas discuter et, d'autre part, l'intérêt que peut avoir la banque à se prémunir contre certains risques dont la réalisation est difficile à éviter. **3.** *In casu*, faute grave d'un auxiliaire de la banque qui a pris des instructions d'une personne qui n'était autorisée qu'à servir de messenger. La pratique bancaire consistant à documenter les procurations au moyen de documents préparés par les banques, le contrôle des pouvoirs n'est pas difficile; il y a lieu de poser des exigences élevées quant à l'attention dont doit faire preuve la banque.

TF, 20.4.2009 (1^{ère} Cour de droit civil, X. SA c. Y.): 4A_54/2009; de Gottrau, Actualité CDBF n° 634.

r5 **AGB-Kontrolle. Versicherungsvertrag. Ungewöhnlichkeitsregel.**

Contrôle des conditions générales. Contrat d'assurance. Règle de la clauses insolite.

1. Im vorliegenden Fall ist der Streitwert von CHF 30 000.– für die Beschwerde in Zivilsachen nicht erreicht (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Hingegen handelt es sich um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG. Das Bundesgericht hat die Frage noch nie entschieden, ob dem Versicherungsnehmer ein Kündigungsrecht zustehe, wenn eine Bundesbehörde eine Änderung der Versicherungsbedingungen vorschreibt und das Versicherungsunternehmen in der Folge den Versicherungsvertrag anpasst. Der Entscheid über diese Frage kann für die Praxis wegleitend sein. Zudem ist eine Vielzahl von Personen potenziell betroffen, und die aufgeworfene Frage kann sich immer wieder stellen. **2.** Die Geltung vorformulierter Allgemeiner Geschäftsbedingungen wird durch die Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt. Danach sind von der global erklärten Zustimmung zu AGB alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist.

3. Die infrage stehende Klausel ist ungewöhnlich: Der Versicherungsnehmer muss nicht damit rechnen, dass sich die Vertragsgrundlagen ändern, ohne dass ihm dann die Kündigung offen steht. Aus den Feststellungen der Vorinstanz ergibt sich nicht, dass das Versicherungsunternehmen den Versicherungsnehmer ausdrücklich und deutlich auf die Klausel hingewiesen hätte. Der Versicherungsnehmer muss sich die Klausel folglich nicht entgegenhalten lassen. 4. Aufgrund der Ungewöhnlichkeit der Klausel stellt sich die Frage nicht, ob die bisherige Praxis zur Geltung global übernommener, ungewöhnlicher Klauseln auf eine von der herrschenden Lehre geforderte richterliche Inhaltskontrolle ausgedehnt werden soll.

BGer, 28.10.2008 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. und B. c. X. Versicherungsgesellschaft AG): 4A_299/2008; BGE 135 III 1; Fuhrer, HAVE 2009 48 ff.

2. Anlagen, Vermögensverwaltung/ Placements, gestion de fortune

r6 Unautorisierte Transaktionen. Schadensmessung und Substanziierungspflicht.

Transactions non autorisées. Fixation du dommage et fardeau de l'allégation.

1. Bei der Saldoberichtigungsklage gegen die Bank wegen unautorisierter Transaktionen beschränkt sich der Berichtigungsanspruch auf die fraglichen Transaktionen. Das Ausmass der Korrektur ist anhand jeder einzelnen unautorisierter Transaktion aufzuzeigen. 2. Bilden die unautorisierter Transaktionen Gegenstand einer Schadenersatzklage, so enthebt Art. 42 Abs. 2 OR den Geschädigten nicht von der Pflicht, alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen.

BGer, 18.8.2008 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. c. X. SA): 4A_254/2008.

r7 Unabhängiger Vermögensverwalter. Rechenschaftsablegung (Art. 400 OR). Retrozessionen. Vereinbarung eines Verzichts.

Gérant de fortune indépendant. Reddition de compte (art. 400 CO). Rétrocessions. Convention d'une renonciation.

1. Retrozessionen fallen im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens an und unterliegen

der Rechenschafts- und Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR. 2. Der Vermögensverwalter kann in anderer Weise als mittels Belegen beweisen, dass er Retrozessionen vereinnahmt hat. Als Beleg genügt namentlich eine entsprechende Aufstellung der Depotbank. Hingegen ist der Vermögensverwalter nicht verpflichtet, die einzelnen Zahlungseingänge urkundlich darzutun. Er muss die Angaben auch nicht durch eine Vollständigkeitserklärung der Depotbank ergänzen. Die Depotbank ist weder gegenüber dem Vermögensverwalter noch gegenüber dem Kunden verpflichtet, eine solche Erklärung abzugeben. 3. Der Kunde kann auf die Herausgabe der Retrozessionen verzichten. Voraussetzung dafür ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass er über die zu erwartenden Zahlungen vollständig und wahrheitsgetreu informiert ist und dass sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung entsprechend klar hervorgeht. 4. Mit Blick auf die bundesgerichtlichen Vorgaben hätte es für einen gültigen Verzicht sicher nicht genügt, wenn der Kunde lediglich Kenntnis davon gehabt hätte, dass Retrozessionen von der Depotbank an den Vermögensverwalter fließen. Vielmehr ist zu fordern, dass er die Höhe der Retrozessionen wenigstens hätte abschätzen können. 5. Verfügt der Kunde über ein Schreiben des Vermögensverwalters, worin die erhaltenen Retrozessionen für die Jahre 2001, 2002 und erste Hälfte 2003 beziffert werden, so hat er – zumindest mit den Depotauszügen der Bank, welche die jährlichen Retrozessionszahlungen von 1997 bis 2003 ausweisen, gewisse Anhaltspunkte über die zu erwartenden Retrozessionen. Unter diesen Umständen erscheint der Verzicht auf Erstattung künftiger Retrozessionen als gültig.

Handelsgericht ZH, 26.6.2007: ZR 107 (2008) Nr. 35 S. 129; Bretton-Chevallier, Actualité CDBF n° 611; Hsu/Stupp, GesKR 2008 390 ff.; NZZ am Sonntag, 26.10.2008, 47; Schären, AJP 2008 1204 ff.

r8 Verhaltensregeln für Effekthändler (Art. 11 BEHG). Retrozessionen.

Règles de conduite pour négociants en valeurs mobilières (art. 11 LBVM). Rétrocessions.

1. Der professionelle Handel mit als Effekten qualifizierten strukturierten Produkten untersteht im Verhältnis zum Kunden den Verhaltensregeln von Art. 11 BEHG. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um Effekentransaktionen des Primär-, des Sekundär- oder des Graumarktes handelt. 2. Das Verhalten

der Bank ist sorgfalts- und treuwidrig, wenn sie dem Kunden Courtagen verrechnet und gleichzeitig Retrozessionen vereinnahmt, ohne dass ein gültiger Verzicht des Kunden vorliegt (vgl. Art. 400 Abs. 1 OR).

EBK, 31.10.2007, EBK-Bull 51/2008 32 ff.

r9 Anlagevermittler. Informationspflicht über Kommissionsgebühren.

Distributeur de placements. Devoir d'information quant aux commissions.

1. Im Zivilrecht bestehen für Anlageberater und -vermittler namentlich auf dem Gebiet der Vermittlung von hoch spekulativen und risikobehafteten Terminoptionsgeschäften umfassende Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten. 2. Beruht die Anbahnung und Pflege der Geschäftsbeziehung mit den Kunden primär auf Telefongesprächen, und wird dort als Kostenpunkt einzig die Gewinnbeteiligung des Finanzintermediärs erwähnt, so dürfen die Kunden darauf vertrauen und müssen in den schriftlichen Verträgen nicht mit Bestimmungen über Kommissionsgebühren rechnen. 3. Der Vorwurf, dass die Kunden sorgfaltswidrig gehandelt hätten, indem sie Dokumente unterzeichneten, ohne sie zuvor gelesen zu haben, kann angesichts der mit enormem Aufwand betriebenen betrügerischen Inszenierung nicht dazu führen, dass die Arglist des Finanzintermediärs verneint wird. Diese Tatsache ist vielmehr im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen. Der Freispruch von der Anklage des gewerbsmässigen Betrugs verletzt somit Bundesrecht.

BGer, 15.12.2008 (Strafrechtliche Abteilung, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich c. X., Y., Y.): 6B_466/2008; Felber, SJZ 105 (2009) 117; NZZ, 15.1.2009, 25.

r10 Anlageberatung. Informationspflicht der Bank. Fremdsprachiger Kunde.

Conseil en placement. Devoir d'information de la banque. Client de langue étrangère.

Der ausschliesslich Polnisch sprechende und eine konservative Anlagestrategie verfolgende Bankkunde wechselt mit seiner bisherigen Kundenberaterin zu einer neuen Bank. Die Kundenberaterin investiert nach kurzer Zeit das Vermögen in ein Derivatprodukt. Das Bundesgericht entschied: Wenn das Handelsgericht davon ausgeht, dass die Bank mit der behaupteten Abgabe von Unterlagen über ein Produkt, mit dem der Kläger keine Erfahrung hatte, in einer Sprache, die er nicht verstand, ihrer Aufklärungs-

pflcht nicht hinreichend nachgekommen ist, so verletzt dies kein Bundesrecht, zumal der Kläger ja gerade mit der Kundenberaterin, die seine Muttersprache spricht, zur beklagten Bank gewechselt ist.

