

**Abhandlungen
zum schweizerischen Recht**

Neue Folge

Begründet von † Prof. Dr. Max Gmür
Fortgesetzt von † Prof. Dr. Theo Guhl
und † Prof. Dr. Hans Merz

Herausgegeben von

Dr. Heinz Hausheer

Professor an der Universität Bern



VERLAG STÄMPFLI+CIE AG BERN · 1995

Sandro Abegglen

Dr. iur.

**Die Aufklärungspflichten in
Dienstleistungsbeziehungen,
insbesondere im Bankgeschäft**

Entwurf eines Systems zu ihrer
Konkretisierung



VERLAG STÄMPFLI+CIE AG BERN · 1995

DANK

Grossen Dank schulde ich meinem verehrten Lehrer und Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Wolfgang Wiegand. Er unterstützte und förderte meine Arbeit an der Dissertation (deren Thema auf seine Anregung zurückgeht) und am Institut für Bankrecht der Universität Bern in unvergesslicher Weise.

Besonders danke ich auch Herrn Prof. Dr. Thomas Koller für manch weiterführende Diskussion und viele wertvolle Anregungen.

Frau Dr. Marlis Koller-Tumler und insbesondere Herrn Dr. Benedikt Maurenbrecher danke ich ebenfalls für bereichernde Gespräche und zahlreiche Hinweise. Zu grossem Dank für Anregungen zu Theorie und Praxis verpflichtet bin ich auch Herrn PD Dr. Christian Thalmann.

Mein herzlichster Dank geht weiter an meine Arbeitskollegen Fürsprecher Christoph Brunner, Fürsprecher Jürg Wichtermann, lic. iur. Urs Fasel und Fürsprecher Martin Immenhauser sowie an Herrn Dr. Peter V. Kunz. Sie alle haben am Entstehen dieser Arbeit in verdankenswerter Weise Anteil genommen. Besonders danke ich meinem Kollegen lic. iur. Markus Reber für die Korrekturlesung des Manuskripts.

Für die umsichtige und einsatzfreudige Bewältigung der technischen Probleme danke ich meinem Kollegen cand. iur. Bernhard Berger bestens.

Grossen Dank schulde ich schliesslich meinen Eltern, die mir meine Ausbildung ermöglicht haben, meinem Bruder für stets guten Rat und ganz speziell Petra.

Bern, im Juli 1995

INHALTSÜBERSICHT

INHALTSVERZEICHNIS	XI
LITERATURVERZEICHNIS	XXI
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XXXIX
1. KAPITEL: EINLEITUNG	1
2. KAPITEL: AUFKLÄRUNGSPFLICHTEN IN DIENSTLEISTUNGS- VERHÄLTNISSEN - EIN ÜBERBLICK	7
I. Gliederung nach Art der Dienstleistung und nicht nach Ver- tragstypus	7
II. Bankgeschäft	8
III. Aufklärungspflichten im Arzt-Patientenverhältnis	35
IV. Aufklärungspflichten von Architekten und Rechtsanwälten	39
V. Aufklärungspflichten im Pauschalreisengeschäft	42
VI. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	43
3. KAPITEL: DOGMATIK DER AUFKLÄRUNGSPFLICHTEN	47
I. Möglichkeiten zur dogmatischen Abstützung der Aufklärungs- pflichten	47
II. Exkurs: Verhältnis der Aufklärungspflichten zu anderen, schlecht informierte Partner schützende Normen	82
III. Folgen der Verletzung der Aufklärungspflichten	82
IV. Zusammenfassung und Ergebnis	115
4. KAPITEL: VORSCHLAG ZUR BESTIMMUNG DER AUFKLÄRUNGS- PFLICHTEN	117
I. Definition	117
II. Die einheitliche Aufklärungspflicht	127

X

III. Die Vertrauenshaftung als dogmatische Grundlage der Aufklärungspflichten	141
IV. Bestand, Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten	163
SACHREGISTER	201

INHALTSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS	XXI
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XXXIX
1. KAPITEL: EINLEITUNG	1
I. Problemstellung und Ziel	1
II. Terminologie	3
III. Abgrenzung	4
IV. Gang der Untersuchung	5
2. KAPITEL: AUFKLÄRUNGSPFLICHTEN IN DIENSTLEISTUNGS- VERHÄLTNISSSEN - EIN ÜBERBLICK	7
I. Gliederung nach Art der Dienstleistung und nicht nach Vertragstypus	7
II. Bankgeschäft	8
1. Trend zu vermehrter Annahme von Aufklärungspflichten	8
2. Kreditgeschäft und Hereinnahme von Bürgschaften	10
a) Kreditgewährung	10
aa) Deutschland	10
aaa) Grundsatz: keine Aufklärungspflichten	10
bbb) Voraussetzungen einer ausnahmsweisen Annahme von Aufklärungspflichten	10
bb) Schweiz	12
b) Hereinnahme von Bürgschaften	14
3. Bargeldloser Zahlungsverkehr	16
a) Grundsatz: keine Pflicht zur Aufklärung über die Zweckmäßigkeit des Zahlungsauftrags	16
b) Voraussetzungen der ausnahmsweisen Annahme von Aufklärungspflichten	17
4. Anlagegeschäft	19

a) Sehr grosse Bedeutung der Aufklärungspflichten.....	19
aa) Prototypische Konstellation für Aufklärungspflichten.....	19
bb) Sozio-ökonomischer Wandel.....	20
aaa) <i>Rasch ansteigende Komplexität des Kapitalanlagegeschäfts</i>	20
bbb) <i>Zunehmende Bedeutung der Information wegen neuem Anlegetyp</i>	21
b) Abgrenzung der Aufklärungspflichten von Informationspflichten förmlicher Beratungsverträge.....	22
c) Deutschland.....	22
aa) Übersicht.....	22
bb) Anlageberatung.....	23
cc) Anlagevermittlung.....	24
dd) Prädisposition der Banken für Anlageberatungsfunktionen.....	25
ee) Informationspflichten des neuen Wertpapierhandelsgesetzes.....	26
d) Schweiz.....	28
aa) Wenig Judikatur zu den Aufklärungspflichten im Anlagegeschäft.....	28
bb) Voraussetzungen der Aufklärungspflichten im Anlagegeschäft.....	29
aaa) <i>Aufklärung bei Anlageaufträgen</i>	29
bbb) <i>Hinweispflichten bei Führen eines Beratungsgesprächs</i>	30
cc) Informationspflichten des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG).....	31
aaa) <i>Allgemeines</i>	31
bbb) <i>Begrenzung der Aufklärung auf die mit einer bestimmten Geschäftsfart verbundenen Risiken</i>	33
ccc) <i>Ausnahmen von der Informationspflicht</i>	34
III. Aufklärungspflichten im Arzt-Patientenverhältnis.....	35
1. Bedeutung.....	35
2. Arten der Aufklärung.....	36
3. Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten.....	37
IV. Aufklärungspflichten von Architekten und Rechtsanwälten.....	39
1. Architekten.....	39
2. Rechtsanwälte.....	40
V. Aufklärungspflichten im Pauschalreisengeschäft.....	42
1. Statuierung von Aufklärungspflichten durch die Rechtsprechung.....	42

2. Informationspflichten als Charakteristikum des Bundesgesetzes über Pauschalreisen.....	42
VI. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen.....	43
1. Vorbemerkung.....	43
2. Trend zu vermehrter Statuierung von Aufklärungspflichten in Dienstleistungsverhältnissen.....	44
3. Unabhängigkeit der Aufklärungspflichten von der dogmatischen Qualifikation zugrundeliegender Verhältnisse.....	44
4. Der Annahme von Aufklärungspflichten zugrundeliegende Kriterien.....	44
3. KAPITEL: DOGMATIK DER AUFKLÄRUNGSPFLICHTEN.....	47
I. Möglichkeiten zur dogmatischen Abstützung der Aufklärungspflichten.....	47
1. Unerheblichkeit einer dogmatischen Betrachtung?.....	47
a) Die finale Begründung der Aufklärungspflichten.....	47
b) Notwendigkeit dogmatischer Abstützung gerade wegen der Instrumentalisierung der Aufklärungspflichten.....	49
2. Aufklärungspflichten gestützt auf die Vorschriften über die Willensmängel?.....	50
a) Grundlagenirrtum?.....	50
b) Absichtliche Täuschung?.....	51
3. Aufklärungspflichten gestützt auf die Vorschriften über die Wegbedingung der Gewährspflicht bzw. die Genehmigung von Werken.....	52
a) Artt. 192 Abs. 3 und 199 OR.....	52
b) Art. 370 Abs. 1 OR.....	55
c) Fazit: Verwendbarkeit der gesetzlichen Wertungen.....	56
4. Aufklärungspflichten gestützt auf Deliktsrecht.....	57
a) Bedeutung neben den vorvertraglichen und vertraglichen Anspruchsgrundlagen.....	57
b) Die Praxis zu schlechtem Rat und falscher Auskunft.....	58
aa) Der schlechte Rat und die falsche Auskunft als Aufklärungspflichtverletzungen.....	58
bb) Vorzüge der Abstützung der Haftung aus Aufklärungspflichtverletzungen auf die Praxis zu schlechtem Rat und falscher Auskunft.....	58
cc) Grenzen der Anwendung dieser Praxis auf die Haftung für Aufklärungspflichtverletzungen.....	60

dd) Haftung für falsche Auskunft und schlechten Rat schafft falsche Anreize..... 61

c) Aufklärung gestützt auf deliktische Handlungsgebote..... 61

d) Aufklärungspflichten gestützt auf den Gefahrensatz..... 63

aa) Zwei verschiedene Verständnisse des Gefahrensatzes..... 63

bb) Unersetzlichkeit des Gefahrensatzes in bestimmten Konstellationen..... 64

cc) Bedingte Eignung des Gefahrensatzes zur Anknüpfung von Aufklärungspflichten..... 65

e) Aufklärungspflichten allein gestützt auf Treu und Glauben als absolutes Rechtsgut?..... 67

f) Aufklärungspflichten gestützt auf Art. 41 Abs. 2 OR..... 68

aa) Sittenwidrige Schädigung..... 68

aaa) *Im allgemeinen*..... 68

bbb) *Sittenwidrigkeit von Aufklärungs-Unterlassungen im speziellen*..... 68

bb) Verhältnis zur Übervorteilung..... 69

5. Aufklärungspflichten gestützt auf culpa in contrahendo..... 71

a) Aktueller Gehalt der culpa in contrahendo..... 71

b) Höchstrichterliche Verwendung der culpa in contrahendo zur Anknüpfung von Aufklärungspflichten..... 72

c) Geteilte Auffassung der Lehre..... 73

d) Aufklärungspflichten aus culpa in contrahendo nur vor intendierten (Anlage-)Beratungsverträgen?..... 74

6. Vertragliche Aufklärungspflichten..... 75

a) Vertragliche Aufklärungspflichten als Pflichten „ex voluntate“..... 75

b) Aufklärung gestützt auf explizite oder konkludente Vereinbarung..... 76

c) Insbesondere zu BGE 119 II 333ff..... 77

d) Aufklärungspflichten gestützt auf Vertragsergänzung (Art. 2 ZGB)..... 78

e) Aufklärung als explizite gesetzliche Nebenpflicht..... 80

f) Aufklärungspflichten gestützt auf den allgemeinen Bankvertrag..... 80

II. Exkurs: Verhältnis der Aufklärungspflichten zu anderen, schlecht informierte Partner schützende Normen..... 82

III. Folgen der Verletzung der Aufklärungspflichten..... 82

1. Rechtsstatsächliche Folge: „Falscher“ Entscheid..... 83

2. Schadensersatz..... 84

a) Schaden im Rechtssinne..... 84

aa) Anspruch auf negatives oder positives Interesse?..... 84

bb) Anspruch auf Ersatz des Integritätsinteresses..... 85

b) Pflichtverletzung: Verletzung von Verhaltenspflichten..... 87

c) Kausalität..... 88

aa) Besondere Kausalitätsprobleme bei der Verletzung von Aufklärungspflichten..... 88

bb) Unterlassen (einer Aufklärung) ist nie eine natürliche Ursache..... 89

cc) Kausalität des Unterlassens und Adäquanz..... 89

dd) Kausalität nur bei schadensvermeidender Disposition..... 90

ee) Kausalität und Schutzzweck der Aufklärungspflichten..... 91

aaa) *Problemstellung*..... 91

bbb) *Stellungnahme*..... 93

d) Verschulden..... 94

3. Exkurs: Verletzung von Informationspflichten in Beratungsverträgen..... 96

a) Relevanz der Unterscheidung zwischen Leistungspflichten und Verhaltenspflichten?..... 96

aa) Fehlende Operabilität der Unterscheidung..... 96

bb) Irrelevanz der Unterscheidung für den Entscheid Schadensersatz oder Realerfüllungsanspruch..... 97

cc) Aufklärungspflichtverletzung und Art. 82 OR..... 99

aaa) *Irrelevanz der Unterscheidung zwischen Leistungs- und Verhaltenspflichten für die exceptio non adimpleti contractus*..... 99

bbb) *Exkurs: Qualifikation des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses ist irrelevant*..... 100

dd) Irrelevanz der Unterscheidung zwischen Leistungs- und Verhaltenspflichten für die Anwendung von Art. 107 OR..... 101

ee) Fazit: Irrelevanz der Unterscheidung zwischen Leistungspflichten und Verhaltenspflichten für die Beurteilung der Rechtsfolgen einer Informationspflichtverletzung..... 102

4. Beweislastverteilung und Beweiswürdigung..... 103

a) Das Instrumentarium zur Verteilung der „Beweislast“ im Aufklärungspflicht-Prozess..... 103

aa) Beweislast, Beweislastumkehr, Anscheinsbeweis und ihre Bedeutung..... 103

bb) Variationen im Beweissmass..... 104

b) Die ärztliche Eingriffsaufklärung als beweisrechtlicher Sonderfall: Beweislastumkehr infolge gesetzlicher Vermutung der Nichteinwilligung..... 105

c) Beweislastverteilung und Beweiswürdigung bei den übrigen Aufklärungspflichten.....	106
aa) Schaden, Pflichtverletzung, Verschulden.....	106
bb) Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung.....	107
aaa) <i>Regel ohne oder mit Ausnahme?</i>	107
bbb) <i>BGH: Von Beweiswürdigungs- zu Beweislasturteilen</i>	108
ccc) <i>Kritik an dieser Entwicklung</i>	108
ddd) <i>Schweiz</i>	110
d) Unabhängigkeit der Beweislast von dem den Aufklärungspflichten zugrundeliegenden Rechtsverhältnis.....	113
aa) Schaden, Kausalität, Pflichtverletzung.....	113
bb) Verschulden.....	113
e) Fazit: Sonderregeln für die „Beweislast“ bei der Verletzung von Aufklärungspflichten.....	114
IV. Zusammenfassung und Ergebnis.....	115
1. Allgemeines.....	115
2. Verschiedene Möglichkeiten zur dogmatischen Abstützung der Aufklärungspflichten.....	115
3. Gleiche Beweisregeln.....	116
4. Zur Unterscheidung zwischen Verhaltenspflichten und Leistungspflichten im Bereich der Aufklärungspflichten.....	116
4. KAPITEL: VORSCHLAG ZUR BESTIMMUNG DER AUFLÄRUNGSPFLICHTEN	117
I. Definition	117
1. Praktischer und theoretischer Wert einer Aufklärungspflichtdefinition.....	117
a) Voraussetzung einer ersten Sachverhaltszuordnung.....	117
b) Zuordnung eines einheitlichen Rechtsfolgenkomplexes zu einem einheitlichen Begriff.....	117
c) Anforderungen an eine „richtige“ Definition.....	118
2. Vorgefundene Begriffsbildungen.....	118
3. Neue Definition.....	119
a) Wortlaut.....	119
b) Begründung.....	119
aa) Keine Beschränkung auf die für das rechtsgeschäftliche Verhalten relevante Information.....	119

bb) Ausschluss der „Anleitungspflichten“.....	120
cc) Ausschluss der Informationspflichten des Leistungsprogramms.....	122
aaa) <i>Problemstellung</i>	122
bbb) <i>Unterschiede zwischen Aufklärungspflichten und Informationspflichten des Leistungsprogramms</i>	123
ccc) <i>Beispiele</i>	125
dd) Im Gegensatz zu den Auskunftspflichten Pflicht zur spontanen Information.....	126
II. Die einheitliche Aufklärungspflicht	127
1. Traditionelle Unterscheidung zwischen vorvertraglichen und vertraglichen Aufklärungspflichten.....	127
a) Lehre.....	127
aa) Schweiz.....	127
bb) Deutschland.....	128
b) Rechtsprechung.....	129
2. Identität vorvertraglicher und vertraglicher Aufklärungspflichten.....	131
a) These.....	131
b) Begründung.....	131
aa) Vorvertragliche und vertragliche Aufklärungspflichten: keine sinnvolle Unterteilung.....	131
bb) Identität des Aufklärungsinhalts.....	132
aaa) <i>Irrelevanz der unterschiedlichen dogmatischen Haftungsgrundlagen für die Bestimmung des Inhalts der Aufklärungspflichten</i>	132
bbb) <i>Unabhängigkeit des Aufklärungsinhaltes vom Zeitpunkt der Informationserteilung</i>	132
cc) Identität der Schutzziele.....	135
dd) Identität der die Haftung auslösenden Elemente.....	136
ee) Identität der Rechtsfolgen.....	136
ff) Praktische Nachteile der Aufgliederung der Aufklärungspflichten in vorvertragliche und vertragliche Pflichten.....	138
gg) Vermeidung von Wertungswidersprüchen.....	139
c) Fazit.....	140
III. Die Vertrauenshaftung als dogmatische Grundlage der Aufklärungspflichten	141
1. These.....	141
2. Begründung.....	141

a) Die Vertrauenshaftung als dogmatischer Aufhänger der Aufklärungspflichten.....	141
aa) Ablehnung vertraglicher Begründungen als reine Fiktionen.....	141
aaa) <i>Ablehnung punktueller Verträge</i>	141
bbb) <i>Ablehnung der Rahmenverträge</i>	145
ccc) <i>Fazit: Aufklärungspflichten sind nicht Gegenstand von Verträgen</i>	147
bb) Vertrauenshaftungstatbestände.....	147
aaa) <i>Gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht</i>	147
bbb) <i>Das einheitliche Schutzverhältnis</i>	148
ccc) <i>Vergleich der beiden Konzepte</i>	149
ddd) <i>Fazit</i>	151
cc) Vertrauenshaftungstatbestände aus der Optik schweizerischer Lehre und Rechtsprechung.....	152
aaa) <i>Von langjährigem Ignorieren zu vorsichtiger Annäherung</i>	152
bbb) <i>Explizite Anerkennung der Vertrauenshaftung im Swissair-Entscheid</i>	153
dd) Notwendigkeit der Konkretisierung der Vertrauenshaftung.....	154
b) Konkretisierung der Vertrauenshaftung durch die Berufsrolle.....	155
aa) Rollenkonformes Verhalten.....	155
aaa) <i>Rolle als schuldrechtlich verwendbares Kriterium</i>	155
bbb) <i>Die Berufsrolle des Dienstleistungsanbieters</i>	157
bb) Exkurs: Bedeutung der Rolle bei der Entwicklung von Sonderrechtsgebieten im Dienstleistungsgeschäft.....	158
cc) Rolle und Aufklärungspflichten.....	160
aaa) <i>Aufklärungspflichten als Rollenphänomen</i>	160
bbb) <i>Rollenbezogene gesetzliche Verankerung von Aufklärungspflichten (Auswahl)</i>	161
ccc) <i>Richterlich sanktionierte rollenabhängige Aufklärungspflichten</i>	162
ddd) <i>Fazit: Expertenrolle als haftungskontretisierendes Element</i>	163
IV. Bestand, Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten.....	163
1. Verhältnis zwischen Bestand, Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten.....	163
2. Verhältnis zwischen der dogmatischen Abstützung der Aufklärungspflichten und der Bestimmung ihres Inhalts.....	164
a) Kein Aufschluss über den Pflichtinhalt durch die Haftungsgrundlage.....	164
b) Legitimierende Wirkung der dogmatischen Pflichtbegründung.....	164

3. Möglichkeiten zur Bestimmung des Aufklärungspflichtbestandes und -inhalte.....	165
a) Inhaltsbestimmungsmethoden und dogmatische Abstützung.....	165
b) Vielzahl der Methoden zur Bestimmung der Aufklärungspflichten.....	165
4. Insbesondere die beweglichen Systeme von HOPT und BREIDENBACH.....	166
a) HOPTs bewegliches System zur Ausformung der Individualpublizität.....	166
b) BREIDENBACHs bewegliches System.....	168
5. Check-Lists zur Bestimmung der Aufklärungspflichten.....	170
6. Neuer Entwurf eines beweglichen Systems.....	171
a) These.....	171
b) Begründung.....	171
aa) Das bewegliche System.....	171
bb) Die Elemente des beweglichen Systems.....	172
aaa) <i>Erkennbarer Informationsbedarf</i>	172
(1) <i>Allgemeines</i>	172
(2) <i>Ermittlung des Informationsbedarfs</i>	175
bbb) <i>Präsenter Wissensvorsprung</i>	177
(1) <i>Begriff und Funktion im beweglichen System</i>	177
(2) <i>Abgrenzung vom und Kritik am Element „Möglichkeit der Information“ von BREIDENBACH</i>	180
ccc) <i>Rolle</i>	181
ddd) <i>Funktion</i>	182
cc) Die Anwendung des beweglichen Systems.....	185
aaa) <i>Verifizierungsbedarf</i>	185
bbb) <i>Auswahl der Anwendungsfälle</i>	185
ccc) <i>Aufklärungspflichten bei medizinischer Behandlung</i>	186
(1) <i>Selbstbestimmungsaufklärung</i>	186
(2) <i>Wirtschaftliche Aufklärungspflicht</i>	188
ddd) <i>Aufklärungspflichten im Bankgeschäft</i>	189
(1) <i>Kredengeschäft</i>	189
(2) <i>Zahlungsverkehr</i>	191
(3) <i>Anlagegeschäft</i>	192
dd) Relevanz des beweglichen Systems für die Informationspflichten des BEHG.....	196

LITERATURVERZEICHNIS

Die im Literaturverzeichnis aufgeführten Werke werden i.d.R. nur mit dem bzw. den Autorennamen zitiert. Im Falle gleichnamiger Verfasser wird zusätzlich der Vorname angegeben. Bei mehreren Publikationen desselben Verfassers wird die Zitierweise ergänzend beigefügt. Hier nicht aufgeführte Literatur ist in den Fussnoten vollständig angegeben.

ABEGGLEN SANDRO, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen nach schweizerischem Recht, in: *Summum ius, summa iniuria - Zivilrecht zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1994, Stuttgart/München/Hannover 1995, 89ff.; zit.: Aufklärungspflichten

ABEGGLEN SANDRO, Pflicht des Arztes zur Aufklärung über wirtschaftliche und versicherungsrechtliche Belange der Heilbehandlung ("wirtschaftliche Aufklärungspflicht"), *Berichterstattung zum damals noch nicht publizierten BGE 119 II 456ff.*, ZBJV 1994, 178ff.; zit.: wirtschaftliche Aufklärungspflicht

ALBISETTI/GSEL/NYFFELER, Bankgeschäfte, 4.A. Zürich 1990

ARENDTS MARTIN, Aufklärungs- und Beratungspflichten bei der Anlageberatung, *DZWir* 1994, 185ff.; zit.: Anlageberatung

ARENDTS MARTIN, Beratungs- und Aufklärungspflichten über das einem Wertpapier erteilte Rating, *WM* 1993, 232ff.; zit.: Wertpapier

ARMBRÜSTER CHRISTIAN, Drittschäden und vertragliche Haftung, recht 1993, 84ff.

BARTL HARALD, *Reiserecht*, 2. A. Baden-Baden 1981

BECKER HERMANN, *Berner Kommentar VI 1, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR*, 2.A. Bern 1941; zit.: Art. ... OR

BERTSCHINGER URS, *Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung und Vermögensverwaltungsaufträgen*, Zürich 1991

BÖHME LOTHAR, *Die Aufklärungspflicht bei Vertragsverhandlungen*, Diss. Göttingen 1964

- BRANDER HANS ERICH, Verhaltenspflichten der Kreditinstitute bei der Vergabe von Verbraucherkrediten, ZHR 1989, 147ff.
- BREHM ROLAND, Berner Kommentar VI 1/3/1, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, Bern 1990
- BREIDENBACH STEPHAN, Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsabschluss, München 1989
- BRUNNER ALEXANDER, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, AJP 1992, 591ff.
- BRUSKE FRANZ, Beweiswürdigung und Beweislast bei Aufklärungspflichtverletzungen im Bankrecht, Berlin 1994
- BUCHER EUGEN, Der Persönlichkeitsschutz beim ärztlichen Handeln, in: Arzt und Recht, Berner Tage für die juristische Praxis 1984, Bern 1985, 36ff.; zit.: Persönlichkeitsschutz
- BUCHER EUGEN, Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insb. die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Diss. Zürich 1956; zit.: Ausübung
- BUCHER EUGEN, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3.A. Zürich 1988; zit.: OR BT
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2.A. Zürich 1988; zit.: OR AT
- BURGHARDT WOLFGANG G., Aufklärungspflichten des Bürgschaftsgläubigers, Frankfurt a.M./Bern/New York 1985
- BYDLINSKI PETER, Die Stellung des Bürgen, recht 1994, 249ff.
- CANARIS CLAUDIUS WILHELM, Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 475ff.; zit. Ansprüche
- CANARIS CLAUDIUS WILHELM, Bankvertragsrecht, Berlin/New York 1975; zit.: Bankvertragsrecht 1975
- CANARIS CLAUDIUS WILHELM, Bankvertragsrecht, 2.A. Berlin/New York 1982; zit.: Bankvertragsrecht 2.A.
- CANARIS CLAUDIUS WILHELM, Bankvertragsrecht, 3.A. Berlin/New York 1988; zit.: Bankvertragsrecht 3.A.

- CANARIS CLAUDIUS WILHELM, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971, zit.: Vertrauenshaftung
- CANARIS CLAUDIUS WILHELM, Schutzgesetze - Verkehrspflichten - Schutzpflichten, in: FS Karl LARENZ zum 80. Geburtstag, München 1983, 27ff.; zit.: Schutzgesetze
- CHAUDET FRANÇOIS, L'obligation de diligence du banquier en droit privé, ZSR NF 1994 II 1ff.
- VON DER CRONE HANS C., Rahmenverträge, Zürich 1993
- DAVID/GRASMANN, Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart, 2.A. München 1989
- DERENDINGER PETER, Die Nicht- und die nichttrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 2.A. Freiburg 1990
- DESAX MARCUS, Haftung für unerlaubte Eingriffe, Diss. Freiburg 1977
- DILCHER HERMANN, §§ 90-240 BGB, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 90-240 BGB, 12.A. Berlin 1980; zit.: STAUDINGER-[Autor] § ... BGB
- DUBISCHAR ROLAND, § 241BGB, in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Reihe Alter-nativkommentare, Band 2 Allgemeines Schuldrecht, Neuwied/Darmstadt 1980, zit.: AK-[Autor] § ... BGB
- EGGER AUGUST, (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch I Art. 1-89. Einleitung Die natürlichen Personen. Die juristischen Personen. 2.A. Zürich 1930; zit.: Art. ... ZGB
- EISNER BEAT, Die Aufklärungspflicht des Arztes, Die Rechtslage in Deutschland, der Schweiz und den USA, Bern 1992
- EMCH/RENZ/BÖSCH, Das Schweizerische Bankgeschäft, 4.A. Thun 1993
- ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit suisse, Neuenburg 1973
- ESSER JOSEF, Schuldrecht Bd. I Allgemeiner Teil, 4.A. Karlsruhe 1970
- FABRE-MAGNAN MURIEL, De l'obligation d'information dans les contrats, Paris 1992

- FELDGES JOACHIM, Konsumentenschutz durch private Normen, Zürich 1987
- FELLMANN WALTER, Berner Kommentar VI 2/4 Der einfache Auftrag, Bern 1992; zit.: Art. ... OR
- FIKENTSCHER WOLFGANG, Schuldrecht 6.A. Berlin/New York 1976
- FLUME WERNER, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 2. Bd. Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. Berlin/Heidelberg/New York 1979
- FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2.A. Zürich 1987
- FURRER ROLF, Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Diss. Zürich 1973
- GANTGEN HANS JÖRG, Die Pflicht zum Hinweis auf eigene und fremde Fehler in zivilrechtlichen Vertragsverhältnissen, Diss. Köln 1991
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 3. A. Zürich 1985; zit.: Werkvertrag
- GAUCH PETER, Überschreitung des Kostenvoranschlages - Notizen zur Vertragshaftung des Architekten oder des Ingenieurs, Baurecht 1989, 80f.; zit.: Überschreitung des Kostenvoranschlages
- GAUCH PETER, Vom Architekturvertrag, seiner Qualifikation und der SIA Ordnung 102, Das Architektenrecht/Lc droit de l'architecte, GAUCH/TERCIER (Hrsg.), 2.A. Freiburg 1989, 1ff.; zit.: Architekturvertrag
- GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I und II, 5.A. Zürich 1991
- GAUCH/SWEET, Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, in: FS für MAX KELLER zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 117ff.
- GAUTSCHI GEORG, Berner Kommentar VI 2/4 Der einfache Auftrag Art. 394-406, zit.: Art. ... OR
- GERMANN OSCAR A., Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2.A. Bern 1968
- GERNHUBER JOACHIM, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen Bd.8 Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989

- GIESEN DIETER, Arzthafungsrecht: die zivilrechtliche Haftung aus medizinischer Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland, in Oesterreich und der Schweiz, Tübingen 1990
- GRIGER HANS, Berner Kommentar VI 2/1/1 Art. 184-215 Kauf und Tausch, Allg. Bestimmungen - Der Fahriskauf, Bern 1979; zit.: Art. ... OR
- GIRSBERGER ANDREAS, Der Reisevertrag, ZSR NF 1986 II 1ff.
- GONZENBACH RAINER, Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1987
- GRÜN BEATE, Abstandnahme vom Vertragsschluss als Ziel anlegerechter Aufklärung bei hohen Prämienschlägen des Terminoptionsvermittlers, NJW 1994, 1330ff.
- GRUNEWALD BARBARA, Aufklärungspflichten ohne Grenzen?, AcP 1990, 609ff.; zit.: Aufklärungspflichten
- GRUNEWALD BARBARA, Die Beweislastverteilung bei der Verletzung von Aufklärungspflichten, ZIP 1994, 1162ff.; zit.: Beweislastverteilung
- GRUNEWALD BARBARA, Zur Haftung von Fachleuten im Zivilrechtsverkehr, JZ 1982, 627ff.; zit.: Zur Haftung von Fachleuten
- GRUNSKY WOLFGANG, §§ 249-255 BGB, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 §§ 241-432 BGB, 3.A. München 1994
- GUGGENHEIM DANIEL, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, Zürich 1986
- GUHL/MERZ/KOLLER, Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 8.A. Zürich 1991
- GUHL/MERZ/KUMMER, Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 7.A. Zürich 1980
- HABSCHIED WALTER J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht - Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2.A. Basel/Frankfurt a.M. 1990
- HAUSER DIETER C., Spekulative Warentermingeschäfte Die Rechtsstellung von Kunde und Broker unter besonderer Berücksichtigung der Treue- und Sorgfaltspflicht des Kundenberaters, Diss. Zürich 1987

- HAUSHEER HEINZ, Haftung für Dienstleistungen nach schweizerischem Recht, in: Haftung der Dienstleistungsbetriebe, DEUTSCH/TAUPIITZ (Hrsg.), Heidelberg 1993, 203ff.
- HEINRICH HELMUT, Einleitung §§ 1-432 BGB, in: Kurzkommentar PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 54.A. München 1995; zit.: PALANDT-[Autor] § ... BGB
- HEINRICH HELMUT, Einleitung §§ 1-432 BGB, in: Kurzkommentar PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 45.A. München 1986; zit.: PALANDT-[Autor] § ... BGB 45.A.
- HENSSELER MARTIN, Anlegerschutz durch Information, ZHR 1989, 611ff.; zit.: Anlegerschutz
- HENSSELER MARTIN, Haftungsrisiken anwaltlicher Tätigkeit, JZ 1994, 178ff.; zit.: Haftungsrisiken
- HONSELL HEINRICH, Art. 192-210 OR, in: Kommentar. zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1 - 529 OR, HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Basel/Frankfurt a.M. 1992; zit.: Art. ... OR.
- HOPT KLAUS J., Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken: gesellschafts-, bank- u. börsenrechtliche Anforderungen an das Beratungs- und Verwaltungsverhalten der Kreditinstitute; zit.: HOPT, Kapitalanlegerschutz
- HOPT KLAUS J., Funktion, Dogmatik und Reichweite der Aufklärungs-, Warn- und Beratungspflichten der Kreditinstitute, in: Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute - Der moderne Schuldturn? Bankrechtstag 1992, Berlin/New York 1993, 1ff.; zit.: Aufklärungspflichten
- HOPT KLAUS J., Handelsgesetzbuch, begründet von Adolf Baumbach, 29.A. München 1995; zit.: BAUMBACH/HOPT
- HOPT KLAUS J., Handelsgesetzbuch, begründet von Adolf Baumbach, 28.A. München 1989; zit.: BAUMBACH/DUDEN/HOPT
- HOPT KLAUS J., Nichtvertragliche Haftung ausserhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich, AcP 1983, 634ff.; zit.: Nichtvertragliche Haftung
- HOPT KLAUS J., Rechtsprobleme der Anlageberatung und der Vermögensverwaltung der Schweizer Banken, in: Beiträge zum schweizerischen Bankrecht, RUDOLF V. GRAFFENRIED (Hrsg.), Bern 1987, 135ff.; zit.: Rechtsprobleme

- HORN NORBERT, Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde, insbesondere die neuen AGB der deutschen Banken, in: Aktuelle Probleme im Bankrecht, WIEGAND (Hrsg.), Bern 1994
- JÄGGI PETER, Zum Begriff der vertraglichen Schadensersatzforderung, In: FG Schönenberger, Freiburg 1968, 181ff.; zit.: Zum Begriff
- JÄGGI PETER, Zürcher Kommentar V 1a, Art. 1-17 Vorbemerkungen von Art. 1 OR; zit.: Art. ... OR
- VON JHERING RUDOLF, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, Jher. Jahrb. 4 (1861) 1ff.
- KAISER URS, Die zivilrechtliche Haftung für Rat, Auskunft, Empfehlung und Gutachten, Diss. Bern 1987
- KELLER MAX, Ist eine Treu und Glauben verletzende Schädigung widerrechtlich?, recht 1987, 136f.;
- KELLER/GABI-BOLLIGER, Haftpflichtrecht, 2.A. Basel/Frankfurt a.M. 1988
- KELLER/SCHÖBI, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3.A. Basel/Frankfurt a.M. 1988
- KELSEN HANS, Reine Rechtslehre, 2.A. Wien 1960
- KERN/LAUF, Die ärztliche Aufklärungspflicht, Berlin/Heidelberg/New York 1983
- KLEINSCHMITT MARTIN, Das Informationsmodell bei Börsentermingeschäften, Berlin 1991
- KLINGLER JOACHIM, Aufklärungspflichten im Vertragsrecht Hypothesen zu ihrer richterlichen Instrumentalisierung, Düsseldorf 1981
- KOHL RAINER, Bankrecht, München 1994
- KOLLER ALFRED, Art. 184-191, 211-215, 220-221 OR, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1 - 529 OR, HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Basel/Frankfurt a.M. 1992; zit.: Art. ... OR.
- KOLLER INGO, Grundstrukturen des Bankhaftungsrechts unter besonderer Berücksichtigung des Zahlungsverkehrs, in: Neue Entwicklungen im Bankhaftungsrecht, KÖNDGEN (Hrsg.), Köln 1987; zit.: Grundstrukturen

- KÜMPEL SIEGFRIED, Die allgemeinen Verhaltensregeln des Wertpapierhandelsgesetzes, WM 1995, 689ff.; zit.: Verhaltensregeln
- KÜMPEL SIEGFRIED, Die neuen Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte, WM 1995, 137ff.; zit.: Sonderbedingungen
- KUNZ PETER V., Rechtsnatur und Einreihenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitenklage, Darstellung der Rechtslage unter bisherigem und revidiertem Aktienrecht, Diss. Bern 1993
- LÄNZLINGER ANDREAS, Die Haftung des Kreditgebers, Beurteilung möglicher Haftungstatbestände nach schweizerischem und nach amerikanischem Recht, Diss. Zürich 1992
- LARENZ KARL, Lehrbuch des Schuldrechts Band 1 Allgemeiner Teil, 14.A. München 1987; zit. Schuldrecht
- LARENZ KARL, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe, Berlin/Heidelberg/New York 1983; zit.: Methodenlehre
- LAUER JÜRGEN, Vorvertragliche Informationspflichten (insbesondere gegenüber Verbrauchern) nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht, Bern 1983
- LAUFS ADOLF, Arztrecht, 5.A. München 1993
- LAUFS/UHLENBRUCK, Handbuch des Arztrechts, München 1992
- LAURI HANS, Kausalzusammenhang und Adäquanz im schweizerischen Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Bern 1976
- LEU, Art. 68-90 OR, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1 - 529 OR, HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Basel/Frankfurt a.M. 1992; zit.: Art. ... OR
- LEVIS MADELEINE-CLAIRE, Zivilrechtliche Anwaltshaftpflicht im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Diss. Zürich 1981
- LITTELER MICHAEL, Vertragsfolgen ohne Vertrag, Berlin 1979
- LIVER PETER, Berner Kommentar I/1 Einleitung, Bern 1966, zit.: Art. ... ZGB
- LOCHER HORST, Das private Baurecht, 5.A. München 1993

- KOLLER THOMAS, Das Sanktionensystem des Konsumkreditrechts, in: Berner Bankrechtstag Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), WIEGAND (Hrsg.), Bern 1994; zit.: Konsumkredit
- KOLLER THOMAS, Privatrecht und Steuerrecht, Eine Grundlagenstudie zur Interdependenz zweier Rechtsgebiete, Bern 1993; zit.: Privatrecht
- KOLLER THOMAS, Steuerrechtsbezogene Nebenpflichten im Privatrecht, ZSR NF 1993 I 157ff.; zit.: Nebenpflichten
- KOLLER-TUMMLER MARLIS, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1995
- KÖNDGEN JOHANNES, Bankhaftung - Strukturen und Tendenzen, Generalbericht, in: Neue Entwicklungen im Bankhaftungsrecht, RWS Forum 1, Köln 1987, 133ff.; zit.: Bankhaftung
- KÖNDGEN JOHANNES, Die Entwicklung des Bankkreditrechts in den Jahren 1991-1993, NJW 1988ff.; zit.: Entwicklung
- KÖNDGEN JOHANNES, Selbstbindung ohne Vertrag - Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln, Tübingen 1981; zit.: Selbstbindung
- KÖNDGEN JOHANNES, Zur neuen Konsumkreditgesetzgebung, in Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bern 1994; zit.: Konsumkreditgesetzgebung
- KRAMER ERNST A., Berner Kommentar VI 1/1 Allg. Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht, Bern 1986; zit.: Allg. Einleitung
- KRAMER ERNST A., Die Kausalität im Haftpflichtrecht: Neue Tendenzen in Theorie und Praxis, ZBJV 1987, 289ff.; zit.: Kausalität
- KRIMPHOVE DIETER, Anlageberatung: das System der zivilrechtlichen Haftung von Kreditinstituten, Frankfurt a.M. 1992
- KUHN MORITZ, Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung, SJZ 1986, 345ff.
- KUMMER MAX, Berner Kommentar I 1 Einleitungsband, Bern 1966, zit.: Art. ... ZGB
- KUMMER MAX, Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. A. Bern 1984

- LOGES RAINER, Die Begründung neuer Erklärungspflichten und der Gedanke des Vertrauensschutzes, Berlin 1990
- LORANDI FRANCO, Haftung für reinen Vermögensschaden, recht 1990, 19ff.
- MAINARDI-SPEZIALI CARLA, Ärztliche Aufklärungspflichten bei der pränatalen Diagnostik, Die genetische Beratung als vertragliche Leistung des Arztes, Diss. Bern 1992
- MARCUS DESAX, Haftung für erlaubte Eingriffe, Diss. Freiburg 1977
- MAURENBRECHER BENEDIKT, Das verzinsliche Darlehen im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1995; zit.: Darlehen
- MAURENBRECHER BENEDIKT, Die Vereinbarung der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Rahmenvereinbarung und Geschäftsverbindungsvertrag, ZSR 1990 I 173ff.; zit.: Rahmenvereinbarung
- MEDICUS DIETER, § 243 BGB, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 243-254 BGB, 12.A. Berlin 1983; zit.: STAUDINGER-[Autor] § ... BGB
- MEDICUS DIETER, Allgemeiner Teil des BGB, 6.A. Heidelberg 1994; zit.: AT BGB
- MEDICUS DIETER, Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt, in: FS MAX KELLER zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 205 ff.; zit.: culpa in contrahendo
- MEDICUS DIETER, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 7.A. München 1993; zit.: Schuldrecht AT
- MEDICUS DIETER, Zur Entstehungsgeschichte der culpa in contrahendo, in: FG KASER, Wien/Köln/Graz 1986, 169ff.; zit.: Entstehungsgeschichte
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Berner Kommentar I 1 Einleitungsband, Bern 1966; zit.: Art. 1 ZGB
- MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J., Über die privatrechtliche Haftung für Rat und Anlagerat, in: FS PAUL PROTET, Bern 1990, 151ff.
- MERZ HANS, Berner Kommentar I 1. Allgemeine Einleitung, Bern 1966; zit.: Art. 2 ZGB
- MERZ HANS, SPR VII/1, Einleitung §§ 1-3; Entstehung, allgemeine Charakterisierung; Die Obligation §§ 4-20, Basel 1984; zit.: SPR
- MERZ HANS, Vertrag und Vertragsschluss, 2. A. Freiburg (Schweiz) 1992
- MESSER HERBERT, Einleitende Bemerkungen zur Diskussion (2), in: Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute - Der moderne Schuldturn?, Bankrechtstag 1992, Berlin 1993, 73ff.
- MÜLLER GEORG, Vorvertragliche und vertragliche Informationspflichten nach englischem und deutschem Recht, Heidelberg 1994
- MÜLLER JÖRG PAUL, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, 2. A. Bern 1991
- NEUENSCHWANDER MARKUS, Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1971
- NIGG HANS, Die zivilrechtliche Aufklärungspflicht des Rechtsanwalts, SVZ 1994, 202ff.
- NOBBE GERD, Neue höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Bankrecht, 5.A Köln 1993
- OFTINGER KARL, Schweizerisches Haftpflichtrecht 1. Band Allgemeiner Teil, 4.A. Zürich 1975; zit.: AT
- OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht Allgemeiner Teil Bd. I, 5.A. Zürich 1995; zit.: AT I
- OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht Besonderer Teil Bd. II/1, 4.A. Zürich 1987; zit.: II/1
- OSER/SCHÖNENBERGER, (Zürcher) Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch V 1, 2.A. Zürich 1929; zit.: Art. ... OR
- OSWALD CHRISTOPH, Analyse der Sorgfaltspflichtverletzung im vertraglichen wie ausservertraglichen Bereich, Zürich 1988
- PASCHKE MARIAN, Vertragsbindung ohne Konsens?, Zur Kritik der Lehren des Quasi-Vertrages, in: Rechtstheorie, Bd. 19 1988, 523ff.
- PATRY ROBERT, L'obligation de sécurité en droits français et suisse, ZBJV 1957, 41ff.
- PEDRAZZINI MARIO M., SPR VII/1, Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, Basel 1977

- PESTALOZZI CHRISTOPH M., Art. 492-512 OR, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1 - 529 OR, HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Basel/Frankfurt a.M. 1992; zit.: Art. ... OR.
- PUTZO HANS, §§ 433-630 BGB, in: Kurzkomentar Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 54. A. München 1995; zit.: PALANDT-[Autor] § ... BGB
- RAESCHKE-KESSLER HILMAR, Bankenhaftung bei der Anlageberatung über neue Finanzprodukte, WM 1993, 1830ff.
- RASCHEIN HEINZ, Die Widerrechtlichkeit im System des schweizerischen Haftpflichtrechts, Diss. Bern 1986
- REICH NORBERT, Schuldrechtliche Informationspflichten gegenüber Endverbrauchern, NJW 1978, 514ff.
- REICHWEIN HEINZ, Wie weit ist der Aktiengesellschaft und andern juristischen Personen das Wissen ihrer Organe zuzurechnen (sog. Wissensvertretung), SJZ 1970, 1ff.
- REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1995; zit.: Haftpflichtrecht
- REY HEINZ, Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung, FS MAX KELLER, Zürich 1989
- ROBERTO VITO, Das neue Pauschalreisegesetz, recht 1994, 6ff.; zit.: Pauschalreisegesetz
- ROBERTO VITO, Die Haftung des Reiseveranstalters, Diss. Zürich 1990; zit.: ROBERTO, Haftung
- ROBERTO VITO, Verdorbene Ferien als Schaden, recht 1990, 79ff.; zit.: ROBERTO, Ferien
- ROTH GÜNTHER H., § 242 BGB, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 §§ 241-432 BGB, 3. A. München 1994; zit.: MÜNCHKOMM-[Autor] § ... BGB
- ROTH HERBERT, Beweissmass und Beweislast bei der Verletzung von bankvertraglichen Aufklärungs- und Beratungspflichten, ZHR 1990, 513ff.
- ROTH URS PHILIPP, Aufklärungspflichten im Vermögensanlagegeschäft der Banken, in: Banken und Bankrecht im Wandel, FS BEAT KLEINER, Zürich 1983, 1ff.

- VON ROTTENBURG FRANZ, Verhaltenspflichten der Kreditinstitute bei der Vergabe von Verbraucherkrediten, ZHR 1989, 162ff.
- RÜMKE DIETRICH, Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute aus der Sicht der Praxis, in: Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute - Der moderne Schuldturn? / Bankrechtstag 1992, Berlin/New York 1993, 29ff.
- SCHÄFER KARL, § 823-832 BGB, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 823-832 BGB, 12.A. Berlin 1986; zit.: STAUDINGER-[Autor] § ... BGB
- SCHIEHMANN GOTTFRIED, Haftung der Dienstleistungsbetriebe nach deutschem Recht, in: Haftung der Dienstleistungsbetriebe, DEUTSCH/TAUPTZ (Hrsg.), Heidelberg 1993, 137ff.
- SCHIMANSKI HERBERT, Einleitende Bemerkungen zur Diskussion (I), in: Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute - Der moderne Schuldturn?, Bankrechtstag 1992, Berlin 1993, 67 ff.
- SCHLECHTRIEM PETER, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 2.A. Tübingen 1994
- SCHLUEP WALTER R., Einleitung vor Art. 184ff. OR, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1 - 529 OR, HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Basel/Frankfurt a.M. 1992; zit.: Art. ... OR
- SCHLUEP WALTER R., SPR VII/2 Besondere Vertragsverhältnisse - Innominatverträge, Basel/Stuttgart 1979
- SCHLUEP/BAUDENBACHER, SPR VII/2 Besondere Vertragsverhältnisse - Innominatverträge, Der Reiseveranstaltungsvertrag, Basel/Stuttgart 1979, 919ff.
- SCHMID STEFAN J., Die Geschäftsbeziehung im schweizerischen Bankvertragsrecht, Bern/Stuttgart/Wien 1994
- SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar VI 1/2/1b Mängel des Vertragsschlusses, Lieferung 1 Kommentar zu Art. 23-27 OR, Bern 1993; zit.: Art. ... OR
- SCHMIDT KARSTEN, § 244-248 BGB, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 243-254 BGB, 12.A. Berlin 1983; zit.: STAUDINGER-[Autor] § ... BGB
- SCHNYDER ANTON K., Art. 41-59 OR, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1 - 529 OR, HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Basel/Frankfurt a.M. 1992; zit.: Art. ... OR

- SCHUMACHER RAINER, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in: Das Architektenrecht, GAUCH/TERCIER (Hrsg.), 2.A. Freiburg 1989
- SCHUMACHER RAINER, Die Haftung des Architekten für seine Kosteninformationen, zu BGE 119 II 249ff., recht 1994, 126ff.; zit.: Kosteninformationen
- SCHULTZ HANS, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1976, ZBJV 1977, 521ff.
- SCHWENZER INGEBORG, Art. 11-17, 23-31 OR, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1 - 529 OR, HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Basel/Frankfurt a.M. 1992; zit.: Art. ... OR.
- SCYBOZ GEORGES, SPR VII/2, Besondere Vertragsverhältnisse - Garantievertrag und Bürgschaft, Basel Stuttgart 1979
- SPIRO KARL, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984
- STAUDER BERND, Le contrat de voyage, ZSR NF 1986 II 385ff.
- STEUER STEPHAN, Anlegerschutz im Wertpapiergeschäft, WM 1995, 281f.
- STOLL HEINRICH, Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, AcP 1932, 257ff.
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I Die Straftat, Bern 1982
- TAUPTITZ JOCHEN, Die zivilrechtliche Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens, Tübingen 1989
- TEUBNER GUNTHER, § 242 BGB, in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Reihe Alternativkommentare, Band 2 Allgemeines Schuldrecht, Neuwied/Darmstadt 1980, zit.: AK-[Autor] § ... BGB
- THALMANN CHRISTIAN, Die Sorgfaltspflicht der Bank im Privatrecht, insbesondere im Anlagengeschäft, ZSR 1994 II 127ff.
- THOMAS HEINZ, §§ 631-853 BGB, in: Kurzkommentar Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 54. A. München 1995; zit.: PALANDT-[Autor] § ... BGB
- VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II 3. Aufl. Zürich 1974
- VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I, 3.A. Zürich 1979
- VON TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I, 2.A. Zürich 1942; zit.: Bd. I
- VON TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II, 2.A. Zürich 1944; zit.: Bd.II
- VISCHER FRANK, SPR VII/1 Besondere Vertragsverhältnisse - Der Arbeitsvertrag, Basel 1977
- VORTMANN JÜRGEN, Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken, 2. A. Köln 1993; zit.: Aufklärungspflichten
- VORTMANN JÜRGEN, Die neuere Rechtsprechung zu den Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken, WM 1989, 1557 ff.; zit.: Rechtsprechung
- WAHRENBARGER ANDRÉ, Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Schuldrecht (unter besonderer Berücksichtigung des Kaufrechts), zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo, Diss. Zürich 1991
- WALDER BOHNER, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter besonderer Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, 3.A. Zürich 1983
- WAND LOTHAR, Aufklärungs- und Beratungspflichten im grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr, WM 1994, 8ff.
- WATTER ROLF, Chinese Walls bei Universalbanken?, SJZ 1991, 109ff.; zit.: Chinese Walls
- WATTER ROLF, Über das Wissen und den Willen einer Bank, in: Banken und Bankrecht im Wandel, FS KLEINER, Zürich 1993, 125ff.; zit.: Wissen
- WEBER MAX, Rechtssoziologie, 2.A. Berlin 1967
- WEBER ROLF H., Rahmenverträge als Mittel zur rechtlichen Ordnung von langfristigen Geschäftsbeziehungen, ZSR 1987 I 403ff.; zit.: Rahmenverträge

- WEBER ROLF H., Art. 394-411, 419-424 OR, in: Kommentar. zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1 - 529 OR, HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Basel/Frankfurt a.M. 1992; zit.: Art. ... OR
- WEBER ROLF H., Ausmass und Grenzen des Informationsflusses im Auftragsrecht: zu den BGE vom 23.3.1993 und 119 II Nr. 45, ZBJV 1993, 692ff.; zit.: Ausmass
- WEBER ROLF H., Schutzpflichten - ein Sozialstaatsgedanke, in: FS GIGER, Bern 1989, 735ff.; zit.: Schutzpflichten
- WERRES RÜDIGER, Aufklärungspflichten in Schuldverhältnissen und deren Grenzen, Diss. Köln 1985
- WESTERMANN HARM PETER, Verhaltenspflichten der Kreditinstitute bei der Vergabe von Verbraucherdarlehen, Dogmatische Grundlagen, ZHR 1989, 123ff.
- WESTPHALEN/EMMERICH/KESSLER, Verbraucherkreditgesetz, Köln 1991
- WIDMER PIERRE, Produkthaftung, recht 1986, 50ff., zit.: Produkthaftung
- WIDMER PIERRE, Variationen über Treu und Glauben, in: Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends, FS ARNOLD KOLLER, Bern (1993), zit.: Variationen
- WIEGAND WOLFGANG, Art. 97 - 109 OR, in: Kommentar. zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1 - 529 OR, HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Basel/Frankfurt a.M. 1992; zit.: Art. ... OR
- WIEGAND WOLFGANG, Bauhandwerkerpfandrechte an öffentlichen Grundstücken, Anmerkung zu BGE 108 II 305ff., recht 1983, 100ff.; zit.: Bauhandwerkerpfandrechte
- WIEGAND WOLFGANG, Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung, Eine Standortbestimmung anlässlich der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, recht 1993, 149ff., zit.: Aufklärung
- WIEGAND WOLFGANG, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: Handbuch des Arztrechts, HONSELL (Hrsg.), Zürich 1994, 119ff.; zit.: Handbuch
- WIEGAND WOLFGANG, Die Leistungsstörungen Teil 1, recht 1983, 1ff., 118ff.; zit.: Leistungsstörungen I

- WIEGAND WOLFGANG, Die Leistungsstörungen Teil 2, recht 1984, 13ff.; zit.: Leistungsstörungen 2
- WIEGAND WOLFGANG, Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der AGB-Problematik, in: Aktuelle Probleme im Bankrecht, WIEGAND (Hrsg.), Bern 1994; zit.: Rechtsbeziehung
- WIEGAND WOLFGANG, Die Verhaltenspflichten - Ein Beitrag zur juristischen Zeitgeschichte, in: FS GAGNER, München 1991; zit.: Verhaltenspflichten
- WIEGAND WOLFGANG, Die zentralen Elemente des Konsumkreditgesetzes, in: Das neue Konsumkreditgesetz (KKG) Berner Bankrechtstag, WIEGAND (Hrsg.) Bern 1994; zit.: Konsumkreditgesetz
- WIEGAND WOLFGANG, Zur Haftung für Dienstleistungen, recht 1990, 134ff.; zit.: Haftung für Dienstleistungen
- WIEGAND/ABEGGLEN, Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung, Modalitäten der Aufklärung und Folgen der Verletzung der Aufklärungspflicht, recht 1993, 189ff.
- WIEGAND/KOLLER, Haftung für fehlerhafte Schätzung aus Auftragsrecht, recht 1988, 144
- WILBURG WALTER, Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 1963, 346ff.
- WINKLER VON MOHRENFELS PETER, Abgeleitete Informationspflichten im deutschen Zivilrecht, Berlin 1986
- WÜTHRICH CHARLES, Die zivilrechtliche Haftung des Bankiers für Rat und Auskunft nach Deutschem und Schweizerischem Recht, Bern/Leipzig 1936
- YUNG WALTER, Etudes et articles, Genf 1971
- ZINDEL-PULVER, Art. 363-379 OR, in: Kommentar. zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1 - 529 OR, HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Basel/Frankfurt a.M. 1992; zit.: Art. ... OR
- ZWEIGERT/KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts I, Grundlagen, Tübingen 1971

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
a.M.	anderer Meinung
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
AT	Allgemeiner Teil
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Tübingen)
AFG	Bundesgesetz über die Anlagefonds vom 1.7.1966
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGB-Banken	Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken, Fassung vom 1.1.1993, aufgestellt vom Bundesverband deutscher Banken e.V. (abgedruckt z.B. in BAUMBACH/HOPT, (8) AGB-Banken)
AGBG	(deutsches) Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9.12.1976
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
Anm.	Anmerkung
Art., Artt.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen (deutsches) Bundesarbeitsgericht
BAG	Besonderer Teil
BT	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BBI	Band
Bd.	Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24.3.1995
BEHG	betreffend
betr.	bezüglich
bez.	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896
BGB	

XL

BGBI	Bundesgesetzblatt Deutschlands
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung, Lausanne)
Bger	Bundesgericht
bger.	bundesgerichtlich
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Detmold)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
Botschaft BEHG	Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG) vom 24.2.1993, BBl 1993, 1369ff.
BR	Baurecht (Freiburg)
BTJP	Berner Tage für die Juristische Praxis (Bern)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874
bzw.	beziehungsweise
C.c.	Code civil français vom 21.3.1804
ca.	circa
d.h.	das heisst
ders.	derselbe
dgl.	dergleichen
Diss.	Dissertation
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (München/Frankfurt a.M.)
f.	folgende
ff.	fortfolgende

FG	Festgabe
Fn.	Fussnote
FS	Festschrift
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
gl.M.	gleicher Meinung
GVP-ZG	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug (Zug)
HGB	(deutsches) Handelsgesetzbuch vom 10.5.1897
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.e.	id est
i.K.	in Kraft
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
insbes.	insbesondere
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
Jher. Jahrb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts bzw. Jahrbücher f. d. Dogmatik des heutigen römischen Rechts u. dt. Privatrechts
JZ	(Deutsche) Juristenzeitung
KKG	Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 8.10.1993
Komm.	Kommentar
Kt.	Kanton
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 13.6.1911
LG	(deutsches) Landgericht
lit.	litera
m.E.	meines Erachtens
m.W.	meines Wissens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Mia.	Milliarde
Mio.	Million
N	Note

XLII

NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Frankfurt a.M.)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OLG	(deutsches) Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz über die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911
	Bundesgesetz über Pauschalreisen vom 18.6.1993
Pauschalreisengesetz	
Pra	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts (Basel)
recht	recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Bern)
RGZ	Reichsgerichtsrechtsprechung in Zivilsachen (Leipzig/Berlin)
S	Seite
S., s.	Siehe, siehe
SBVg	Schweizerische Bankiervereinigung (Basel)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11.4.1889
SIA Norm 118	Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins, Ausgabe 1977/1991
SJ	La semaine judiciaire (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
sog.	sogenannte
SPR	Schweizerisches Privatrecht (Basel)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftrecht (Zürich, bis 1989 Schweizerische Aktiengesellschaft [SAG])
u.a.	unter anderen, unter anderem
u.U.	unter Umständen
usw.	und so weiter
u.w.H.	unter weiteren Hinweisen
v	vor
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche

WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen (Frankfurt a.M.)
WpHG	(deutsches) Gesetz über den Wertpapierhandel vom 26.7.1994
WuB	Entscheidensammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht (Frankfurt a.M.)
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Heidelberg)
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Köln)
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

1. KAPITEL: EINLEITUNG

I. Problemstellung und Ziel

Wo die Grenze zwischen gebotenem Reden und erlaubtem Schweigen zu ziehen ist, hat schon CICERO interessiert:

„Wenn z.B. ein redlicher Mann, der von Alexandria eine grosse Menge Getreide nach Rhodos führt, wo die Rhodier wegen des hohen Getreidepreises Mangel und Hunger leiden, und dieser weiss, dass mehrere Händler in Alexandria abgefahren seien und ihre Schiffe auf der Fahrt nach Rhodos schwer beladen gesehen hat, [fragt sich,] ob dieser es nicht den Rhodier sagen müsse oder ob er mit Stillschweigen sein Getreide möglichst teuer verkaufen dürfe?“¹

Die Beschäftigung mit Aufklärungspflichten ist demnach *keine Novität*. Wenn Thema der vorliegenden Dissertation dennoch die (schuldrechtlichen) Informationspflichten sind, so geschieht dies nicht ohne Grund. In jüngerer Zeit wird die Pflicht zur Aufklärung vermehrt als eine eigenständige, im gesamten Schuldrecht bedeutsame und immer häufiger in Erscheinung tretende Obligation betrachtet²; eines der „zur Zeit aktuellen Themen des Vertragsrechts ist die Frage nach Funktion und Bedeutung der Informationspflichten.“³

So sind denn die Informationspflichten in jüngerer Zeit tatsächlich zum Gegenstand einer lebhaft geführten Diskussion geworden, deren Ende noch lange nicht absehbar ist⁴. Insbesondere in Deutschland⁵ und in Frankreich⁶ beschäftigt sich die Lehre intensiv mit den Aufklä-

¹ „Si, exempli gratia, vir bonus Alexandria Rhodum magnum frumentum numerum advenxit in Rhodiorum inopia et fame summaque annonae caritate; si idem sciat, complures mercatores Alexandria solvissae, nave-plurimo venditurus? CICERO, De officiis III, Kap. 12, 4. Satz, zitiert nach TULLI CICERONIS, De officiis libri tres Zum Schulgebrauche, Johannes von Gruber (Hrsg.), 2.A. Leipzig 1866, 147. Im Text wiedergegebene Übersetzung nach OSKAR LUTZ, in: Cicero, Treu und Glauben im Geschäftsverkehr im Altertum, St. Gallen, ohne Jahrzahl.

² Vgl. dazu GRUNEWALD 611.

³ WIEGAND, Konsumkreditgesetz 40.

⁴ Vgl. zu dieser Tendenz WIEGAND, Aufklärung 150, der die Entwicklung der Aufklärungspflichten als derzeit meistbeachtete Tendenz im Rahmen der Begründung immer neuer Verhaltenspflichten sieht; GRUNEWALD, Aufklärungspflichten 609 spricht davon, dass "die Postulierung von Aufklärungspflichten ... Konjunktur" habe.

⁵ Vgl. etwa BÖHME; BREIDENBACH; BURGHART; GÄNTGEN; GRUNEWALD; HOPT, Aufklärungspflichten; KLEINSCHMITT; KLINGLER; MÜLLER GEORG; REICH; RÖMKER; TAUPITZ, Offenbarung; WERRES; WESTERMANN; WINKLER VON MOHRENFELS.

rungspflichten, und auch in der Schweiz beginnt die Wissenschaft, sich vermehrt mit ihnen zu befassen⁷. Das gleiche gilt für die Rechtsprechung vor allem zum Arzt⁸ und zum Bankrecht⁹, wo die Informationspflichten eine immer grössere Bedeutung erlangen. Dabei ist „die Neigung zu beobachten, den Kreis der dem einen Verhandlungspartner gegenüber dem anderen obliegenden Aufklärungspflichten zu erweitern.“¹⁰ Diesem Trend zur richterlichen Ausdehnung der vorvertraglichen und der vertraglichen Informationspflichten¹¹ steht zum einen ein - wachsendes - Defizit an dogmatischer Erfassung gegenüber; so werden den Parteien in bestimmten Vertragsverhältnissen Aufklärungspflichten auferlegt, ohne dass ausführlich begründet würde, auf welche Grundlage diese Pflichten abgestützt werden¹². Zum andern stellt sich das Problem, dass häufig nicht klar ist, unter welchen Voraussetzungen Information geschuldet ist. Der Hinweis des Bundesgerichts, dass sich diese Frage „nach den gesamten Umständen des Einzelfalles“¹³ beurteile, hilft dem Rechtsanwender jedenfalls nicht weiter.

Ein Ziel der Arbeit ist deshalb, die durch Einzelfallentscheide z.T. zugeschütteten dogmatischen Strukturen der Aufklärungspflichten freizulegen und einen brauchbaren Vorschlag zur adäquaten dogmatischen Abstützung dieser Pflichten zu machen. Da dies insbesondere in einer vielfach ergebnisorientierten Rechtsprechung häufig blosses „Nachliefern“ von Begründungen für Entscheide darstellen würde, die ohnehin so und nicht anders getroffen worden

6 Grundlegend dazu FABRE-MAGNAN 16 m.w.H.

7 LAUER, ROTH 12 ff.; WAHRENBARGER; WIEGAND, Aufklärungspflichten 150.

8 Vgl. für die Schweiz die beiden leading cases BGE 116 II 519ff. und 117 Ib 197 ff.; für Deutschland etwa die im jüngst erschienenen Werk LAUFS (LAUFS N 163ff.) zitierten Urteile. Bezeichnend für die Bedeutung der Aufklärungspflichten ist folgender Passus in einem Beitrag über die Schadensersatzleistungen der Haftpflichtversicherer von Ärzten: „...es ist kein Fall [zu verzeichnen,] wo bei einem vermuteten Fehler nicht auch die Aufklärungsfrage zur Sprache kam und abgeklärt wurde.“ Schweizerische Ärztezeitung 1995, 1170.

9 In diesem Bereich ist in Deutschland eine geradezu inflationäre Statuierung von Aufklärungspflichten festzustellen; vgl. bez. der Aufklärung bei Anlageberatung nur etwa die bei RAESCHKE-KESSLER 1830 zitierten Entscheide. Für den gesamten Bankbereich s. etwa THALMANN 214ff. m.w.H.

10 LARENZ 111; zum gleichen Schluss kommen etwa auch WERRES 21; KLINGLER 4. Vgl. auch KÖNDGEN, Entwicklung 1510, der für das Kreditgeschäft, das bislang als Gebiet von geringer Beratungsintensität galt, nun eine eigentliche Trendwende ausmacht, indem nun auch in diesem klassischen Interessengegensatzgeschäft in einer „Flut neuer Rechtsprechung“ Aufklärungspflichten bejaht werden.

11 Welcher in den immer ausführlicheren Kommentierungen seinen Niederschlag findet, so KLINGLER 1 m.w.H. Zu den Hintergründen dieses allgemeinen Trends zur Haftungsverschärfung WIEGAND, Haftung 138 ff.

12 BGE 119 II 335: „Ist ... ersichtlich, dass der Kunde von den Risiken keine Ahnung hat“, trifft die Bank eine Informationspflicht. Bei der Auflegung anderer Pflichten wären solche Begründungen undenkbar. Man stelle sich folgendes Beispiel vor: Der Arbeitgeber ist lohnzahlungspflichtig, da der Arbeitnehmer auf den Lohn angewiesen ist.

13 BGE 120 II 337.

wären, steht jedoch ein zweites Ziel im Vordergrund: Die Erarbeitung eines Systems, das zur Bestimmung von Bestand, Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen herangezogen werden kann.

Bei der Lektüre könnte der *Eindruck* entstehen, im Bankgeschäft oder bei medizinischer Behandlung sei die Verletzung von Aufklärungspflichten an der Tagesordnung. Das Gegenteil ist der Fall. Wenn im folgenden eine Vielzahl von Urteilen über verletzte Aufklärungspflichten zitiert wird, so darf die Selbstverständlichkeit nicht vergessen werden, dass sich die Judikatur naturgemäss und die Literatur mit Vorliebe den „pathologischen“ Fällen widmet. Für die Aufklärungspflichten gilt mutatis mutandis, was z.B. für die Mängelhaftung (und jede andere Haftung auch) zutrifft: Wer darüber „zu sprechen hat, braucht nicht immer wieder heranzuheben, dass sie im Waren- und Dienstleistungsverkehr nur ausnahmsweise akut wird.“¹⁴

II. Terminologie

Unter dem Begriff der Aufklärungspflicht wird gemeinhin die Pflicht verstanden, „den anderen Teil unaufgefordert über entscheidungserhebliche Umstände zu informieren“¹⁵. Ein Teil der Lehre befürwortet eine engere Definition, indem nur dann von einer Aufklärungspflicht gesprochen wird, wenn sich die geschuldete Information auf Umstände bezieht, die für das rechtsgeschäftliche Verhalten entscheidungsrelevant sind¹⁶. Um die Beantwortung der Frage, inwiefern Aufklärungspflichten eigenständige Erscheinungen sind, nicht durch eine zu enge Begriffsbildung zu präjudizieren, wird der Terminus Aufklärungspflicht vorerst im *weitgefassten* Sinne verwendet.

Aufklärungspflichten werden häufig je nach zu beurteilendem Sachverhalt auch etwa als Anzeige-, Hinweis-, Mitteilungs-, Offenbarungs-, Unterrichts-, Informations-, Beratungs- oder Warnpflichten bezeichnet¹⁷. Ein Teil des Schrifttums ordnet diesen Begriffen je verschiedene Inhalte zu, stiftet damit allerdings Verwirrung¹⁸. Da sich weder Lehre noch Praxis

14 SCHIMANSKY 67.

15 PALANDT-HEINRICHS, § 242 BGB N 37; so auch MÜNCHKONN-ROTH, § 242 BGB N 197; BURGHARDT 5.

16 So BÖHME 1f.; KLINGLER 20; explizit gegen diese Beschränkung auf den rechtsgeschäftlichen Bereich BURGHARDT 6.

17 Vgl. etwa CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A. N 100; PALANDT-HEINRICHS, § 242 BGB N 37.

18 So soll sich etwa die Mitteilungsspflicht dadurch auszeichnen, dass bei ihr die Information bloss „nach Lage des Rechtsverhältnisses“ geboten ist, während z.B. die Benachrichtigungspflicht sich auf die Unterrichtung über Verhältnisse bezieht, die sich nach Vertragsschluss geändert haben Vgl. STAUDINGER-WEBER, § 242 BGB N 829; KLINGLER 20ff.; BURGHARDT 5ff. Die verwirrende Wirkung solcher Begriffsbildungen zeigt sich daran, dass BURGHARDT 6f., der der Terminologie von KLINGLER 21 folgen will, die Mitteilungs- und Anzeigepflicht unter Rekursnahme auf KLINGLER als eine Unterart der Aufklärungspflicht bezeichnet, wäh-

an diese vor allem sprachlich kreativen¹⁹ Begriffsbildungen halten und sich daraus insbesondere keine operablen Präzisionen²⁰ der Pflichtinhalte ableiten lassen, wird auf solche Differenzierung verzichtet. Die oben aufgezählten Ausdrücke, insbesondere die Informations- und Offenbarungspflicht, werden im folgenden zur Vermeidung sprachlicher Monotonie als Synonyme für den Begriff Aufklärungspflicht verwendet, ohne damit irgendwelche inhaltliche Unterscheidungen vornehmen zu wollen.

III. Abgrenzung

Die vorliegende Arbeit beschränkt sich auf die Untersuchung von *Aufklärungspflichten in Dienstleistungsverhältnissen*, wobei das Bankgeschäft besonders berücksichtigt wird. Der Grund dafür ist ein dreifacher: Zum einen ist die Frage nach Bestand, Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten, wie die Zahl der einschlägigen Urteile zeigt, in Dienstleistungsverhältnissen unverhältnismässig häufig Anlass rechtlicher Auseinandersetzungen, was u.a. mit den unten ausführlich zu erläuternden Erwartungen des „client“ zusammenhängt. Zum andern verursacht der Umstand, dass komplexe Dienstleistungsbeziehungen wie das Bankgeschäft neben Interessenwahrungsgeschäften auch Interessengegensatzgeschäfte enthalten, heikle Probleme. Schliesslich hat sich die Literatur zwar häufig mit den Offenbarungspflichten bestimmter Vertragstypen befasst, z.B. mit denjenigen des Kaufvertrages²¹ und der Bürgerschaft²²; die Auswirkungen eines zwischen zwei Parteien vorliegenden Dienstleistungsverhältnisses auf die Aufklärungspflichten sind in monographischen Abhandlungen jedoch soweit ersichtlich kaum berücksichtigt worden.

Informationspflichten, die Teil des Hauptleistungsprogramms eines bestimmten Vertragsverhältnisses darstellen, sind *nicht* Gegenstand dieser Arbeit. Denn Geltungsgrund und Inhalt dieser Pflichten (etwa die Rechtsberatung durch einen Anwalt oder die Bonitätsabklärung durch eine Auskunftei) ergeben sich direkt aus dem vertraglich - explizit oder konkludent - Vereinbarten. Allerdings wird z.T. auf solche Informations-Leistungspflichten eingegangen, um durch Untersuchung der Unterschiede zu den Aufklärungspflichten im hier verstandenen Sinne Erkenntnisse zu gewinnen. Ebenfalls nicht behandelt werden die *Auskunfts-*

rend dieser in Wahrheit die Mitteilungs- und Anzeigpflichten als von der Aufklärungspflicht abzugrenzende Pflichten darstellt.

¹⁹ So WINKLER VON MOHRENFELS 23.

²⁰ BREIDENBACH 4.

²¹ Statt vieler WAHRENBERGER I ff. m.w.H.