BGer, 3.6.2008 (I. zivilrechtliche Abteilung, X. AG c. A): 4C.62/2007.

r11 Anlageberatung. Informationspflichten der Bank. Zeitpunkt der Schadensbemessung. Selbstverschulden.

Conseil en placement. Devoirs d'information de la banque. Moment de la fixation du dommage. Faute propre.

1. Der Anlageberater unterliegt einer Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflicht. Der Kunde ist hinsichtlich der Risiken der beabsichtigten Investition aufzuklären, nach Bedarf in Bezug auf die einzelnen Anlagemöglichkeiten sachgerecht zu beraten und vor übereilten Entschlüssen zu warnen, wobei diese Pflichten inhaltlich durch den Wissensstand des Kunden einerseits und die Art des infrage stehenden Anlagegeschäfts andererseits bestimmt werden. Dabei obliegt es dem Anlageberater namentlich auch, sich durch Befragung einlässlich über den Wissensstand und die Risikobereitschaft des Kunden zu informieren. 2. Die Annahme der Vorinstanz, wonach eine im Bereich der Finanzplanung für den dritten Lebensabschnitt – also für das Pensionsalter – unerfahrene Person nach der allgemeinen Lebenserfahrung bei gehöriger Aufklärung ihre bisherige riskante Anlagestrategie ändern würde, ist nicht zu beanstanden. 3. Liegt die Schadensursache in der Vernachlässigung der Abmahnungspflicht durch den Anlageberater, so wird mit der Kündigung des Beratungsmandats und dem Wechsel zu einem anderen Anlageberater der Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden unterbrochen. 4. Ein erfahrener Privatkunde kann die Konsequenzen einer hochspekulativen Anlagestrategie mit Bezug auf die finanzielle Absicherung des Ruhestandes erkennen, auch wenn er im Bereich der Finanzplanung für den dritten Lebensabschnitt über keine praktische und konkrete Erfahrung verfügt. In der mangelnden Aufmerksamkeit liegt ein erhebliches Selbstverschulden, das die Reduktion der Schadenssumme um die Hälfte rechtfertigt.

BGer, 13.6.2008 (I. zivilrechtliche Abteilung, YX. AG c. A): 4C.68/2007; 4A_74/2008; GesKR 2008 404 f.; Bensahel/Micotti, Jusletter 15.12.2008; Steininger/von der Crone, SZW 2009 140–151.

r12 Keine Informationspflichten der Bank bei einem Aktienverkauf. Fehlendes Kommissions- oder Auftragsverhältnis.

Pas de devoir d'information de la banque lors d'une vente d'actions. Absence d'un rapport de commission ou de mandat.

Die Klägerin verkauft ein Aktienpaket an die Beklagte, die selbst Emittentin der Aktien ist. Wenige Tage später fusioniert die Beklagte mit einem anderen Unternehmen. In der Folge steigt ihr Aktienkurs massgeblich. Die Klägerin macht geltend, ihr seien kursrelevante Informationen vorenthalten worden und fordert von der Beklagten eine Entschädigung für entgangenen Kursgewinn. **1.** Das Handelsgericht hat entschieden, dass es sich bei der Vertragsbeziehung der Parteien um einen Kaufvertrag handelt, aus welchem keine besonderen vertraglichen Informations- und Treupflichten fliessen. **2.** In welchem Masse Aufklärungspflichten im vorvertraglichen Verhandlungsstadium bestehen, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, namentlich von der Natur des Vertrages, der Art, wie sich die Verhandlungen abwickeln, sowie den Absichten und Kenntnissen der Beteiligten. Selbst wenn die Unternehmensfusion der Beklagten im Zeitpunkt des Aktienverkaufs mit einiger Sicherheit absehbar gewesen wäre, so hätte die Beklagte die Klägerin nicht darüber in Kenntnis setzen müssen, zumal sich die Beklagte ansonsten wegen Insiderhandel im Sinne von Art. 161 StGB strafbar gemacht hätte. Zudem war die Beklagte nicht verpflichtet, der Klägerin von dem Geschäft abzuraten oder selbst von dem Verkauf Abstand zu nehmen, weil die Klägerin, welche ihr Vermögen durch professionelle Vermögensverwalter anlegen lässt und in ihrer finanziellen Lage nicht zu dem Geschäft genötigt war, mit gefestigtem Verkaufswillen an die Beklagte herantrat und ihr Verkaufsinteresse immer wieder von Neuem kundtat. Zudem handelte es sich nicht um eine Investition in allenfalls spekulative Anlageinstrumente, sondern um ein Devestition.

HGer ZH, 4.5.2009, Geschäfts-Nr. HG060426/U/ei; NZZ, 8.6.2009, 11 (Ehemalige Swissfirst-Kundin scheitert vor Gericht).

r13 Anlageberatung. Unterdeckung und Margin Call. Pflichten der Bank.

Conseil en placement. Couverture insuffisante et appel de marge. Devoirs de la banque.

Die Bank behebt die Unterdeckung eines Kundendepots durch Privatverwertung, ohne einen Mar-

gin Call zu tätigen und die vorgesehene Frist zur Nachdeckung abzuwarten. Es gilt als erstellt, dass dem Kunden die Nachdeckung nicht gelungen wäre. **1.** Ein Anlageberatungsverhältnis setzt keine Grundlage in Form eines ausdrücklich geschlossenen Vertrages voraus. Es reicht aus, wenn sich aufgrund einer andauernden Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt hat, aus welchem der Kunde nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten darf. **2.** Eine Deckungsmarge dient in erste Linie dazu, das Risiko der Bank zu begrenzen. In der abmachungswidrigen Duldung einer Unterdeckung liegt nur im Ausnahmefall eine Verletzung der Informations- bzw. Warnpflicht der Bank. **3.** Die Fristansetzung beim Margin Call dient den Interessen des Kunden, da er nur so in die Lage versetzt werden kann, eine für ihn möglicherweise ungünstige Privatverwertung abzuwenden. Die Privatverwertung ohne vorangehende Fristansetzung begründet deshalb eine Vertragsverletzung. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung war nicht auszuschliessen, dass nach Ablauf der Nachdeckungsfrist der Börsenkurs günstiger stehen würde und die Bank deshalb einen höheren Verwertungserlös erzielt hätte. Die vorzeitige Verwertung durch die Bank ist daher für den Schaden, bestehend aus der Differenz zwischen dem vorzeitigen und dem fristkonformen Verwertungserlös, adäquat kausal.

BGer, 26.2.2009 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. c. Bank X.); 4A_521/2008; 4A_523/2008.

r14 Anlegerschaden. Verhaltensregeln von Art. 11 BEHG. Person des erfahrenen Privatanlegers.

Dommage subi par l'investisseur. Règles de conduite de l'art. 11 LBVM. Investisseur privé expérimenté.

1. Die in Art. 11 BEHG statuierten Verhaltensregeln können in Bezug auf Banken bereits für die Zeit vor Inkrafttreten des BEHG am 1. Februar 1997 als Massstab für pflichtgetreues Verhalten gemäss Auftragsrecht gelten. **2.** Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss die Bank, die für den Kunden nur punktuell Börsengeschäfte ausführt, diesen nur auf Verlangen aufklären. Ist ohne Weiteres ersichtlich, dass der Kunde von den Risiken keine Ahnung hat, muss ihn die Bank darauf hinweisen. **3.** Hat jemand eine dreijährige Lehre als Bankkaufmann absolviert und rund zehn Jahre Berufserfahrung bei einer Bank gesammelt, so ist ihm die Kenntnis grund-

legender Anlageformen und deren Mechanismen zuzumuten, auch wenn er nicht im Anlagebereich tätig war. Die Bank trifft im Entscheidfall keine Aufklärungspflicht.

HGer ZH, 27.6.2008, Geschäfts-Nr. HG040404U/ei. (nicht publiziert).

r15 Conseil en placement. Responsabilité. Banque restante. Ratification d'opérations effectuées sans mandat.

Anlageberatung. Haftung. Banklagernde Korrespondenz. Genehmigung der ohne Auftrag ausgeführten Geschäfte.

Un commerçant qui achète en USD pour revendre en EUR souhaite couvrir son risque de change contre la dépréciation de l'euro. Sur conseil de sa banque, il achète à terme les dollars au lieu de procéder à une opération de change immédiate et à un prêt en euros. L'opération est renouvelée deux fois à son échéance sans mandat exprès du client. **1.** La banque n'encourt pas de responsabilité pour avoir conseillé une stratégie de couverture plutôt que l'autre, les deux stratégies étant équivalentes. **2.** Bien que le client n'ait pas expressément autorisé les renouvellements de cette opération, il doit se laisser opposer les avis correspondants communiqués «banque restante» à sa demande. En procédant aux renouvellements dans la logique de l'opération initiale, la banque n'a pas agi sciemment au détriment de son client de sorte qu'elle peut se prévaloir de la ratification tacite de ces opérations par l'effet de la convention de banque restante.

TF, 23.9.2008 (1^{ère} Cour de droit civil, X. c. Banque Y. SA): 4A_262/2008.

r16 Contrat de conseil en placement. Diligence. Responsabilité. Honoraires.

Anlageberatungsvertrag. Sorgfalt. Haftung. Honorar.

Considérations générales sur les obligations et la diligence du conseiller en placement. Ne manque pas à son obligation de diligence le conseiller en placement qui **(a)** recommande un investissement dans un fonds de placement offshore (avec une information sur les risques) sans révéler l'existence d'un article de presse négatif paru deux ans auparavant et resté sans effets sur les autorités et milieux intéressés; **(b)** recommande ce placement en même temps qu'il conseille à d'autres clients de réduire ou supprimer ce même placement pour des motifs tenant à la structure de leurs portefeuilles. En l'absence de responsa-

bilité, les honoraires ne doivent être ni réduits ni supprimés.

TF, 11.6.2008 (1^{ère} Cour de droit civil, F.X., H.X. c. Y. SA): 4A_168/2008; SJ 2009 I 13.

r17 Gestion de fortune. Bien-trouvé. Invalidation pour erreur.

Vermögensverwaltung. Richtigbefundanzeige. Irrtumsanfechtung.

1. En matière de gestion de fortune, le client non expérimenté n'est pas tenu d'analyser les risques pris par le gérant tant qu'il ne dispose pas d'autres informations. Le rapport de confiance l'autorise à admettre que le gérant respecte la stratégie de placement convenue et réalise des opérations comportant des risques correspondant à cette stratégie. **2.** Le client qui a signé un bien-trouvé sans faire d'objection en relation avec une opération dont il n'était pas en mesure d'apprécier la conformité peut se prévaloir d'un vice du consentement dans l'année qui suit sa découverte, à défaut de quoi l'opération est réputée ratifiée (art. 31 CO). Le délai commence à courir avec la connaissance claire et certaine du vice du consentement; un simple doute ne suffit pas. **3.** A partir du moment où le client a révoqué le mandat de gestion en raison des pertes causées par la crise de 2001, il ne peut prétendre qu'il considèrerait de bonne foi que les placements dans des obligations argentines respectaient la stratégie d'investissement convenue de sorte que le délai d'un an a commencé à courir. En particulier, il doit se laisser opposer les bien-trouvés apposés sur des relevés de titre indiquant que l'émetteur de ces obligations était en défaut.

Cour de Justice GE, 18.1.2008 (Monsieur M. c. B. SA), ACJC/60/2008, <http://justice.geneve.ch/jurisprudence>.

r18 Escroquerie. Responsabilité de la banque. Loi applicable. Qualité d'organe (non). Défaut de surveillance. Faute concomitante du client (non). Betrug. Haftung der Bank. Anwendbares Recht. (Keine) Organeigenschaft. Mangelnde Überwachung. (Kein) Mitverschulden des Kunden.

Escroquerie commise par un directeur adjoint (immeubles et équipements) au préjudice d'une cliente qu'il a incitée à déposer des fonds sur son compte personnel pour bénéficier des services de la banque qui l'emploie. **1.** Le droit du lieu de situation des valeurs patrimoniales est applicable à l'acte illi-

cite commis par un collaborateur de la succursale suisse d'une banque anglaise (art. 133 al. 2 LDIP). **2.** Un directeur adjoint n'est pas un organe. L'inscription de sa signature au registre du commerce, la disposition d'un grand bureau et d'une secrétaire et la carte de visite mentionnant la qualité de directeur adjoint ne créent pas l'apparence d'un organe. La responsabilité de la banque pour l'acte illicite de son employé relève donc de l'art. 55 CO. **3.** Même s'il n'est chargé ni de la clientèle, ni de la gestion de fortune, l'employé qui acquiert des clients – et qui notamment répond ainsi à un plan d'encouragement de la banque – agit à leur égard dans l'accomplissement de son travail. Admission d'un lien fonctionnel suffisamment étroit entre le travail facultatif qui lui est confié et l'acte dolosif (situation différente de l'arrêt 4A_54/2008 du 29 avril 2008). **4.** La preuve libératoire échoue du fait que la banque a, sans vérifications, toléré qu'un collaborateur reçoive de nombreux clients ce qu'il n'était pas censé faire (*culpa in custodiendo*). **5.** Pas de faute concomitante du client dans les circonstances de l'espèce. Certes, le client a pris un certain risque en acceptant que ses fonds soient provisoirement déposés sur le compte personnel du directeur adjoint; cependant, tout placement de fonds suppose un certain rapport de confiance.

TF, 10.2.2009 (*I^{ère} Cour de droit civil, Banque X. c. Y.*): 4A_544/2008; Zemp, *Actualité CDBF* n° 628; *GesKR* 2009 253 f.

r19 Gestion de fortune. Portefeuilles collectifs internes. Barattage.

Vermögensverwaltung. Interne Sondervermögen. Spesenshinderei.

1. Le négociant en valeurs mobilières chargé d'un mandat de gestion de fortune doit respecter les directives ASB sur le mandat de gestion de fortune ainsi que les règles de conduite de l'art. 11 LBVM. Les directives précisent le devoir de diligence; reconnues comme standard minimum par la CFB, elles ne lient ni le juge civil ni la CFB, qui peut poser des exigences plus sévères. L'art. 11 al. 1 LBVM est (aussi) une norme de droit civil directement applicable à toutes les transactions en valeurs mobilières des négociants, quelle que soit leur qualification juridique. **2.** Le barattage (*Spesenshinderei, churning*) est un cas typique de mauvaise exécution du mandat de gestion de fortune et de violation du devoir de loyauté. Il n'y a pas de critère simple et unique permettant d'en constater l'existence. Au cas d'espèce, la CFB a re-

tenu cette qualification pour la gestion d'un portefeuille collectif interne en se fondant sur (a) la durée de détention des titres par rapport à l'objectif d'investissement, (b) le nombre de transactions en comparaison avec l'objectif d'investissement, (c) le taux de rotation, et (d) le rapport entre les commissions perçues et les avoirs investis. **3.** Dans les cas graves, le barattage est constitutif de gestion déloyale au sens de l'art. 158 CP.

CFB, 1.11.2007, *Bulletin CFB* 51/2008 101.

II. Kredite / Crédits

r20 Darlehensvertrag. Täuschung. Informationspflichten der Bank.

Contrat de prêt. Dol. Devoirs d'information de la banque.

Die Bank finanzierte für den Erblasser und später für die Erbengemeinschaft zahlreiche Immobilienprojekte. Sie kündigt angesichts namhafter Zinsrückstände das Darlehen. **1.** Wer eine Vollmacht zur Erhöhung der Schuld- und Pfandbelastungen unterzeichnet, muss sich des Umfangs des Geschäfts bewusst sein, wenn die Vollmacht die Beträge explizit ausweist. Die Bestimmung über die absichtliche Täuschung (Art. 28 OR) ist nicht dazu da, voll geschäftsfähigen Vertragspartnern, die unbekümmert einen folgenschweren Vertrag schliessen oder zum Abschluss eines solchen eine Vollmacht erteilen, eine Hintertür zu öffnen, um sich von einer unter Missachtung elementarer Sorgfaltspflichten eingegangenen Verbindlichkeit zu befreien. **2.** Die Bank ist im Regelfall nicht verpflichtet, dem Kreditnehmer das Entscheidungsrisiko abzunehmen. Ausnahmen können sich aus dem Loyalitätsgebot ergeben. Eine Pflichtverletzung wurde im Entscheidfall verneint.

BGer, 15.5.2008 (*I. zivilrechtliche Abteilung, Erbengemeinschaft Z. c. Bank X.*): 4A_106/2008.

r21 Responsabilité de la banque dispensatrice de crédit.

Haftung der kreditgewährenden Bank.

Crédits en faveur d'une société garantis par le nantissement de cédulas hypothécaires et par deux actionnaires répondant comme codébiteurs solidaires. Le codébiteur solidaire ayant souscrit son engagement en connaissance de la situation de faits et de la portée de cet engagement, il ne pouvait s'at-

tendre à ce que la banque le mît en garde contre les dangers liés à la garantie qu'il donnait en l'absence d'une relation d'affaire durable ayant généré un rapport de confiance particulier.

TF, 26.8.2008 (*1^{ère} Cour de droit civil, X. c. Banque Y.*): 4A_201/2008.

r22 Sanierungsvereinbarung. Vertragsauslegung. Convention d'assainissement. Interprétation des contrats.

Die Sanierungsvereinbarung sieht einen vom Liquidationsergebnis abhängigen Sanierungsbeitrag der Bank vor, der (unstreitig) zur Deckung der Aktionärsdarlehen verwendet werden konnte. Der Liquidationserlös allein reichte bereits zur Rückzahlung der Aktionärsdarlehen. Streitig war, ob in diesem Fall der Sanierungsbeitrag der Bank für die Rückzahlung des Aktienkapitals verwendet werden durfte. **1.** Angesichts der ausdrücklichen Auflage in der Sanierungsvereinbarung, dass der Liquidationserlös zur Rückführung der Aktionärsdarlehen am Ende der Liquidation diene, ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz davon ausgeht, die Parteien hätten angesichts der von der Bank erlittenen erheblichen Zinsverluste für die Rückzahlung des Aktienkapitals keinen Sanierungsbeitrag vereinbart. **2.** Die Auslegung, wonach mit der Auflage lediglich zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass erst nach vollständiger Rückzahlung der Aktionärsdarlehen auch Rückzahlungen des Aktienkapitals erlaubt waren, überzeugt nicht. Dass eine Rückzahlung des Aktienkapitals bei Liquidation der Gesellschaft grundsätzlich nur erfolgen kann, wenn die Gesellschaft sämtliche Schulden getilgt hat, ergibt sich bereits aus dem Gesetz (Art. 745 OR).