²² So etwa BURGHARDT.

pflichten. Sie entstehen nur auf explizites Verlangen des Berechtigten hin und sind deshalb von anderer Qualität als die Aufklärungspflichten, die sich nach traditioneller Auffassung dadurch auszeichnen, dass die Information ohne ein entsprechendes Begehren - eben spontan - geschuldet ist²³. Im weiteren werden Informationspflichten ausgeschlossen, deren Rechtsgrund sich ausserhalb des Schuldrechts, etwa im *Handels-, Familien- und Erbrecht*, findet. In den erwähnten drei Rechtsgebieten liegen nämlich Interessenvergemeinschaftungsverhältnisse vor, weshalb Informationspflichten dort hinsichtlich ihrer Rechtsnatur und ihres Inhaltes von anderer Art als im Schuldrecht sind. Ebenfalls nicht behandelt wird die Haftung für unrichtige oder irreführende Angaben in Emissionsprospekten²⁴. Im Gegensatz zu vielen Monographien, die nur die vorvertraglichen Aufklärungspflichten untersuchen²⁵, behandelt die vorliegende Arbeit dagegen *vorvertragliche und vertragliche* Informationspflichten. Dies erscheint im Hinblick auf das Ziel der Arbeit, ein einheitliches System zur Bestimmung der Aufklärungspflichten zu entwerfen, angezeigt. Nicht Gegenstand der Untersuchung sind die *Pflichten zur Offenbarung eigenen Fehlverhaltens*, da bei diesen Bezichtigungspflichten verschiedene Besonderheiten zu beachten sind²⁶.

IV. Gang der Untersuchung

Im folgenden 2. Kapitel werden die Vielfalt und Vielzahl der Aufklärungspflichten in Dienstleistungsverhältnissen im Sinne einer Illustration der oben angeführten Problematik aufgezeigt. Das 3. Kapitel beschäftigt sich mit den dogmatischen Grundlagen der Informationspflichten und den Folgen ihrer Verletzung, einschliesslich der beweisrechtlichen Fragen. Aus dieser Untersuchung werden erste Schlüsse für die Charakterisierung der Aufklärungspflichten gezogen. Unter Bezugnahme auf die im 2. und 3. Kapitel dargelegten Grundlagen wird im 4. Kapitel ein neues Konzept zur Erfassung der Aufklärungspflichten entwickelt: Zunächst wird u.a. dargelegt, weshalb die Aufklärungspflichten mit Vorteil als einheitliche Erscheinung aufzufassen sind. Anschliessend wird ein Vorschlag zur dogmatischen Abstufung dieser einheitlichen Aufklärungspflicht gemacht. Der letzte und grösste Teil des 4. Kapitels schliesslich ist dem auf Arbeiten von HOPT und BREIDENBACH aufbauenden Entwurf eines

²³ Diese Abgrenzung folgt FELLMANN, Art. 398 OR N 146.

²⁴ Gemäss Art. 752 OR, dazu WATTER ROLF, Art. 752 OR, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 530 - 1186 OR, HONSELL/VOGT/WATTER (Hrsg.), Basel/Frankfurt a.M. 1994; bzw. gemäss Art. 39 BankG, dazu KLEINER BEAT, Art. 39 BankG, in: BODMER/KLEINER/LUTZ, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zürich 1993; beide m.w.H.

²⁵ So BÖHME, BREIDENBACH; KLINGLER; LAUER; WAHRENBERGER.

²⁶ Grundlegend dazu TAUPITZ, Offenbarung.

beweglichen Systems zur Bestimmung der Aufklärungspflichten gewidmet, dessen praktische Anwendung anhand von Fällen aus dem Bankrecht und dem Arztrecht illustriert wird.

Bezüglich der Verwendung deutscher Literatur und Judikatur gilt folgendes: Während im dogmatischen Teil die deutsche und schweizerische Lehre gemeinsam herangezogen werden²⁷, erfolgt die Übersicht über die Rechtsprechung jeweils separat nach deutscher und schweizerischer Praxis²⁸.

2. KAPITEL: AUFKLÄRUNGSPFLICHTEN IN DIENSTLEISTUNGSVERHÄLTNISSEN - EIN ÜBERBLICK

I. Gliederung nach Art der Dienstleistung und nicht nach Vertragstypus

Es wäre naheliegend, die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsverhältnissen nach den ihnen jeweils zugrundeliegenden Vertragstypen, z.B. Kauf, Werkvertrag, Auftrag, Kommission usw., aufzugliedern¹.

Wenn die Informationspflichten hier dagegen nach der *Art der zugrundeliegenden Dienstleistung* aufgefächert werden, beruht dies zum einen darauf, dass die *Judikatur* die Zuordnung eines konkreten aufklärungspflicht-relevanten Sachverhalts zu einem Vertragstypus häufig unterlässt. Zum andern werden auch von der neueren *Lehre* Bestand und Umfang der Aufklärungspflichten je nach vorliegendem Dienstleistungsverhältnis differenziert festgelegt^{2,3}; der dogmatischen Einordnung der einzelnen Dienstleistungsgeschäfte kommt dabei kaum Bedeutung zu^{4,5}.

¹ So wie etwa die (vorvertraglichen) Nebenpflichten, wozu z.T. auch die Aufklärungspflichten gehören, in der Regel nach dem zugrundeliegenden Vertragstypus aufgeteilt werden, vgl. nur ALFRED KOLLER, Art. 184 OR N 70ff.

² Vgl. nur VORTMANN, Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken; BRUSKE, Beweiswürdigung und Beweislast bei Aufklärungspflichtverletzungen im Bankrecht; BURGHARDT, Aufklärungspflichten des Bürgerschaftsgläubigers; MANNARDI-SPEZIALI, Ärztliche Aufklärungspflichten bei der pränatalen Diagnostik; EISNER, Die Aufklärungspflichten des Arztes.

³ Zu den Schutzlücken, die bei traditioneller Anknüpfung der Aufklärungspflichten an den jeweiligen Typus des abgeschlossenen oder beabsichtigten Vertrages im Anlegerbereich entstehen würden, grundlegend HORT, Kapitalanlegerschutz 246ff. und ausführlich unten 4. Kap. III 2 a.

⁴ So untersucht etwa KRIMPHOVE iff. und insbes. 20 bei der Haftung der Bank aus Anlageberatung und Anlagevermittlung, wo die Aufklärungspflicht besonders angesprochen ist, nicht, von welchen Vertragstypen der wirtschaftliche Sachverhalt des Vermittlers von Kapitalanlagen erfasst werden kann. Die Aufklärungspflicht im Arztrecht werden ebenfalls weitgehend unabhängig von den verschiedenen Qualifikationen des Behandlungsverhältnisses (Auftrag, bzw. Dienstvertrag nach deutschem Recht; Geschäftsführung ohne Auftrag; Delikt; öffentlich-rechtliches Behandlungsverhältnis) erörtert und konkretisiert, vgl. etwa LAUFS 88ff.; GIESEN 99ff.; EISNER 24f. Differenzierter WIEGAND, Aufklärung 151, wonach es trotz des Verständnisses der Aufklärungspflicht als einer generellen ärztlichen Pflicht gelte, die ihr zugrundeliegenden rechtlichen Grundlagen näher einzugrenzen.

²⁷ Da die in der Schweiz vorgeschlagenen dogmatischen Lösungskonzepte in Deutschland bereits intensiver und länger diskutiert wurden.

²⁸ Da die deutsche Rechtsprechung bei der Statuierung von Aufklärungspflichten zuweilen wesentlich weiter geht als die schweizerische. Vgl. ABEGGLEN, Aufklärungspflichten 91. „Was Aufklärungspflichten anbelangt, erscheint der nördliche Nachbar aus helvetischer Perspektive betrachtet nämlich als Land der beinahe unbegrenzten Möglichkeiten.“

II. Bankgeschäft

1. Trend zu vermehrter Annahme von Aufklärungspflichten

In der *deutschen Judikatur* zum Bankrecht ist ein starker Trend zu vermehrter Statuierung von Informationspflichten auszumachen⁶, was in der Lehre zu einer intensiven Diskussion geführt hat⁷. Ausprüche wie „Aufklärungspflichten ohne Grenzen?“⁸, „Abschreckungspflichten“⁹ und dergleichen veranschaulichen dabei die Heftigkeit, mit der die Auseinandersetzung um die Informationspflichten mittlerweile geführt wird.

Von der zunehmenden Auflegung von Aufklärungspflichten ist das Kapitalanlagegeschäft am stärksten betroffen¹⁰, während im Kreditgeschäft¹¹, bei der Hereinnahme von Kreditsicherheiten¹² und im bargeldlosen Zahlungsverkehr Aufklärungspflichten weiterhin nur bei Vorliegen besonderer Umstände bejaht werden. CANARIS spricht denn auch davon, dass die "...Gerichte mit der Annahme von Beratungs-, Warn- und Aufklärungspflichten ver-

5 Die interessante Frage, ob und inwiefern die vertragstypusunabhängige Betrachtung der Aufklärungspflichten mit der - gerade im Bereich des Arzt- und Bankrechts - zu beobachtenden Bildung von Sonder(privat)rechten zusammenhängt, muss an dieser Stelle offen bleiben; vgl. dazu unten 4. Kap III 2 b bb.

6 VORTMANN, Rechtsprechung 1557ff.; LARENZ, Schuldrecht 111; WERRES 21; KLINGLER 4; REICH 513; HOPT, Kapitalanlegerschutz 235 spricht gar von der schlechten Zugänglichkeit des Problems "...infolge einer kaum überschaubaren Kasuistik in der Rechtsprechung..."

7 So war der Bankrechtstag der Bankenrechtlichen Vereinigung 1992 den Aufklärungspflichten gewidmet, so erscheint kaum eine Nummer von WM, WuB oder ZIP, ohne dass Entscheide über Aufklärungspflichten publiziert wären. Allein die Bond-Plette führte dem Vermehren nach zu weit über 100 Prozessen über die Frage, ob die Banken ihre Aufklärungspflichten verletzt hatten.

8 GRUNEWALD, Aufklärungspflichten 609.

9 So in einem Votum an der Jahrestagung der Vereinigung Junger Deutscher Zivilrechtswissenschaftler in Köln 1994 gehört.

10 HOPT, Kapitalanlegerschutz 235ff. Die Anforderungen an die Aufklärung werden dabei immer höher. So wurde in einem unveröffentlichten Urteil des BGH folgende Aufklärungsförmulierung als ungenügend erachtet: „Durch den Aufschlag auf die Börsenoptionsprämie, die Sie an uns zahlen, und der ca. 45% Ihres Einsatzes entspricht, verschlechtert sich Ihre Gewinnerwartung, weil ein höherer Kursausschlag erforderlich ist, um in die Gewinnzone zu kommen. Dieser notwendige höhere Kursausschlag wird von dem Börsenfachhandel als unrealistisch angesehen. Das Geschäft ist rein spekulativ.“ Zitiert bei GRÜN 1332.

11 Siehe etwa VORTMANN, Rechtsprechung 1557ff.; WESTERMANN 123ff.; VON ROTTENBURG 174f.; zum finanzierten Abzahlungskauf GRUNEWALD, Aufklärungspflichten 609, 613. Offenbar ebenfalls vom Befund häufiger Anerkennung von Aufklärungspflichten ausgehend, mahnt BRANDNER 150 im Hinblick auf übermäßige Haftungsrisiken für die Banken vor Übertreibungen.

12 V. a. bei Kreditsicherheiten in Form von Bürgschaften, dazu umfassend BURGHARDT; VORTMANN, Rechtsprechung 1559.

hältnismässig zurückhaltend...“¹³ seien und betont, dass es - mit Ausnahme des Effektegeschäftes¹⁴ - keine allgemeine Aufklärungspflicht gebe¹⁵. Diese in der Literatur formelhaft auftauchende Wendung ist nach der Auffassung HOPTS "zwar richtig, aber für den Rechtsanwender belanglos"¹⁶. Tatsächlich werden sehr viele Entscheide mit der stereotypen Aussage eingeleitet, dass seitens der Bank grundsätzlich keine Aufklärungspflichten bestehen¹⁷, um ihr dann aufgrund „besonderer Umstände“ dennoch eine Informationspflicht zu auferlegen¹⁸.

Im Vergleich zur deutschen zeichnet sich die *schweizerische Judikatur* dadurch aus, dass sie sich bislang - auch unter Berücksichtigung des zehnmal kleineren Umfangs des Rechtsgebietes - nur selten mit der Problematik der Aufklärungspflichten befasst hat¹⁹. Dieser Befund trifft sowohl für das Bundesgericht als auch für die kantonalen Instanzen zu, was zumindest bezüglich der Foren der internationalen Bankplätze Zürich und Genf verwundert. Dem Vermehren nach werden allerdings den Banken von ihren Kunden vermehrt Aufklärungspflichtverletzungen vorgeworfen²⁰. Dabei ist jedoch zu beachten, dass solche Konflikte nach den Angaben der Praktiker mit Vorliebe vergleichsweise geregelt werden²¹. Immerhin ist in den letzten Jahren eine bescheidene Zunahme einschlägiger Gerichtsurteile festzustellen²².

13 CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A. N 103, der im Anschluss an seine Relativierung der Häufigkeit der von der Rechtsprechung anerkannten Aufklärungspflichten eben diese Pflichten in den verschiedenen Bankgeschäften ausführlich und mit sehr zahlreichen Nachweisen darstellt.

14 Beim Effektehandel trifft die Bank auch nach Auffassung von CANARIS, Bankvertragsrecht 2.A. 1880ff. (Kommission), 1896 (Propergeschäft) eine umfassende und sachgemässe Beratungspflicht, unabhängig von der gewählten Rechtsform des Geschäfts (Kommissions- oder Propergeschäft).

15 CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A. N 103.

16 HOPT, Aufklärungspflichten 2, wonach sich gerade im Bankvertragsrecht "zuhauf" Urteile finden, die Aufklärungspflichten annehmen.

17 SCHIMANSKY 67: "Jedes Urteil, in dem eine Aufklärungs-, Warn- oder Beratungspflicht angenommen wird, beginnt - gleichsam beschwichtigend - mit der durch umfangreiche Zitate belegten Beteuerung, dass solche Pflichten nur ganz ausnahmsweise bestehen."

18 So etwa OLG Köln WM 1990, 1616 (Bürgschaft); BGH WM 1990, 1956 (Bestellung einer Grundschuld zur Sicherung von Ansprüchen gegen Dritten); BGH WM 1987, 1546 (Darlehensaufnahme).

19 Was in Anbetracht der Stellung der Schweizer Banken im Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungssektor und des von ihnen abgewickelten Geschäftsvolumens erstaunlich ist, dazu unten 2.Kap. II 4 aa.

20 Inwieweit es zutrifft, dass Forderungen wegen verletzten Aufklärungspflichten überproportional häufig von deutschen Kunden geltend gemacht werden, und ob dies mit der in Deutschland erhöhten Sensibilität für die Informationspflichten der Banken zusammenhängt, muss hier offen bleiben.

21 Vgl. dazu KÖNDGEN, Rezension Reifner/Ford, Banking for People, WM 1995, 1168 wonach „die Schweizer Banken niemals so töricht“ gewesen wären, „sich wie die deutsche Teilzahlungskreditwirtschaft in den achtziger Jahren in eine beispiellose und für das Image ruinöse Prozesslawine verstricken zu lassen.“

22 Vgl. dazu nur THALMANN 214ff.

2. Kreditgeschäft und Hereinnahme von Bürgschaften

a) Kreditgewährung

aa) Deutschland

aaa) Grundsatz: keine Aufklärungspflichten

Nach übereinstimmender Auffassung der deutschen Lehre und Rechtsprechung trifft die Bank, abgesehen vom erforderlichen Hinweis auf die Konditionen²³ des Kreditvertrages, grundsätzlich keine Pflicht²⁴ zur Aufklärung des Kreditnehmers. So muss sie den Kunden nicht über die Zweckmäßigkeit der Kreditaufnahme und der gewählten Kreditart belehren²⁵. Es ist ebenfalls nicht Sache der Bank, über die Risiken des mit dem Kredit zu finanzierenden Geschäfts zu informieren²⁶. Schliesslich trifft sie auch keine Pflicht zur Warnung vor der Kreditaufnahme wegen (zu) hoher Verschuldung des Kreditnehmers²⁷. Die singular gebliebene Feststellung des Bundesgerichtshofs²⁸, wonach eine generelle Aufklärungspflicht des Kreditgebers über Umstände bestehe, die für die Gegenpartei von Bedeutung sein könnten, kann deshalb keinesfalls verallgemeinert werden²⁹. Es ist am Kreditnehmer, sich darüber zu informieren und zu befinden, ob das zu finanzierende Geschäft in seinem Interesse liegt, und welche Finanzierungsmöglichkeit seinen wirtschaftlichen Verhältnissen am besten entspricht. Denn diese Entscheidungen betreffen den Bereich der „wirtschaftlichen Dispositionen“, für die der Kreditnehmer das alleinige Risiko trägt³⁰.

bbb) Voraussetzungen einer ausnahmsweisen Annahme von Aufklärungspflichten

In der deutschen Rechtsprechung lassen sich grundsätzlich zwei grosse Fallgruppen ausmachen, in welchen der kreditgebenden Bank ausnahmsweise eine Aufklärungspflicht auferlegt wurde:

²³ BGH WM 1987, 1331.

²⁴ RÜMCKER 50 spricht davon, dass die Bank keine Aufklärungspflicht treffe; zur Frage, unter welchen Voraussetzungen die Aufklärungs-,pflichten“ blosser Obliegenheiten darstellen, vgl. unten 3. Kap. I.3.

²⁵ RÜMCKER 50; CANARIS, Bankvertragsrecht 3. A. N 114; VORTMANN, Aufklärungspflichten N 83 m.w.H. auf die deutsche Judikatur.

²⁶ So etwa BGH WM 1986, 701; OLG Stuttgart WM 1989, 775; RÜMCKER 50.

²⁷ Vgl. nur BGH WM 1987, 1546; BAUMBACH/HOPT, BankGesch A/25.

²⁸ BGH WM 1987, 1331.

²⁹ So deutlich CANARIS, Bankvertragsrecht 3. A. N 114 mit Fallbeispielen und BGH WM 1989, 666.

³⁰ BGH WM 1988, 666.

1. Die Bank geht über ihre kreditgebende Funktion hinaus und erscheint gleichsam als Partei des Geschäfts, zu dessen Finanzierung sie dem Kunden Kredit gibt³¹. Dies ist etwa der Fall, wenn die Bank bei der Finanzierung von Wohneigentumserwerb im Rahmen von Bauherren- oder Ersterwerbmodellen im Zusammenhang mit dem Vertrieb des Projekts Einfluss auf die unternehmerische Planung oder auf die Werbung nimmt. Dabei ist allerdings erforderlich, dass die Bank entweder gleichsam Partnerin des finanzierten Geschäfts ist³², oder dass sie den zurechenbaren Anschein einer entsprechend weitgehenden Zusammenarbeit erweckt. Trifft dies zu, kommt es für die Begründung einer Aufklärungspflicht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs³³ nicht mehr darauf an, ob der Kreditnehmer besonders schutzbedürftig ist oder nicht. Um nicht jede vom Standpunkt des „prudent banking“ her gerechtfertigte Einflussnahme der Bank auf die Projektkonzeption³⁴ durch potentielle „Haftungsfällen“ zu verhindern, betont der Bundesgerichtshof neuerdings, dass die Bank nachgerade zur „beherrschenden Figur des gesamten Anlagemodells“ werden müsse, damit Aufklärungspflichten entstehen³⁵.

2. Beschränkt sich die Bank auf die Ausübung der kreditgebenden Funktion, „so setzt die Annahme einer Aufklärungspflicht eine besondere Schutzbedürftigkeit ...[des Kunden] voraus.“³⁶ Aufklärungsbedürftigkeit des Kunden nimmt die Rechtsprechung an, wenn dieser unerfahren und infolge eines hinsichtlich des geplanten Geschäfts vorliegenden Wissens- und Erfahrungsdefizits auf Fairness des Vertragspartners angewiesen ist³⁷.

Zusätzlich zur Schutzbedürftigkeit müssen zwei von der Rechtsprechung stets genannte Kriterien gegeben sein: Zum einen ist eine konkrete Kenntnis, also ein präzises, positives Wissen um bestimmte Sachverhalte, erforderlich. Zum andern müssen das Risiko oder die Gefahr von solcher Natur sein, dass sie für den Kunden nicht erkennbar waren

³¹ Ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. etwa BGH WM 1988, 562 m.w.H.; BGH WM 1992, 217; MESSER 75.

³² Etwa dadurch, dass sie Funktionen eines Verkäufers oder Treuhänders wahrnimmt.

³³ E contrario BGH 1988, 562.

³⁴ Zur Überprüfung des Kreditrisikos und zur Kreditüberwachung, um frühzeitig zur Absicherung des Kreditengagements erforderliche Massnahmen treffen zu können, oder, wenn ein Durchhalten der Kreditposition nicht möglich ist, zur Liquidierung derselben, dazu ausführlich ALBISETTI/GSELL/NYFFELER 58ff.

³⁵ BGH WM 1992, 901. Diesem Sachverhalt gleichzustellen ist m.E. das Erwecken eines entsprechenden Anscheins, da die Bank diesfalls dem Kunden gegenüber als Partnerin des zu finanzierenden Geschäfts erscheint, vgl. unmittelbar oben im Text.

³⁶ BGH WM 1988, 562.

³⁷ Vgl. etwa OLG München WM 1990, 397.

und dass damit von redlichen Verhandlungspartnern nicht gerechnet werden musste³⁸. Dementsprechend ist eine Bank etwa gehalten, "erkennbar unerfahrene Darlehensnehmer auf Gefahren hinzuweisen, die diese entweder nicht erkannt oder nicht richtig eingeschätzt haben."³⁹

Allerdings gilt es zu beachten, dass es bei mangelnder Kenntnis des angestrebten Geschäfts in erster Linie Sache des Kunden ist, sich durch Rückfragen bei der Bank die Basis für eine sachgerechte Entscheidung zu schaffen⁴⁰. Erst wenn dies dem Kreditnehmer nicht möglich ist, z.B. weil die Gegebenheiten des angestrebten Geschäfts für ihn offensichtlich undurchschaubar sind, erwächst der Bank eine spontan zu erfüllende Aufklärungspflicht.

bb) Schweiz

In der Schweiz sind keine Urteile ersichtlich, die Aufklärungspflichten, die spezifisch mit der Kreditvergabe in Zusammenhang stehen, annehmen würden. Zwar wurde in einem Entscheid des Aargauer Obergerichts in Zusammenhang mit einem Baukredit eine Aufklärungspflicht statuiert, diese ergab sich jedoch aus den Pflichten der Bank im Zahlungsverkehr⁴¹.

Auch die Lehre befasst sich nur spärlich mit der Frage: LÄNZLINGER etwa stellt fest, dass im Kreditgeschäft keine allgemeine Aufklärungspflicht bestehe⁴². CHAUDET nimmt eine eigentliche Beratungspflicht an, wenn Bank und Kreditnehmer „dans un rapport de très grande

³⁸ Vgl. etwa BGH WM 1989, 1364ff. (betrügerische Prospektangaben über die Rentabilität des zu finanzierenden Geschäfts); BGH WM 1990, 921ff. (Verwendung des vom Bankkunden aufzunehmenden Kredits [zum Erwerb von Wohneigentum] zur Begleichung von erheblichen Altschulden).

³⁹ BGH WM 1988, 658. In casu wurde eine Aufklärungspflichtverletzung verneint, da die Bank, wo sie eine Aufklärungspflicht traf, diese erfüllt hatte (v.a. Hinweis darauf, dass es sich um eine Zwischenfinanzierung, nicht aber um ein langfristiges Darlehen handelte) bzw. eine solche Informationspflicht gar nicht vorlag (keine Pflicht zur Überprüfung der Richtigkeit der vom Kunden gemachten, in casu falschen, Angaben über die finanzielle Situation und demnach keine entsprechende Aufklärungspflicht).

⁴⁰ BGH WM 1989, 666. Lässt sich die Bank auf die Beantwortung entsprechender Fragen ein, was sie im Hinblick auf die Weiterführung der Geschäftsbeziehung zum Kunden in aller Regel tun wird, trifft sie die Pflicht zu vollständiger Auskunftserteilung, BGH WM 1989, 666; CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A. N 100f.

⁴¹ Aargauer Handelsgesicht SJZ 1976, 380ff., dazu 2. Kap II 3 b, der Hinweis in BGE 119 II 335, dass bei Inanspruchnahme von Krediten zur Spekulation die Anforderungen an die Aufklärungspflicht der Bank im Anlagegeschäft steigen, bezieht sich ebenfalls nicht auf eine aus dem Kreditgeschäft fließende Informationspflicht, sondern beruht auf dem Umstand, dass mit steigenden Risiken die Anforderungen an die Aufklärungspflichten steigen.

⁴² LÄNZLINGER 127, der im Zusammenhang mit der Beurteilung möglicher Haftungstatbestände des Kreditgebers auch die Haftung wegen unterlassener Aufklärung anspricht, sich jedoch auf generell-abstrakte Aussagen beschränkt, wie etwa dass keine allgemeine Pflicht bestehe, den andern auf ihm unbekannt Tatsachen hinzuweisen, sowie dass sich das Mass der Aufklärung nach den konkreten Umständen des Einzelfalles bestimme.

inégalité de fait“ stehen. Obwohl er darauf hinweist, dass solche Fälle selten seien, zählt er einige Konstellationen auf, in welchen die Bank eine Aufklärungspflicht trifft: wenn die Kredithöhe entweder wesentlich zu niedrig oder aber viel zu hoch sei⁴³, wenn die Bedienung des Kredits für den Kunden ruinös wäre⁴⁴ und schliesslich wenn die gewählte Kreditart für den geplanten Verwendungszweck ungeeignet sei⁴⁵.

Die vom Konsumkreditgeber gemäss den Artt. 8 - 10 KKG in den Kreditvertrag aufzunehmenden umfangreichen Hinweise über die Darlehensbedingungen stellen keine Aufklärungspflichten⁴⁶, sondern qualifizierte Formvorschriften dar, deren Einhaltung materielle Gültigkeitsvoraussetzung des Vertrags ist⁴⁷. Die gesetzliche Verankerung solcher Inhaltserfordernisse hat zwar, genau wie etwa jene bei der Bürgschaft⁴⁸, den gleichen Zweck wie die Aufklärungspflichten, nämlich v.a.⁴⁹ die Schaffung von Transparenz. Doch wird dieses Ziel rechtstechnisch auf eine andere Weise als bei den Informationspflichten erreicht: Die Aufklärungspflichten als Obligationen im technischen Sinne⁵⁰ schaffen ein Rechtsverhältnis, kraft dessen der eine Teil eine echte Forderung auf Informationsvermittlung gegen den Schuldner hat⁵¹; die Sanktionierung des Unterlassens der gehörigen Information (mit Schadensersatz) hängt vom Vorliegen eines Schadens und eines Verschuldens ab. Dagegen gewährleistet das KKG die Informationsvermittlung, indem deren Unterlassung zu einer Nichtigkeit sui generis des Vertrages führt⁵². Damit zusammenhängend weisen die Informationsgebote, was die Fra-

⁴³ CHAUDET N 128, N 126. Als Beispiel führt CHAUDET N 122 den Fall an, wo die Bank bei der Wohnbaufinanzierung erkennt, dass die Kredithöhe in einem Missverhältnis zum Eigenkapital des Kunden steht und der Kaufpreis des zu finanzierenden Objekts überdies unverhältnissmässig hoch angesetzt ist.

⁴⁴ Etwa bei sehr hohen Zinssätzen oder bei der Pflicht zur Bestellung übermässiger Sicherheiten, CHAUDET N 127.

⁴⁵ Etwa bei der Finanzierung eines Investitionsvorhabens durch einen Kredit auf Sicht, CHAUDET N 130.

⁴⁶ Im technischen Sinne verstanden, dazu sogleich unten.

⁴⁷ Dazu ausführlich WIEGAND, Konsumkreditgesetz 40ff., insbes. 45. Zur Nichtigkeit des Konsumkreditvertrages nach Art. 11 KKG im einzelnen KOLLER THOMAS, Konsumkredit 93ff.

⁴⁸ Art. 493 Abs. 1 OR.

⁴⁹ Ein anderes Motiv des Zwangs zur Fixierung des Vertragsinhalts ist auch die Schaffung klarer Verhältnisse zur Erhöhung der Rechtssicherheit, BUCHER, OR AT 162.

⁵⁰ Zum Begriff der Obligation vgl. etwa VON TUHR/PETER 9ff.

⁵¹ Aus praktischen Gründen wird die Forderung auf Information in aller Regel zu einer Forderung auf Schadensersatz, dazu ausführlich unten 3. Kap. III. 3.

⁵² Art. 11 KKG, dazu ausführlich KOLLER THOMAS, Konsumkredit 93ff. Diese Sanktion tritt - typisch für Gültigkeitsvoraussetzungen - völlig unabhängig vom Vorliegen eines Verschuldens und eines Schadens ein. Ein solcher entsteht dem Kreditnehmer in aller Regel ohnehin nicht, da er die auszahlte Valuta zinsfrei verwenden kann (Art. 11 Abs. 2 KKG). Anders dagegen vor Auszahlung des Darlehens: wegen der infolge der unterlassenen Information eingetretenen Nichtigkeit des Vertrags kann die Bank die Auszahlung des Kredits verweigern, wodurch dem Kunden möglicherweise ein Schaden erwächst; Ersatz für diesen ist - bei gebege-

ge nach ihrem Bestehen und ihrem Inhalte angeht, eine andere Struktur als die Aufklärungspflichten auf⁵³. Sie werden deshalb im folgenden nicht weiter behandelt⁵⁴.

b) Hereinnahme von Bürgschaften

Sowohl in *Deutschland*⁵⁵ als auch in der *Schweiz* nehmen die Rechtsprechung und die h.L. an, dass den Gläubiger gegenüber dem Bürgen während den Vertragsverhandlungen grundsätzlich *keine Offenbarungspflicht* über die Vermögensverhältnisse des Kreditnehmers⁵⁶ und die Risiken der Bürgschaft trifft⁵⁷. Begründet wird diese Auffassung damit, dass die Bürgschaft gerade dazu dient, dem Gläubiger das Bonitätsrisiko abzunehmen. Im Wissen um "die einseitige Zweckrichtung des Vertrags"⁵⁸ darf der Bürge nicht darauf vertrauen, dass der Gläubiger sein eigenes Interesse am Abschluss der Bürgschaft hinter dasjenige des Bürgen zurückstellt. Es ist am Bürgen, sich über die mit der Bürgschaft verbundenen Gefahren, d.h. vorab über die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Bürgenhaftung, zu informieren⁵⁹. Ohnehin werden Bürge und Gläubiger gerade über das zentrale Risiko des Geschäfts, nämlich die Bonität des Hauptschuldners, geteilter Auffassung sein: Der Gläubiger nimmt die Bürgschaft

nen Voraussetzungen - gestützt auf culpa in contrahendo geschuldet, dazu ausführlich KOLLER THOMAS, Konsumkredit 95ff.

⁵³ Bestand, Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten bestimmen sich in der Regel nach bestimmten einzel-fallabhängigen Kriterien, insbes. der Aufklärungsbedürftigkeit. Wird die Informationsvermittlung dagegen dadurch sichergestellt, dass der Gesetzgeber sie zum Gültigkeitserfordernis macht, ergibt sich der Gehalt der Information direkt und in völlig starrer Weise aus dem Gesetz, welches nicht Rücksicht auf die Umstände bzw. die Eigenschaften der beteiligten Parteien nimmt. So könnte sich auch ein erfahrener Kommerzbanker, der selbst einen Konsumkredit aufnimmt, trotz seines Wissensvorsprungs gegenüber der Kreditgeberin selbstverständlich auf die Nichtigkeit des Vertrags berufen, wenn nicht über alle vom KKG geforderten Punkte informiert wurde. Hier zeigen sich die Nachteile einer mittels starren Informationsgebots durchgesetzten Transparenz; sie wurden vom Gesetzgeber in Kauf genommen, da solche Regelungen im praktischen Einsatz höchst effizient sind.

⁵⁴ Das heisst nicht, dass die hinter solchen Formvorschriften stehenden gesetzgeberischen Motive und Wertungen (typischerweise auf einer Seite vorliegende Wissensdefizite, wirtschaftlich stärkere Stellung einer Partei, vgl. WIEGAND, Konsumkreditgesetz 41) nicht bei der Beurteilung von Aufklärungspflichten berücksichtigt werden können, dazu unten 4. Kap. IV.

⁵⁵ Eine Zusammenstellung der neueren Rechtsprechung des BGH über die Aufklärungspflichten im Bürgschaftsrecht bei TIEDTKE, Zur Rechtsprechung des BGH auf dem Gebiet des Bürgschaftsrechts seit dem 1. Januar 1986 ZIP 1990, 418 ff.

⁵⁶ Statt vieler BGH WM 1982, 678.

⁵⁷ BURGHARDT 23 m.w.H. zur deutschen Rechtsprechung und Lehre; WERRES 155 f.; PESTALOZZI, Art. 492 OR N 27; SCYBOZ 397.

⁵⁸ CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A., N 113.

⁵⁹ So BURGHARDT 25; SCYBOZ 397.

herein, weil er Zweifel an der Schuldnerbonität hat; der Bürge hingegen hofft und glaubt zu meist auch, nicht belangt zu werden⁶⁰.

Aufgrund dieses *natürlichen Interessengegensatzes* trifft den Gläubiger⁶¹ nur ausnahmsweise die Pflicht, den potentiellen Bürgen über die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners, dessen Kreditwürdigkeit und über die Wahrscheinlichkeit seiner Inanspruchnahme zu unterrichten, so u.U. etwa dann, wenn der Bürge langjähriger Kunde der Bank ist. Weil diesfalls ein auf der Geschäftsverbindung beruhendes Vertrauensverhältnis vorliegt, „darf der Bürge ... grundsätzlich erwarten, dass die Bank nicht ihrem eigenen Interesse an der Hereinnahme der Bürgschaft ohne weiteres Vorrang einräumt, sondern auch sein Interesse berücksichtigt.“⁶² Weiss die Bank etwa, dass der Hauptschuldner unmittelbar vor dem wirtschaftlichen Zusammenbruch steht, hat sie ihren Kunden deshalb auf diese Gefahr aufmerksam zu machen⁶³.

Von der *schweizerischen* Lehre und Rechtsprechung wird die Frage nach dem ausnahmsweisen Vorliegen von Aufklärungspflichten des Gläubigers zugunsten des Bürgen nur unter dem Gesichtspunkt der absichtlichen Täuschung durch Schweigen erörtert. Eine Offenbarungspflicht und damit eine Täuschung im Falle des Unterlassens entsprechender Hinweise wird dabei nur angenommen, wenn der Gläubiger weiss⁶⁴, dass sich der zukünftige Bürge in einem Irrtum befindet und den Bürgschaftsvertrag bei Kenntnis der wirklichen Sachlage nicht eingehen würde⁶⁵. So etwa, wenn dem Gläubiger bekannt ist, dass der Bürge, wüsste er um die verzweifte finanzielle Situation des Hauptschuldners, sich nicht verpflichten würde⁶⁶.

Nach Abschluss des Bürgschaftsvertrages vermeinen Rechtsprechung und Literatur Aufklärungspflichten (als vertragliche Offenbarungspflichten)⁶⁷. Der Gläubiger hat demnach den

⁶⁰ Vgl. dazu WERRES 155.

⁶¹ Abgesehen vom Fall, dass der Gläubiger durch sein Verhalten einen Irrtum des Bürgen (über das erhöhte Risiko) veranlasst, sei es vorsätzlich oder fahrlässig. Vgl. etwa BGH WM 1988, 1438; BGH WM 1987, 857; BGH WM 1986, 11.

⁶² CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A. N 113.

⁶³ Vgl. VORTMANN, Aufklärungspflichten N 194 m.w.H. zur einschlägigen Judikatur; CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A N 113; eine solche Warnung kommt faktisch natürlich einer Aufforderung zum Unterlassen des Bürgschaftsvertragsschlusses gleich.