BGer, 8.7.2008 (*I. zivilrechtliche Abteilung, X. AG c. Bank Y.*): 4A_156/2008; *Bestätigung OGer ZG, 26.2.2008, SZW 2008 429 r27.*

r23 Forderungskauf mit kreditierter Kaufpreiszahlung. Art. 317 OR.

Achat de créance financé par le cédant. Art. 317 CO.

Bei der fraglichen Rechtsbeziehung handelt es sich um einen Forderungskauf mit kreditierter Kaufpreiszahlung: Der Käufer einer Forderung erhält vom Verkäufer gleichzeitig ein Darlehen, um damit den Kaufpreis für die erworbene Forderung zu begleichen. Vertragsqualifikation vom Bundesgericht bestätigt. **1.** Die Verkäufer haben keine Haftung für die Einbringlichkeit der verkauften Darlehensforderung

übernommen. Selbst wenn die Forderung mit einem Rangrücktritt belastet und die Schuldnerin zudem defizitär war, waren sie berechtigt, die Gegenforderung auf Übergabe des Darlehens mit ihrer Kaufpreisforderung zu verrechnen und auf diese Art den (neuen) Darlehensvertrag zu erfüllen. **2.** Art. 317 OR (Hingabe an Geldes statt) ist auf den Forderungskauf mit kreditierter Kaufpreiszahlung grundsätzlich nicht anwendbar, denn es fehlt an der Leistung an Erfüllung statt. Den Käufern/Darlehensnehmern hilft daher das Vorbringen nicht, der Marktwert der Darlehensforderung sei aufgrund der Unerbringbarkeit der Forderung bei Null anzusetzen. **3.** Eine Umgehung von Art. 317 OR ist zu verneinen. Eine solche ist dann anzunehmen, wenn der Käufer offensichtlich keinen Bedarf an der Ware hat und ein Kaufpreis verabredet wird, der den üblichen Preis erheblich übersteigt. Im vorliegenden Fall hatten die Käufer/Darlehensnehmer ein Interesse am Forderungskauf, denn sie waren Eigentümer der sanierungsbedürftigen Schuldnerin und konnten so vermeiden, dass die Sanierung durch die rasche Einforderung der Darlehenssumme durch die bisherigen Gläubiger gefährdet wird. **4.** Ob Art. 317 OR analog anzuwenden ist, wenn an Stelle von Geld Forderungen hingegeben werden, kann offen bleiben.

BGer, 28.1.2009 (*I. zivilrechtliche Abteilung; A.C. und B.C. c. D.F. und Erbgemeinschaft E.F. sel.*): 4A_482/2008.

r24 (Keine) Kredithaftung aus Konzernvertrauen. (Pas de) responsabilité fondée sur la confiance de la société mère pour sa filiale garante.

Finanzierung eines Unternehmenskaufs durch ein Bankenkonsortium. Abruf der Kreditgarantie durch das Konsortium. Konkurs der Garantin. Klage der Konsortialbanken gegen die Muttergesellschaft der Garantin aus Vertrauenshaftung, positiver Vertragsverletzung und aktienrechtlicher Verantwortlichkeit. **1.** Eine Haftung aus Konzernvertrauen entsteht nur, wenn die Muttergesellschaft durch ihr Verhalten hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen in ihre Konzernverantwortung erweckt, später aber in treuwidriger Weise enttäuscht. **2.** Im Entscheidfall standen sich professionelle Marktteilnehmer gegenüber. Es war den Konsortialbanken möglich und zumutbar, den Kredit mittels Vertrag mit der Muttergesellschaft zusätzlich abzusichern (im Unterschied zu BGE 120 II 331, Swissair) **3.** Eine konkrete, vertrauensbegründende Handlung kann auch nicht

darin erblickt werden, dass die Muttergesellschaft die Finanzierungsverhandlungen initiiert und geleitet hat. Das Ergebnis der Verhandlungen war ein subtil ausgewogenes Konstrukt von Verträgen, mit dem die Parteien ihre Verantwortlichkeiten abschliessend regeln wollten – zumal unstreitig ist, dass im Falle einer Zusicherung seitens der Muttergesellschaft der Kreditzins tiefer ausgefallen wäre. **3.** Die Vertrauenshaftung steht nicht zur Verfügung, wenn zwischen den Parteien eine vertragliche Bindung besteht. Soweit die Konsortialbanken geltend machen, die Muttergesellschaft habe durch die mit ihnen abgeschlossene Restrukturierungsvereinbarung schutzwürdiges Vertrauen erweckt und in der Folge treuwidrig enttäuscht, sind sie nicht zu hören. **4.** Die positive Vertragsverletzung der Muttergesellschaft sowie deren aktienrechtliche Verantwortlichkeit als faktisches Organ der konkursiten Garantin wurde nach Auffassung des Gerichts nicht rechtsgenügend dargetan.

HGer ZH, 12.5.2009, Geschäfts-Nr. HG060388/U/ei; NZZ, 8.6.2009, 13 (Klage gegen UBS abgelehnt; Rückschlag für Systor-Gläubigerbanken).

III. Kreditsicherung/Sûretés

1. Persönliche Sicherheiten/Sûretés personnelles

r25 Bankgarantie. Valuta- und Garantieverhältnis.

Garantie bancaire. Rapport de valeur et de garantie.

1. Vereinbaren die Parteien, dass «alle sich aus diesem Vertrag ergebenden Streitigkeiten» von einem Schiedsgericht beurteilt werden sollen, so ist das Schiedsgericht zuständig für die Frage, ob sich aus dem Vertrag (Valutaverhältnis) eine Pflicht des Garantiebegünstigten ergibt, die Garantie nur in berechtigten Fällen abzurufen, und ob diese Pflicht verletzt wurde. Mit dem Entscheid über diese Frage greift das Schiedsgericht nicht in das Rechtsverhältnis zwischen dem Begünstigten und der Bank (Garantieverhältnis) ein. **2.** Die Frage, ob ein Garantie-Abrufverbot zulässig ist, muss materiellrechtlich beurteilt werden und ist nicht Gegenstand der Zuständigkeitsprüfung.

BGer, 10.10.2008 (I. zivilrechtliche Abteilung, X. A.S. c. Y. GmbH): 4A_224/2008.

r26 Crédit documentaire stand by. Rigueur documentaire. Réclamation du client.

Stand by letter of credit. Dokumentenstrenge. Reklamation des Kunden.

Garantie de bonne exécution prenant la forme d'une lettre de crédit stand by soumise aux RUU 500. Une « clause de remboursement » soumet le remboursement à la banque confirmatrice à la condition que la banque émettrice reçoive un message authentifié de la banque confirmatrice confirmant que cette dernière a reçu une demande du bénéficiaire conforme aux termes et délais de la lettre de crédit et qu'elle l'a envoyée à la banque émettrice. **1.** Le principe de la rigueur documentaire s'applique à la lettre de crédit stand by et à toutes ses clauses. La banque émettrice a contrevenu à ce principe (**a**) en remboursant la banque confirmatrice sur la base d'un message indiquant que « le document en question suivra » et (**b**) sur la base d'un tirage n'émanant pas du bénéficiaire désigné dans la lettre de crédit, celui-ci étant une autorité publique entretemps dissoute. **2.** La banque émettrice commet un abus de droit en se prévalant de l'absence de réclamation du donneur d'ordre au débit de son compte et à la réalisation des sûretés alors que l'ayant droit économique (actionnaire) du donneur d'ordre et constituant des sûretés s'est clairement opposé dans les délais à ces opérations.

TF, 15.1.2009 (1ère Cour de droit civil, X. SA c. Y.): 4A_488/2008; Zemp, Actualité CDBF n° 623.

r27 Bürgschaftsähnliche Garantie. Abgrenzung zur Bürgschaft.

Garantie indépendante. Distinction avec le cautionnement.

1. Ob eine Bürgschaft oder ein Garantieverprechen vorliegt, ist durch Auslegung des Sicherungsvertrages zu ermitteln. Kann kein übereinstimmender tatsächlicher Parteiwille festgestellt werden, ist das Vertrauensprinzip massgebend. **2.** Als Abgrenzungskriterium zwischen den beiden Sicherungsverträgen steht die Akzessorietät im Vordergrund. Für die Beurteilung, ob eine Verpflichtung akzessorischer Natur vorliegt, sind verschiedene Anhaltspunkte bzw. Indizien zu berücksichtigen. **3.** Für eine Bürgschaft spricht die Identität der Leistungsversprechen von Schuldner und Sicherungsgeber und der Rückgriff auf das Grundverhältnis zur Feststellung des Sicherungsumfangs. Für die Garantie spricht der Einrede- und Einwendungsverzicht des Sicherungsgebers, die

Verpflichtung zur Zahlung auf erstes Verlangen und das Eigeninteresse des Sicherungsgebers am Hauptschuldvertrag **4.** Aus dem Umstand, dass der Vertrag den englischen Begriff «guarantee» verwendet, lässt sich für die Qualifikation der Sicherungsvereinbarung nichts ableiten. Dasselbe gilt für die Nennung eines zahlenmässigen Höchstbetrags der Haftung und für die zeitliche Begrenzung der Gültigkeit des Sicherungsversprechens bis zum Ablaufdatum des Hauptschuldvertrages.

BGer, 29.1.2009 (I. zivilrechtliche Abteilung, W. AG c. X. AG): 4A_530/2008.

r28 Garanties indépendantes. Solidarité et recours entre garants.

Bürgschaftsähnliche Garantien. Solidarität und Rückgriff zwischen den Garanten.

Crédit à une société de domicile garanti par ses deux administrateurs. **1.** Les garanties personnelles sont indépendantes dès lors que chacun des garants avait un intérêt personnel à la survie de l'emprunteur. **2.** Les deux administrateurs forment entre eux une société simple tacite pour la gestion de leur société (cf. art. 150 al. 2 LDIP). En l'absence d'une clause d'élection de droit, ce contrat de société est soumis au droit du domicile des deux garants (Italie). **3.** Même s'ils n'ont pas employé le terme, les deux garants se sont engagés solidairement (art. 143 al. 1 CO). Celui qui a payé au-delà de sa part peut recourir contre l'autre (art. 148 al. 2 LDIP). En l'absence d'une clause contraire, chaque garant prend à sa charge la moitié de la dette garantie.

TF, 27.2.2009 (I^{ère} Cour de droit civil, X. c. Y.): 4A_582/2008.

r29 Nachbürgschaft (Art. 498 Abs. 1 OR). Formvorschrift.

Certificateur de caution (art. 498 al. 1 CO). Formes prescrites.

Gemäss Art. 493 Abs. 2 OR ist für die Bürgschaft natürlicher Personen die öffentliche Beurkundung erforderlich, soweit die Haftungssumme CHF 2000.– übersteigt. Ob diese Formvorschrift auch für die Nachbürgschaft im Sinne von Art. 498 Abs. 1 OR gilt, ist umstritten. Die Frage kann im vorliegenden Verfahren offenbleiben, denn hier macht der Vorbürge die Formnichtigkeit der Nachbürgschaft geltend. Dass aber ein solcher Formmangel den Willensentschluss des Vorbürgens zum Vertragsabschluss hätte beeinflussen können, ist abwegig.

BGer, 11.6.2008 (II. zivilrechtliche Abteilung, X. AG c. Y.): 5A_307/2008.

2. Dingliche Sicherheiten/Sûretés réelles

r30 Crédit hypothécaire. Révocation de la vente immobilière. Révocation à l'encontre de la banque ayant acquis des cédulas hypothécaires.

Hypothekendarlehen. Anfechtung des Grundstücksverkaufs. Anfechtung des Schuldbrieferwerbs der Bank.

Crédit hypothécaire finançant l'achat de lots de PPE garanti par la remise de cédulas hypothécaires. Faillite du vendeur des lots; révocation de la vente admise par l'acheteur. Pas de révocation de la cession des cédulas hypothécaires en l'absence de mauvaise foi de la banque (art. 288 et 290 LP). **1.** L'art. 930 al. 1 CC s'applique aux titres au porteur telles que les cédulas hypothécaires au porteur. Les présomptions résultant de la possession valent tant pour le droit sur le titre que pour le droit incorporé au titre. A moins que la possession ne soit suspecte ou équivoque, le détenteur d'une cédula hypothécaire au porteur qui s'en prétend propriétaire est présumé avoir acquis la propriété ainsi que la titulaire de la créance garantie par le gage immobilier. Il peut opposer cette présomption à quiconque, y compris à son débiteur qui lui a transféré la cédula. **2.** La révocation de la vente des lots de PPE ne peut s'étendre à la remise des cédulas en mains de la banque (tiers successeur du bénéficiaire de l'acte révocable) que si celle-ci était de mauvaise foi, c'est-à-dire si elle savait ou aurait dû savoir en faisant preuve de l'attention que les circonstances permettaient d'exiger qu'un acte juridique révocable était à l'origine de l'achat des parts de PPE. **3.** Au cas d'espèce, l'absence d'investigations complémentaires de la banque procède d'une certaine négligence mais ne suffit pas pour admettre qu'elle était de mauvaise foi.

TF, 7.2.2008 (II^{ème} Cour de droit civil, Julliard Immobilier SA en liquidation c. Banque cantonale vaudoise): 5A_210/2007.

IV. Zahlungsverkehr/Moyens de paiement

r31 Nachträgliche Rückbelastung einer Checkgutschrift.

Extourne de l'encaissement d'un chèque.

Provisorische Check-Gutschrift durch die Bank mit dem Vermerk «Eingang vorbehalten». Fünf Monate später Rückbelastung auf dem Kundenkonto durch die Bank mit der Begründung, das Indossament der Check-Rimesse sei nicht konform. **1.** Dass ein Check als tatsächlich eingelöst gilt, hängt primär davon ab, dass der Checkbetrag zugunsten des Checkinhabers verfügbar gemacht wird. Wenn auch in einem Teil der Lehre die Meinung herrscht, dass die Einlösung bereits mit der vorbehaltlosen Belastung des Ausstellerkontos bewirkt ist, wird sie diesfalls erst definitiv, wenn der Auftraggeber Kenntnis von der vorbehaltlosen Gutschrift erlangt hat bzw. nicht innert Frist eine Rückbelastung seitens der Bank vorgenommen wird. **2.** Die Bank hat die Rückbelastung mehr als fünf Monate nach der provisorischen (Valuta-)Gutschrift vorgenommen. Dies ist angesichts der im Checkrecht geltenden kurzen Fristen ungewöhnlich lang. Die massgeblichen AGB sehen allerdings für die Rückbelastung keine Frist vor und der Bank kann auch kein treuwidriges Verhalten zur Last gelegt werden: Der Kläger wusste um die Nachfrage der Korrespondenzbank in Bezug auf den Checkbegünstigten und damit um den Schwebezustand der Gutschrift.

OGer LU, 4.5.2009, 11 08 146 (nicht publiziert).

V. Rechenschaftsablegung und Auskünfte/ Reddition de compte et renseignements

r32 Auskunftspflicht der Bank gegenüber den Erben. Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte (Art. 88 IPRG).

Devoir de renseignement de la banque face aux héritiers. Compétence des tribunaux Suisses (art. 88 LDIP).

Die Fragen des Erwerbs bzw. des Bestandes des Nachlasses und die entsprechenden Informationsbedürfnisse der Erben sind so eng miteinander verknüpft, dass es sich mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung rechtfertigt, die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte gestützt auf Art. 88 IPRG (Zuständigkeit am Ort der gelegenen Sache) auch für Fälle zu bejahen, in denen ein Erbe mit Blick

auf eine im Ausland geführte Klage gegen seine Miterbin von der Bank Auskunft über Konten verlangt, die im Zeitpunkt der Klageeinleitung bereits saldiert waren.

BGer, 30.5.2008 (II. zivilrechtliche Abteilung, X. c. Y., Banque R.): 5C.291/2006.

r33 Auskunftspflicht der Bank gegenüber den Erben. Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte (Art. 2 Abs. 1 LugÜ).

Devoir de renseignement de la banque face aux héritiers. Compétence des tribunaux Suisses (art. 2 al. 1 Convention de Lugano).

Der Erbe mit Wohnsitz im Ausland verlangt von der Bank Auskunft über die Kontobeziehung des im Ausland ansässigen Erblassers. Die Bank und die an ihrer Seite als Nebenintervenienten auftretenden (im Ausland ansässigen) Miterben erheben die Einrede der fehlenden internationalen Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte unter Hinweis auf die Grundregel in Art. 86 IPRG, wonach die Zuständigkeit an den letzten Wohnsitz des Erblassers anknüpft. Demgegenüber hatte die Vorinstanz das Auskunftsbegehren als vertragsrechtlich qualifiziert und ihre Zuständigkeit unter Anwendung des Lugano-Übereinkommens (LugÜ) bejaht. **1.** Für die Zuständigkeit nach Art. 2 LugÜ genügt es, wenn der Beklagte Wohnsitz in einem Vertragsstaat und der Kläger Wohnsitz im Ausland hat, auch wenn sein Wohnsitzstaat nicht Lugano-Staat ist. **2.** Art. 1 Abs. 2 Ziff. 1 LugÜ schliesst die Anwendung des Übereinkommens auf dem Gebiet des «Erbrechts einschliesslich des Testamentsrechts» aus. Vom Ausschluss nicht erfasst sind Streitigkeiten des Erben mit Dritten, wenn sie ihren Grund nicht im Erbrecht haben und die Erbberechtigung nur als Vorfrage auftreten kann. **3.** Ansprüche gegen Dritte, in die ein Erbe causa mortis nachfolgt, fallen nicht unter die Ausschlussklausel in Art. 1 Abs. 2 Ziff. 1 LugÜ, wenn sich der geltend gemachte Anspruch bereits im Vermögen des Erblassers befand, mithin nur die Aktivlegitimation des Erben auf einem erbrechtlichen Titel beruht. **4.** Macht ein angeblicher Erbe einen Anspruch gegen die Bank geltend, mit welcher der Erblasser in einer Kontobeziehung stand, ist nach dem auf die Bankkundenbeziehung anwendbaren Vertragsstatut zu prüfen, ob ein solcher Anspruch besteht. Ist er begründet, befand er sich bereits im Vermögen des Erblassers; diesfalls beruht nur die Aktivlegitimation des Erben auf einem erbrechtlichen Titel. Ein derart geltend ge-

machter Anspruch fällt nicht unter die ausgeschlossenen Materien im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Ziff. 1 LugÜ, weshalb die Vorinstanz ihre Zuständigkeit zu Recht bejaht hat.