⁶⁴ Womit Vorsatz vorausgesetzt wird.

⁶⁵ GIOVANOLI, Art. 492 OR N 60; SCYBOZ 397; PESTALOZZI, Art. 492 OR N 27; zur Aufklärungspflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen vgl. weiter BGE 57 II 276, 279 ff.; BGE 59 II 236, 242f.

⁶⁶ BGE 57 II 276ff.

⁶⁷ Statt vieler BURGHARDT 17. Kritisch zur h.L. KNÜTTEL ROLF, Zur Frage der Diligenzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, FS FLUME Bd. I, Köln 1978.

schweizerischer Lehre und Rechtsprechung besteht dazu grundsätzlich keine Pflicht⁷⁵. Denn die Banken werden "nur zum Zwecke eines technisch einwandfreien, einfachen und schnellen Zahlungsverkehrs"⁷⁶ tätig. Sie haben deshalb regelmässig keinen Einblick in die Absichten und Verhältnisse der Kunden; zudem würden die für eine Aufklärung erforderlichen Rückfragen die Schnelligkeit des Giroverkehrs vermindern und stünden in Widerspruch zur Pflicht der Bank, sich streng an die Direktiven des Kunden zu halten, solange diese klar sind⁷⁷.

b) Voraussetzungen der ausnahmsweisen Annahme von Aufklärungspflichten

Hat die Bank dagegen Kenntnis⁷⁸ von der Zahlungseinstellung oder vom unmittelbar bevorstehenden wirtschaftlichen Zusammenbruch des Überweisungsbegünstigten, so muss sie ihren Kunden nach *deutscher* Rechtsprechung und Lehre darauf hinweisen⁷⁹. Das Geldinstitut trifft ebenfalls eine Informationspflicht, wenn es von der unmittelbar bevorstehenden Zahlungseinstellung Kenntnis hat.

⁷⁵ Vgl. nur BGH WM 1986, 875; VORTMANN, Rechtsprechung 1557; CANARIS, Bankvertragsrecht 3. A. N 104; BAUMBACH/HOPF, BankGsch A/24; PALANDT-HEINRICHS, § 276 N 28; alle m.w.H.; für die Schweiz s. THALMANN 139f. mit dem zutreffenden und *bedeutungsvollen* Hinweis, dass sich keine Bank mit der Abwicklung des Zahlungsverkehrs - im Gegensatz etwa zum Anlagegeschäft - besonders profiliere; FELLMANN, Art. 398 N 428ff.; GUGGENHEIM 245f.

⁷⁶ VORTMANN, Rechtsprechung 1559.

⁷⁷ Statt aller WEBER, Art. 397 OR N 4.

⁷⁸ Auf das den Aufklärungspflichten vorgelagerte und bislang nicht gelöste, äusserst komplexe Problem der Wissenszurechnung („wann weiss eine Bank etwas?“) kann hier nicht eingegangen werden, vgl. dazu etwa WATTER, Wissen If.; REICHWEIN Iff.

⁷⁹ So statt vieler CANARIS, Bankvertragsrecht 3. A. N 105 m.w.H. Die entsprechende Aufklärung ist für den Kunden dann von Nutzen, wenn er eine Pränumerandozahlung vornehmen will und im Konkurs des Anweisungsbegünstigten seine Gegenforderung bloss als Forderung fünfter Klasse eingeben könnte. Vereinzelt wird die Meinung vertreten, dass Aufklärungspflichten bei drohender Insolvenz des Zahlungsempfängers nur gegeben sind, wenn letzterer ebenfalls Kunde der den Auftrag ausführenden Bank ist. Da in diesem Fall die Aufklärung nur unter Verletzung des Bankgeheimnisses erfolgen kann, ist die Abwägung vorzunehmen, welche Pflicht (die Geheimhaltungspflicht oder die Aufklärungspflicht) höherwertigere Rechtsgüter schützt und deshalb unter Verletzung der einen zu erfüllen ist. CANARIS, Bankvertragsrecht 3. A. N 60, N 105 hält dafür, dass das Interesse des Geheimnisherrn in der Regel hinter das Schutzinteresse des Aufzuklärenden zurückzutreten habe. Dem kann so nicht gefolgt werden: In der Schweiz steht das Bankgeheimnis unter strafrechtlichem Schutz (Art. 47 Bankengesetz). Die Offenbarung von unter Geheimnisschutz stehenden Informationen ist deshalb nur zulässig, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, zu denken ist insbes. an die Notstandshilfe im Sinne von Art. 34 Ziff. 2 StGB, wobei erforderlich ist, dass es sich um eine unmittelbare, nicht anders abwendbare Gefahr für das zu rettende Gut, in casu das Vermögen, handelt. Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich daraus, dass die Aufklärung dazu führen kann, dass der Zufluss von Liquidität zum in finanzielle Schieflage geratenen Anweisungsadressaten gänzlich versiegt, was dessen Zusammenbruch erst recht hervorruft bzw. vielleicht sogar Rettungsversuche scheitern lässt. Auf dieses Problem, das sich aus der - unmöglich zu erfüllenden - Pflicht zur gleichzeitigen Wahrung gegensätzlicher Interessen ergibt, kann hier nicht eingegangen werden.

Bürgen grundsätzlich nicht zu informieren, wenn sich nach dem Vertragsschluss wesentliche Umstände geändert haben. Begründet wird dies damit, dass aus dem Bürgschaftsvertrag als einem einseitig verpflichtenden Kontrakt keine Sorgfaltspflichten (als Nebenpflichten) entstehen können⁶⁸. Überzeugender kann dieses richtige Ergebnis m.E. damit begründet werden, dass solche nachträglichen Informationen nicht mehr relevant sind, da dem Bürgen nach Abschluss des Vertrages ohnehin keine Entscheidungsalternativen mehr offen stehen⁶⁹.

3. Bargeldloser Zahlungsverkehr

a) Grundsatz: keine Pflicht zur Aufklärung über die Zweckmässigkeit des Zahlungsauftrages

Dem bargeldlosen Zahlungsverkehr liegt ein Girovertrag⁷⁰, ein Innominatkontrakt mit auftrags- und anweisungsrechtlichen Elementen, zugrunde⁷¹. Aus diesem Vertrag ergeben sich nach einhelliger Auffassung eine Reihe von Sorgfaltspflichten, so etwa die Pflicht, den Auftraggeber unverzüglich zu benachrichtigen, wenn die Anweisung infolge ungenauer Angaben auf dem Zahlungsauftragsformular nicht durchgeführt werden kann, oder die Pflicht zur Prüfung, ob der Name des Empfängers mit dem Inhaber des angewiesenen Kontos übereinstimmt usw.⁷² Was diese „technische“ Seite des Zahlungsverkehrs angeht, bieten die aus der Sorgfaltspflicht⁷³ fließenden Informationspflichten keine besonderen Probleme⁷⁴.

Schwieriger ist dagegen die Frage zu beurteilen, inwiefern die Bank ihren Kunden über die *Zweckmässigkeit* eines Überweisungsauftrages zu unterrichten hat. Nach deutscher und

⁶⁸ Vorbehalten bleiben selbstverständlich gesetzlich verankerte Informationspflichten des Bürgen, etwa gemäss Art. 503 Abs. 3 OR die Pflicht des durch den Bürgen befriedigten Gläubigers; diesem die zur Geltendmachung seiner Rechte dienlichen Aufschlüsse zu erteilen.

⁶⁹ So nützt dem Bürgen die Information, dass sich die finanzielle Situation des Hauptschuldners verschlechtert, nichts, da ihm daraus keinerlei Rechtsbehelfe erwachsen.

⁷⁰ So in Deutschland und der Schweiz. In beiden Ländern wird der Zahlungsverkehr - im Gegensatz etwa zum Checkverkehr in den USA und Frankreich - vor allem in Form der Überweisung abgewickelt, dazu ausführlich EMCH/RENZ/BÖSCH 548.

⁷¹ Vgl. dazu etwa GUGGENHEIM 234; in Deutschland liegen dem Girovertrag dementsprechend ein Geschäftsbesorgungsvertrag und eine Weisung i.S. der §§ 675 und 665 BGB zugrunde, dazu grundlegend CANARIS, Bankvertragsrecht 3. A. N 320ff.

⁷² Statt aller GUGGENHEIM 245f.

⁷³ Zur Frage, inwiefern diese durch AGB-Freizichnungsklauseln wegbedungen werden können, s. SCHWAIBOLD, Ausgewählte AGB der Banken, in: AGB - eine Zwischenbilanz, St. Gallen/Berlin 1991, 239ff.

⁷⁴ Vgl. dazu neuestens OLG München ZIP 1995, 730ff., wo der Bank die Pflicht auferlegt wurde, einen Auftrag zur Überweisung von „DM 7.542,----“ wegen dessen Unklarheit individuell zu bearbeiten und den Kunden zu kontaktieren.

stellung⁸⁰ der Empfangsbank weiss. CANARIS bejaht diese Pflicht der Bank gegenüber dem Überweisenden sogar dann, wenn das Konkursrisiko nicht ihren Kunden, sondern den Überweisungsempfänger, also einen Dritten und nicht den Vertragspartner der Bank, trifft! Er begründet dies damit, dass „die Durchführung der Überweisung an eine insolvente Bank keinesfalls dem mutmasslichen Willen des Überweisenden entspricht“⁸¹.

In der Schweiz stehen Doktrin und Judikatur grundsätzlich auf dem gleichen Standpunkt⁸². Die Sorgfalts- und Treuepflichten gebieten jedem Mandataren, den Auftraggeber auf die Unzweckmässigkeit dessen Direktiven hinzuweisen⁸³. Eine solche Abmahnungspflicht wird allerdings nur dann angenommen, wenn der Beauftragte die Unzweckmässigkeit der Weisung erkannt hat oder hätte erkennen müssen⁸⁴. Aus den oben erwähnten Gründen⁸⁵ trifft dies für den Bankier nur selten zu, so dass die Regel, wonach im Grundsatz keine Pflicht zur Aufklärung über die Zweckmässigkeit von Zahlungsaufträgen besteht, auch in der Schweiz ihre Gültigkeit hat⁸⁶.

In diesem Zusammenhang ragt ein älteres Urteil des Aargauer Handelsgerichts⁸⁷ heraus: Es hält in Anlehnung an CANARIS fest, dass die Bank nicht von sich aus Überlegungen zur Zweckmässigkeit eines Auftrages anzustellen hat. Sie muss allerdings abmahnen, wenn sie „aufgrund besonderer Umstände den Auftrag, oder dessen verlangte Modalitäten als un-zweckmässig erkennt“⁸⁸. Da dies in casu zutrifft, auferlegte das Gericht der Bank eine Pflicht zur Information über die Risiken einer Zahlungsanweisung⁸⁹. Ein weiterer interessanter Fall betraf die falsche Belehrung über devisenrechtliche Bestimmungen im internationalen Zahlungsverkehr: Eine Bank informierte ihren Kunden nicht richtig darüber, dass die Erträge der

⁸⁰ Dieser Fall wurde in der Schweiz anlässlich des Zusammenbruchs der Spar- und Leihkasse Thun im Jahre 1990 aktuell.

⁸¹ CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A., N 105.

⁸² Allerdings ist zu beachten, dass der oben erwähnte Befund, wonach die Aufklärungspflichten in der schweizerischen Literatur bloss kärglich erörtert werden, für den Zahlungsverkehr ganz besonders zutrifft. Deshalb stützt sich die folgende knappe Darstellung denn auch nicht nur auf Ausführungen, die spezifisch auf un-zweckmässige Weisungen gerade im Zahlungsverkehr Bezug nehmen.

⁸³ DERENDINGER N 119; FELLMANN, Art. 397 OR N 106; GAUTSCHI, Art. 397 OR N 18a.

⁸⁴ Vgl. statt aller GAUCH, Werkvertrag N 1391; FELLMANN, Art. 397 OR N 119ff.

⁸⁵ S. oben a.

⁸⁶ Oben a. Grundsatz: keine Pflicht zur Aufklärung über die Zweckmässigkeit von Zahlungsaufträgen.

⁸⁷ Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 3.12.1975, SJZ 1976, 380 ff.

⁸⁸ Handelsgericht AG SJZ 1976, 383.

⁸⁹ Dogmatisch wurde die Pflicht auf das durch die Geschäftsverbindung begründete Vertrauensverhältnis abgestützt.

auf Schweizer Bankkonti überwiesenen Gelder gemäss den Vorschriften zur Abwehr übermässigen Kapitalzuflusses mit hohen sog. Negativzinssätzen sowie mit einer Verrechnungssteuerpflicht belastet wurden⁹⁰. In Höhe dieser an der Quelle abgeschöpften Beträge wurde die Bank dem Kunden gegenüber für schadensersatzpflichtig erklärt⁹¹. Auch bei der unvorsichtig durchgeführten Lira-Transaktion auf ein schweizerisches Nummernkonto⁹², die mit der Einziehung des Betrages durch die italienischen Behörden endete, hätte der Bank nicht nur die technisch unsorgfältige (im Klartext: nicht genügend getarnte!) Überweisung vorgeworfen werden können, sondern auch die Verletzung ihrer Pflicht zum Hinweis auf die mit der Transaktion verbundenen Risiken⁹³.

4. Anlagengeschäft

a) Sehr grosse Bedeutung der Aufklärungspflichten

aa) Prototypische Konstellation für Aufklärungspflichten

Es gibt kaum ein Gebiet, auf dem eine gleich intensive und breite Diskussion⁹⁴ über Aufklärungspflichten geführt wird wie im Kapitalanlagerecht. Zum einen ist dies auf die grosse wirtschaftliche Bedeutung des Anlagengeschäfts zurückzuführen. Zum andern, und dies ist von grösserer Bedeutung, weist das Anlagengeschäft alle Merkmale vereinigt auf, die typischerweise vorliegen, wenn Aufklärungspflichten statuiert werden:

⁹⁰ Speziell BGE 110 II 371ff. (Entscheid auf italienisch, nicht in Pra; französische Übersetzung in JdT 1985 I 130ff., speziell 141ff.), abgaberechtliche Hintergründe zum Fall in BGE 105 Ib 348ff. Für Deutschland siehe etwa RÜMKE 50 m.w.H. Im erwähnten Fall fiel dem Bger die Auferlegung einer Informationspflicht umso leichter, als die Bank im Zusammenhang mit dem Überweisungsauftrag anlageberatende Funktionen übernommen hatte. Dogmatisch wurde die Informationspflicht auf die Geschäftsverbindung abgestützt, vgl. MAURENBRECHER/ZOLAUF, SZW 1991, 40 Fn. 37.

⁹¹ Auch heute, lange nach Wegfall der Negativzinspflicht, ist gegenüber ausländischen Kunden eine Pflicht zur Aufklärung über die Verrechnungssteuer anzunehmen. Mangels Doppelbesteuerungsabkommen wirkt sich nämlich die Verrechnungssteuer für den ausländischen Kunden (wie für den inländischen Defraudanten) als Einkommenssteuer aus. Über diesen Sachverhalt hat die Bank ihren ausländischen Kunden zu belehren. Dabei ist zu beachten, dass auch bei Vorliegen eines Doppelbesteuerungsabkommens je nach dessen Ausgestaltung u.U. keine volle Steuerfreiheit gewährt wird.

⁹² BGE 110 II 283ff.

⁹³ So auch KOLLER THOMAS, Nebenpflichten 168. Die Wahrnehmung ihrer Aufklärungspflichten hätte der Bank in casu u.U. einen vorteilhaften Ausgang des Prozesses ermöglicht.

⁹⁴ Vgl. dazu nur die im Literaturverzeichnis aufgeführten Monographien zu Themen des Anlagerechts, welche der Erörterung der Aufklärungspflichten viel Platz einräumen, oder das Referat von THALMANN anlässlich des Schweizerischen Juristentags 1994, das unter dem Titel „Die Sorgfaltspflicht der Bank im Privatrecht, insbesondere im Anlagengeschäft“ bezeichnetenweise vor allem eine - hervorragende - Auseinandersetzung mit den *Aufklärungspflichten* der Bank darstellt, THALMANN, 127ff.

findet ihren unmittelbaren Niederschlag in der Erfolgsrechnung der Banken, wo die Erträge aus dem Zinsdifferenz- zugunsten derjenigen aus dem indifferenten Geschäft ganz markant an Bedeutung verloren haben.¹⁰¹

bbb) Zunehmende Bedeutung der Information wegen neuem Anlegertyp

Aus zwei Gründen erlangt die Information über die Anlage neben der Anlage als zu erwerbendem Gut eine immer grössere Bedeutung:¹⁰² : Vielfalt und Komplexität der angebotenen und auch nachgefragten Anlageprodukte nehmen zum einen ständig zu. Zum andern wird der in den letzten Jahrzehnten akkumulierte Wohlstand durch die zunehmende Zahl von Erbfällen an Personen weitergegeben, die oft geschäftlich unerfahren sind, jedoch von besser rentierenden Anlagemöglichkeiten Gebrauch machen wollen.^{103, 104} Dieser neue Typus von Anlegern, der von den Banken als neuer Kundenkreis für das lukrative Anlagegeschäft erschlossen wird,¹⁰⁵ ist naturgemäss regelmässig auf Information angewiesen.¹⁰⁶ Auf diese Entwicklung hat die Gesetzgebung in Deutschland¹⁰⁷ und in der Schweiz nicht genügend rasch reagiert,¹⁰⁸ weshalb es Aufgabe der Rechtsprechung war und (noch) ist, im Bereich der Information der Anleger rechtsschöpferisch tätig zu werden.

¹⁰¹ Dies äussert sich in einer Verschiebung der Marktanteile der Bankengruppen. So sanken oder stagnierten die Bruttoertragsanteile der traditionellerweise v.a. im Differenzgeschäft tätigen Institute, währenddem diejenigen der ausschliesslich oder stark im indifferenten Geschäft engagierten Banken zunahm, vgl. die in der vorangehenden Fn. erwähnte SBVg-Dokumentation a.a.O.

¹⁰² Dies zeigt sich im Verhältnis zwischen den Parteien zum einen darin, dass die Informationen über Anlagen von Anlageberatern und in Anlegeberbriefen als selbständiges Gut "verkauft" werden, sowie dass andererseits Verkäufern von Anlagen vermehrt Informationspflichten auferlegt werden. Im internen Bereich führt die zunehmende Komplexität zu höheren Anforderungen bei der Informationsbeschaffung und -verarbeitung sowie natürlich bei der Ausbildung.

¹⁰³ Vgl. dazu ARENDTS, Anlageberatung 185. Es zeigt sich dabei, dass die Generation der Erben im Interesse höherer Erträge auch höhere Risiken in Kauf zu nehmen bereit ist, als ihre Vorfahren, die das Vermögen selbst erarbeiten mussten.

¹⁰⁴ In der Vergangenheit war das Engagement in Dividendenpapieren institutionellen Anlegern sowie einem exklusiven Kreis von Privatkunden vorbehalten, während heute auch Kleinanleger von den neuen Anlagemöglichkeiten Gebrauch machen. So hat sich etwa seit 1985 die Zahl der von Privathaushalten in Deutschland unterhaltenen Bankdepots mehr als verdoppelt, vgl. dazu STEUER 281.

¹⁰⁵ So STEUER 281 f. mit dem wichtigen Hinweis, dass zur Ausnutzung dieses Kundenpotentials der Information der Anleger grosse Beachtung zu schenken sei.

¹⁰⁶ So auch RAESCHKE-KESSLER 1830; so auch Botschaft BÉHG, 1372.

¹⁰⁷ Vgl. ASSMANN, Kapitalanlagerecht 17.

¹⁰⁸ In neuen, bereits geltenden bzw. demnächst inkrafttretenden Erlassen werden nun in Deutschland und in der Schweiz explizit Aufklärungspflichten im Kapitalanlagegeschäft statuiert, dazu ausführlich unten c ee, d cc.

- Hohe Komplexität des Geschäfts (d.h. komplizierte Anlagetechniken und grosse Zahl von Finanzinstrumenten);
- Unter Umständen grosse Risiken;
- Wachsendes Wissensgefälle zwischen den Vertragspartnern⁹⁵, bedingt durch ständig zunehmende Komplexität sowie die Teilnahme von z.T. sehr unerfahrenem Publikum am Geschäft;
- Expert-client Verhältnis;
- Vertrauen in Anspruch nehmendes Berufsverständnis und entsprechende Werbung;
- Wirtschaftlich stärkere Stellung des potentiell Aufklärungspflichtigen.

bb) Sozio-ökonomischer Wandel

aaa) Rasch ansteigende Komplexität des Kapitalanlagegeschäfts

Das Kapitalanlagegeschäft ist einem mit hoher Geschwindigkeit vor sich gehenden Wandel unterworfen.⁹⁶ Die Kapitalmärkte erlebten im Verlauf der letzten zwanzig Jahre einen "rasanten Aufschwung"⁹⁷. Beschränkten sich früher Empfehlungen auf Käufe oder Verkäufe gewisser ausgewählter Aktien, wurde die Beratungstätigkeit in den letzten Jahren umfassender, detaillierter und komplizierter⁹⁸. Dieser Wandel widerspiegelt Veränderungen in drei in Interdependenz stehenden Bereichen: Die steigende Zahl der Kapitalsuchenden sowie die Vergrösserung der Kapitalnachfrage; die starke Zunahme der als Anlagen angebotenen Handelsware⁹⁹; die verstärkte Bereitschaft der Anleger, ihr Vermögen als Risikokapital zur Verfügung zu stellen¹⁰⁰. Einfacher ausgedrückt geht der Trend mithin weg vom Sparbuch und hin zu anspruchsvollen, höhere Renditen versprechenden Anlagemodellen. Diese Entwicklung

⁹⁵ Man denke etwa an die derivativen Finanzinstrumente.

⁹⁶ Dazu etwa Botschaft BEHG, 1372f.

⁹⁷ So ASSMANN, Kapitalanlagerecht 9; gerade im Bereich komplexer Kapitalanlagen war in den letzten Jahren ein starker Aufschwung zu verzeichnen. So hat beispielsweise die Schweizer Optionen- und Futures-Börse SOFFEX 1993 mit einem Umsatz von 20,2 (im Vorjahr 15,2) Mio. Futures- und Options-Kontrakten ein Rekordvolumen erzielt (NZZ Nr. 2 vom 4.1.1994, 36).

⁹⁸ So EMCH/RENZ/BÖSCH 479. Heute wird nicht mehr mit Standardformeln wie 1/3 Obligationen, 1/3 Aktien, 1/3 Immobilien gearbeitet, dazu etwa RAESCHKE-KESSLER 1830.

⁹⁹ Es werden stets neue (und immer komplexere) Finanzanlageinstrumente entwickelt, so dass die Vielfalt der angebotenen Anlagemodelle mittlerweile auch für einen interessierten Laien unüberschaubar geworden ist.

¹⁰⁰ Das Wachstum der Vermögen wird von der schweizerischen Bankiervereinigung als eine Ursache der Bankwirtschungsverlagerung vom Zinsdifferenz- zum indifferenten Geschäft angesehen, vgl. Der Schweizerische Bankensektor: Entwicklung und Ausblick, S. 22 (erhältlich bei der Schweizerischen Bankiervereinigung, 4052 Basel).

b) Abgrenzung der Aufklärungspflichten von Informationspflichten förmlicher Beratungsverträge

Auf Beratungspflichten, die sich aus Vermögensverwaltungsverträgen und förmlichen Anlageberatungsverträgen¹⁰⁹ ergeben und dort Gegenstand des Hauptleistungsprogramms sind, wird im folgenden nicht eingegangen. Deren Bestehen ist völlig unumstritten¹¹⁰; Beratungsinhalt und -umfang bestimmen sich nach dem Massstabe, den ein sorgfältig und kunstgerecht handelnder Anlageberater zu beachten pflegt¹¹¹.

Liegt kein förmliches Anlageberatungsverhältnis vor und wird die Beratung selbst unentgeltlich, wenn auch im Hinblick auf den Abschluss zukünftiger Geschäfte, erbracht, ist dagegen die schwierige Prüfung vorzunehmen, ob ein konkludenter Anlageberatungsvertrag zustande gekommen ist. Trifft dies zu, so besteht grundsätzlich die gleiche Beratungspflicht wie beim förmlichen Anlageberatungsvertrag. Wenn kein konkludenter Anlageberatungsvertrag vorliegt, stellt sich die Frage, ob und falls ja auf welcher Grundlage sowie in welchem Umfang der Kunde, gestützt auf die allgemeine Aufklärungspflicht, zu informieren ist¹¹².

c) Deutschland

aa) Übersicht

Nach übereinstimmender Auffassung von Lehre und Judikatur sind die Aufklärungspflichten im Anlagegeschäft (insbes. im Wertpapierhandel sowie bei Termin- und Optionsgeschäften) besonders ausgeprägt¹¹³. Ihre Intensität ist allerdings nicht in jedem Anlagegeschäft gleich hoch, sondern variiert beträchtlich¹¹⁴. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung hängen Bestand, Inhalt und Umfang der Informationspflichten nämlich in entscheidendem Masse davon ab, ob beim Vertrieb der Anlage ein *Anlagevermittlungs- oder ein Anlageberatungsverhältnis* vorgelegen hat¹¹⁵. Zudem ist es von Bedeutung, ob als Anlagevermittlerin eine Bank oder ei-

¹⁰⁹ Ein solcher wird von den Parteien ausdrücklich und aus Beweisgründen in der Regel auch schriftlich abgeschlossen, vgl. ROTH URs 11. Da beim idealtypischen Vermögensverwaltungsvertrag die Anlageentscheide nicht vom Auftraggeber, sondern vom Verwalter getroffen werden, bestehen bei diesem v.a. im Vorfeld der Anlagetätigkeit, insbes. bei der Festlegung der Anlagestrategie, umfassende Beratungspflichten.

¹¹⁰ So auch ROTH 12.

¹¹¹ Dazu umfassend BERTSCHINGER 50ff.

¹¹² Hier nun im Rahmen einer Aufklärungspflicht. Zudem ist zu prüfen, wodurch sich eine solche Aufklärungspflicht von den Informationspflichten der eigentlichen Beratungsverträge unterscheidet, dazu unten 3. Kap. III 3.

¹¹³ Statt vieler BAUMBACH/HOPT, BankGesCh A/29.

¹¹⁴ Zu den an die Informationspflichten zu stellenden Anforderungen, die je nach zugrundeliegenden Umständen unterschiedlich hoch sind, sofort unten im Text.

¹¹⁵ Vgl. dazu ausführlich VORTMANN, Aufklärungspflichten N 283ff.

ne andere *Vertriebsgesellschaft* aufgetreten ist¹¹⁶. Nicht entscheidend ist dagegen der Typus des dem Anlagegeschäft zugrundeliegenden Vertrages¹¹⁷.

bb) Anlageberatung

Verhält sich ein Anlageverkäufer wie ein Anlageberater, so treffen ihn umfassende Informations- und Beratungspflichten. Zur rechtlichen Abstützung dieser Pflichten fingiert der Bundesgerichtshof einen *stillschweigend abgeschlossenen Beratungsvertrag*¹¹⁸. Dieser Beratungsvertrag kommt dadurch zustande, dass sich der Händler, in der Regel eine Bank¹¹⁹, auf die Beratung antwortend entsprechende Fragen eines Anlagesuchenden einlässt, was er regelmässig tun wird, und ihm Empfehlungen erteilt. Nach neuester Rechtsprechung genügt es dabei sogar (und hier wird das Fiktive an der dogmatischen Begründung offensichtlich), dass es für das Geldinstitut "deutlich" gewesen war, dass seine Kunden für eine bestimmte Anlageentscheidung die "besonderen Kenntnisse und Verbindungen der Bank in Anspruch nehmen wollten"¹²⁰.

Die Abstützung der Informations- und Beratungspflichten auf einen stillschweigend abgeschlossenen bzw. fingierten Beratungsvertrag¹²¹ erlaubt es, eine Haftung der Bank für die Erteilung von Anlagerat zu statuieren, die *unabhängig* davon besteht, ob eine *Beratung tatsächlich vereinbart* war und in welcher *Rechtsform* die Transaktion abgewickelt wurde. Unabhängig davon, ob ein Institut nun, wie im Handel mit börsenkotierten Papieren, als *Kommissionärin*¹²², oder, wie im Rahmen von Geschäften in nicht zum amtlichen Handel zugelassenen Werten, im *Proper(-Eigen)geschäft*¹²³ als Verkäuferin (Eigenhändlerin) auftritt, unterliegt sie nämlich der gleichen Beratungspflicht.

¹¹⁶ RAESCHKE-KESSLER 183 ff.

¹¹⁷ So schon RGZ 42, 131: "Es würde ... ein wenig angemessenes Ergebnis sein, die Verantwortlichkeit des Bankiers für die Beratung seiner Klientel verschieden bemessen zu wollen, je nachdem das Geschäft demnachst die Form der Kommission, oder die Form des unmittelbaren Kaufs angenommen hat".

¹¹⁸ Grundlegend BGH WM 1993, 1455f. Zuletzt BGH WM 1994, 59; auf dieser Linie jüngst auch OLG Frankfurt WM 1995, 245ff.

¹¹⁹ Im folgenden wird nur von Banken gesprochen, obwohl die gleichen Pflichten bei gegebenen Voraussetzungen auch andere Vertriebsgesellschaften von Anlagen treffen.

¹²⁰ So neuerdings BGH WM 1994, 60.

¹²¹ Vgl. etwa RAESCHKE-KESSLER m.w.H.; diesen Befund bejahend und den BGH kritisierend CANARIS, Bankvertragsrecht 3. A. N 100.

¹²² Gemäss Art. 29 AGB-Banken führt die Bank Aufträge zum Kauf und Verkauf von Wertpapieren, die an der Börse des Ausführungsplatzes zum amtlichen Handel oder zum geregelten Markt zugelassen sind, als Kommissionärin durch Selbsttritt aus, BAUMBACH/HOPT, AGB-Banken 29.

¹²³ Gemäss Art. 29 Abs. 2 AGB-Banken darf die Bank nur bei Geschäften in nicht zum amtlichen Handel oder nicht zum geregelten Markt zugelassenen Werten als Eigenhändlerin auftreten; eine darüber hinausgehende

erwächst der Bank folglich auch keine Beratungspflicht¹²⁹. Die Bank ist in diesem Fall blosser "Anlagevermittlerin"¹³⁰.

Der Anlagevermittler muss den Anlagesuchenden bei gegebenem *Informationsbedarf* zwar auch "richtig und vollständig"¹³¹ aufklären. Er hat dabei - nach wohl zu weitgehender Rechtsprechung¹³² - "alle Umstände einzubeziehen, die für den Anlageentschluss von besonderer Bedeutung sind"¹³³. Grundlegend anders als der Anlageberater braucht der Vermittler die Kapitalanlage indessen nicht zu bewerten oder persönlich zu beurteilen. Schon gar nicht muss er dem Kunden Ratschläge erteilen¹³⁴, wie dies Pflicht des Anlageberaters ist¹³⁵, unterliegt also nur der hier zu behandelnden allgemeinen Aufklärungspflicht.

dd) Prädisposition der Banken für Anlageberatungsfunktionen

Wie oben dargestellt, kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Anlageberatungsvertrag bereits dann zustande kommen, wenn der Anbieter sich wie ein Anlageberater verhält und damit *persönliches Vertrauen des Kunden in Anspruch nimmt*. Ein Anlagevermittler kann so in die Rolle des Anlageberaters hineingeraten, mit der Wirkung, dass er - ungeachtet - auch dessen Pflichten unterworfen wird¹³⁶. Besonders gross ist diese Gefahr für Geldinstitute: Nicht nur lassen sich Banken in aller Regel auf ein Beratungsgespräch ein. Sie nehmen generell in erhöhtem Masse persönliches Vertrauen in Anspruch, etwa indem sie hohe Sachkompetenz und Seriosität behaupten¹³⁷, mit ihren „besonderen Kenntnisse[n] und Verbindungen“ werben und sich gerne als nicht nur ihrem Eigennutzen verschriebene Hüter der Kundeninteressen darstellen¹³⁸. Hier zeigt sich, dass Bankiers aufgrund der von ihnen einge-

¹²⁹ So auch RAESCHKE-KESSLER 183 I.

¹³⁰ Dieser Begriff wird im banktechnischen Sinn so auch vom BGH verwendet. Er sagt nichts darüber aus, ob ein Proper- oder Kommissionsgeschäft vorliegt, sondern bezeichnet diejenige Form des Anlagegeschäfts, in dem keine Beratungsleistungen erbracht werden.

¹³¹ BGH WM 1994, 60.

¹³² Aufzuklären ist m.E. nur über diejenigen Umstände, die für einen Anlageentschluss typischerweise von Bedeutung sein können, nicht aber über alle, die für den Entscheid tatsächlich relevant sind bzw. waren, ist deren Zahl doch unbegrenzt. Dazu unten 4. Kap. IV 6 b bb.

¹³³ BGH WM 1994, 60; BGH WM 1989, 1023.

¹³⁴ Eingehend zum Unterschied zwischen Anlagevermittlung und -beratung BGH WM 1994, 60.

¹³⁵ Der dabei nota bene die persönlichen Verhältnisse des Kunden zu berücksichtigen hat, dazu unmittelbar oben im Text.

¹³⁶ BGH WM 1984, 1075; BGH WM 1979, 530; BGH WM 1978, 611.

¹³⁷ BGH WM 1978, 611f.; VORTMANN, Aufklärungspflichten N 289.

¹³⁸ BGH WM 1994, 60. „Unstreitig ist zwischen den unmittelbar Beteiligten deutlich gewesen, dass die Eheleute für eine ... Anlageentscheidung die besonderen Kenntnisse und Verbindungen der Bank in Anspruch nehmen

Ist der Beratungsvertrag einmal zustande gekommen, so hat die Bank den Kunden treu und sorgfältig zu informieren und ihn bei seiner Entscheidungsfindung zu unterstützen. Sie hat den Anleger nicht nur über alle Umstände aufzuklären, die für dessen Entschluss von Bedeutung sein können. Die Bank, d.h. der „Anlageberater“, muss den Kunden, der ihr "weitreichendes persönliches Vertrauen"¹²⁴ entgegenbringt, vielmehr auch recht eigentlich beraten. Diese unabhängige und individuelle Beratung muss "besonders differenziert und fundiert"¹²⁵ sein. Der Anlageinteressent darf, und hier liegt der *Unterschied zu den Pflichten des Anlagevermittlers*, "fachkundige Bewertung und Beurteilung der mitzuteilenden Tatsachen erwarten, die im massgebenden wirtschaftlichen Zusammenhang bedeutsam sind"¹²⁶. Die Bank haftet dabei selbstredend nicht nur für die (positive) Erteilung falschen Rats, sondern auch für das Unterlassen¹²⁷ der Information über Umstände, die für den Kunden entscheidungsrelevant waren¹²⁸.

cc) Anlagevermittlung

Lässt sich die Bank hingegen nicht auf die Beantwortung von Fragen zur Anlage ein, oder gibt der Kunde zu erkennen, dass er keine Beratung wünscht, z.B. durch die unmissverständliche und unbedingte Erteilung eines "Auftrages", kommt kein Beratungsvertrag zustande. Es

Propergeschäfts-klausel ist nur durch Individualvereinbarung, nicht aber durch vorformulierte Klauseln statuerbar, BAUMBACH/HOPT, AGB-Banken 29 N 8.

¹²⁴ BGH WM 1994, 60.

¹²⁵ BGH WM 1994, 60.

¹²⁶ So BGH WM 1994, 60 in Zusammenfassung seiner Rechtsprechung.

¹²⁷ Die insbesondere von CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A. N 103 stark hervorgehobene Unterscheidung zwischen der Erteilung falscher Empfehlungen und dem Unterlassen von Hinweisen ist in den meisten Fällen nicht hilfreich. Denn wenn die Bank einige positive Informationen über eine Anlage gibt und dabei Negatives nicht erwähnt, liegt genau betrachtet insgesamt eine positive Falschinformation vor, da durch die Unterlassung von Warnungen ein falscher Gesamteindruck erweckt wird. Das gleiche Phänomen zeigt sich besonders deutlich bei der Haftung für Prospekte. Die einzelnen darin enthaltenen Informationen sind in der Regel alle korrekt, durch Verschweigen gewisser Tatsachen wird jedoch beim Leser, der auf Vollständigkeit des Prospekts vertraut, ein falscher Gesamteindruck erweckt. So etwa bei einem Emissionsprospekt ohne Hinweis auf die Erreichung des Vertragszwecks u.U. vereitelnden personellen Verpflichtungen zwischen der Komplementär-GmbH und den Unternehmen, welche die Publikums-Kommanditgesellschaft mit der Ausföhrung des Vorhabens gemäss Emissionsprospekt beauftragt hat, BGH WM 1981, 483ff.