BGer, 18.12.2008 (I. zivilrechtliche Abteilung, B.F., C.F., D.F., X. c. E.F.): 4A_398/2008; BGE 135 III 185; Hurni, ZBJV 2009 221 f.

r34 Auskunftspflicht der Bank gegenüber den Erben. Kompensationsgeschäfte.

Devoir de renseignement de la banque face aux héritiers. Opérations de compensation.

Die Erbin stellt ein Gesuch um Vollstreckung eines rechtskräftigen Urteils, das die Bank zur Auskunft über Vermögenswerte der verstorbenen Eltern verpflichtet. Die Bank macht geltend, sie könne die Herkunft der einbezahlten und die Destination der ausbezahlten Gelder nicht lückenlos offenlegen und sie könne die Transaktionen auch nicht mittels Urkunden belegen. Der Erblasser habe Kompensationsgeschäfte betrieben: Er habe in Frankreich von einem Vermittler Kundengelder entgegengenommen, unter gleichzeitiger Zurverfügungstellung der entsprechenden Werte zuhanden des Vermittlers in der Schweiz, alles auf Vertrauensbasis, ohne schriftliche Belege und Quittungen. **1.** Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung folgt aus dem Wesen der Universal-sukzession, dass die vertraglichen Auskunftsansprüche dergestalt an die Erben übergehen, wie sie für den Erblasser gegolten haben. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Bank die (früheren) Kontoinhaber bereits einmal informiert hat oder ob diese selbst überhaupt ein Interesse an der Information gehabt haben. **2.** Dass eine Bank Auszahlungen oder Geldüberweisungen vornimmt, ohne dass sie sich hierfür Quittungen geben lässt und/oder (interne) Belege anfertigt und aufbewahrt, ist ausgeschlossen, auch wenn sich auf dem betreffenden Konto Schwarzgeld befindet. Die Erbin fordert daher zu Recht, dass ihr die Herkunft der einbezahlten und die Destination der ausbezahlten Gelder bekannt gegeben werden. **3.** Ob die Bank zur Auskunft über die Endempfänger der Auszahlungen verpflichtet ist, hängt davon ab, ob der Vermittler die weiteren Dispositionen als Bevollmächtigter des Erblassers und in dessen Auftrag getätigt hat, oder ob der Vermittler nach eigenem System wirtschaftete. Nachdem die Bank mit rechtskräftigem Urteil zur umfassenden Auskunft gegenüber der Erbin verpflichtet ist, ist sie für die Erfüllung dieser Pflicht bzw. Ausnahmen davon beweispflichtig.

Dieser Beweis ist ihr mit dem von ihr behaupteten Geldwechselsystem nicht gelungen. Gelingt ihr der Nachweis nicht, so hat sich die Gesuchstellerin umfassend, d.h. auch über die Endbegünstigten zu informieren. **4.** Das Bundesgericht hat die gegen das kantonale Urteil erhobene Beschwerde abgewiesen: Die Weigerung der Vorinstanz, die von der Bank anerbottene Zeugen anzuhören, ist nicht zu beanstanden. Die Zeugen hätten lediglich über die Rolle des am Geldwechselsystem beteiligten Vermittlers Auskunft geben können. Sie betreffen nicht Umstände, die geeignet sind, die von der Bank behauptete Erfüllung der rechtskräftig festgestellten Auskunftspflicht nachzuweisen.

Appellationsgericht BS, 1.7.2008, Verf.Nr. 1214/1215/2008/ASC/sf. (nicht publiziert); Beschwerde der Bank vom Bundesgericht abgewiesen: BGer, 5.5.2009 (I. Zivilrechtliche Abteilung, Bank X c. X): 5A_810/2008.

r35 Conservation, production et destruction des documents bancaires.

Aufbewahrung, Herausgabe und Vernichtung von Bankdokumenten.

A l'occasion de dénonciations de l'Office fédéral de la justice et du Ministère public fédéral, la CFB constate la violation par la banque de son devoir d'organisation en rapport avec la conservation et la production des documents. **1.** L'obligation de conserver des documents est fondée sur l'art. 962 CO, sur l'exigence d'une organisation adéquate (art. 3 al. 2 let. a LB et 9 al. 2 OB), sur l'art. 7 al. 1 LBA et sur les directives ASB relatives aux avoirs sans nouvelles. De ces multiples réglementations, il résulte notamment que la banque doit conserver les documents de base des clients (documents contractuels et justificatifs d'identification) pendant toute la durée de la relation bancaire et pendant dix ans après sa cessation. Pour les avoirs sans nouvelles, l'obligation de conserver tous les documents ainsi que les pièces justificatives des transactions s'étend jusqu'au rétablissement du contact ou à la remise des avoirs à une instance désignée par le législateur. **2.** Les banques doivent disposer des outils de recherche nécessaires pour retrouver ces documents et les produire dans un délai raisonnable pour répondre aux demandes d'informations ou de séquestre des autorités. L'Association suisse des banquiers a recommandé à ses membres de se conformer à la recommandation du 4 juin 2003 de la Commission sur le crime organisé et la criminalité

économique de la Conférence des directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) relative aux «Délais standards pour la production de documents par les banques», complétée le 27 octobre 2005 par les «Recommandations en matière de production de pièces bancaires» de la Conférence des autorités de poursuite pénale de Suisse (CAPS). **3.** Au-delà de la période de conservation des documents, les banques peuvent librement détruire les documents. Elles doivent cependant fixer par directive interne leur politique à cet égard et prévoir l'établissement d'un procès-verbal de destruction des documents archivés mentionnant la date de création, la catégorie, la période de provenance des dossiers détruits et la date de destruction des documents. Ce protocole doit être conservé pendant 10 ans. **4.** Pour les documents qu'elle choisit de ne pas détruire, elle devra pouvoir produire ces documents dans un délai raisonnable de la même façon que s'il s'agissait des documents couverts par l'obligation de conservation.

CFB, 23.1.2008, Bulletin CFB 51/2008 70.

VI. Zwangsvollstreckung/Exécution forcée

r36 Pfändung des schuldnerischen Guthabens auf einem «Durchlaufkonto» für diverse Ein- und Ausgaben.

Saisie des avoirs du débiteur sur un compte de passage.

1. Bei der Pfändung von Verdienst aus selbständiger Erwerbstätigkeit werden bei Drittschuldnern keine Forderungen eingeholt. Ein solches Vorgehen ist höchstens dann statthaft, wenn kein Zusammenhang mit dem laufenden Verdienst besteht, etwa im Falle des Auftauchens eines Sparkontos mit angehäuften Vermögen, beispielsweise aus Schenkung oder Erbfall. **2.** Das typische Durchlaufkonto, über das die privaten und geschäftlichen Transaktionen abgewickelt werden, weist demgegenüber einen Zusammenhang mit dem laufenden Verdienst auf. Die Forderungspfändung bei der kontoführenden Bank ist eine verdeckte Verdienstpfindung, die aufgehoben werden muss. **3.** Dass in einem Verfahren nach Massgabe von Art. 265a SchKG das Vorhandensein neuen Vermögens festgestellt wurde, ändert an diesem Ergebnis nichts.

Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen Bern, 1.5.2007, BISchK 2008 94 ff., 149 ff.

r37 Pfandausfallforderung. Hinderung der Verjährung (Art. 134 Abs. 1 Ziff. 6 OR).

Créance d'insuffisance du gage. Empêchement de prescription (art. 134 al. 1 ch. 6 CO).

Der Schuldner macht geltend, die Bank könne sich für ihre Pfandausfallforderung nicht auf Art. 134 Ziff. 6 OR (fehlender schweizerischer Gerichtsstand) berufen, weil ihr die Möglichkeit eines Gerichtsstandes am Arrestort offengestanden habe. **1.** Die abstrakte Möglichkeit, in der Schweiz einen Gerichtsstand zu erlangen, schliesst die Berufung auf Art. 134 Abs. 1 Ziff. 6 OR nicht prinzipiell aus. **2.** Ob – wie von einem Teil der Lehre gefordert wird – dem Gläubiger unter Umständen bei hinreichend gesicherten Anhaltspunkten zuzumuten ist, weitere Abklärungen über allenfalls in der Schweiz befindliche Vermögenswerte zu treffen, braucht nach wie vor nicht entschieden zu werden. Der Gläubiger kann nämlich keinesfalls im Sinne einer Obliegenheit gehalten sein, sich um das Auffinden von Anhaltspunkten zu bemühen oder Vorkehrungen zur Erlangung eines schweizerischen Gerichtsstandes zu treffen, wenn deren Erfolg höchst ungewiss ist.

BGer, 29.1.2008 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. c. Bank X.): 4A_411/2007; BGE 134 III 294; SJ 2009 I 357.

r38 Arrestprosequierungsbetreibung. Örtliche Zuständigkeit.

Poursuite en validation du séquestre. Compétence ratione loci.

Die Betreibung zwecks Arrestprosequierung gegen einen Schuldner mit Wohnsitz im Ausland ist am Belegenheitsort der Arrestgegenstände durchzuführen. Sind bei einer Bank gelegene Vermögenswerte verarrestiert, so ist zwischen Sachwerten und Forderungen zu unterscheiden. Während Sachwerte (z.B. Wertschriften, Depots, Edelmetalle, Safe-/Schrankfachinhalte) dort zu verarrestieren und zu prosequieren sind, wo sie effektiv/physisch liegen, gelten gemäss konstanter Praxis des Bundesgerichts Forderungen (Bankguthaben/-konten etc.) eines im Ausland wohnhaften Arrestschuldners gegenüber einer Schweizer Grossbank (Drittschuldnerin) als an deren Schweizer Hauptsitz gelegen. Dort sind sie, auch wenn es sich um Forderungen aus dem Geschäftsverkehr mit Filialen handelt, sowohl verarrestierbar als auch prosequierbar.

OGer ZH, 15.5.2008, ZR 107 (2008) Nr. 77 S. 305 ff.

r39 Aberkennungsklage. Einheit von Grundpfandforderung und Grundpfandrecht bei Schuldbriefen. *Action en libération de dette. Unité de la créance de gage immobilier et du droit de gage immobilier pour les cédules hypothécaires.*

1. Die Grundpfandforderung und das Grundpfandrecht bilden beim Schuldbrief eine Einheit. Daher ist es ausgeschlossen, dass die Rechtsöffnung für das eine Element vor der Rechtsöffnung für das andere Element in Rechtskraft treten kann. 2. Der Entscheid des Gerichtspräsidenten, mit dem lediglich für die Forderung die Rechtsöffnung erteilt wurde, während die Erteilung der Rechtsöffnung für das Pfandrecht im Dispositiv vergessen wurde, erwuchs demzufolge nicht in Rechtskraft. Für den Schuldner bestand das Interesse zur Erhebung der Aberkennungsklage erst ab dem Zeitpunkt der Berichtigungsverfügung, mit der die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung auch für das Grundpfandrecht in das Dispositiv aufgenommen wurde.

BGer 16.7.2008 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. c. Bank X.): 4A_122/2008.

r40 Unpfändbarkeit von Vermögenswerten einer ausländischen Zentralbank, die hoheitlichen Zwecken dienen (Art. 92 Abs. 1 Ziff. 11 SchKG). *Insaisissabilité de valeurs patrimoniales d'une banque centrale étrangère, qui sont affectées à des tâches leur incombant comme détenteurs de la puissance publique (art. 92 al. 1 ch. 11 LP).*

1. Für Bargeld oder Wertschriften kann die Schutzbestimmung in Art. 92 Abs. 1 Ziff. 11 SchKG über die Unpfändbarkeit von Vermögenswerten einer ausländischen Zentralbank, die hoheitlichen Zwecken dient, dann beansprucht werden, wenn bestimmte Summen oder Titel für konkrete hoheitliche Zwecke ausgeschieden worden sind. Die hoheitliche Widmung muss allerdings mit Elementen «permettant d'établir la véracité de l'affectation alléguée» untermauert werden. 2. Die Vorinstanz hat kein Bundesrecht verletzt, indem sie festhielt, die Widmung von Geld, Wertpapieren etc. und deren nachprüfbar Kenntlichmachung werden dadurch erreicht, dass die betreffenden Vermögenswerte in den Büchern der Beschwerdeführerin auf eine Weise verbucht würden, aus der sich nachvollziehbar ergebe, dass sie ausschliesslich für die behaupteten hoheitlichen Zwecke zur Verfügung stünden.

BGer 25.6.2008 (II. zivilrechtliche Abteilung, Central Bank of Syria c. Koncar Elektroindustrija d.d. sowie Betreibungsamt Zürich 1): 5A_92/2008.

r41 Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG): Zahlung an die Bank kurz vor Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung.

Révocation (art. 288 LP): Paiement fait à la banque juste avant l'autorisation du sursis concordataire provisoire.

Rückzahlung eines ungesicherten Darlehens in Höhe von 80 Millionen Franken mittels drei Teilzahlungen an die Bank. Die Zahlungen erfolgen wenige Wochen bzw. Tage vor Gewährung der provisorischen Nachlassstundung. Die Schuldnerin befindet sich in diesem Zeitpunkt in der Sanierungsphase. Tatbestand der Absichtsanfechtung erfüllt. 1. Die Anfechtungsklage (Art. 288 SchKG) setzt neben der (unbestrittenen) Gläubigerschädigung die Schädigungsabsicht des Schuldners und die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht für den Dritten voraus. 2. Für die Beurteilung der Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit kann der Entstehungsgrund der Rückzahlungsverpflichtung berücksichtigt werden: Wenn versucht wird, einem bedrängten, aber noch nicht in gänzlich aussichtsloser Lage befindlichen Schuldner das Durchhalten zu ermöglichen (Sanierungsdarlehen), ist die Schädigungsabsicht seitens des Schuldners und ihre Erkennbarkeit für den Gläubiger zu verneinen. Voraussetzung ist, dass die Sanierungsbemühungen als erfolgsversprechend erscheinen und das Darlehen, dessen Rückzahlung angefochten wird, zum Zweck der Sanierung und somit auch im Interesse der anderen Gläubiger gewährt wurde. 3. Vorliegend hat die Bank im Vergleich zu anderen Kreditgebern weder Sonderleistungen versprochen, noch ein eigentliches Entgegenkommen gezeigt, noch die Sanierung unterstützt. Daher liegt kein Sonderfall des Sanierungsdarlehens vor. 4. Der Schuldner hatte im Zeitpunkt der Darlehensrückzahlung Schulden in der Höhe von mehr als 2 Milliarden Franken und konnte seine Liquidität praktisch nur über Fremdmittel sicherstellen. Es ist davon auszugehen, dass er zumindest in Kauf genommen hat, durch seine Zahlungen könnten andere Gläubiger geschädigt werden. 5. Der Schuldner musste bereits vor der ersten Teilrückzahlung des Darlehens massive Vorjahresverluste, einschneidende Massnahmen (Auswechsell der Führungsspitze) und den Verkauf von Unternehmensteilen bekannt geben, zudem war seine Liquidität

tät nur durch einen Milliardenkredit sichergestellt. Vor der Rückzahlung der dritten Teilsumme musste er gar den Staat um finanzielle Hilfe angehen. Wer zu diesen Mitteln greift, kämpft erkennbar um sein wirtschaftliches Überleben, sodass jeder Gläubiger, der noch Zahlungen entgegennimmt, damit rechnen muss, sein Schuldner könnte dadurch andere Gläubiger schädigen. Selbst wenn der Bank ein allenfalls bloss fahrlässiges Verhalten anzulasten ist, genügt dies für die Bejahung der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht.

BGer, 29.5.2008 (II. zivilrechtliche Abteilung, SAir-Group in Nachlassliquidation c. Zürcher Kantonalbank): 5A_29/2007; BGE 134 III 452; Felber, SJZ 104 (2008) 408 ff.; Galliker/von der Crone, SZW 2008 602 ff.; GesKR 2008 402 f.; NZZ, 10.9.2008, 4; SJ 2009 I 281; Vogt, GesKR 2009 163 ff.

r42 Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG).

Révocation (art. 288 LP).

1. Das Bundesgericht bestätigte in weiten Teilen seine Rechtsprechung in BGE 134 III 452 (siehe vorne r41). 2. Cross-Default-Klauseln, die in Kreditverträge eingefügt werden, führen nicht automatisch zu einer Verneinung der Schädigungsabsicht und damit zu einer allgemeinen Unanfechtbarkeit von Darlehensrückzahlungen.

BGer, 6.4.2009 (II. zivilrechtliche Abteilung, SAir-Group in Nachlassliquidation c. Z. Bank): 5A_386/2008.

r43 Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG). Share Swap Transaction.

Révocation (art. 288 LP). Share Swap Transaction.

1. Erste Voraussetzung für die Anfechtungsklage (Art. 288 SchKG) ist die Gläubigerschädigung. Eine solche liegt vor, wenn die angefochtene Handlung die Gläubiger tatsächlich schädigt, indem sie das Vollstreckungsergebnis oder ihren Anteil daran vermindert oder ihre Stellung im Vollstreckungsverfahren sonstwie verschlechtert. Grundsätzlich fehlt es an der Schädigung, wenn der Schuldner für seine Leistung eine gleichwertige Gegenleistung erhalten hat. 2. Bei der vereinbarten «Share Swap Transaction», in deren Rahmen beide Parteien hinsichtlich der Entwicklung des Aktienkurses einer Ausgleichspflicht unterstanden, stehen den Ausgleichszahlungen des Unternehmens gleichwertige Gegenleistungen gegenüber. Im Kern geht es bei der Vereinbarung um die befristete Zurverfügungstellung von Liquidität gegen Aktien,

wobei die zur Verfügung gestellte Liquidität dem jeweiligen Wert der Aktien entsprechen soll. Die Ausgleichszahlungen des Unternehmens dienen der Kompensation für den fallenden Aktienkurs bei gleichbleibender Verfügbarkeit der Liquidität.