¹²⁸ Falsch und mit dem Begriff der Anlageberatung unvereinbar daher VORTMANN, Rechtsprechung 1559: "Ebenso wie bei Kreditgeschäften besteht für eine Bank in der Kapitalanlageberatung eine Aufklärungspflicht nur, wenn sie selbst einen zu den allgemeinen wirtschaftlichen Risiken des Projekts hinzutretenden speziellen Geföhrungsatbestand für den Anleger schafft ...".

nommenen Position auf dem Kapitalmarkt und ihrem hohe Erwartungen auslösenden beruflichen Selbstverständnis im Vergleich zu anderen Anlagevermittlern schneller in Anlageberatungsfunktionen gedrängt werden.¹³⁹

ee) Informationspflichten des neuen Wertpapierhandelsgesetzes

Am 1.1.1995 ist in Deutschland das Wertpapierhandelsgesetz (WpHG)¹⁴⁰ in Kraft getreten. Das WpHG, das auf den börslichen und ausserbörslichen Handel¹⁴¹ mit Wertpapieren¹⁴² und Derivaten Anwendung findet¹⁴³, auferlegt den Wertpapierdienstleistungsunternehmen¹⁴⁴ in den §§ 31 - 34 WpHG umfassende Verhaltenspflichten¹⁴⁵. Damit werden die *typisch kommissionsrechtlichen Interessenwahrnehmungspflichten für alle Wertpapiergeschäfte anwendbar erklärt* und konkretisiert, unabhängig von der dem einzelnen Geschäft jeweils zugrundeliegenden Rechtsform¹⁴⁶!

Die grosse praktische Bedeutung der „Allgemeinen Verhaltenspflichten“ des § 31 WpHG liegt darin, dass sie den Wertpapierhändler u.a.¹⁴⁷ zur Information des Kunden¹⁴⁸ und zur Er-

wollten. Unstreitig fand sich die Bank durch den ... Zweifelsklagen bereit, die gewünschte Tätigkeit zu erbringen. Damit ist stillschweigend ein Vertrag zustande gekommen, in dessen Folge für die Beklagte Auskunfts- und Beratungspflichten erwachsen sind.“

¹³⁹ An Vertriebsgesellschaften, die nicht Banken sind, stellt das Publikum in der Regel weniger hohe Erwartungen und schenkt ihnen auch weit geringeres Vertrauen als den Banken. Man denke nur an die Telefonverkäufer von Börsentermin- und Börsenoptionsgeschäften, dazu illustrativ etwa OLG Düsseldorf NJW 1995, 404f.

¹⁴⁰ Gesetz über den Wertpapierhandel vom 26. Juli 1994, BGBl I 1749, abgedruckt etwa in BAUMBACH/HOPT, SchlussAnh II 1513ff.

¹⁴¹ Unabhängig davon, ob dieser in Form einer Vermittlung oder einer Veräusserung bzw. Anschaffung für andere oder im Wege des Eigenhandels erfolgt.

¹⁴² Unabhängig davon, ob für sie Urkunden ausgestellt sind oder nicht, § 2 Abs. 1 WpHG.

¹⁴³ § 1 WpHG.

¹⁴⁴ Als solche gelten Kreditinstitute und andere, nicht dem Gesetz über das Kreditwesen unterstellte Unternehmen, die an einer deutschen Börse zum Handel zugelassen sind und Wertpapierdienstleistungen erbringen.

¹⁴⁵ Diese entsprechen den in Art. 11 verankerten Wohlverhaltensregeln der EG-Wertpapierdienstleistungsrichtlinie (Richtlinie 93/22 des Rates vom 10.5.1993 über Wertpapierdienstleistungen, Abl. 1993 L 141/27 vom 11.6.1993), die von den EU-Staaten bis Ende 1995 in nationales Recht umgesetzt werden muss, vgl. dazu KÜMPEL, Verhaltensregeln 688. Art. 11 BEHG weist den Verhaltenspflichten einen sehr ähnlichen Inhalt zu, dazu unten d. cc.

¹⁴⁶ Dies ergibt sich deutlich aus § 2 Abs. 3 WpHG; vgl. auch KÜMPEL, Verhaltensregeln 689. Das WpHG folgt damit den Forderungen von Judikatur und Literatur, wonach es für die Beurteilung der Aufklärungspflichten nicht darauf ankommen könne, ob das Effektengeschäft in Form des Kaufvertrages oder der Kommission abgewickelt wurde.

¹⁴⁷ Zudem verpflichten sie gemäss § 31 Abs. 1 Ziff. 1 WpHG zur Anwendung der erforderlichen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit und gemäss § 31 Abs. 1 Ziff. 2 WpHG zur Vermeidung von Interessenkonflikten.

hebung einiger Anlegerdaten¹⁴⁹ verpflichtet. Konkret muss die Wertpapierdienstleistungsumternehmung dem Kunden „alle zweckdienlichen Informationen“ mitteilen¹⁵⁰. Nach den Gesetzesmaterialien ist dabei über alle für die Anlageentscheidung wesentlichen Einzelheiten, wozu die allgemeinen und die *mit der konkreten Anlage speziell verbundenen Risiken* gehören, aufzuklären. Der Kunde soll so „in die Lage versetzt werden, die Tragweite und die Risiken seiner Anlageentscheidung einzuschätzen und somit die wirtschaftlichen Folgen seiner Entscheidung tragen zu können.“¹⁵¹ Der Wertpapierhändler muss seine Hinweise dabei unter Berücksichtigung der subjektiven Verhältnisse des einzelnen Kunden erteilen. Er ist deshalb verpflichtet, von seinen Kunden Angaben über ihre Börsenerfahrung und -kenntnisse, über die mit dem Geschäft verfolgten Ziele und über die finanziellen Verhältnisse einzuholen¹⁵².

Die Pflichten zur *Information* und zur „Befragung“ bestehen allerdings nur, soweit dies zur Wahrung der Kundeninteressen und „im Hinblick auf Art und Umfang der beabsichtigten Geschäfte“ erforderlich ist¹⁵³. Dies bedeutet, dass die Bank den Grad der Professionalität des Kunden und die unterschiedlichen *Schutzbedürfnisse* berücksichtigen darf. Das Bestehen und der Inhalt der beiden Pflichten hängen mithin sowohl von geschäfts- wie auch von kundenspezifischen Kriterien ab. Gegenüber institutionellen Anlegern oder andern börsenkundigen Personen bestehen demnach keine Aufklärungspflichten. In klar als solche deklarierten *Discount-Geschäften* sind Informationspflichten nur in sehr beschränktem Umfang anzunehmen¹⁵⁴.

Die Informationspflichten des WpHG stellen nichts anderes als eine gesetzliche Verankerung der von der Rechtsprechung seit langem statuierten allgemeinen Aufklärungspflichten im Kapitalanlagegeschäft¹⁵⁵ dar, weshalb die einschlägigen Urteile denn auch zur Interpretation von § 31 Abs. 2 WpHG herangezogen werden können¹⁵⁶. Dagegen äussert sich das WpHG

¹⁴⁸ § 31 Abs. 2 Ziff. 2 WpHG.

¹⁴⁹ § 31 Abs. 2 Ziff. 1 WpHG.

¹⁵⁰ § 31 Abs. 2 Ziff. 2 WpHG; vgl. auch KÜMPEL, Sonderbedingungen 144.

¹⁵¹ KÜMPEL, Verhaltensregeln 690 m.w.H.

¹⁵² § 31 Abs. 2 Ziff. 1 WpHG.

¹⁵³ § 31 Abs. 2 letzter Halbsatz WpHG.

¹⁵⁴ KÜMPEL, Verhaltensregeln 694.

¹⁵⁵ Dazu hievore oben im Text.

¹⁵⁶ KÜMPEL, Verhaltensregeln 694.

nicht zu den von der Judikatur ebenfalls häufig behandelten Beratungspflichten eigentlicher Anlageberatungsverträge¹⁵⁷.

d) Schweiz

aa) Wenig Judikatur zu den Aufklärungspflichten im Anlagegeschäft

Das Kapitalanlagegeschäft gehört zu den wichtigsten und ertragsstärksten¹⁵⁸ Geschäftssparten der Schweizer Banken. Im Privatkundensegment haben die schweizerischen Institute dabei u.a. aufgrund ihrer langen Tradition eine im internationalen Vergleich sehr starke Stellung¹⁵⁹. Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungssektors ist enorm. So schätzte man das Volumen dieser Sparte für das Jahr 1989 auf 1,3 bis 1,5 Billionen Franken¹⁶⁰. 1995 wird das Total der Kundendepots und Treuhandanlagen auf 2,1 - 2,5 Billionen beziffert, wobei 1 Billion auf ausländische Privatkundschaft entfallen soll¹⁶¹.

In Anbetracht dessen ist es erstaunlich, wie selten sich die Gerichte mit Sorgfaltspflichten und erst recht mit Aufklärungspflichten im Anlagegeschäft befasst haben. Noch am häufigsten sind Entscheide zu eigentlichen Vermögensverwaltungsverhältnissen; Urteile über Aufklärungspflichten der Banken im Anlagegeschäft stellen dagegen geradezu eine Rarität dar. Dies mag einmal darauf zurückzuführen sein, dass die Banken vor allem bei unklarer Rechts- und Beweislage einen Vergleich der gerichtlichen Auseinandersetzung in der Regel vorziehen. Weiter mag die verglichen mit Deutschland tendenziell etwas geringere Risikobereitschaft der Kleinanleger, die sich in konservativeren und demnach weniger „aufklärungspflichtintensiven“ Engagements auswirkt, ein Grund für die geringe Anzahl einschlägiger Entscheide sein¹⁶².

¹⁵⁷ Zur Abgrenzung der Aufklärungspflichten von diesen vertraglichen Beratungspflichten unten 3. Kap. III.3 und KÜMPEL, Verhaltensregeln 691.

¹⁵⁸ Insbes. im Vergleich zum Aktiv- und Passivgeschäft, wo sich nach Äusserungen von Bankiers infolge der engen Margen "kaum noch Geld verdienen lässt".

¹⁵⁹ EMCH/RENZ/BÖSCH 479. HOPT, Rechtsprobleme 135 spricht davon, dass die Anlageberatung und die Vermögensverwaltung für die Schweizer Banken stets ein "Austhängeschild" gewesen seien.

¹⁶⁰ So EMCH/RENZ/BÖSCH 479. Zum Vergleich: das gesamte Geldvermögen aller privaten Haushalte in Deutschland (in den alten Bundesländern) betrug 1992 "nur" knapp das Doppelte des in der Schweiz verwalteten Vermögens, sc. 3,4 Billionen DM. Wirtschaftskurier Nr.1 1994, 15, gestützt auf Zahlen des Bundesverbandes deutscher Banken.

¹⁶¹ Was einen Drittel des Weltmarktes im internationalen Privatkundengeschäft ausmacht, Der Bund, 9.6.1995 Nr. 132, 23.

¹⁶² Hinzu kommt, dass die kantonale Judikatur noch bis in die Mitte des Jahrhunderts nur punktuell und nicht systematisch erschlossen war, so dass von dort ausgehende Impulse häufig nicht wahrgenommen wurden.

bb) Voraussetzungen der Aufklärungspflichten im Anlagegeschäft

aaa) Aufklärung bei Anlageaufträgen

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung¹⁶³ muss die Bank Kunden, die Anlageaufträge erteilen, „in der Regel nur auf Verlangen aufklären.“¹⁶⁴ Das Bundesgericht *verneint* somit eine *generelle Pflicht zur spontanen, unaufgeforderten Information der Anleger*. Ist allerdings „ohne weiteres *ersichtlich*, dass der *Kunde von den Risiken keine Ahnung hat*“, muss ihn die Bank darüber *belehren*¹⁶⁵. Die Anforderungen an die Aufklärungspflichten steigen dabei, wenn zur Deckung der spekulativen Anlagegeschäfte Kredite beansprucht werden¹⁶⁶.

In einem älteren Entscheid hatte sich das Bundesgericht noch gefragt, ob der Bankier einen Kunden, der mit Krediten spekuliere, nicht auf das grosse Risiko solcher Geschäfte aufmerksam machen müsse. In concreto verwarf es das Bestehen einer Aufklärungspflicht mit der Begründung, dass der Bank die genauen Vermögensverhältnisse des Kunden unbekannt gewesen waren¹⁶⁷. Letztlich ausschlaggebend für die Ablehnung einer Aufklärungspflicht war jedoch wohl die Tatsache, dass der Anleger, wie die Bank wusste, aus sehr reicher Familie stammte, ein erfahrener Geschäftsmann und kein „*novice en matière financière*“ war¹⁶⁸. Dieses ältere Urteil nimmt somit in seinen Grundzügen den Gehalt des leading case BGE 119 II

Dies trifft allerdings teilweise auch für später ergangene kantonale Urteile zu: Paradebeispiel: Der Entscheid des Aargauer Handelsgerichts, der bereits in den siebziger Jahren der Bank unter Bezugnahme auf die Vertrauenshaftung von CANARIS eine Aufklärungspflicht auferlegte, wurde nie zur Kenntnis genommen, dazu oben 3. b.

¹⁶³ Für einen umfassenden Überblick über die verschiedenen Entwicklungsstufen der bger. Rechtsprechung zu den Aufklärungspflichten im Anlagegeschäft siehe THALMANN 224ff.

¹⁶⁴ BGE 119 II 335; wenn ein Vermögensverwaltungsvertrag vorliegt, bejaht das Gericht umfassende Interessenwahrungs- und damit entsprechende Informationspflichten. Dies kann allerdings nur für die realtypische Vermögensverwaltung (Kunde trifft gelegentlich selbst Anlageentscheide), nicht aber die idealtypische Vermögensverwaltung gelten, bei der ja gerade der Verwalter die Entscheide (selbstverständlich in Befolgung der abgesprochenen Anlagestrategie) trifft, vgl. dazu detailliert BERTSCHINGER 113; kritisch zur Anknüpfung von Aufklärungspflichten an den Vermögensverwaltungsvertrag ebenfalls THALMANN 226f.

¹⁶⁵ BGE 119 II 335. Vgl. auch oben 3. b betreffend der Informationspflicht der Bank bei Entgegennahme von Zahlungsaufträgen in Verbindung mit anlageberatenden Funktionen.

¹⁶⁶ BGE 119 II 335.

¹⁶⁷ Urteil des Bger vom 19.11.1980 SJ 1981, 528.

¹⁶⁸ Urteil des Bger vom 19.11.1980 SJ 1981, 526f.; dass das sonst in solchen Dingen eher wortkarge Bger die persönlichen Verhältnisse des Anlegers breit darlegte, belegt deren zentrale Bedeutung für die Entscheidung.

333ff. bereits vorweg: Eine Pflicht zur Aufklärung über Risiken besteht, wenn ersichtlich ist, dass der Kunde diese nicht kennt¹⁶⁹.

Die spätere *kantonale Rechtsprechung* folgt ebenfalls diesem Prinzip. So bejahte das Zürcher Obergericht Aufklärungspflichten bei der Abwicklung hochspekulativer Warendermischungen mit in Anlagefragen unerfahrenen Kleingewerbetreibenden und Rentnern¹⁷⁰. Umgekehrt wurde gegenüber einem als gewieftem Anleger auftretenden Kunden eine Pflicht der Bank zur Warnung vor Risiken von Engagements in südafrikanischen Goldminenaktien verneint¹⁷¹.

In ihrem *Ergebnis* findet die skizzierte Rechtsprechung die Zustimmung der *Lehre*. Denn auch diese geht davon aus, dass „ein Anlageauftrag ... nur unter eng umschriebenen Voraussetzungen zur Warnung vor Risiken“ verpflichtet¹⁷².

bbb) *Hinweispflichten beim Führen eines Beratungsgesprächs*

Lässt sich eine Bank im Vorfeld eines Anlagegeschäfts auf ein *Beratungsgespräch* mit ihrem Kunden ein und erteilt sie ihm eine falsche oder lückenhafte Auskunft, schloss das Bundesgericht seit BGE 68 II 295ff. eine vertragliche Verantwortlichkeit aus und ging von einer culpa in contrahendo-Haftung aus¹⁷³. Diese Praxis ist in der Literatur auf starke Kritik gestossen¹⁷⁴. In grundsätzlicher Weise wird geltend gemacht, dass die vom Bundesgericht für die Annahme eines konkludenten Beratungsvertrags verlangten Voraussetzungen, nämlich Gewerbmässigkeit

¹⁶⁹ Dieses Prinzip wird auch in einem unpublizierten Urteil des Bger vom 1.6.1990 (vgl. dazu auch THALMANN 227f.) bestätigt: ein Privatanleger, der u.a. innert zweier Monate Aufträge in der Höhe von 4,75 Mio. Dollar erteilte, drang mit seiner Klage gegen die Bank nicht durch. Er war „mit Finanzgeschäften vertraut gewesen und zudem von den Angestellten des Beklagten mehrfach auf die grossen Risiken seiner Devisentermingeschäfte aufmerksam gemacht worden“. Aus dem Entscheid geht nicht mit letzter Klarheit hervor, ob die Erfahrung des Anlegers *allein* eine Haftung ausschliessen liess, oder ob der Hinweis, dass die Bank den Kunden mehrmals gewarnt hatte, so zu verstehen ist, dass trotzdem eine Informationspflicht, die die Bank in casu dann ja auch erfüllte, bestand. Aus den übrigen Erwägungen muss eher gefolgert werden, dass in Anbetracht der speziell hohen Risiken der Geschäfte trotz der Kenntnisse des Kunden eine Warnpflicht angenommen wurde; dagegen spricht allerdings ein Hinweis auf CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A. N 116. An dieser Stelle heisst es, dass gegenüber einem börsenerfahrenen Kaufmann keine Aufklärungspflichten bestehen.

¹⁷⁰ Urteil der I. Strafkammer vom 15.1.1981 ZR 1983, 75ff. In casu wurden die Händler der Vertriebsgesellschaft wegen gewerbmässigen Betrugs verurteilt.

¹⁷¹ Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 11.2.1974, zit. nach BERTSCHINGER 99.

¹⁷² Statt vieler THALMANN 229 m. w. H. Dagegen wird die vom Bger gewählte dogmatische Abstützung der Aufklärungspflichten stark kritisiert, dazu unten 3. Kap. I 5, 6.

¹⁷³ Insbes. BGE 68 II 303; dass das Bger von einer vertragsähnlichen Haftung ausgeht, mindert die praktische Relevanz der diesbezüglichen Diskussion kaum. Bei Annahme eines konkludenten Beratungsvertrages entstehen, im Gegensatz zur culpa in contrahendo-Konstruktion, nämlich umfassende Beratungspflichten, dazu unten im Text.

¹⁷⁴ Vgl. etwa KUHN 349; HOPT, Rechtsprobleme 143; ROTH Urs 12; GUGGENHEIM 72; BERTSCHINGER 12ff.

keit und Entgeltlichkeit, nicht Tatbestandsvoraussetzungen eines Auftrages seien. Überdies wird darauf hingewiesen, dass diese Elemente entgegen der Auffassung des Bundesgerichts im Anlagegeschäft ohnehin immer vorliegen würden¹⁷⁵. Mit dem Entscheid BGE 112 II 347ff.¹⁷⁶, der nicht ein Bankgeschäft, sondern die Schätzung einer wertvollen Gallé-Vase betraf, hat das Bundesgericht seine „vertragsfeindliche“ Praxis zur Haftung für falsche Raterteilung im Hinblick auf ein nachfolgendes Geschäft nun immerhin relativiert. Es hat die Kriterien Entgeltlichkeit und Gewerbmässigkeit nicht mehr im bisherigen strikten (und deshalb stark kritisierten) Sinne¹⁷⁷ interpretiert, sondern einen konkludent abgeschlossenen Beratungsvertrag angenommen. Insbesondere das im Entscheid angeführte Hauptargument, dass die Beklagte „nachher mit einem Verkaufsauftrag rechnen durfte“, trifft dabei auch auf Rat schläge im Vorfeld von Börsengeschäften genau zu. Es ist deshalb absehbar, dass sich die im genannten Entscheid erfolgte Praxisänderung auch auf die Beurteilung von Beratungsgesprächen im Anlagegeschäft auswirken wird¹⁷⁸. Das Bundesgericht würde damit der deutschen Praxis, die in solchen Verhältnissen einen konkludenten Beratungsvertrag annimmt, folgen¹⁷⁹.

cc) Informationspflichten des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG)

aaa) *Allgemeines*

Die Botschaft des Bundesrates zum BEHG bestätigt in ihrer Einleitung die oben dargestellte Entwicklung im Kapitalanlagegeschäft, wenn es dort heisst: „Der ... Wandel auf den Finanzmärkten schafft die Notwendigkeit, die rechtlichen Rahmenbedingungen an die neuen Gegebenheiten anzupassen.“¹⁸⁰ So regelt das 1996¹⁸¹ in Kraft tretende BEHG vom 24.3.1995¹⁸²

¹⁷⁵ Ausführliche Begründung bei BERTSCHINGER 12ff.

¹⁷⁶ Vgl. dazu WIEGAND/KOLLER 144.

¹⁷⁷ Entgeltlich im strikten Sinn ist der Rat, wenn eine direkte Gegenleistung erfolgt, gewerbmässige Beratung ist die unmittelbar zu Erwerbszwecken in Ausübung der beruflichen Tätigkeit erfolgte Beratung; dazu etwa KUHN 348.

¹⁷⁸ In diesem Sinne auch ROTH Urs 26; BERTSCHINGER 15.

¹⁷⁹ In solchen Fällen schuldet die Bank wie beim förmlichen Anlageberatungsvertrag umfassende Beratung, dazu oben 4 b. Insbesondere gehört dazu auch die Erstellung eines Kundenprofils, ROTH Urs 28.

¹⁸⁰ Botschaft BEHG, 1372.

¹⁸¹ Voraussichtlich im zweiten Quartal, nachdem die zugehörigen Verordnungen ausgearbeitet sind.

¹⁸² BBl 1995 II 419.

im Rahmen seiner beiden Hauptziele, Anlegerschutz und Funktionsschutz¹⁸³, gemäss Art. 1 BEHG denn auch u.a.¹⁸⁴ „den gewerbsmässigen Handel mit Effekten, um für den Anleger Transparenz...sicherzustellen.“ In diesem Zusammenhang auferlegt das BEHG in seinem Art. 11 den Effektenhändlern neben einer Sorgfaltspflicht¹⁸⁵ und einer Treuepflicht¹⁸⁶ folgende Aufklärungspflicht:

„Der Effektenhändler hat gegenüber seinen Kunden:

- a. eine Informationspflicht; er weist sie insbesondere auf die mit einer bestimmten Geschäftsart verbundenen Risiken hin“¹⁸⁷.

Das Bedürfnis der Anleger nach ausreichend Informationen für ihre Anlageentscheide soll damit befriedigt und Schutz „gegen Übervorteilung“ geboten werden¹⁸⁸. Diese Pflichten treffen den Händler, genau gleich wie die Verhaltenspflichten des WpHG¹⁸⁹, unabhängig davon, ob ein Eigenhandel oder ein Handel im eigenen Namen für Rechnung Dritter vorliegt. Der Anleger wird eben unabhängig von der Rechtsnatur des zugrundeliegenden Geschäfts „als Bezüger einer *Dienstleistung* geschützt.“¹⁹⁰ Das BEHG begründet allerdings nicht eine starre Informationspflicht, sondern behält im Auge, dass nicht jeder Anleger gleich aufklärungsbefähigt ist und unterschiedlich starke Wissensgefälle vorliegen können. Denn der Händler hat bei der Erfüllung der Verhaltenspflichten „die *Geschäftsfahrendheit* und die *fachlichen Kenntnisse* des Kunden zu berücksichtigen.“¹⁹¹

Gleich wie das WpHG äussert sich auch das BEHG nicht zu den Beratungspflichten von Anlageberatungsverträgen¹⁹², sondern statuiert Aufklärungspflichten gegenüber dem Kunden,

¹⁸³ Vgl. Botschaft BEHG, 1394. Es geht dabei um die Bewahrung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte, damit diese ihre „volkswirtschaftlich wichtige Aufgabe der optimalen Ressourcenallokation möglichst reibungslos erfüllen können.“

¹⁸⁴ Daneben regelt das Gesetz die Voraussetzungen für Errichtung und Betrieb von Börsen, Art. 1 BEHG.

¹⁸⁵ Art. 11 Abs. 1 lit. b BEHG.

¹⁸⁶ Art. 11 Abs. 1 lit. c BEHG.

¹⁸⁷ Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG.

¹⁸⁸ Botschaft BEHG, 1394.

¹⁸⁹ Dazu oben 4 c ee.

¹⁹⁰ Botschaft BEHG, 1381.

¹⁹¹ Art. 11 Abs. 2 BEHG (Unterstreichung eingetragt).

¹⁹² Dazu oben b.

der Anlageaufträge erteilt, ohne dass ein Anlageberatungs- oder Vermögensverwaltungsverhältnis vorliegen würde¹⁹³. Verletzt der Effektenhändler seine Informationspflichten, kann dies nicht nur zum Einschreiten der Aufsichtsbehörde führen¹⁹⁴, sondern begründet gleichzeitig eine privatrechtlich relevante Pflichtwidrigkeit¹⁹⁵.

bb) *Begrenzung der Aufklärung auf die mit einer bestimmten Geschäftsart verbundenen Risiken*

Die Bestimmung des Umfangs der Informationspflichten des BEHG hängt davon ab, wie weit der Begriff „bestimmte Geschäftsart“ gefasst wird. Würde man etwa Investitionen in Aktien oder Obligationen schon als bestimmte Geschäftsarten verstehen, ergäbe sich bei den einzelnen Anlagegeschäften nur eine sehr allgemeine Aufklärungspflicht. Davor warnte (m.E. allerdings unbegründet¹⁹⁶) Bundespräsident STICH, als er den bundesrätlichen Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel¹⁹⁷ vor dem Nationalrat verttrat¹⁹⁸. Nach der Version des Bundesrates hätte sich der Umfang der Informationspflichten des Effektenhändlers auf die „mit einem bestimmten Geschäft“ zusammenhängenden Risiken¹⁹⁹ erstrecken sollen. Damit sollte - wie aus der Botschaft hervorgeht - verankert werden, dass der Effektenhändler den Kunden über „besondere Risiken einer Transaktion bzw. deren Abwicklung“ zu informieren hat²⁰⁰. Während der Ständerat diese Ausformung der Aufklärungspflicht (anfänglich) guthiess²⁰¹, folgte der Nationalrat dem abweichenden Antrag seiner Kommission, welche die nun im Gesetz verankerte Version einbrachte: Informationspflichten nicht über die mit einem bestimmten *Geschäft*, sondern die mit einer bestimmten *Geschäftsart* ver-

¹⁹³ Die „Aufklärungspflichten“ des Anlageberaters stellen eigentliche Beratungspflichten dar und gehen wesentlich weiter als die im BEHG statuierten blossen Informationspflichten. Das gleiche gilt selbstverständlich auch, wenn eine Bank sich auf ein Anlageberatungsgespräch einlässt und damit einen konkludenten Anlageberatungsvertrag eingeht.

¹⁹⁴ Im Sinne von Art. 35 BEHG.

¹⁹⁵ Die Verhaltenspflichten haben nicht bloss öffentlich-rechtliche Bedeutung, sondern beschlagen in erster Linie das Verhältnis zwischen Effektenhändlern und Kunden, sind mithin von privatrechtlicher Relevanz und ergänzen insofern die einschlägigen schuldrechtlichen Normen, vgl. dazu Berichterstatter DAVID, Amtliches Bulletin Nationalrat 1994 I, 1052.

¹⁹⁶ Dazu sogleich unten im Text.

¹⁹⁷ BBl 1993 I, 1446ff.

¹⁹⁸ Die nun Gesetz gewordene, von der Kommission des Nationalrates vorgeschlagene „Formulierung ist zu allgemein, das bedeutet gar nichts im Hinblick auf die Kontrolle und die Informationspflicht.“ Bundespräsident STICH, Amtliches Bulletin Nationalrat 1994 I, 1063.

¹⁹⁹ Art. 11 Abs. 1 lit. c E-BEHG, BBl 1993 I, 1449.

²⁰⁰ Botschaft BEHG, BBl 1993 I, 1406.

²⁰¹ Amtliches Bulletin Ständerat 1993 I, 1005; in der Differenzvereinbarung akzeptierte der Ständerat dann die nationalrätliche Version von Art. 11 BEHG, Amtliches Bulletin Ständerat 1994 I, 838.

bundenen Risiken. Der Berichterstatter der nationalrätlichen Kommission begründete deren Antrag wie folgt: „Man kann nicht erwarten, dass die Banken bei jedem einzelnen Handel sei-
..., das ein Kunde abschliesst, ihn darauf hinweisen, mit diesem ganz bestimmten Handel sei-
en die und die Risiken verbunden.“²⁰² Die Begrenzung des Umfanges der Informationspflichten geht allerdings auch nach dem Willen des Ständerates nicht - wie vom Bundesrat befürwortet²⁰³ - so weit, dass nur noch generell z.B. über die Risiken von Investitionen in Obligationen oder Aktien im allgemeinen aufzuklären ist. Nach Auffassung des nationalrätlichen Berichterstatters muss die Bank nämlich darauf hinweisen, „dass mit dem Handel mit *bestimmten* Aktien, mit *bestimmten* Obligationen bestimmte Risiken verbunden sind.“²⁰⁴ Der Begriff der Geschäftsart wird also relativ konkret aufgefasst. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung²⁰⁵ werden Bestand und Umfang der Aufklärungspflichten dabei von der Höhe der mit einer bestimmten Geschäftsart verbundenen Risiken abhängig gemacht: Die Bank hat die Pflicht, „d'attirer l'attention de ce dernier [le client] s'il prend des risques particuliers.“²⁰⁶

ecc) *Ausnahmen von der Informationspflicht*

Aus dem Wortlaut des Art. 11 BEHG könnte geschlossen werden, dass diese Bestimmung dem Effektenhändler eine Pflicht zur Aufklärung auferlegt, die in jedem Fall, ohne Ausnahme, besteht. Dass dem nicht so sein kann, die Informationspflichten des BEHG vielmehr von gewissen Voraussetzungen²⁰⁷ abhängig sind, wird unten gezeigt werden.²⁰⁸

²⁰² Berichterstatter DAVID, Amtliches Bulletin Nationalrat 1994 I, 1063. THALMANN 236 kritisiert am Entwurfstext, dass die Aufklärungspflichten viel zu konkret umschrieben würden und deshalb (zu) wenig Spielraum für die Bestimmung der Voraussetzungen und des Umfangs der Informationspflichten in den AGB offen lassen.

²⁰³ Unmittelbar oben im Text.

²⁰⁴ Berichterstatter DAVID, Amtliches Bulletin Nationalrat 1994 I 1063. So wäre etwa auf die besonderen Risiken von Junkbonds hinzuweisen, und nicht bloss über die Risiken von Obligationen im allgemeinen aufzuklären. Bezüglich dieser Beispiele ist zu beachten, dass im aufklärungspflicht-relevanten Retailgeschäft Anlagen in Fonds zulasten von Direktanlagen immer mehr an Bedeutung gewinnen. Diesbezüglich wäre über die Risiken der jeweiligen Fondskategorien (z.B. Fonds mit aggressivem Wachstum, renditeorientierte Fonds, Fonds mit Hauptgewicht auf Sicherheit und Einkommen etc.) konkret hinzuweisen.

²⁰⁵ Vgl. oben bb aa.

²⁰⁶ Rapporteur COUCHEPIN, Amtliches Bulletin Nationalrat 1994 I, 1063. Was besondere Risiken sind, hängt von den Verhältnissen der konkreten Anleger ab. Art. 11 Abs. 2 BEHG: „Bei der Erfüllung dieser [Verhaltens-]pflichten sind dabei die Geschäftserfahrung und die fachlichen Kenntnisse der Kunden zu berücksichtigen.“

²⁰⁷ Es handelt sich dabei um Elemente, die über die Kriterien von Art. 11 Abs. 2 BEHG (Geschäftserfahrung und fachliche Kenntnisse) hinausgehen.

²⁰⁸ Bei der Entwicklung des Systems zur Bestimmung der Aufklärungspflichten, 4. Kap. IV 6. b dd.

III. Aufklärungspflichten im Arzt-Patientenverhältnis

1. Bedeutung

In keinem anderen Rechtsgebiet betrachten Lehre und Rechtsprechung die Aufklärung so stark als Pflicht von eigenständigem „Charakter“ wie im Arztrecht²⁰⁹. Dies ist gerechtfertigt, weist doch die Aufklärung bei medizinischer Behandlung im Vergleich zu den Aufklärungspflichten in den übrigen Dienstleistungsverhältnissen tatsächlich einige Besonderheiten auf: Erst die auf genügender Aufklärung basierende Einwilligung des Patienten schliesst die Rechtswidrigkeit von Operationen und anderen invasiven Eingriffen aus; nur im Arztrecht kann nicht bloss das Erteilen von zuwenig, sondern auch von zuviel Information (sog. übermässige Aufklärung) eine Schadensersatzpflicht auslösen²¹⁰; auch die Problematik der Aufklärung von beschränkt oder voll Handlungsunfähigen²¹¹ stellt sich nur hier.

Dennoch können die zur medizinischen Aufklärung entwickelten Leitlinien mit Gewinn bei der Betrachtung von Informationspflichten in allen Dienstleistungsverhältnissen herangezogen werden²¹². Denn die Aufklärungspflichten als solche unterliegen auch im Arztrecht grundsätzlich den gleichen Regeln wie die Informationspflichten in anderen Gebieten. Ihre Besonderheiten sind nicht auf eine eigene Qualität der medizinischen Aufklärung, sondern auf die Tatsache zurückzuführen, dass der Arzt als einziger Dienstleistungserbringer am Körper des Mandanten „tätig“ wird: Jeder invasive Eingriff erfüllt den Tatbestand der Körperverletzung und stellt einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Patienten dar²¹³.

Da die Aufklärung Voraussetzung jeder Eingriffseinwilligung und damit das die Rechtmässigkeit der ärztlichen Behandlung erst konstituierende Element²¹⁴ ist, stellt sie ein von der

²⁰⁹ Vgl. nur WINKLER VON MOHRENFELS 26.

²¹⁰ Unter dem Stichwort zumutbare Aufklärung wird festgehalten, dass der Arzt bei gewissen Patienten, bei denen durch die totale Offenbarung eines äusserst gravierenden Befundes physische und psychische Störungen verursacht werden können, die Aufklärung zu reduzieren verpflichtet ist, vgl. dazu WIEGAND, Handbuch 143f.; DEUTSCH ERWIN, Das Persönlichkeitsrecht des Patienten, AcP 1992, 161ff., 168.

²¹¹ Dazu ausführlich WIEGAND, Handbuch 157ff.

²¹² Dies auch deshalb, weil sich die Lehre mit dieser Aufklärung am intensivsten befasst hat. So verweist auch das Bger bei der Beurteilung von Informationspflichten im Anlagegeschäft auf Prinzipien der ärztlichen Aufklärung, vgl. BGE 119 II 335.

²¹³ WIEGAND, Handbuch 125.

²¹⁴ Genauer: ein die Rechtswidrigkeit des Eingriffs ausschliessendes Element.

Lehre seit den dreissiger Jahren²¹⁵ viel und gerne erörtertes Thema dar, auch wenn sie dem Grundsatz nach seit langem unbestritten ist²¹⁶. In der Schweiz wurde die Diskussion in jüngster Zeit wieder durch zwei neuere Entscheide, in welchen sich das Bundesgericht umfassend zur Aufklärungspflicht und den Folgen ihrer Verletzung geäussert hat, angeregt²¹⁷.

2. Arten der Aufklärung

Die Einwilligung des Patienten in eine Operation ist nur rechtmässig und somit von rechtfertigender Wirkung, wenn dieser weiss, wofür er seine Zustimmung gibt. Um dem Patienten die- se Entscheidungsgrundlage zu verschaffen, bedarf es seiner Aufklärung über den Befund so- wie über Gegenstand, Verlauf und Folgen des Eingriffs²¹⁸. Positiv-rechtlich ist diese sog. *Eingriffsaufklärungspflicht* im strafrechtlichen Schutz der körperlichen Integrität²¹⁹, im Recht der unerlaubten Handlung und dem Persönlichkeitsschutz sowie - was öffentlich-rechtliche Behandlungsverhältnisse anbelangt - im Grundrecht der persönlichen Freiheit²²⁰ abgestützt. Die Eingriffsaufklärungspflicht kann zudem aus dem Auftragsrecht abgeleitet werden: der Arzt hat als Mandatar eine umfassende Interessenwahrungspflicht und muss deshalb seinem Patienten unaufgefordert alle Informationen vermitteln, die diesem die Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts ermöglichen²²¹.

Unter dem Begriff *Sicherungsaufklärung* versteht man die Vermittlung der "Gesamtheit aller Informationen, mit welchen der Patient zu einem dem Heilerfolg dienenden und allfälli-

²¹⁵ Laut KERN/LAUF 4 wurde die juristische Tragweite der Aufklärung 1912 (RGZ 78, 432) erstmals im Zusammenhang mit der Rechtswirksamkeit der Einwilligung aktuell. Mehr Gewicht erlangte die Frage nach der Aufklärungspflicht ab den dreissiger Jahren.

²¹⁶ Ob sie, wie EISNER 17 annimmt, auch zu den unstrittensten Fragen gehört, mag mit Fug bezweifelt werden. Eher ist mit MAINARDI-SPEZIALI 75 davon auszugehen, dass heute kaum noch grundsätzlich über die Pflicht zur Aufklärung, dagegen mehr über Fragen nach Inhalt, Umfang und Form der Aufklärung gestritten wird. Eine gute Übersicht über die mittlerweile äusserst umfangreiche Literatur geben etwa LAUF/ÜHLENBRUCK 342 für Deutschland; MAINARDI-SPEZIALI; EISNER 223ff.; WIEGAND, Handbuch 119.

²¹⁷ BGE 116 II 519ff. und BGE 117 Ib 197ff. Das Bger hat dabei insbesondere detaillierte Grundsätze zur Handhabung der Aufklärungsmodalitäten aufgestellt. Grundlegend zur Rechtsprechung des Bger WIEGAND, Aufklärung 149ff.; zur Problematik der Modalitäten der Aufklärung und den Folgen der Verletzung der Aufklärungspflicht WIEGAND/ABEGGLEN 189ff.

²¹⁸ Im US-amerikanischen Rechtskreis spricht man plastisch vom *informed consent*. Zur Bedeutung der „doctrine of informed consent“ vgl. EISNER 120.

²¹⁹ Dazu siehe etwa ARZT, Aufklärungspflicht 49ff.

²²⁰ Grundlegend dazu MÜLLER JÖRG PAUL 6ff. Die Frage nach der Drittwirkung der Grundrechte (im privaten rechtlichen Verhältnissen) stellt sich in diesem Bereich nicht, da das Privatrecht diesbezüglich ein vorzuziehendes und detailliertes Instrumentarium zum Schutze der Persönlichkeit zur Verfügung stellt.

²²¹ Vgl. für die h.L. FELLMANN, Art. 398 OR N 146; HOFSTETTER, SPR VII/2, 89; MAINARDI-SPEZIALI 95ff. mit ausführlicher Begründung; WIEGAND, Aufklärung 151.

gen Nebenfolgen angepassten Verhalten veranlasst wird²²². Die Sicherungsaufklärung findet ihre Grundlage in der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht²²³. Ebenfalls aus dem Hauptleistungsprogramm des Arztvertrages fliesst die *generelle Aufklärung*, die unabhängig von einem Eingriff bei Kontrolluntersuchungen u. dgl. geschuldet ist²²⁴. Schliesslich werden in der Lehre und z.T. auch in der Rechtsprechung verschiedene *besondere Aufklärungspflichten* unterschieden, so die auch in der Schweiz immer grössere Bedeutung erlangende Pflicht zur *Aufklärung über wirtschaftliche Sachverhalte*²²⁵ und die sehr umstrittene *Pflicht zur Offenbarung eigener Fehler*²²⁶.

3. Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten

Bei der *Eingriffsaufklärung* hat der Arzt den Patienten nach einhelliger Auffassung umfassend über die Diagnose, die möglichen Heilbehandlungen, ihre Risiken und ihre Folgeerscheinungen zu informieren. Der Patient ist dabei stets soweit aufzuklären, als bei diesem ein Informationsbedarf besteht²²⁷.

Über *welche Risiken* im einzelnen aufgeklärt werden muss, ist umstritten²²⁸. Zur Beantwortung dieser Frage wurden verschiedene Kriterien aufgestellt²²⁹: ein Teil der deutschen Lehre und ihr folgend die Judikatur ziehen die Grenzen der Aufklärungspflicht anhand von statistischen Risikoprozenten²³⁰. Auch das schweizerische Bundesgericht verlangte in einem neueren Entscheide die Angabe von *Prozentzahlen* über die statistische Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung eines bestimmten Eingriffsrisikos²³¹. Als wichtigstes Prinzip bei der Risiko-

²²² WIEGAND, Aufklärung 157.

²²³ WIEGAND, Aufklärung 158.

²²⁴ Anlässlich sog. Check-up-Untersuchungen. Diese Aufklärung basiert i.d.R. auf einer expliziten Vereinbarung der Parteien und ist zumeist Hauptleistungsgegenstand des Auftrages.

²²⁵ Dazu BGE 119 II 456 m.w.H. und sofort unten im Text.

²²⁶ Dazu WIEGAND, Handbuch 129; TAUPITZ, Offenbarung 13. Zur zivilrechtlichen Offenbarung eigenen Fehlverhaltens im allgemeinen Ders., Offenbarung.

²²⁷ BGE 115 Ib 178; BGE 117 Ib 203f.; WIEGAND, Handbuch 139.

²²⁸ Und nicht nur bei der medizinischen Aufklärung, sondern bei allen Aufklärungspflichten sehr schwierig zu beurteilen.

²²⁹ Vgl. dazu ausführlich WIEGAND, Handbuch 134ff.

²³⁰ Vgl. statt vieler GIESEN 136f. m.w.H.

²³¹ So entschied das Bger in BGE 117 Ib 201, 205ff., dass über das Risiko des Eintritts einer Paraplegie aufzuklären ist, wenn die Wahrscheinlichkeit des Risikoeintritts 35 Prozent beträgt. Das Gericht stellte dabei auf den Empfängerhorizont des Patienten ab, hält es doch fest: "über diese vom Gesichtspunkt eines medizinischen Laien aus gesehen sehr ungünstigen Erfolgsaussichten hätte der Kläger ausdrücklich und unter Angabe der ungefähren prozentualen Anteile aufgeklärt werden müssen".

aufklärung gilt dabei folgender Grundsatz: *Je grösser das Risiko des Eingriffs ist, desto umfassender muss aufgeklärt werden*²³².

Von erheblichem allgemeinen Interesse ist die Frage, ob und wie weit über *allgemein bekannte Risiken und Komplikationen*, die mit bestimmten Eingriffen regelmässig verbunden sind, aufzuklären ist. Nach Auffassung des Bundesgerichts kann der Arzt grundsätzlich davon ausgehen, dass der Patient "im Rahmen seiner Lebenserfahrung um die allgemein bekannten Gefahren ... der Operation weiss"²³³. Immerhin wird diese *Generalisierung* dadurch eingeschränkt, dass die Nichtaufklärung über solche Risiken nur dann zulässig ist, wenn der Arzt mit einem "verständigen" Patienten konfrontiert ist²³⁴.

Wie die deutschen, dehnen auch die schweizerischen Gerichte den Inhalt der ärztlichen Aufklärungspflicht auf Hinweise über die wirtschaftlichen Konsequenzen der Behandlung aus²³⁵. Das Bundesgericht anerkannte diese sog. *wirtschaftliche Aufklärungspflicht* dem Grundsatz nach schon vor einigen Jahren²³⁶. In BGE 116 II 521 wurde die Pflicht zur Aufklärung über wirtschaftliche Sachverhalte in einem obiter dictum explizit anerkannt. Heute gehört sie wohl zum gesicherten Stand der Rechtsprechung: In einem neuesten Entscheid stellt das Bundesgericht nach ausführlicher Auseinandersetzung mit der Lehre, der kantonalen Judikatur sowie der deutschen Sprechpraxis fest, "que le médecin assume un devoir d'information minimale en matière économique."²³⁷

²³² Zuletzt BGE 117 Ib 204.

²³³ BGE 117 Ib 204; die Krux liegt darin, festzustellen, welche Kenntnisse über Operationen und dgl. zum Allgemeinwissen gehören. Wenn das Bger a.a.O. davon ausgeht, dass das Wissen um die Gefahr von Thrombosen bei Operationen Allgemeinwissen sei, überschätzt es jedenfalls die Volksbildung ganz gehörig; vgl. dazu auch WIEGAND, Handbuch 138f., insbes. Fn. 173.

²³⁴ BGE 117 Ib 204; wobei der Arzt "im allgemeinen" annehmen könne, dass er es mit einem solchen zu tun habe, BGE 117 Ib 203.

²³⁵ Einen Überblick über die deutsche Gerichtspraxis gibt LAURS N 232f. In der Schweiz wurde die wirtschaftliche Aufklärungspflicht von kantonalen Instanzen wesentlich früher als vom Bger anerkannt. So auflegte bereits 1964 das Appellationsgericht Basel-Stadt dem Arzt eine Pflicht zur Aufklärung über den Umstand, dass eine Behandlung nicht von der Krankenversicherung gedeckt war, SJZ 1964, 344.

²³⁶ BGE vom 27.9.1990 E. 2, zit. nach MAINARDI-SPEZIALI, 106 Fn. 69; siehe ebenfalls BGE 114 Ia 350, 358f.

²³⁷ BGE 119 II 460. Vgl. dazu ABEGLLEN, wirtschaftliche Aufklärungspflicht 178ff. m.w.H.

IV. Aufklärungspflichten von Architekten und Rechtsanwälten

1. Architekten

Viele den Architekten treffende Informationspflichten sind völlig unbestritten: So etwa die Pflicht des Architekten, seinen Vertragspartner auf die zu erwartenden Baukosten aufmerksam zu machen, andernfalls er seinen Vertrag schlecht erfüllt²³⁸. Der Architekt hat den Bauherrn weiter etwa auf allfällige konstruktive Unsinnigkeiten hinzuweisen, wenn dieser sein Wunschraumprogramm vorträgt, und im Falle von Abänderungswünschen muss er auf dadurch allfälligerweise entstehende Mehrkosten aufmerksam machen²³⁹. Solche *Beratungspflichten* gehören ohne Zweifel zum *Hauptleistungsprogramm* des zwischen Bauherrn und planendem/bauleitendem Architekten bestehenden Vertragsverhältnisses²⁴⁰ und bieten keine grösseren *dogmatischen Probleme*²⁴¹.

Schwieriger ist dagegen zu beurteilen, ob der Architekt auch auf *Sachverhalte* hinzuweisen hat, die *seiner beruflichen Sphäre* nach traditioneller Auffassung *nicht so nahestehen*, z.B. die versicherungstechnische Seite eines Bauvorhabens: Das Bundesgericht auflegte dem Architekten die Pflicht, „den Bauherrn auf die Notwendigkeit einer Haftpflichtversicherung hinzuweisen, wenn der Bau mit besonderen Risiken verbunden ist, die er als Fachmann besser überblicken kann als der Bauherr“²⁴². Das *Bundesgericht* betrachtet diese Aufklärungspflicht

²³⁸ Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR. Vgl. etwa GAUCH, Überschreitung des Kostenvoranschlages 80f.; BGE 119 II 249ff., dazu ausführlich SCHUMACHER, Kosteninformationen 126ff.

²³⁹ SCHUMACHER 105ff., insbes. N 609ff.

²⁴⁰ Bei der Qualifikation der „Architektenverträge“ gilt es zu unterscheiden: Die Vereinbarung über die Herstellung von Plänen unterliegt dem Werkvertragsrecht, die Bauleitung ist dem Auftragsrecht unterworfen, vgl. etwa BGE 115 II 61; GAUCH, Architekturvertrag N 28ff., BUCHER, OR BT 205; ZINDEL/PULVER, Art. 363 OR N 17. Den in der Praxis häufig vorkommenden Architektugesamtvvertrag (dieser zeichnet sich dadurch aus, dass der Architekt als Vollarchitekt i.d.R. sämtliche Architektenleistungen für die Durchführung eines Bauvorhabens, wenigstens aber die Projektierung und Bauleitung übernimmt, GAUCH, Architekturvertrag 36) qualifizieren ein Teil der Lehre und das Bger als gemischtes Vertragsverhältnis, das sich aus den Planungselementen zusammensetzt, dazu ZINDEL/PULVER, Art. 363 OR N 18; SCHLUEP, SPR VII/2, 905; BGE 114 II 55f. Andere Autoren befürworten dagegen die ausschliessliche Anwendung von Auftragsrecht auf den Gesamtarchitekturvertrag, so etwa GAUCH, Architekturvertrag N 36ff.; GAUTSCHI, Art. 394 OR N 43a.

²⁴¹ Wobei auch hier die Frage nach dem erforderlichen Umfang der fachspezifischen Beratung nur im Einzelfall beurteilt werden kann.

²⁴² BGE 111 II 72 = Pra 1985 Nr. 179, 518ff. (mit Publikation zusätzlicher Erwägungen); in casu hatte der beklagte Architekt es unterlassen, den Bauherrn darüber aufzuklären, dass in Anbetracht des mit besonderen Risiken verbundenen Baugrubenaushubs der Abschluss einer Haftpflichtversicherung zu erwägen gewesen wäre. Der vom geschädigten Nachbarn zur Verantwortung gezogene Bauherr machte daraufhin gegenüber

dabei offenbar (und zu recht) nicht als eine mühelos auf das Vertragsprogramm des Architekten abstützbare Pflicht, müsste es doch sonst nicht zusätzlich mit den Elementen besonderes Risiko, Wissensvorsprung und Experteneigenschaft argumentieren²⁴³. Die *deutsche Rechtsprechung* auflegt dem Architekten noch weit umfangreichere Aufklärungspflichten: Der Baufachmann muss den Bauherrn nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht nur auf baurelevante Vorschriften des öffentlichen Rechts, sondern sogar auf steuerliche Baubegünstigungen aufmerksam machen²⁴⁴. Damit nicht genug: Den Architekten trifft in gewissem Umfang sogar eine Pflicht zur Beratung in rechtlichen Angelegenheiten²⁴⁵. So muss er etwa den Bauherrn "unverzüglich über Ursachen von Baumängeln und die daraus sich ergebende Rechtslage[...], auch soweit seine eigene Haftung in Frage kommt, aufklären."²⁴⁶

2. Rechtsanwältin

Rechtsanwältin²⁴⁷ haben gemäss dem die Beziehung zu ihren Klienten regelnden Auftragsrecht²⁴⁸ die Interessen ihrer Auftraggeber "in den Grenzen des erteilten Mandats nach jeder Richtung"²⁴⁹ wahrzunehmen²⁵⁰. Deshalb hat der Rechtsanwalt im Anschluss an die Prüfung eines Falles in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht den Mandanten umfassend und möglichst erschöpfend zu belehren²⁵¹. Sofern er forensisch tätig werden soll, muss der Anwalt

dem Architekten erfolgreich Schadensersatzansprüche geltend. Die Aufrechterlegung einer Pflicht zur Beratung über Versicherungsfragen stellte dabei nicht eine Selbstverständlichkeit dar, als die Pflicht zum Hinweis auf die Notwendigkeit von Versicherungen damals noch nicht im SIA-Regelwerk enthalten war.

²⁴³ Anstatt einfach auf die auftragsrechtliche Sorgfalts- und Treuepflicht zu verweisen. Zur Bedeutung dieser Elemente bei der Abstützung von Aufklärungspflichten vgl. unten 4. Kap. IV.

²⁴⁴ BGH WM 1985, 1535; LOCHER N 300. Entsprechend könnte die Aufklärungspflicht des Architekten in der Schweiz z.B. dahingehend ausgedehnt werden, dass dieser seine Kunden über die Möglichkeiten von Vergünstigungen gemäss Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz (WEG) oder gemäss Bundesgesetz über die Verbesserung der Wohnverhältnisse in Berggebieten (WS) aufzuklären hat.

²⁴⁵ Der Architekt hat den Auftraggeber im Sinne der Erteilung eines Denkanstosses auf mögliche juristische Komplikationen und Gefahren aufmerksam zu machen, LOCHER N 302.

²⁴⁶ BGH WM 1985, 1535; die sofortige Offenbarung soll sicherstellen, dass der Bauherr allfällige Ansprüche gegenüber dem Architekten vor Eintritt der Verjährung geltend machen kann.

²⁴⁷ Statt aller etwa BGH WM 1993, 1509.

²⁴⁸ Nach deutschem Recht wird der Anwaltsvertrag entweder als Dienstvertrag (wenn eine Dauerberatung vorliegt) gemäss § 611 BGB oder (in allen anderen Fällen) als Geschäftsbesorgungsvertrag gemäss § 675 BGB qualifiziert; die Pflicht zur umfassenden Interessenwahrung ist beiden Vertragstypen immanent. Vgl. dazu PALANDT-PUTZO, Einf. vor § 611 N 21; PALANDT-THOMAS § 675 N 4.

²⁴⁹ BGH WM 1993, 1509.

²⁵⁰ Allerdings dann nicht, wenn der Mandant unmissverständlich zu erkennen gibt, dass er bloss der Beratung in bestimmter Hinsicht bedürfe, BGH NJW 1988, 566.

²⁵¹ So statt aller jüngst HENSSLER, Haftungsrisiken 181.

seinen Klienten nach bestem Wissen und Gewissen über die Prozesschancen informieren. Dabei hat er ihn „über alle Risiken aufzuklären“²⁵².

Diese umfassende Beratungspflicht stellt einen der Hauptleistungsgegenstände des Vertragsverhältnisses zwischen Klient und Anwalt dar, weshalb das grundsätzliche Bestehen und der Rechtsgrund dieser Belehrungspflichten keine Probleme bieten. Heikel zu beurteilen sind hingegen Fälle, in welchen isolierte, von der Aufgabe her eng umgrenzte Mandate vorliegen. Hier lassen sich die Informationspflichten nicht mehr mit Selbstverständlichkeit auf das vertragliche Leistungsprogramm zurückführen, besteht doch die umfassende Beratungspflicht nur „in den Grenzen des erteilten Mandats“²⁵³.

Die deutsche Rechtsprechung geht jedoch über ihren eigenen Leitsatz hinaus: So hatte ein Anwalt in einem vom Bundesgerichtshof beurteilten Fall ausdrücklich nur die steuerrechtliche Beratung übernommen; gleichwohl wurde ihm die Pflicht zur umfassenden Aufklärung über die sich aus dem gleichen Lebenssachverhalt ergebenden zivilrechtlichen Fragen überbunden²⁵⁴. Ein anderer Fall betraf ein Mandat, das auf die Führung eines Steuerbeswerdeverfahrens beschränkt war. Der Anwalt hätte dabei die Gefährdung anderer rechtlicher und wirtschaftlicher Belange seines Klienten erkennen und diesen darüber aufklären müssen²⁵⁵. Ohnehin trifft den Anwalt nach deutscher Rechtsprechung die Pflicht zur Aufklärung über die wirtschaftlichen Gefahren des beabsichtigten Geschäfts²⁵⁶. Der Bundesgerichtshof bejaht in solchen Fällen regelmässig eine Aufklärungspflicht, wenn die Gefährdung der rechtlichen und wirtschaftlichen Belange des Klienten unmittelbar mit dem zu behandel-

²⁵² FELLMANN, Art. 398 OR N 160.

²⁵³ Vgl. unmittelbar oben im Text.

²⁵⁴ BGH NJW 1988, 563; in casu ging es um den aus steuerlichen Gründen erfolgenden Erwerb einer Eigentumswohnung.

²⁵⁵ Vgl. dazu den Fall BGH WM 1993, 1508: Der Anwalt war beauftragt, beim Finanzgericht Klage einzureichen. Er unterliess es in der Folge, seinen Klienten darauf hinzuweisen, dass diesem allenfalls Ansprüche gegen den Steuerberater zustehen könnten; als der Klient nach Abweisung der Klage beim Finanzgericht gegen den Steuerberater vorgehen wollte, erbot der die Einrede der Verjährung. Laut BGH war dem Anwalt ersichtlich, dass bei Unterliegen im Steuerprozess Ansprüche gegen den Dritten, sc. den Steuerberater, in Betracht kommen würden. Er hätte den Mandanten deshalb vor Ablauf der Verjährungsfrist über den (Primär-)Anspruch gegen den Steuerberater belehren sollen. Eine m.E. nicht erkannte Problematik lag darin, dass der Anwalt durch den fehlbaren Steuerberater instruiert worden war; konnte er sich hier nicht auf den Standpunkt stellen, dass er sich auf die Führung des Mandats in den engen Schranken der fachmännischen Instruktion habe beschränken können? Interessant ist die höchstrichterliche Feststellung, der Anwalt dürfe sich nicht darauf verlassen, dass ein Sekundäranspruch gegen den Steuerberater entstehen werde. Ein solcher entstand denn auch tatsächlich nicht, da die Klientin einen anderen Anwalt mit der Prüfung und Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Steuerberater betraut hatte, womit dessen Verpflichtung zur Belehrung über die Möglichkeit eines Regresses gegen sich selbst entfiel.

²⁵⁶ HENSSLER 181 m. Judikaturhinweisen; BGH NJW 1988, 563ff., insbes. 566.

den Rechtsstreit zusammenhängt²⁵⁷. Diese Aufklärungspflicht entfällt allerdings, wenn der Klient bezüglich dieser Umstände bereits anderweitig rechtskundig beraten wird.

Die Rechtsprechung bezeichnet derartige Aufklärungspflichten als aus dem Anwaltsvertrag fließend²⁵⁸; eine nicht unproblematische Annahme, wenn die sachkundige Partei den Rechtsanwalt explizit mit der Wahrung ihrer Interessen bloss nach einer Richtung hin beauftragt hat²⁵⁹.

V. Aufklärungspflichten im Pauschalreisengeschäft

1. Statuierung von Aufklärungspflichten durch die Rechtsprechung

Bereits vor dem Inkrafttreten des Pauschalreisengesetzes wurden dem Reiseveranstalter als wichtige aus dem Prinzip von Treu und Glauben fließende Nebenpflichten des Reiseveranstaltungsvertrages „erhöhte“ Beratungs- und Informationspflichten auferlegt²⁶⁰. In rechtssoziologischer Hinsicht werden diese Pflichten damit begründet, dass sich der Pauschalreisende bezüglich der Erledigung der mit der Reise zusammenhängenden Einzelheiten auf das Reisebüro verlässt oder zumindest erwartet, dass er auf das, was er selber erledigen bzw. zu beachten habe, hingewiesen wird²⁶¹. Die Aufklärungspflicht ergibt sich also aus der durch die „persönliche Einbezogenheit des Kunden bedingten *Betreuungsfunktion*“ des Reiseveranstalters²⁶².

2. Informationspflichten als Charakteristikum des Bundesgesetzes über Pauschalreisen

Die Auflegung von Informationspflichten ist wichtigstes Charakteristikum des Pauschalreisengesetzes. Nach einer knappen Bestimmung des Geltungsbereichs statuiert das Gesetz in den Artt. 1 - 6, 9 sowie teilweise in den Artt. 7 und 18 Aufklärungspflichten²⁶³. Die Novelle übernimmt dabei viele der im Zuge gelehrter und richterlicher Rechtsfortbildung ausgeform-

ten Informationspflichten und unterscheidet, ebenso wie die Lehre, *verschiedene Stadien der Aufklärung*: Information durch Prospektgestaltung, vorvertragliche Unterrichtungspflichten und Mitteilungspflichten vor der Reise²⁶⁴.

Mit der Information im Prospekt gemäss Art. 3 soll eine *mängelfreie Willensbildung*, die ja bereits beim Prospektstudium beginnt, sichergestellt werden. Art. 6 nimmt die schon von der Lehre entwickelten Informationspflichten (Hinweis auf den Leistungsumfang sowie die Preise inkl. aller Flughafengebühren, Einreisesteuern u. dgl.) auf. Weitere vorvertragliche Aufklärungspflichten finden sich in Art. 4, der vorschreibt, dass dem Kunden die Vertragsbedingungen und die detaillierten Reiseangaben schriftlich mitzuteilen sind. Weiter bestimmt Art. 4, dass der Reiseveranstalter oder der Vermittler den Reisenden vor Vertragsschluss über gesundheitsspolizeiliche Formalitäten sowie über Pass- und Visumserfordernisse und deren Fristen zu unterrichten hat. Der Aufklärungsumfang richtet sich dabei nach dem typischerweise *erkennbaren Empfängerhorizont*. Vom Veranstalter wird beispielsweise erwartet, dass er nicht nur über die für schweizerische Staatsangehörige geltenden Vorschriften aufklärt, sondern spontan auch Bürger der EU- und der EFTA-Staaten auf die für sie geltenden Vorschriften hinweist.

Neben diesen Informationspflichten, die alle vor dem Vertragsschluss zu erfüllen sind, brauchen einzig Informationen technischer Natur, z.B. Hinweise auf genaue Abflugzeiten und Besammlungsorte, die keinen Einfluss auf die Willensbildung und -entscheidung haben, erst vor Reisebeginn, mithin nach Vertragsabschluss, mitgeteilt zu werden.

Das Pauschalreisengesetz enthält, im Gegensatz etwa zum KKG, *keine spezialrechtlichen Sanktionen* für die Missachtung der Informationspflichten. Werden die insbes. in den Artt. 4 und 5 verankerten vorvertraglichen bzw. vertraglichen Aufklärungspflichten verletzt, finden deshalb die allgemeinen schuldrechtlichen Regeln Anwendung²⁶⁵.

VI. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

1. Vorbemerkung

Entsprechend dem der Arbeit zugrundeliegenden Thema wurde die Befunderhebung auf Informationspflichten beschränkt, die nicht zum Hauptleistungsprogramm von Dienstleistungs-

²⁶⁴ Dazu ROBERTO, Pauschalreisengesetz 9.

²⁶⁵ Vgl. ROBERTO, Pauschalreisengesetz 9; er weist darauf hin, dass die Informationspflichten in der Preiskannigabeverordnung verankert werden sollen, welche neben zivilrechtlichen auch strafrechtliche Sanktionen enthält.

²⁵⁷ Vgl. das unmittelbar zuvor erwähnte Beispiel.

²⁵⁸ BGH WM 1993, 1509.

²⁵⁹ Und auch nur bereit sind, für die in diesem Rahmen erfolgte Tätigkeit ein Honorar zu entrichten. Dazu ausführlich unten 3. Kap. III 3.

²⁶⁰ GIRSBERGER 68, 67ff., 44f.; SCHLUEP/BAUDENBACHER 924; bes. ausführlich STAUDER 427f.

²⁶¹ GIRSBERGER 68.

²⁶² BARTL 29 N 8a (Unterstreichung eingefügt).

²⁶³ Auch ROBERTO, Pauschalreisengesetz 9 betont, dass die Regelung der Informationspflichten des Reiseveranstalters ausserordentlich detailliert ausgefallen ist.

verhältnissen gehören²⁶⁶. Die folgenden Aussagen beziehen sich deshalb nur auf die nach hier zugrundeliegender Terminologie²⁶⁷ als Aufklärungspflichten zu bezeichnenden Obligationen, nicht dagegen auf eigentliche Beratungspflichten.

2. Trend zu vermehrter Statuierung von Aufklärungspflichten in Dienstleistungsverhältnissen

Das überall feststellbare Begehren nach mehr Transparenz besteht auch und gerade in Dienstleistungsverhältnissen. Lehre, Judikatur und die aktuelle Gesetzgebung trachten danach, dieses Bedürfnis durch vermehrte Statuierung von Aufklärungspflichten zu befriedigen. Zugleich werden stets höhere Anforderungen an den Inhalt und den Umfang der Aufklärung gestellt. Diese Entwicklung ist in Deutschland weiter vorangeschritten als in der Schweiz und wird vielleicht in nicht allzu ferner Zukunft einen Wendepunkt erreichen. In unserem Land wird die Statuierung von Aufklärungspflichten, wie neueste Urteile und Gesetzesentwürfe belegen, jedoch noch während längerer Zeit Konjunktur haben.

3. Unabhängigkeit der Aufklärungspflichten von der dogmatischen Qualifikation zugrundeliegender Verhältnisse

Ob Aufklärungspflichten von der Lehre und der Rechtsprechung bejaht werden, hängt kaum von der rechtlichen Einordnung des zugrundeliegenden bzw. beabsichtigten Dienstleistungsverhältnisses ab. Die Frage, ob bereits ein Vertrag abgeschlossen wurde oder ob die Parteien sich noch in vorvertraglicher Beziehung gegenüberstehen, ist ebenso wenig relevant wie die Unterscheidung der zugrundeliegenden Vertragstypen in Interessenwahrnehmungs- und Interessengensatzkontrakte. Dies gilt nicht nur für das Bankgeschäft²⁶⁸ oder die Arzt-Patienten-Beziehung, sondern für die Dienstleistungsbeziehungen ganz allgemein.

4. Der Annahme von Aufklärungspflichten zugrundeliegende Kriterien

Die Befunderhebung hat gezeigt, dass vier Kriterien, und nicht dogmatische Differenzierungen, für die Beurteilung von Bestand, Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten von entscheidender Bedeutung sind:

²⁶⁶ Dazu oben I. Kap. III.

²⁶⁷ Dazu oben I. Kap. II.

²⁶⁸ Man denke an das oben II. 4 c aa wiedergegebene Zitat des RGZ, wonach zur Beurteilung der Aufklärungspflichten des Bankiers die Rechtsform des zugrundeliegenden Geschäfts unerheblich ist, oder die Tatsache, dass die ärztliche Aufklärungspflicht unabhängig vom zugrundeliegenden Rechtsverhältnis zu erfüllende Berufspflicht des Arztes ist, oben III.

1. *Erkennbarer Informationsbedarf*: In allen untersuchten Dienstleistungsverhältnissen beantwortet sich die Frage, ob Aufklärungspflichten angenommen werden oder nicht, nach dem erkennbaren Schutzbedarf²⁶⁹, der durch die Risiken der Dienstleistungserbringung verursacht wird: Der unmittelbar bevorstehende Zusammenbruch des Anweisungsbezüglichen, die Aussichtslosigkeit des mit dem Kredit zu finanzierenden Geschäfts, die mit einer bestimmten Anlage verbundenen Risiken, die möglichen Komplikationen und u.U. finanziellen Konsequenzen einer Operation, die Gefahren eines Bauvorhabens usw. lösen Aufklärungspflichten aus²⁷⁰.

2. *Wissensvorsprung*: In der Regel kommt es für das Bestehen einer Aufklärungspflicht darauf an, dass ein konkreter Vorsprung im präsenten Wissen über die genannten Risiken vorliegt. Dieser Wissensvorsprung hängt von den fachlichen Kenntnissen des Dienstleistungserbringers und des Konsumenten ab, worauf z.B. das BEHG explizit Bezug nimmt. Entscheidend ist ebenfalls die Komplexität²⁷¹ der Dienstleistungserbringung.

3. *Funktion*: Auch der Zweck und die Art der konkreten Dienstleistung entscheiden darüber, inwiefern Aufklärungspflichten bestehen oder nicht. So sind z.B. im Kreditgeschäft und im Zahlungsverkehr Aufklärungspflichten eine Seltenheit; derweil sie im Anlagegeschäft sehr häufig anzunehmen sind. Bei diesem hängt es wiederum davon ab, ob ein Anlagevermittlungs- oder ein Anlageberatungsverhältnis vorliegt.

4. *Rolle*: Lehre und Rechtsprechung knüpfen Aufklärungspflichten auch an die vom Dienstleistungserbringer eingenommene Rolle an, wenn z.B. von der Bank bei der Anlagevermittlung mehr Aufklärung verlangt wird als von einer Vertriebsgesellschaft.

Auf diese Merkmale wird bei der Konkretisierung eines Systems zur Bestimmung der Aufklärungspflichten zurückzukommen sein.

²⁶⁹ Oder Informationsbedarf, da der Schutz durch Information erfolgt.

²⁷⁰ Vgl. oben bei den jeweiligen Dienstleistungsgeschäften.

²⁷¹ Diese hat nichts mit dem Schutzbedarf zu tun: es gibt hochkomplexe Dienstleistungen, die völlig risikolos sind und deshalb keinen Schutz- d.h. Informationsbedarf auslösen.

3. KAPITEL: DOGMATIK DER AUFKLÄRUNGSPFLICHTEN

„...it seems as if contractual relations depend not on the will of the parties but on externally imposed substantive moral judgements of what the relations between the parties should be.“¹

I. Möglichkeiten zur dogmatischen Abstützung der Aufklärungspflichten

1. Unerheblichkeit einer dogmatischen Betrachtung?

a) Die finale Begründung der Aufklärungspflichten

Aufklärungspflichten werden, wie Verhaltenspflichten im allgemeinen, häufig „zur Risikoverteilung und zur Kompensation von Ungleichgewichtslagen“ herangezogen². Mit dem „Einsatz“ von Nebenpflichten und den mit der culpa in contrahendo sowie der positiven Vertragsverletzung gegebenen Sanktionsmöglichkeiten fällt es nämlich leicht, je nach gewünschtem Resultat Risikozuweisungen und -verlagerungen vorzunehmen und Vermögensinteressen des Gläubigers zu schützen, oder ihnen den Schutz zu versagen³. Ein solcher Gebrauch der Verhaltenspflichten lässt sich vor allem, aber nicht nur⁴, in sog. Konsumentenverträgen⁵ ausmachen⁶.

¹ CHARLES FRIED, *Contract as promise, A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge, Massachusetts and London 1981, 75.

² WIEGAND, *Haftung für Dienstleistungen* 138.

³ So WIEGAND, *Haftung für Dienstleistungen* 137. Aufgrund ihrer tatbeständlichen Offenheit kann der Inhalt der Verhaltenspflichten beliebig ausgedehnt werden.

⁴ Vgl. dazu das Beispiel bei WIEGAND, *Haftung für Dienstleistungen* 139. Man denke auch an die Haftung von Gesellschaftsorganen und bankengesetzlichen Revisionsstellen.

⁵ Ausführlich dazu KOLLER-TUMLER und BRUNNER 591ff. In solchen Verhältnissen ist das Bedürfnis nach Kompensation von intellektuellen und finanziellen Ungleichgewichtslagen besonders gross.

⁶ Die finale Subsumtion und die Instrumentalisierung werden dabei meist verdeckt; selten werden die richterlichen Wertungen so offen dargelegt wie im Entscheid des Bezirksgerichts Zürich ZR 1989, 92f.: Hier wurde

b) Notwendigkeit dogmatischer Abstützung infolge Instrumentalisierung der Aufklärungspflichten

Der Gesetzgeber konnte die Komplexität der heutigen Verhältnisse sowie die Tatsache, dass ein immer grösserer Personenkreis an immer komplizierteren Geschäften teilhat, nicht voraussehen. Die Ausgleiche von Informationsdefiziten war deshalb lange Zeit kein rechtspolitisches Thema¹³. Aus diesem Grund existieren nur wenige gesetzlich ausdrücklich statuierte Aufklärungspflichten¹⁴. Jedenfalls noch bis vor ganz kurzem traf zu, dass sich die „lex scripta ... der Aufklärungspflichten vorerst nur zögernd“ annimmt¹⁵. Zwar wird heute von vielen anerkannt, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen dem Wandel in den Dienstleistungsverhältnissen u.a. durch vermehrte Statuierung von Informationspflichten angepasst werden müssen. Ein Prinzip jedoch, wonach die Schutzbedürftigkeit des einen Vertragspartners bereits Aufklärungspflichten des anderen auslösen würde, ist dem deutschen und schweizerischen Zivilrecht bis heute fremd¹⁶.