HGer ZH, 15.5.2008, Geschäfts-Nr. HG050386/U/ei (nicht publiziert); bestätigt vom Bundesgericht, BGer, 28.5.2009, 5A_420/2008 (schriftliche Begründung ausstehend); NZZ, 29.5.2009, 23 (SAir-Liquidator unterliegt gegen die Citigroup).

r44 Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG). Indirekte Begünstigung (Art. 290 SchKG).

Révocation (art. 288 LP). Bénéfice d'avantages indirects (art. 290 LP).

Die spätere Gemeinschuldnerin gibt für die Kreditschuld eines Unternehmens, an dem sie beteiligt ist, zuhanden des Bankenkonsortiums eine Garantieerklärung ab. Kurz vor der Genehmigung der provisorischen Nachlassstundung gewährt die Gemeinschuldnerin dem Unternehmen zwei Darlehen in Höhe der ursprünglich garantierten Kreditschuld. Die Zahlungen werden zur Tilgung der Kreditschuld gegenüber dem Bankenkonsortium verwendet. 1. Gemäss Art. 290 SchKG richtet sich die Anfechtungsklage gegen diejenigen Personen, die mit dem Schuldner die anfechtbaren Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben oder die von ihm in anfechtbarer Weise begünstigt worden sind. Begünstigter im Sinne von Art. 288 i.V.m. Art. 290 SchKG ist in erster Linie der Vertragspartner der Gemeinschuldnerin, es kann sich aber auch um einen indirekt Begünstigten handeln, wenn die verschiedenen Rechtshandlungen als eine einzige zusammenhängende Einheit erscheinen. 2. Im Entscheidfall ist der Zusammenhang zwischen der Darlehensgewährung der Gemeinschuldnerin und der Kreditrückführung an das Bankenkonsortium zu wenig intensiv: Eine Vereinbarung zwischen der Gemeinschuldnerin und dem Bankenkonsortium, wonach das Darlehen zur Kreditrückzahlung verwendet werden musste, ist nicht ersichtlich. Es fehlt daher sowohl an einer begünstigenden Handlung als auch an einer Begünstigten im Sinne von Art. 288 i.V.m. Art. 290 SchKG. 3. Im Übrigen würde es im vorliegenden Fall auch am Tatbestandsmerkmal der Gläubigerschädigung fehlen: Die Gemeinschuldnerin und das Unternehmen haben mit Zustimmung des provisorischen Sachwalters in einer vom Nachlassrichter genehmigten Vereinbarung auf gegenseitige Ansprüche verzichtet. In der Vereinbarung liegt eine

gleichwertige Gegenleistung für den Rückforderungsanspruch, was die Gläubigerschädigung ausschliesst.

HGer ZH, 17.10.2008, Geschäfts-Nr. HG050380/U/ei. (nicht publiziert).

r45 Überschuldungsanfechtung (Art. 287 SchKG). Vorzeitige Fälligkeitstellung einer Darlehensforderung. Révocation pour cause de surendettement (art. 287 LP). Exigibilité anticipée du remboursement d'un prêt.

Wird eine Darlehensforderung durch vertragsgemässe Kündigung vorzeitig fällig gestellt und danach innerhalb der Verdachtsfrist getilgt, liegt kein Anwendungsfall der Überschuldungsanfechtung gemäss Art. 287 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG vor. Das schliesst nicht aus, dass die Kündigung der Absichtsanfechtung gemäss Art. 288 SchKG unterliegt.

HGer ZH, 22.4.2008, Geschäfts-Nr. HG050367/U/dz (nicht publiziert).

VII. Diverses/Divers

r46 Vorschriften des GwG als Schutznormen zur Begründung der ausservertraglichen Haftung gemäss Art. 41 OR?

Les normes de la LBA en tant que normes protectrices propres à fonder une responsabilité civile, conformément à l'art. 41 CO?

1. Der Tatbestand der Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB) schützt in denjenigen Fällen, in denen die Vermögenswerte aus Straftaten gegen Individualinteressen herrühren, auch die Vermögensinteressen der durch die Vortat Geschädigten. Handelt der Finanzintermediär vorsätzlich oder eventualvorsätzlich im Sinne von Art. 305^{bis} StGB, so ist auch der Tatbestand der Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR erfüllt. Hingegen vermag die – nicht strafbare – fahrlässig begangene Geldwäschereihandlung keine Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 41 OR zu begründen. 2. Das Geldwäschereigesetz erweitert den sich aus Art. 305^{bis} StGB ergebenden Schutz der Individualinteressen nicht. Die dort aufgeführten Verhaltensnormen dienen der Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor. Sie sollen die Integrität des schweizerischen Finanzplatzes schützen und bezwecken nicht den Schutz individueller Vermögensinteressen. Demnach lassen sich die Bestimmungen des GwG nicht als Schutznormen zur Begründung einer ausservertraglichen Haftung nach Art. 41 OR heran-

ziehen. 3. Der Tatbestand der mangelnden Sorgfalt bei Finanzgeschäften (Art. 305^{ter} StGB) schützt die Vermögensinteressen der infolge mangelnder Identifizierung geschädigten Personen nicht. Art. 305^{ter} StGB kommt als Schutznorm im Sinne von Art. 41 OR nicht in Betracht.

BGer, 13.6.2008 (I. zivilrechtliche Abteilung, X. SA c. Y. AG); 4A_21/2008; BGE 134 III 529; JdT 2009 I 42; SJ 2009 I 101; Assistalex 2008 11441; Fischer, Actualité CDBF n° 600; GesKR 2008 284; Nobel, SZW 2008 509; ders., SJZ 105 (2009) 11; NZZ, 17.7.2008; Schwarz, HAVE 2009 9; Unternaehrer, SJ 2009 I 101,1.

r47 Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Urteils. Ordre public.

Reconnaissance et exécution d'une décision étrangère. Ordre public.

Ein Schweizer Vermögensverwalter erbringt in Deutschland Finanzdienstleistungen ohne die dafür notwendige Bewilligung der deutschen Aufsichtsbehörde. Ein deutsches Zivilgericht sieht darin eine schuldhaft Verletzung eines Schutzgesetzes. Es heisst die Schadenersatzklage des in Deutschland ansässigen Kunden gegen den Schweizer Vermögensverwalter gut. Der Vermögensverwalter macht im schweizerischen Vollstreckungsverfahren geltend, das deutsche Urteil verstosse gegen den schweizerischen Ordre public. 1. Gemäss Art. 27 Ziff. 1 LugÜ wird eine Entscheidung nicht anerkannt, wenn die Anerkennung der öffentlichen Ordnung des Staates, in dem sie geltend gemacht wird, widersprechen würde. 2. Ob das deutsche Urteil den in Art. II des Allgemeinen Abkommens über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) vorgesehenen Grundsatz der Meistbegünstigung verletzt, kann offenbleiben: Das GATS ist nicht direkt anwendbar und verschafft dem Einzelnen daher auch keine rechtlich geschützte Stellung. Zudem kann die Meistbegünstigungsklausel durch einen entsprechenden Vorbehalt ausgeschlossen werden. Ist die Klausel verzichtbar, so kann in ihrer Verletzung auch kein Verstoss gegen grundlegende Prinzipien des Schweizer Rechts gesehen werden. 3. Dass der deutsche Gesetzgeber Werbeaktivitäten ausländischer Vermögensverwalter mittels eines Bewilligungsvorbehalts einschränkt, lässt sich ohne Weiteres mit dem öffentlichen Interesse des Konsumentenschutzes rechtfertigen (Art. 36 Abs. 2 BV). Eine Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit im Sinne von Art. 10 EMRK ist zu verneinen. Auch

insoweit liegt kein Verstoß gegen den *Ordre public* vor.

BGer, 29.12.2008 (I. zivilrechtliche Abteilung, X. AG c. A.): 4A_440/2008.

r48 Bankgeheimnis. Whistleblowing.
Secret bancaire. Whistleblowing.

Der Bankangestellte stellt im Zusammenhang mit einer bestimmten Finanztransaktion Unregelmäßigkeiten fest und meldet sie dem externen Anwalt der Bank. Dieser war vorgängig von der Bank beauftragt worden, ihre Interessen im Hinblick auf die betreffende Finanztransaktion wahrzunehmen. Die Bank entlässt den Mitarbeitenden. Das Bundesgericht bejaht die missbräuchliche Kündigung. **1.** Der Anwalt war nicht irgendein, der Bank vollständig fremder

Dritter. Er war von der Bank beauftragt, die zivil- und strafrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der fraglichen Finanztransaktion abzuklären und er unterstand zudem sowohl dem Berufsgeheimnis als auch dem Bankgeheimnis. Der Mitarbeitende hat nicht gegenüber Dritten oder gar gegenüber der Öffentlichkeit vertrauliche Daten preisgegeben; die Informationen sind immer im Kreis von Personen geblieben, die von Gesetzes wegen der Geheimnispflicht unterstanden. **2.** Wenn die Bank den Mitarbeitenden mit der Begründung entlässt, er habe Informationen weitergegeben, die dem Bankgeheimnis unterstanden und dies auf Nachfrage bestritten, so handelt sie missbräuchlich.

BGer, 8.7.2008 (I. zivilrechtliche Abteilung: A. c. B.): 4A_2/2008 (italienisch).