Vor diesem Hintergrund müssen Urteile, die Aufklärungspflichten gestützt auf die allgemeinen Regeln des Schuldrechts bejahen¹⁷, besonders strengen Anforderungen genügen, was ihre *dogmatische Begründung* anbelangt. Genau diese Exaktheit lassen viele Urteilsbegründungen aber oft vermissen: Aufklärungspflichten werden mit den unterschiedlichsten, mehr oder weniger zufällig gewählten juristischen Konstruktionen begründet. Zu ihrer Abstützung werden wahlweise und oftmals miteinander austauschbar die absichtliche Täuschung, Deliktstatbestände, die culpa in contrahendo, vertragliche Nebenpflichten oder konkludent abgeschlossene Beratungsverträge herangezogen. In einzelnen Urteilen werden Aufklärungspflichten sogar mehr oder weniger offen schlicht mit dem Vorhandensein eines Aufklärungsbedürfnisses¹⁸ motiviert.

Gerade aus diesen Gründen ist eine Untersuchung der Dogmatik der Aufklärungspflichten unentbehrlich¹⁹. Denn der Zwang zur Abstützung der Aufklärungspflichten auf eine aner-

¹³ S. zu dieser Entwicklung die Ausführungen zum Kapitalanlagegeschäft oben 2. Kap. II 4.

¹⁴ Die oben dargestellten gesetzlichen Informationspflichten stammen fast alle aus neuester Zeit (Bundesgesetz über die Pauschalreisen, BEHG).

¹⁵ GERNHUBER 190.

¹⁶ Vgl. nur KLENSCHMITT 76.

¹⁷ Vgl. dazu KLENSCHMITT 77, anders ist es bei den gesetzlich verankerten, konkret umschriebenen Informationspflichten, z.B. jenen des Bundesgesetzes über die Pauschalreisen, dazu oben 2. Kap. V 2.

¹⁸ Vgl. etwa BGE 119 II 335: „Ist ... ersichtlich, dass der Kunde von den Risiken keine Ahnung hat, muss ihm die Bank darauf hinweisen.“ (In casu wurde die Klage abgewiesen, da der Kunde aufgeklärt war.)

¹⁹ Auch WIEGAND, Aufklärung 151 betont, dass die dogmatische Grundlage der (ärztlichen) Aufklärungspflichten näher einzuzugrenzen sei, auch wenn niemand am Bestehen dieser Pflichten zweifle.

Dass Aufklärungspflichten von der Rechtsprechung oftmals *statuiert*, weil sie in einer bestimmten Situation *gebraucht werden*, ist denn auch die Kernaussage in KLINGLERS Dissertation „Aufklärungspflichten im Vertragsrecht - Hypothesen zu ihrer richterlichen Instrumentalisierung“. In der Untersuchung werden dabei *drei Gründe* für die *Instrumentalisierung* der Aufklärungspflichten ausgemacht: Instrumentalisierung zugunsten sozial Schwächerer⁷, im Interesse leicht konstruier- und beweisbarer Lösungswege⁸ und schliesslich zum Schutze von Leistungserwartungen, welche durch das „herkömmliche Recht“ nur unter Schwierigkeiten berücksichtigt werden können⁹. KLINGLER nennt - und hier liegt die Bedeutung seiner Arbeit auch für das schweizerische Recht - eine Reihe von Merkmalen, bei deren Vorliegen im Einzelfall eine richterliche Instrumentalisierung der Aufklärungspflichten angenommen werden kann. Gewichtige dafür sprechende Indizien sind die Sorgfalt bei der Ermittlung der Aufklärungsbedürftigkeit, die dabei verwendeten Wertungen, die Verteilung der Beweislast für die hypothetische Kausalität und die Dichte der dogmatischen Erörterungen¹⁰.

Ausführungen über die Aufklärungsbedürftigkeit fallen auch in der schweizerischen Rechtsprechung detailliert aus und fliessen als Wertungen in die Entscheidungen ein¹¹. Auch werden die dogmatischen Grundlagen der Aufklärungspflichten häufig recht knapp abgehandelt¹². Es kann deshalb wohl davon ausgegangen werden, dass die Erkenntnisse von KLINGLER Untersuchung ebenfalls in der Schweiz ihre grundsätzliche Gültigkeit haben. Auch unsere Gerichte statuieren Aufklärungspflichten, weil sie gebraucht werden, oftmals unter Vernachlässigung oder beliebiger Verwendung der dogmatischen Grundlagen. Daraus könnte geschlossen werden, dass eine dogmatische Analyse der Aufklärungspflichten entbehrlich sei. Dem ist jedoch nicht so, wie im folgenden gezeigt werden soll.

das „konsumentenschutzrechtliche Ungleichgewichtsprinzip“ als „neuer Grundsatz des positiven Rechts“ bezeichnet und ein Arztvertrag unter sozialpolitisch motivierter Anwendung dieses Prinzips um die wirtschaftliche Aufklärungspflicht ergänzt.

⁷ KLINGLER 109ff.

⁸ KLINGLER 64ff.

⁹ KLINGLER 84ff.

¹⁰ KLINGLER 32ff. Bei oberflächlichen dogmatischen Begründungen ist eher von einer Instrumentalisierung auszugehen.

¹¹ Vgl. dazu die im 2. Kap. II, III und hinten 4. Kap. IV 6 cc aufgeführten Beispiele aus der schweizerischen und deutschen Judikatur, z.B. in bescheidenen Verhältnissen lebende Frau, Rentner, Kleingewerbler, aus teurer Familie stammender Geschäftsmann etc.

¹² Vgl. dazu den Befund zum Bankgeschäft und zur Arzt-Patientenbeziehung 2. Kap. II, III.

kannte dogmatische Grundlage sollte im Idealfall bewirken, dass der Richter seine letztlich auf Wertungen beruhende Entscheidung auf ihre *Vereinbarkeit mit den Prinzipien des Schuldrechts* überprüft. Das ernsthafte Suchen nach der „richtigen“ dogmatischen Begründung kann so etwa verhindern, dass von ihrem Sinn und ihrem Geltungsgrund her unterschiedliche Pflichten gleich behandelt werden, bloss weil ihr Gegenstand die Weitergabe von Informationen ist²⁰. Dogmatische Korrektheit und Ehrlichkeit erschweren überdies das Entstehen von Abwehrreflexen gegen völlig legitime Aufklärungspflichten²¹.

2. Aufklärungs-„pflichten“ gestützt auf die Vorschriften über die Willensmängel?

a) Grundlagenirrtum?

Ein qualifizierter Motivirrtum oder Grundlagenirrtum liegt vor, wenn sich eine Partei über einen bestimmten Sachverhalt irrt, der nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als notwendige Vertragsgrundlage betrachtet wurde. Nach h.L. und bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird eine *fehlende Vorstellung*, oder die *Unkenntnis* (ignorantia) der unrichtigen, irrtumsbehafteten Vorstellung gleichgestellt²². Schliesst eine Partei mithin einen Vertrag, ohne von den damit zusammenhängenden Risiken eine Ahnung zu haben, so ist nicht nur - aufgrund der Informationsbedürftigkeit - eine aufklärungspflichttypische Situation gegeben. Vielmehr liegt auch ein Motivirrtum vor, der bei Vorliegen der qualifizierenden Voraussetzungen²³ als Grundlagenirrtum²⁴ zur Unverbindlichkeit des Vertrags führt²⁵.

Hätte die Gegenseite den in Unkenntnis handelnden Partner über die Risiken des Geschäfts informiert, so könnte dieser keinen Irrtum geltend machen. Daraus folgt: Durch die Aufklärung der Gegenseite kann vermieden werden, dass sich diese erfolgreich auf das Vor-

²⁰ So unterliegt etwa die Sicherungsaufklärungspflicht völlig andern Regeln als die Eingriffsaufklärung; sie stellt bei genauer Betrachtung gar keine Aufklärungspflicht, sondern eine Leistungspflicht des Arztes dar. Dazu hinten 4.Kap. I 3 c cc.

²¹ Aufsatzteil wie „Aufklärungspflichten ohne Grenzen“ (GRUNEWALD) illustrieren diese Abwehrhaltung. Der Autor hat an verschiedenen Tagungen in Deutschland anlässlich von Referaten über Aufklärungspflichten im Bankgeschäft festgestellt, dass der Begriff zu einem eigentlichen Reizwort geworden ist. So sprach ein Teilnehmer etwa nur noch von „Abschreckungspflichten“.

²² Statt aller SCHMIDLIN, Art. 23/24 OR N 11 m.w.H.

²³ Objektive und subjektive Wesentlichkeit sowie Erkennbarkeit, vgl. statt aller SCHMIDLIN, Art. 23/24 OR N 437.

²⁴ So hätten sich die unerfahrenen Kleingewerbetreibende, die in Unkenntnis der hohen Risiken Waretermingeschäfte abgeschlossen, grundsätzlich auch auf Grundlagenirrtum berufen können.

²⁵ Zur hier nicht interessierenden Kontroverse über die verschiedenen Theorien der einseitigen Unverbindlichkeit vgl. SCHMIDLIN, Art. 23/24 OR N 110ff.

liegen eines Irrtums zu berufen vermag. Schlagwortartig könnte man deshalb davon sprechen, dass der Irrtumstatbestand weder Aufklärungspflichten noch Aufklärungsbefreiungen, dafür aber eine „funktionelle Informationsveranlassung“ enthält²⁶. Die Art. 23 i.V.m. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR begründen selber jedoch keine Aufklärungspflicht²⁷, und sie setzen eine solche, anders als die absichtliche Täuschung gemäss Art. 28 OR, auch nicht voraus²⁸; ein Grundlagenirrtum kann nämlich auch ohne vorbestehende Aufklärungspflichten vorliegen, etwa beim Kauf eines von beiden Parteien für echt gehaltenen Gemäldes, das sich im nachhinein als eine Fälschung erweist²⁹.

b) Absichtliche Täuschung?

Nach einhelliger Auffassung fällt unter den Begriff der absichtlichen Täuschung gemäss Art. 28 OR nicht nur die Vorspiegelung falscher Tatsachen, sondern auch das Verschweigen von Tatsachen, sofern eine Pflicht zur Aufklärung besteht³⁰. Nach Lehre und Praxis zu Art. 28 OR wird eine solche Pflicht nur angenommen, wenn sich diese aus besonderer gesetzlicher Vorschrift oder aus Vertrag ergibt, oder wenn eine Mitteilung aufgrund besonderer Umstände nach Treu und Glauben und den Verkehrsanschauungen geboten ist³¹. Das ist beispielsweise der Fall, wenn der Gläubiger weiss, dass sich der potentielle Bürge bezüglich der Konsequenzen einer Bürgerschaft in einem Irrtum befindet und bei Kenntnis der wirklichen Sachlage den Bürgerschaftsvertrag nicht abschliessen würde³².

Die Aufklärungspflicht ergibt sich mithin nicht aus Art. 28 OR selbst, sondern wird von dieser Norm, sofern es um eine Täuschung durch Verschweigen von Tatsachen geht, als vor-

²⁶ Nach WINKLER VON MOHRENFELS 28 ist eine solche gegeben, „wenn die Rechtsordnung an die Erteilung oder Nichterteilung der Information zwar gewisse Rechtsfolgen knüpft, selbst aber nicht daran interessiert ist, ob die Information erteilt wird oder nicht“. Die funktionelle Informationsveranlassung muss von der teleologischen Aufklärungsveranlassung abgegrenzt werden: bei letzterer ist die „Nötigung“ zur Informationserteilung vom jeweiligen Tatbestand gezielt bezweckt, z.B. bei den unten im Text zu zeigenden Informationsbefreiungen im Werkvertragsrecht.

²⁷ Deren Verletzung zu einem Schadensersatzanspruch der Gegenseite führt. Es handelt sich bei der Aufklärung nicht um eine Obliegenheit, denn die Nichtaufklärung wird vom Gesetz nicht direkt mit rechtlichen Nachteilen verbunden; vgl. dazu VON TUHR/PETER 12.

²⁸ Zum Verhältnis zwischen Aufklärungspflichten und Grundlagenirrtum vgl. hinten II.

²⁹ Vgl. etwa BGE 114 II 131ff.

³⁰ Vgl. nur BGE 116 II 431ff.

³¹ Vgl. SCHWENZER, Art. 28 OR N 8; BUCHER, OR AT 220, beide m.w.H. Die Konkretisierung dieser Prinzipien ist ein Hauptziel der Arbeit, dazu unten 4. Kap. IV.

³² So anerkannte das Bger eine Aufklärungspflicht des Gläubigers, der wusste, dass der Bürge bei Kenntnis der verzweifelten finanziellen Situation des Hauptschuldners die Bürgerschaft nicht eingegangen wäre, BGE 57 II 276ff. Weiter Entscheide und Hinweise dazu oben 2. Kap. II 2 b.

pfligt³⁸, sanktioniert das Gesetz doch selbst explizit das *Verschweigen* von Mängeln³⁹. Die Artt. 192 Abs. 3 und 199 OR stellen also eine Handlungspflicht auf, deren Verletzung, d.h. die Nichtaufklärung, sie mit einer Sanktion belegen. In der Sprache der strafrechtlichen Doktrin ausgedrückt, liegt ein *echter Unterlassungsstatbestand* vor, dessen Erfüllung keine vorbestehende Garantienpflicht voraussetzt⁴⁰. Dem entspricht, dass das Objekt der Unterlassung, nämlich das Verschweigen der Mängel, explizit genannt wird. Die Artt. 192 Abs. 3 bzw. 199 OR statuieren somit selbstständig „Pflichten“ zur Aufklärung über Sach- und Rechtsmängel von Kaufsachen. Deren Bestehen hängt im wesentlichen nur vom Wissen um diese Mängel ab⁴¹. Es versteht sich, dass diese Aufklärungspflichten *keine echten Pflichten* darstellen. Denn der Verkäufer kann weder zur Aufklärung angehalten werden⁴², noch bei Verletzung der „Aufklärungspflicht“ zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet werden. Es wird somit nicht eine wirkliche Aufklärungspflicht, sondern bloss eine Aufklärungsobliegenheit statuiert⁴³.

³⁸ Dazu GIGER, Art. 192 OR N 73. Anders aber PALANDT-PUTZO § 443 BGB N 2, der das Verschweigen nur dann als relevant betrachtet, wenn eine Offenbarungspflicht besteht. Gegenüber der Auffassung, welche auch bei dieser und anderen Arglistbeständen die Offenbarungspflicht letztlich auf § 242 BGB abstützt, deutet kritisch BREIDENBACH 5f.

³⁹ Dies übersieht GIGER, Art. 199 OR N 35ff., der eine Aufklärungspflicht nur annehmen will, wenn sich eine solche aus spezialgesetzlichen Vorschriften, aus Vertrag oder aus Art. 2 ZGB ergibt. Natürlich kann aus dem Prinzip von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr in bestimmten Situationen eine Offenbarungspflicht des Verkäufers resultieren, doch muss dieses Prinzip gar nicht bemüht werden, sanktionieren doch bereits die Artt. 192 Abs. 3 bzw. 199 OR das Verschweigen der Mängel. Daran ändert die Selbstverständlichkeit nichts, dass der Grundgedanke dieser Vorschriften tatsächlich im Schutz von Treu und Glauben liegt.

⁴⁰ Vgl. dazu etwa STRATENWERTH, AT I § 14 N 3ff. Völlig fehlt geht GIGERS Hinweis (a.a.O.) darauf, dass die Aufklärungspflichten gemäss Art. 192 Abs. 3 und 199 OR eine Garantienpflicht voraussetzen würden, wie dies die strafrechtliche Doktrin z.B. zu Art. 148 StGB entwickelt hat. Gerade im Strafrecht wird mit der Unterscheidung zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten klar betont, dass dort, wo die Norm selbst explizit das Unterlassen sanktioniert (z.B. Art. 128 StGB, Unterlassung der Nothilfe), eine Garantienpflicht gerade nicht vorausgesetzt wird. Hingegen erfordert Betrug, soll er durch Schweigen begangen werden, als unechtes Unterlassungsdelikt selbstverständlich das Bestehen einer Garantienpflicht.

⁴¹ So für die entsprechenden Tatbestände des deutschen Rechts (insbes. §§ 443, 463 BGB) BREIDENBACH 5f. Zu den Voraussetzungen, die an das Bestehen der Aufklärungsobliegenheiten gestellt werden, sofort unten im Text.

⁴² Ein allen hier zu erörternden Aufklärungspflichten gemeinsames Merkmal, das allein noch nicht gegen das Bestehen einer Pflicht sprechen würde.

⁴³ Eine Obliegenheit ist ein teleologischer, d.h. bewusst gewollter Veranlassungsatbestand, „dem weder ein Erfüllungs- noch ... ein Schadensersatzanspruch gegenübersteht.“ Der gewollte Zwang (und nicht bloss faktische Zwang wie bei der funktionellen Informationsveranlassung, dazu oben 2.a) wird „dadurch ausgeübt, dass der Belastete bei Verletzung der Obliegenheit eine Minderung seiner Rechte hinnehmen muss.“ WINKLER VON MOHRENFELS 26f.

bestehend vorausgesetzt. Art. 28 OR kann deshalb nicht zur Abstützung von Aufklärungspflichten herangezogen werden³³.

3. Aufklärungs-,pflichten“ gestützt auf die Vorschriften über die Wegbedingung der Gewährspflicht bzw. die Genehmigung von Werken

a) Artt. 192 Abs. 3 und 199 OR

Gemäss den Artt. 192 Abs. 3 und 199 OR ist die Vereinbarung über die Aufhebung oder Beschränkung der Rechts- und Sachmängelgewährleistung ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer das Recht eines Dritten bzw. die Mängel absichtlich verschwiegen hat. Damit die Wegbedingung der Gewährleistung unbeachtlich ist, müssen im einzelnen folgende Voraussetzungen erfüllt sein³⁴:

- Kenntnis des Mangels oder dolus eventualis bezüglich eines solchen, d.h. der Verkäufer rechnet mit der Möglichkeit eines Mangels;
- Wissen oder Annahme, der Käufer habe keine Kenntnis vom Mangel und würde bei Kenntnis den Kauf nicht eingehen bzw. den Haftungsausschluss nicht akzeptieren³⁵;
- Absichtliches, d.h. in der Terminologie des OR vorsätzliches Verschweigen des Mangels, um den Käufer zur Einwilligung in die Wegbedingung der Haftung zu verleiten.

Die herrschende Lehre nimmt ein absichtliches Verschweigen nur an, wenn eine Aufklärungspflicht vorbesteht³⁶. Es wird somit davon ausgegangen, dass die Artt. 192 Abs. 3 bzw. 199 OR nicht selber Aufklärungspflichten statuieren, sondern im Gegenteil bloss voraussetzen. Nach anderer und richtiger Auffassung³⁷ erfordert die Ungültigkeit der Wegbedingung der Sach- und Rechtsmängelgewährleistung dagegen nicht eine vorbestehende Offenbarungs-

³³ Bei § 123 BGB (Anfechtbarkeit wegen Täuschung oder Drohung) kommt BREIDENBACH 5 zum gleichen Schluss.

³⁴ GIGER, Art. 192 OR N 73; die Regelungen der Artt. 192 Abs. 3 und 199 OR sind inhaltlich identisch, trotz des leicht unterschiedlichen Wortlauts, HONSELL, Art. 199 OR N 6.

³⁵ Zum inhaltlich gleichlautenden § 443 BGB letzteres ergänzend PALANDT-PUTZO, § 443 BGB N 6.

³⁶ Vgl. etwa HONSELL, Art. 199 OR N 6, der sich zur Abstützung seiner Auffassung auf BGE 116 II 431ff. beruft, obwohl es dort um den grundlegend andersartigen Fall der absichtlichen Täuschung gemäss Art. 28 OR ging. Dieser Tatbestand setzt selbstverständlich eine vorbestehende Aufklärungspflicht voraus, dazu oben. Vgl. auch GIGER, Art. 192 OR N 73 und Art. 199 OR N 35; BGE 116 II 431, 434; PALANDT-PUTZO § 443 BGB N 2.

³⁷ Mit schlichter Eleganz BECKER Art. 192 OR N 18: „Wenn der Verkäufer aber Tatsachen verschweigt, die in den Augen eines verständigen Mannes eine wirkliche Gefahr für den ungestörten Genuss des Kaufgegenstandes bedeuten, so handelt er pflichtwidrig.“

oder wenn der Verkäufer (z.B. ein Bankier) eine „überragende Vertrauensstellung“ einnimmt⁴⁹.

Bei der Entwicklung eines beweglichen Systems zur Bestimmung der Aufklärungspflichten wird sich zeigen, dass diese Kriterien generell zur Beurteilung von Aufklärungspflichten herangezogen werden können.

b) Art. 370 Abs. 1 OR

Gemäss Art. 370 Abs. 1 OR wird der Unternehmer von der Haftung für Mängel trotz Genehmigung des Werks nicht befreit, wenn er dessen Mängel „absichtlich verschwiegen“ hat. Nach einhelliger Auffassung bezieht sich diese Vorschrift nicht auf „augenfällige“ Mängel, mögen sie dem Besteller auch unbekannt geblieben sein⁵⁰. Hingegen ist nicht erforderlich, dass es sich um eigentlich geheime, für den Besteller auch bei sorgfältiger Prüfung nicht feststellbare Mängel handelt⁵¹. Bereits das Unterlassen der Aufklärung über erkennbare, dem Besteller aber unbekannt Mängel verhindert den Eintritt der befreienden Wirkung der Genehmigung: Die Mängelrechte des Bestellers wirken trotz dessen Genehmigung nicht, der Unternehmer haftet weiterhin. Art. 370 Abs. 1 OR knüpft somit ebenfalls an das (explizit erwähnte) Unterlassen der Aufklärung eine für den Unternehmer nachteilige Rechtsfolge an. Auch bei dieser Aufklärungspflicht handelt es sich rechtstechnisch betrachtet um eine *Informationsobliegenheit*⁵².

Abstrahiert von den werkvertraglichen Besonderheiten, liegen der Aufklärungsobliegenheit von Art. 370 Abs. 1 OR die gleichen Kriterien wie den vorhin erörterten Informationspflichten der Art. 192 Abs. 3 und 199 OR zugrunde:

1. *Wissensvorsprung (hinsichtlich nicht offensichtlicher Mängel) und Erkennbarkeit derselben*: Wissen um bzw. Rechnen mit der Möglichkeit des Informationsvorsprungs (Unternehmer muss annehmen, der Besteller kenne den Mangel nicht und werde ihn vor-derhand nicht erkennen⁵³).
2. *Erkennbarer Informationsbedarf*: Wissen um oder Rechnen mit der Möglichkeit, dass der Informationsvorsprung einen Sachverhalt betrifft, der für eine rechtsgeschäftliche

⁴⁹ So GIGER, Art. 199 OR N 40; ob jeder Bankier eine solche „überragende“ Vertrauensstellung einnimmt, braucht bei Betrachtung des idealtypischen Falles nicht beantwortet zu werden.

⁵⁰ Statt aller GAUTSCHI, Art. 370 OR N 8b.

⁵¹ ZINDEL/PULVER, Art. 370 OR N 11; GAUCH, Werkvertrag N 1505; PEDRAZZINI 527.

⁵² Zur Begründung siehe oben I 3.

⁵³ Vgl. ZINDEL/PULVER, Art. 370 OR N 9.

Hinter diesen Informationsobliegenheiten steht die gesetzgeberische Grundüberlegung, dass vom Verkäufer „die Bekanntgabe solcher Tatsachen, die für einen verständigen Menschen nach den Erfahrungen des täglichen Lebens und den Anschauungen des Verkehrs eine wirkliche Gefahr für die uneingeschränkte Ausübung der veräusserten Rechte bedeuten könnten“⁴⁴, verlangt werden kann⁴⁵.

Abstrahiert man vom spezifisch kaufrechtlichen Gehalt der Art. 192 Abs. 3 bzw. 199 OR, zeigt sich, dass der Gesetzgeber die Aufklärungspflichten an das Vorliegen von drei Elementen anknüpft⁴⁶:

1. *Wissensvorsprung (hinsichtlich nicht augenfälliger Mängel) und Erkennbarkeit derselben*: Wissen um bzw. Rechnen mit der Möglichkeit des Informationsvorsprungs, d.h. dass der Käufer den Mangel nicht kennt⁴⁷.
 2. *Erkennbarer Informationsbedarf*: Wissen oder Rechnen mit der Möglichkeit, dass es sich beim Informationsvorsprung um einen Sachverhalt handelt, der für eine rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche Willensäusserung (sc. Zustimmung zum Gewährleistungsabschluss) entscheidungserheblich ist.
 3. *Funktion/Natur des Geschäfts*: Die mit jedem Kaufvertrag typischerweise verbundene Erwartung, dass mit der Anschaffung der Kaufsache der uneingeschränkte Genuss der erworbenen Sache einhergeht, rechtfertigt die konkreten gesetzlichen Offenbarungspflichten⁴⁸.
- Von der Lehre wird zur Konkretisierung der beiden gesetzlich verankerten Aufklärungsobliegenheiten zusätzlich folgendes Kriterium eingebracht:
4. *Berufliche Eigenschaften/Rolle*: Besonders hohe Anforderungen werden an die Aufklärung gestellt, wenn der Verkäufer als Fachmann einem laienhaften Käufer gegenübertritt,

⁴⁴ FURRER 31. Gestützt auf die mit der Eigentumsverschaffungspflicht verbundenen Offenbarungspflicht, dies gilt mutatis mutandis auch für Sachmängel.

⁴⁵ So GIGER, Art. 192 OR N 74.

⁴⁶ Insbesondere muss von der Tatsache abstrahiert werden, dass das Gesetz das Objekt der Information näher spezifiziert, indem die Aufklärungspflicht nach Art. 192 Abs. 3 OR zum vornherein nur hinsichtlich von Rechtsmängeln bzw. der Gefahr der Entwehrung besteht.

⁴⁷ Während üblicherweise auch die fahrlässige Verletzung von Aufklärungspflichten zu Schadensersatzpflichten führt, löst das Versäumnis der Aufklärungsobliegenheit gemäss Art. 192 Abs. 3 und 199 OR nur bei Vorsatz, dolus eventualis eingeschlossen, einen Rechtsmangel aus. Grobe Fahrlässigkeit reicht nicht aus. Vgl. GIGER, Art. 192 OR N 75; HONSELL, Art. 192 OR N 8.

⁴⁸ Vgl. oben im Text.

hier liegt die Bedeutung der Darstellung dieser Behelfe, jedoch allgemein zur Bestimmung von Aufklärungspflichten heranziehen lassen.

4. Aufklärungspflichten gestützt auf Deliktsrecht

a) **Bedeutung neben den vorvertraglichen und vertraglichen Anspruchsgrundlagen**
Verursacht das Zurückhalten von Informationen einen Schaden, so bieten sich als dogmatische Haftungsgrundlagen zur Lastenüberwälzung auf die Gegenseite in erster Linie⁵⁷ der Vertrag⁵⁸ und die culpa in contrahendo⁵⁹ an.⁶⁰

Da jede Sanktionierung einer Handlung oder einer Unterlassung mit einer deliktsrechtlichen Schadensersatzpflicht ein Verbot des bzw. ein Gebot zum entsprechenden Verhalten setzt, lassen sich Aufklärungspflichten, sofern solche Gebote bestehen, grundsätzlich auch auf Art. 41 OR abstützen⁶¹. Die Informationspflichten resultieren dann als Verhaltenspflichten aus deliktsrechtlichen Gebotsnormen⁶². Die deliktsrechtliche Haftung wird allerdings erst interessant, wenn im Einzelfall weder ein vertragliches noch ein vorvertragliches Verhältnis, aus dem eine Aufklärungspflicht abgeleitet werden könnte, vorliegen. Das ist nicht leichtfin anzunehmen: die Aufklärung bezieht sich meist auf Umstände, die für das rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche Verhalten entscheidungsrelevant sind⁶³, weshalb zumindest eine vorvertragliche Haftung häufig im Vordergrund stehen wird. Die Untersuchung, ob das Deliktsrecht zur dogmatischen Abstützung von Aufklärungspflichten herangezogen werden kann, ist trotzdem nicht nur von akademischem Interesse. Wenn nämlich anstelle des Vertragspartners, z.B. einer insolventen Bank oder einer konkursiten Anlagevertriebsgesellschaft, deren Personal, etwa Anlageberater oder Telefonverkäufer, in Anspruch genommen werden sollen, kann der Geschädigte seine Forderungen nicht auf vertragliche Haftungsgrundlagen abstützen. Dieses Beispiel ist nicht etwa praxisfremd, in der deutschen Judikatur gibt es dazu einige Fälle⁶⁴.

⁵⁷ Unter Ausklammerung neuerer Haftungskonzepte, wie z.B. des gesetzlichen Schuldverhältnisses, dazu ausführlich unten 4. Kap. III.

⁵⁸ Dazu unten 6.

⁵⁹ Dazu unten 5.

⁶⁰ Die ebenfalls zur Lasten- und Risikoverteilung geeigneten Vorschriften über die Willensmängel wurden oben sub 2 behandelt.

⁶¹ Vgl. dazu etwa KLEINSCHMITT 81.

⁶² MÜNCHKONM-MERTENS, § 826 BGB N 182.

⁶³ Dazu unten 4. Kap. I 3 b.

⁶⁴ Vgl. nur BGH WM 1994, 149ff.

oder rechtsgeschäftsähnliche Willensäußerung (nämlich Genehmigung des Werks) entscheidungserheblich ist.

3. **Funktion/Natur des Geschäfts:** Das Bestehen von Aufklärungspflichten rechtfertigt sich insbesondere auch dadurch, dass der Unternehmer, der für einen Kunden ein Werk herstellt, zumindest partiell interessenwahmehmende Aufgaben übernimmt. Ein absichtliches Versäumen der Aufklärungspflichten würde deshalb als besonders treuwidrig erscheinen.

4. **Rolle:** Dem Unternehmer als Werkhersteller kommt in noch ausgeprägterem Ausmass als dem Verkäufer eine Expertenrolle zu, welche starken Einfluss auf das Wissensgefälle und das ihm entgegengebrachte Vertrauen hat.

c) Fazit: Verwendbarkeit der gesetzlichen Wertungen

Wohl statuieren die Artt. 192 Abs. 3, 199 und 370 Abs. 1 OR keine echten Aufklärungspflichten, sondern nur Informationsobligationen. Unterlässt der Verkäufer die Aufklärung, treten nicht die üblichen Folgen einer Pflichtverletzung ein: Der Käufer kann nicht auf Erfüllung klagen, noch schuldet der Verkäufer wegen der Verletzung seiner „Pflicht“ Schadensersatz, er erleidet bloss einen Rechtsverlust. Die hier statuierten Aufklärungspflichten sind allerdings der echten Rechtspflicht ähnlicher als andere „Pflichten minderen Grades“, da es für den Eintritt des Rechtsnachteils darauf ankommt, dass ein Verschulden (genauer: Vorsatz) vorliegt⁵⁴.

Die Artt. 192 Abs. 3, 199 und 370 Abs. 1 OR⁵⁵ verankern auch nicht eine generelle Informationsobligation. Die mit dem Versäumen der Aufklärung explizit verbundenen Rechtsnachteile entstehen nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen⁵⁶. Abstrahiert man von den spezifisch kauf- und werkvertragsrechtlichen Besonderheiten dieser Aufklärungspflichten, zeigt sich, dass der Gesetzgeber sie an bestimmte, stets gleiche Kriterien geknüpft hat. Die diesen Kriterien zugrundeliegenden gesetzgeberischen Wertungen sollten sich, und

⁵⁴ VON TUHR/PETER 13.

⁵⁵ Art. 203 OR, wonach eine Beschränkung der Gewährleistung wegen versäumter Anzeige beim Kauf im Falle einer absichtlichen Täuschung des Käufers nicht stattfindet, entspricht vom Regelungsgehalt her dem Art. 370 Abs. 1 OR. Im Gegensatz zu diesem statuiert er jedoch die Aufklärungspflichten nicht selber, sondern setzt diese als vorbestehend voraus, soll die vom Gesetz geforderte „absichtliche Täuschung“ durch Schwerege erfolgen. Der Unterschied zu Art. 370 Abs. 1 OR, welcher die Aufklärungspflichten gleich selbst verankert, könnte darauf zurückzuführen sein, dass der Gesetzgeber im Werkvertragsrecht das im Kaufrecht stark betonte Interessengegensatzelement richtigerweise weniger stark hervorheben wollte.

⁵⁶ Oben 3.

(apodiktischen) Feststellung⁷⁰, dass ein *Fachmann*, wenn er sich denn auf die *Beantwortung von Fragen einlässt, aufgrund von Treu und Glauben gegenüber jedermann die Pflicht hat, wahrheitsgemässe Aussagen zu machen*⁷¹.

Diese Auffassung steht nicht etwa im Widerspruch zur Schuldrechtsdogmatik: Wie gesehen, schöpft das Bundesgericht die Pflicht zur wahrheitsgemässen Information aus dem Prinzip von Treu und Glauben⁷². Nun würde es allerdings nicht nur dem Wortlaut des Gesetzes⁷³, sondern auch der h.L.⁷⁴ und der Bundesgerichtspraxis⁷⁵ selber widersprechen, aus Art. 2 ZGB direkt Rechte und Pflichten abzuleiten. Als nicht unmittelbar vollziehbare Norm setzt Art. 2 ZGB vielmehr eine rechtliche Sonderverbindung voraus⁷⁶. Diese beruht in casu auf dem Vertrauen, das der Ratsuchende dem Ratgeber als Fachmann entgegenbringt. Die dadurch bewirkte rechtliche oder rechtsähnliche Beziehung wird durch Art. 2 ZGB⁷⁷ konkretisiert⁷⁸. Aus diesem Grund gelangt die Haftung für Rat und Auskunft denn auch nur zur Anwendung, wenn zwischen dem Auskunfterteilenden und dem Adressaten eine rechtliche Sonderverbindung vorliegt⁷⁹.

Der innere Grund dieser Haftung ist das *Vertrauensprinzip*⁸⁰: Der auskunfterteilende Fachmann erweckt bewusst Vertrauen; er hat berechtigtes Vertrauen demgemäss auch zu ho-

⁷⁰ Vgl. das Zitat oben im Text.

⁷¹ So auch KUHN 353.

⁷² Allerdings könnte bei manchen Entscheidungen der Eindruck aufkommen, dass die Rechtswidrigkeit bereits aus der Tatsache der unrichtigen Information gefolgert wird, ohne dass ernsthaft nach einer Schutznorm gesucht würde, vgl. dazu KAISER 115.

⁷³ Art. 2 Abs. 1 ZGB: Jedermann hat in *Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten* nach Treu und Glauben zu handeln.

⁷⁴ Statt vieler MERZ, Art. 2 ZGB N 29 m.w.H.

⁷⁵ Art. 2 ZGB ist „eine zu den die einzelnen Rechtsverhältnisse betreffenden Normen hinzutretende, sie ergänzende und ihre Anwendung mitbestimmende, aus ethischer Betrachtung geschöpfte Grundregel“, BGE 83 II 349.

⁷⁶ MERZ, Art. 2 ZGB N 29, 34.

⁷⁷ So interpretierend auch RASCHEN 309, der vom freiwilligen Eingehen einer Sonderverbindung durch den Auskunftgeber ausgeht, vergleichbar mit der strafrechtlichen freiwilligen Übernahme einer Garantstellung.

⁷⁸ Diese Begründung mag als „Trick“ erscheinen, da sie letztlich bewusst mit der Unbestimmtheit des Begriffs Sonderverbindung spielt. So wird in der Lehre denn auch kritisiert: Das „...Erfordernis der Sonderverbindung... ist in den meisten Fällen der unerlaubten Handlung nicht gegeben...“, MERZ, Art. 2 ZGB N 85.

⁷⁹ Wobei an deren Bestehen nicht sehr hohe Anforderungen gestellt werden, liegt doch jedesmal eine Sonderverbindung vor, wenn ein Fachmann Ratschläge erteilt, von denen ihm bewusst sein muss, dass sie für den Empfänger von entscheidungserheblicher Bedeutung sind.

⁸⁰ Zur Vertrauenshaftung ausführlich unten 4. Kap. III.

b) Die Praxis zu schlechtem Rat und falscher Auskunft

aa) Der schlechte Rat und die falsche Auskunft als Aufklärungspflichtverletzung

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts⁶⁵ trifft gestützt auf Art. 41 OR denjenigen eine Schadensersatzpflicht, der „aufgrund seines *Fachwissens* in Anspruch genommen wird, wunschgemäss Auskünfte erteilt oder Gefälligkeitsleistungen erbringt und dabei wider besseres Wissen oder leichtfertig unrichtige Angaben macht oder *wesentliche Tatsachen verschweigt, die ihm bekannt sind und von denen er sich sagen muss, dass ihre Kenntnis den in Frage stehenden Entschluss beeinflussen könnten*“⁶⁶. Das im Zusammenhang mit einer Auskunftserteilung erfolgte Verschweigen wesentlicher Tatsachen betrachtet das Bundesgericht dabei als Unterlassung; die deshalb zur Begründung der Haftung erforderliche „Garantenstellung“ folgert es aus dem fachmännischen Erteilen von Auskünften⁶⁷.

Auf diese komplizierte Konstruktion könnte allerdings verzichtet werden. Ist eine Auskunft nämlich „lückenhaft“, so liegt bei genauer Betrachtung keine Unterlassung, sondern gesamthaft eine fehlerhafte Informationserteilung und damit eine Handlung vor: Wer jemanden über Investitionen in bestimmten Bankaktien berät und dabei Hinweise z.B. auf das schlechte Rating unterlässt, erteilt eine im ganzen betrachtet mangelhafte, falsche Auskunft. Es macht diesfalls wenig Sinn, die positiv erteilte Partie der Auskunft als richtig, das Verschweigen der Nachteile dagegen als Unterlassung zu qualifizieren, mit dem Ergebnis, dass zur Begründung der Rechtswidrigkeit noch mit der Garantenpflicht argumentiert werden muss.

bb) Vorzüge der Abstützung der Haftung aus Aufklärungspflichtverletzungen auf die Praxis zu schlechtem Rat und falscher Auskunft

Die Zuordnung der Aufklärungspflichtverletzungen zur Haftung für schlechten Rat und falsche Auskunft hat den Vorteil, dass damit ein Haftungstatbestand verwendet wird, der auf dem sichereren Fundament der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der h.L.⁶⁸ steht. Wohl verneint ein Teil der Lehre die Rechtswidrigkeit einer falschen Auskunft mit dem Hinweis, dass in unserer Rechtsordnung jedenfalls bei Gefälligkeitshandlungen grundsätzlich keine allgemeine Wahrheitspflicht bestehe, so dass die Fälle fehlerhafter Auskunft allenfalls Art. 41 Abs. 2 OR zuzuordnen seien⁶⁹. Solcher Kritik begegnet das Bundesgericht mit der

⁶⁵ S. die ausgezeichnete Dokumentation der bger. Rechtsprechung bei KAISER 117ff.

⁶⁶ BGE 116 II 699 (Unterstreichung eingefügt); BGE 111 II 474; vgl. dazu im weiteren die oben 2. Kap. II 2-4 angegebenen Entscheide.

⁶⁷ BGE 116 II 699, exakter wäre der Begriff Garantenpflicht, die sich ihrerseits direkt aus der Garantstellung ergibt.

⁶⁸ Vgl. etwa m.w.H. KUHN 353.

⁶⁹ So BREHM, Art. 41 OR N 46.

dd) Haftung für falsche Auskunft und schlechten Rat schafft falsche Anreize

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Rat und Auskunft, die so stark darauf abstellt, dass sich der Fachmann auf das Auskunfterteilen eingelassen hat, hat eine konträrproduktive rechtstatsächliche Folge: Muss ein Fachmann, sei er Arzt, Rechtsanwalt, Bankier oder Architekt, damit rechnen, für unentgeltlich erteilte falsche Auskünfte zu haften, nicht dagegen, wenn er überhaupt auf das Geben von Rat und Auskunft verzichtet, schafft dies einen (sicher nicht im Interesse des Konsumenten liegenden) Anreiz, weniger Gefälligkeitsauskünfte und Ratschläge zu erteilen, sondern gänzlich zu schweigen. Zum Teil wird gar befürchtet, dass es bezüglich der Erteilung solcher Auskünfte zu einem „Verlassen des Marktes“ durch die dermassen „Belasteten“ kommen könnte⁸⁸. Diese Befürchtung enthält zweifellos einen wahren Kern, ist aber stark übertrieben. Immerhin darf nicht vergessen werden, dass jede im Rechtssinne „unentgeltliche“ Auskunft⁸⁹ entweder im Hinblick auf spätere Geschäfte erteilt wird oder der angemässigen Positionierung eines bestimmten Berufszweiges dient⁹⁰. In beiden Fällen steht der Auskunft somit ein wirtschaftliches Eigeninteresse gegenüber, das in der Regel verhindern wird, dass auf jegliches Erteilen von Informationen verzichtet wird⁹¹.

c) Aufklärung gestützt auf deliktische Handlungsgebote

Die Erfüllung des Tatbestandes von Art. 41 Abs. 1 OR durch *Unterlassen einer Aufklärung* setzt Schaden, adäquaten Kausalzusammenhang, Widerrechtlichkeit sowie Verschulden voraus. Neben der hypothetischen Kausalität⁹² bietet die Widerrechtlichkeit besondere Probleme, ist doch vom „Grundsatz der befugten Untätigkeit“⁹³ auszugehen. Nach einhelliger Auffassung besteht keine allgemeine Rechtspflicht, zugunsten Dritter einen Schaden abzuwenden⁹⁴. Die Rechtswidrigkeit der unterlassenen Aufklärung kann sich deshalb nur aus der *Verletzung*

⁸⁸ LOGES 166 hinsichtlich der Rechtsprechung des BGH zur Rat und Auskunft.

⁸⁹ Diese liegt vor, wenn keine auf das einzelne Rechtsgeschäft bezogene spezielle Gegenleistung erbracht wird, vgl. etwa HOPT, Rechtsprobleme 148.

⁹⁰ Abgesehen vom Fall der Gefälligkeitsauskunft im Sinne eines Freundschaftsdienstes.

⁹¹ Wird zudem auch das vollständige Verschweigen von entscheidungserheblichen Tatsachen sanktioniert (eben mit der hier zu erörternden Haftung aus Aufklärungspflichtverletzung), so wird der mit Bedacht Wortkarge in Zukunft nicht mehr besser gestellt werden als derjenige, welcher die Mühe auf sich nimmt, Informationen zu erteilen.

⁹² Da sich die aufklärungspflichtspezifischen Probleme mit dem Schaden, dem Verschulden und dem Kausalzusammenhang in gleicher Weise auch bei quasivertraglichen und vertraglichen Haftungsnormen stellen, werden diese Elemente unten III separat erörtert.

⁹³ Plastischer BGE 115 II 19.

⁹⁴ Statt aller vgl. BREHM, Art. 41 OR N 56.

normieren⁸¹. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung entspricht dabei dem (auch) im schweizerischen Schuldrecht zu beobachtenden Trend, das Vertrauensprinzip nicht mehr als blosses „ratio legis“, sondern immer mehr recht eigentlich als „lex“ zu betrachten⁸².

Da das Bundesgericht wie oben dargelegt in falscher Auskunft oder schlechter Raterteilung einen Verstoß gegen eine Schutznorm erblickt, die unkorrekte Informationserteilung als so rechtswidrig ist⁸³, wird selbstverständlich auch für reine Vermögensschäden gehaftet. Dies völlig unabhängig davon, ob das Vermögen nun mit der ganz überwiegenden Auffassung als Summe relativer Rechte⁸⁴ oder, wie es eine Minderheit vertritt, als absolutes Rechtsgut⁸⁵ betrachtet wird.

cc) Grenzen der Anwendung dieser Praxis auf die Haftung für Aufklärungspflichtverletzungen

Die Haftung für schlechten Rat und falsche Auskunft schützt die Gegenseite nur vor fahrlässiger oder vorsätzlicher *Irreführung*, d. h. *positiv erteilter unrichtiger Information*. Die vom Bundesgericht für fehlerhaften Rat und falsche Auskunft entwickelte Haftung kann deshalb nur herangezogen werden, wenn zwar informiert wurde, die Aufklärung jedoch mangelhaft war⁸⁶. Wurde die Pflicht zur *spontanen Offenbarung* entscheidungserheblicher Umstände dagegen vollständig verletzt, unterblieb also jede Aufklärung, dann wurde ja auch der für die Haftung für Rat und Auskunft erforderliche Vertrauensstatbestand, den das Bundesgericht im Erteilen von Auskünften durch Fachleute sieht, eben gerade nicht geschaffen. Wenn der Vertragspartner also schweigt, statt zu reden und falsche oder unvollständige Informationen zu erteilen⁸⁷, kann die Haftung dafür nicht auf die Praxis zu schlechtem Rat und falscher Auskunft abgestützt werden.

⁸¹ So auch RASCHEN 309, der darin den „zivilrechtlichen Tatbestand“ der Enttäuschung selbstgeweckten, berechtigten Vertrauens sieht.

⁸² Vgl. dazu LOGES 71. Im deutschen Schuldrecht wurde von CANARIS aus diesem Prinzip ein eigentlicher Haftungsstatbestand, die Vertrauenshaftung, entwickelt, vgl. CANARIS, Vertrauenshaftung. Dazu ausführlich unten 4. Kap. III.

⁸³ Dazu sofort unten im Text.

⁸⁴ Vgl. dazu m. w. H. RASCHEN 13f.; siehe auch SCHNYDER, Art. 41 OR N 15f.; ausführlich LORANDI 19ff.

⁸⁵ Dazu eingehend GAUCHI/SWEET 117ff.

⁸⁶ In diesen Fällen ist die dogmatische Abstützung der Haftung ohnehin kein grösseres Problem. Gleicher Meinung bezüglich des deutschen Rechts HOPT, Kapitalanlegerschutz 234f.

⁸⁷ Sei es, dass keine Fragen gestellt werden, sei es, dass der Fachmann sich nicht auf die Beantwortung derselben einlässt.

Als aus dem *ungeschränkten Recht fließende Aufklärungspflichten* werden von einem Teil der Lehre die Pflicht zur Aufklärung bei medizinischer Behandlung¹⁰⁵, die aus dem Gebot zur „Loyalität in geschäftlichen Beziehungen“¹⁰⁶ fließende Aufklärungspflicht sowie die oben behandelte Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht bezüglich *erteilter Ratschläge*¹⁰⁷ genannt. Bei letzteren beiden können als Haftungsgrundlagen einfacher die culpa in contrahendo¹⁰⁸ bzw. die Praxis zu falscher Auskunft und schlechtem Rat herangezogen werden. Die ärztliche Aufklärungspflicht schliesslich braucht wohl zuletzt auf Gewohnheitsrecht abgestützt zu werden¹⁰⁹.

Es zeigt sich mithin, dass die schweizerische Rechtsordnung nur relativ wenige Handlungspflichten kennt, die zur Begründung von Aufklärungspflichten in Dienstleistungsverhältnissen herangezogen werden könnten, wenn man von den Informationspflichten des Effektenhändlers und des Pauschalreisvermittlers einmal absieht. Was die aus dem ungeschriebenen Recht abgeleiteten Verhaltenspflichten schliesslich angeht, handelt es sich bei den durch diese begründbaren Aufklärungspflichten in der Regel um solche, die problemlos auf andere dogmatische Grundlagen abgestützt werden können¹¹⁰.

d) Aufklärungspflichten gestützt auf den Gefahrensatz

aa) Zwei verschiedene Verständnisse des Gefahrensatzes

Es ist umstritten, ob eine die Rechtswidrigkeit der Unterlassung begründende Handlungspflicht auch aus dem *Gefahrensatz*^{111, 112} abgeleitet werden kann: Das *Bundesgericht und ein grosser Teil der Lehre* vertreten die Ansicht, dass derjenige, der durch eine *erlaubte Handlung* einen Gefahrenzustand schafft, alles vorzukehren hat, um den Schadenseintritt zu verhindern, andernfalls eine (Verkehrssicherungs-)Pflichtverletzung und mithin eine rechtswidrige Unter-

¹⁰⁵ So m. E. unzutreffend BREHM, Art. 41 OR N 48.

¹⁰⁶ BREHM, Art. 41 OR N 48.

¹⁰⁷ So SCHNYDER, Art. 41 OR N 17.

¹⁰⁸ Dazu unten 5.

¹⁰⁹ Die medizinische Aufklärungspflicht leitet sich abgesehen von den im Vordergrund stehenden vertrags- und öffentlichrechtlichen Grundlagen als Reflex aus dem Deliktsrecht und dem Schutz der Persönlichkeit ab.

¹¹⁰ Dass die deliktische Anspruchsgrundlage trotzdem von Interesse sein kann, nämlich wenn es etwa um direkte Ansprüche gegen Angestellte einer insolventen Aktiengesellschaft als Vertragspartnerin geht, braucht nicht mehr erwähnt zu werden, dazu oben 4 a.

¹¹¹ In Deutschland unter dem Begriff Verkehrssicherungspflicht abgehandelt.

¹¹² „Wer einen gefährlichen Zustand schafft oder unterhält, ist verpflichtet, die nötigen Schutzmassnahmen zu ergreifen, um Schädigungen Dritter zu verhüten“, ORTINGER/STARK, II/1 § 16 N 26, inhaltlich gleich BGE II 113 247.

einer *Handlungspflicht* ergeben⁹⁵. Solche Handlungspflichten lassen sich aus gesetzlich verankerten Verhaltensnormen⁹⁶ und (ausnahmsweise) aus ungeschriebenem Recht⁹⁷ ableiten. Damit eine Unterlassung rechtswidrig ist, müssen diese Normen gerade zum Schutze und im Interesse des Geschädigten aufgestellt worden sein⁹⁸.

Beispiele solcher *gesetzlicher Verhaltensnormen*, die ausserhalb von Vertragsverhältnissen eine Aufklärungspflicht verankern⁹⁹, sind die Orientierungspflicht des Schuldners über Vermögensgegenstände gemäss Art. 91 SchKG und die Mitteilungspflicht der Miterben gemäss Art. 607 Abs. 3 und 610 Abs. 2 ZGB. Für die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsverhältnissen sind diese Handlungspflichten allerdings nicht aktualisierbar. Als eine der wenigen zur Begründung von Aufklärungspflichten in Dienstleistungsverhältnissen verwendbaren Verhaltensnormen bietet sich (für das Kapitalanlagegeschäft) die im BEHG enthaltene Informationspflicht des Effektenhändlers¹⁰⁰ an. Dieser hat, wie oben ausgeführt, gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG seine Kunden auf die mit einer bestimmten Geschäftsart verbundenen Risiken hinzuweisen¹⁰¹. Damit existiert ein Gebot, das die Rechtswidrigkeit der Aufklärungsunterlassung¹⁰² zu begründen vermag¹⁰³. Weitere solche gesetzlich verankerte Informationspflichten finden sich, wie oben dargelegt, etwa im Bundesgesetz über die Pauschalreis-

⁹⁵ Die Verletzung der Verhaltensnorm bewirkt im übrigen erst, dass die Unterlassung als rechtlich relevante „Ursache“ betrachtet werden kann, dazu ORTINGER/STARK, II/1, § 16 N 106.

⁹⁶ Des Privat-, Straf- und Verwaltungsrechts.

⁹⁷ SCHNYDER, Art. 41 OR N 17; BREHM, Art. 41 OR N 56.

⁹⁸ Statt vieler BREHM, Art. 41 OR N 36; SCHNYDER, Art. 41 OR N 17.

⁹⁹ Allerdings nicht in Dienstleistungsverhältnissen.

¹⁰⁰ Wozu auch die Banken gezählt werden, was in der Schweiz besonders bedeutsam ist, wird doch hier (im Gegensatz etwa zu den USA) der weitaus grösste Teil des Börsenhandels durch Banken abgewickelt. Zum BEHG oben 2. Kap. II 4 d cc.

¹⁰¹ Es handelt sich dabei ohne Zweifel um eine Schutznorm im Interesse des Kunden; dies folgt bereits aus dem Wortlaut des entsprechenden Absatzes; zudem war die Erhöhung der Transparenz und die Gewährleistung der Fairness im Effektenhandel ein wesentliches Legitimierungsmotiv, s. dazu die Botschaft BEHG 1370f. Die Einhaltung der Informationspflichten wird von der Eidgenössischen Banken- und Börsenkommission überwacht; ihr Sanktionsinstrumentarium reicht bis zum Entzug der Bewilligung für den Effektenhandel (Art. 34 ff. BEHG). Auch die entsprechende Regelung in Art. 12 der EG-Wertpapierdienstleistungsrichtlinie (dazu etwa GROTTKE, Die EG-Wertpapierdienstleistungsrichtlinie EuZW 1993, 440) schreibt eine generelle Informationspflicht vor.

¹⁰² Sei die Information nun vorsätzlich oder fahrlässig unterblieben.

¹⁰³ A.M. wohl THALMANN 236, wonach das BEHG „nicht direkt in das Privatrecht eingreifen zu wollen“ scheint.

¹⁰⁴ S. oben 2. Kap. V 2.

als Rechtsgut anerkannt ist¹²⁰, sind solche reinen Vermögensschädigungen nämlich nur in zwei Fällen rechtswidrig:

- Wenn sie auf eine Handlung „zurückgehen, die von der Rechtsordnung als solche, d.h. unabhängig vom eingetretenen Erfolg, verpönt wird“¹²¹; oder
- Wenn sie auf Unterlassungen zurückzuführen sind, welche gegen eine Verhaltenspflicht, die sich eben unter anderem aus der Verkehrssicherungspflicht ergeben kann, verstossen haben.

cc) Bedingte Eignung des Gefahrensatzes zur Anknüpfung von Aufklärungspflichten

Folgt man der bger. Rechtsprechung, wonach der Gefahrensatz geeignet ist, die Rechtswidrigkeit einer Handlung oder Unterlassung zu begründen, könnte daran *unter zwei Voraussetzungen eine Aufklärungspflicht angeknüpft werden*:

1. Zum einen müsste der Gefahrensatz auch die Rechtswidrigkeit von Vermögensschädigungen zu begründen vermögen¹²²;
2. Zum andern müsste das Kriterium der Schaffung eines Gefahrenzustandes operabel sein. ad 1.) Derjenige Teil der Lehre, der den Gefahrensatz als Instrument zur Begründung der Rechtswidrigkeit grundsätzlich akzeptiert, äussert sich auch zur Frage, ob dieser bei Vermögensschäden¹²³ anwendbar sei: GUHL/MERZ/KOLLER¹²⁴ etwa bejahen dies implizit, indem sie als erstes Beispiel für den Gefahrensatz die Haftung für Rat und Auskunft anführen; SCHNYDER¹²⁵ ist grundsätzlich der gleichen Ansicht, relativiert jedoch, dass der Gefahrensatz meistens ohnehin erst zum Tragen komme, wenn eine Schutznorm verletzt worden sei. Das Bundesgericht macht bei seinen Ausführungen zum Gefahrensatz zwar nie eine Andeutung, dass dieser die Rechtswidrigkeit von Vermögensschädigungen nicht zu begründen vermöchte, verwendet ihn allerdings ausschliesslich im Zusammenhang mit der Verletzung absoluter Rechte, vor allem von Eigentum, Leib und Leben¹²⁶.

¹²⁰ Statt aller OFTINGER/STARK, II/1, 33.

¹²¹ OFTINGER/STARK, III/1, 33.

¹²² Ein solcher wird bei Aufklärungspflichtverletzungen meist entstehen; anders allerdings im Arztrecht, dazu oben 2. Kap. III 1.

¹²³ Zur Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden ausführlich LORANDI 21ff.

¹²⁴ GUHL/MERZ/KOLLER 176.

¹²⁵ SCHNYDER, Art. 41 OR N 18.

¹²⁶ Anders nur in BGE 93 II 339f.

lassung vorliegt¹¹³. Von der Lehre wird dieses Verständnis des Gefahrensatzes auf Gewohnheitsrecht abgestützt¹¹⁴. Diese Auffassung geht zurück auf OFTINGER, der den Gefahrensatz als „Grundsatz des ungeschriebenen Rechts“, der auch die Widerrechtlichkeit begründet, begreift¹¹⁵.

Nach *gegenteiliger Auffassung* handelt, wer die Gefahr einer rechtmässigen Schädigung verursacht, nicht rechtswidrig und muss deshalb auch keine Schutzmassnahmen ergreifen¹¹⁶. Folglich erwachsen ihm keine Verkehrssicherungspflichten, welche die Rechtswidrigkeit auch einer Aufklärungsunterlassung begründen könnten. Nach dieser Auffassung ist der Gefahrensatz nur unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens relevant¹¹⁷, „als Massstab für Rechtmässigkeit oder Widerrechtlichkeit [jedoch] unnötig“¹¹⁸. Dem kann nicht gefolgt werden: Sogar wenn ein Körper- oder Sachschaden vorliegt, ist im Falle der Schädigung durch *Unterlassung* Rechtswidrigkeit nicht ohne weiteres gegeben¹¹⁹, sondern nur, wenn eine Garantenpflicht oder eine Verhaltensnorm verletzt wurde. Zur Begründung dieser Pflichten kann der Gefahrensatz unentbehrlich sein.

bb) Unersetzlichkeit des Gefahrensatzes in bestimmten Konstellationen

Die zentrale Bedeutung des Gefahrensatzes und seine Unersetzlichkeit zur Begründung der Rechtswidrigkeit zeigen sich erst recht, wenn die durch Unterlassung herbeigeführte Schädigung nicht ein absolut geschütztes Rechtsgut, sondern bloss relative Rechte betrifft, also ein reiner Vermögensschaden vorliegt. Da das Vermögen nach h.L. und der Gerichtspraxis nicht

¹¹³ In neuerer Zeit BGE 113 II 247; 112 II 141; für die weitere Judikatur vgl. die minutiöse Aufarbeitung der bger. Praxis bei RASCHEIN 238ff.; SCHNYDER, Art. 41 OR N 18; GUHL/MERZ/KUNMER 171; GUHL/MERZ/KOLLER 176; DESCHENAUX/TERGIER, La responsabilité civile 2.A. Bern 1982 § 6 N 46.

¹¹⁴ GUHL/MERZ/KOLLER 176.

¹¹⁵ OFTINGER, AT 129. Vgl. dazu auch die kritische Stellungnahme von WIDMER, Produktethaftung 56: „dieser famose ‘Fundamentalsatz der Rechtsordnung’ [iroh!] das ganze System der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit mit der sinnvollen Unterscheidung zwischen (subjektiver) Verschuldenshaftung und (objektiver) Gefährdungshaftung aufzulösen...“

¹¹⁶ OFTINGER/STARK, IV/1, 39; OFTINGER/STARK, AT I, 182; BREHM, Art. 41 OR N 51; WIDMER, Produktethaftung 56; RASCHEIN 238ff.

¹¹⁷ SCHNYDER, Art. 41 OR N 18 mit ausführlicher Begründung u.w.H.; OFTINGER/STARK, II/1, 11ff., 39; BREHM, Art. 41 OR N 51.

¹¹⁸ BREHM, Art. 41 OR N 51.

¹¹⁹ Dies nicht berücksichtigend BREHM, Art. 41 OR N 51. Indem er „Nicht das Unterlassen einer Schutzmassnahme, sondern die vorausgehende Handlung, welche die Schaffung der Gefahr und deren schädigende Auswirkung ermöglicht hat“, als Ursache der Widerrechtlichkeit bezeichnet, versucht er im Ergebnis zu gleichen Haftungsverhältnissen zu gelangen wie die Anhänger des Gefahrensatzes.

e) Aufklärungspflichten allein gestützt auf Treu und Glauben als absolutes Rechtsgut?

Die Rechtswidrigkeit einer unterlassenen Aufklärung lässt sich, sofern man mit einem Teil der Doktrin Treu und Glauben als absolut geschütztes Rechtsgut betrachtet, direkt aus Art. 2 ZGB ableiten. Nach dieser Auffassung ist *jeder Verstoß gegen Treu und Glauben*, der auch in einer Unterlassung bestehen kann, *rechtswidrig im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR*¹³¹. Auch das Bundesgericht hat ganz vereinzelt Treu und Glauben als Rechtswidrigkeitsgrund anerkannt. So erklärte es in einem alten Fall, wo es um die Aufklärung über die gefälschte Natur einer Unterterschrift auf einer Bürgschaftserklärung ging: „Im allgemeinen gilt Schweigen nur dann als rechtswidrig und verpflichtet zum Schadensersatz, wenn es sich als Verhalten wider Treu und Glauben darstellt, wenn der Empfänger der Mitteilung wusste oder nach den Umständen wissen musste, dass der andere durch sein Schweigen irreführt werden und ihm dadurch Nachteil erwachsen könne“¹³².

Von dieser Ausnahme abgesehen, steht die höchstgerichtliche Praxis¹³³ in konstanter Rechtsprechung jedoch auf der Grundlage der h.L.¹³⁴, welche in Art. 2 ZGB bloss eine Rechtsanwendungsnorm sieht¹³⁵. Eine Handlungspflicht und damit die Rechtswidrigkeit von Aufklärungsunterlassungen lassen sich mit Art. 2 ZGB allein deshalb nicht begründen.

Anders ist es, wenn zwischen Schädiger und Geschädigtem ein Vertrauensverhältnis, mit anderen Worten eine rechtliche Sonderverbindung, vorliegt¹³⁶. Eine solche rechtliche Sonderbindung wird wie erwähnt u.a. durch das Erteilen von Ratschlägen durch Fachleute begründet, sie ist regelmässig in mehr oder weniger grosser Intensität auch bei Vertrags- und Vertragsverhandlungsverhältnissen gegeben¹³⁷. Diesfalls entstehen allerdings in der Regel

Vertritt man die Auffassung, dass der Gefahrensatz grundsätzlich die Rechtswidrigkeit von Handlungen und Unterlassungen zu begründen vermag, müsste man ihn konsequenterweise eigentlich auch bei Vermögensschäden zur Anwendung gelangen lassen¹²⁷. Dies könnte allerdings zum Punkt führen - und deshalb schreckt das Bundesgericht wohl vor einer diesbezüglichen Anwendung des Gefahrensatzes zurück -, wo jeder jedem jederzeit haftbar werden kann¹²⁸. In Anbetracht dieser Rechtsprechung scheint eine Abstützung der Aufklärungspflichten auf den Gefahrensatz de lege lata wenig erfolgversprechend.

ad 2.) Voraussetzung der Anknüpfung der Aufklärungspflicht an den Gefahrensatz wäre im weiteren, dass das Verhalten, das von einer Aufklärung begleitet werden sollte, einen für andere gefährlichen Zustand schaffen würde. Zur *operablen Anwendung* des Gefahrensatzes müsste deshalb umschrieben werden können, wann im Zusammenhang mit der Erbringung einer Dienstleistung eine Gefahr für den (prospektiven) Aufklärungsadressaten geschaffen wird. Im Gegensatz zu den klassischen Anwendungsfällen des Gefahrensatzes, z.B. den Pistensicherheitspflichten (z.B. Tafel „Achtung, Lawinengefahr“), sind die Risiken oder Gefahren, auf die in Dienstleistungsverhältnissen hingewiesen werden muss, vielfach¹²⁹ nicht so leicht zu bestimmen. So fällt es ausgesprochen schwer, die Durchführung einer bestimmten Börsentransaktion als Schaffung einer Gefahr für den Kunden zu bezeichnen; vielmehr geht es um die Eröffnung der Möglichkeit eines „Handels“, der, wie jedes Geschäft, gut oder schlecht ausgehen kann. Zudem ist der Gefahrensatz zur Anknüpfung der Rechtswidrigkeit von Aufklärungspflichtverletzungen nicht geeignet, da mit dem objektiven Kriterium der Gefahr keine Rücksicht auf Kenntnisse und Verhältnisse des u.U. zu schützenden Konsumenten genommen werden kann. Gerade diese Verhältnisse aber müssen, da die Informationspflichten stets an einen konkreten Wissensbedarf anknüpfen, grossen Einfluss auf die Beantwortung der Frage haben, ob eine Pflicht zur Aufklärung besteht oder nicht¹³⁰.

127 Das Unterlassen des Aufstellens von Warn- und Hinweistafeln auf Skipisten stellt nach allgemein anerkannter Auffassung eine Verkehrssicherungspflichtverletzung dar, mit der Folge, dass für die infolge der Unterlassung entstandenen Schäden gehaftet wird. Wieso soll der gleiche Rechtswidrigkeitsmechanismus nicht auch bei den Informationen über Verlustrisiken im Börsenhandel Anwendung finden können?

128 RASCHEN 240. Wohl aus diesem Grund erwähnt das Bger den Gefahrensatz zur Begründung der Rechtswidrigkeit nur in Fällen, wo ohnehin absolute Rechte verletzt worden sind.

129 Aber nicht immer, man denke an das Objekt der Eingriffsaufklärung, dazu oben 2. Kap. III.

130 Auch soweit es um Gefahren einer Dienstleistung für Leib und Leben, z.B. bei medizinischer Behandlung geht, scheint sich der Gefahrensatz wenig zu bewähren. Denn: „Jeder Schaden ist die Realisierung eines präexistierenden Gefahrenzustandes und gleichzeitig Beweis dafür, dass nicht alle notwendigen und möglichen Schutzmassnahmen ergriffen worden sind, um eben diesen Schaden zu verhüten.“ WIDMER, Produkthaftung 56. Es drängt sich der hier nicht näher zu verfolgende Verdacht auf, dass der Gefahrensatz, wollte man ihn zur Begründung der Rechtswidrigkeit verwenden, wo diese nicht ohnehin gegeben ist, nicht operabel ist.

131 Vertreter dieser Auffassung sind OFTINGER, AT 130; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 41 N 94; KELLER/GABI 37, 39f.; DESAX 42f.; YUNG 417f.

132 BGE 40 II 612.

133 BGE 108 II 311; vgl. zu diesem Entscheid WIEGAND, Bauhandwerkerpfandrechte 100ff.

134 MERZ, Art. 2 ZGB N 84; OFTINGER/STARK, II/1, 41; BREHM, Art. 41 OR N 53; WIEGAND, Bauhandwerkerpfandrechte 101; KELLER 136f.; REY, Haftpflichtrecht N 717ff.

135 Diese Meinung kann sich auf den klaren Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 ZGB stützen.

136 Vgl. nur KELLER 137. Bemerkenswert ist der Ansatz von WIDMER, Variationen 200f.: Treu und Glauben wird als immanente Schranke jeder Rechtsausübung verstanden, deren Überschreitung als „Handeln ohne Recht“, mithin als rechtswidrig verstanden wird; die Wirkung von Treu und Glauben als Schutznorm wird jedoch beschränkt auf die Fälle, wo ein „gewisser Sozialkontakt zwischen den Beteiligten“ gegeben ist, der aber nicht so eng wie eine Sonderverbindung zu sein braucht, wie dies nach der h.L. erforderlich ist.

137 Vgl. statt vieler KELLER 137.

von Waretermingeschäften, die unter Verwendung unklarer und z.T. verwirrenden Prospektmaterials zustande kamen, als sittenwidrige Schädigung gemäss § 826 BGB¹⁴⁶ bezeichnet¹⁴⁷. SCHÄFER bejaht die Erfüllung des Tatbestands von § 826 BGB, auch ohne dass der Vertragsabschluss durch Verwendung unklarer Unterlagen gefördert wurde: Nutzt der Vermittler von Waretermingeschäften „...seinen eigenen Wissens- und Erfahrungsvorsprung auf Kosten eines Kunden gewerbmässig aus, der in Geschäften dieser Art nicht ausreichend bewandert und deshalb auf die Fairness seines Vertragspartners angewiesen ist, so missbraucht er auf grob anstössige Art seine geschäftliche Überlegenheit und handelt damit sittenwidrig...“¹⁴⁸. Eine sittenwidrige Schädigung wäre weiter auch anzunehmen, wenn eine Bank ein CCC-Rating¹⁴⁹ eines Wertpapiers arglistig verschweigt¹⁵⁰. In Anlehnung an die deutsche Rechtsprechung und Lehre kann auch nach *schweizerischem Recht* die Erfüllung des Tatbestandes von Art. 41 Abs. 2 OR bejaht werden, wenn eine Bank beim Verkauf oder der Vermittlung von Anlageprodukten, z.B. von Waretermingeschäften, bewusst unvollständig aufklärt, um den Kunden unter Ausnutzung ihres Wissens- und Erfahrungsvorsprungs zu einem praktisch aussichtslosen Geschäft zu bewegen, bei dem ein Gewinn kaum zu erwarten ist, weil dieser einen Kursauschlag voraussetzen würde, der vom Börsenfachhandel als unrealistisch eingeschätzt wird¹⁵¹.

In solch krassen Fällen kann ein Schadensersatzanspruch, ist der Vorsatz einmal nachgewiesen, ebenfalls gestützt auf Art. 41 Abs. 1 OR wegen absichtlicher Täuschung bzw. Betrugs geltend gemacht werden.

bb) Verhältnis zur Übervorteilung

Zur Erfüllung des Tatbestandes von Art. 21 OR ist in objektiver Hinsicht eine „stossende Disparität des Werts“¹⁵² der Vertragsleistungen erforderlich¹⁵³. Als subjektives Element muss

¹⁴⁶ „Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.“

¹⁴⁷ OLG Düsseldorf WM 1990, 178.

¹⁴⁸ STAUDINGER-SCHÄFER, § 826 BGB N 282, der damit stark auf das „Angewiesensein“ des Kunden abstellt.

¹⁴⁹ Die Bedienung von mit „CCC“ bewerteten Anleihen ist gefährdet, sie erfolgt nur unter günstigen Umständen.

¹⁵⁰ Weitere Beispiele bei ARENDTS, Wertpapier 232.

¹⁵¹ Vgl. BGH WM 1988, 289ff. § 826 BGB wird wegen Verletzung von Aufklärungspflichten im Kapitalanlagegeschäft von der deutschen Praxis häufig herangezogen, um eine persönliche Haftung der Geschäftsführer und Anlageberater der oftmals insolventen Vermittlergesellschaften zu begründen.

¹⁵² BUCHER, OR AT 228.

¹⁵³ Wann eine solche vorliegt, lässt sich nur im Einzelfall bestimmen; nach h.L. ist eine stossende Disparität zwischen den beiden Leistungen erforderlich, massgebend ist dabei der objektive Wert, als dieser gilt der

auch vertragliche bzw. vertragsähnliche Ansprüche, so dass sich die Anwendung des Deliktsrechts oftmals erübrigt¹³⁸.

f) Aufklärungspflichten gestützt auf Art. 41 Abs. 2 OR

aa) Sittenwidrige Schädigung

aaa) Im allgemeinen

Fehlt es an der Rechtswidrigkeit des Schweigens, kann eine Schadensersatzpflicht entstehen, wenn die unterlassene oder mangelhafte Aufklärung gegen die guten Sitten verstossen hat. Allerdings erfasst Art. 41 Abs. 2 OR im Gegensatz zu Abs. 1 nur die *absichtliche Schädigung*¹³⁹.

Sittenwidrig im Sinne von Art. 41 Abs. 2 OR ist, was gegen die „Anschauung aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen, gemessen an einem durchschnittlichen Massstab“, gegen das „que font les bonnes gens“¹⁴¹, verstösst¹⁴². Bedeutsam ist, dass der Richter bei der Konkretisierung der Sittenwidrigkeit dem Wandel des sozialen Wertkonsenses, der sich unter anderem in der Rechtssetzung auf Verfassungs-¹⁴³ und Gesetzesstufe¹⁴⁴ niederschlägt, Rechnung zu tragen hat¹⁴⁵.

bbb) Sittenwidrigkeit von Aufklärungs-Unterlassungen im speziellen

Wann die Verletzung von Aufklärungspflichten bei der Erbringung von Dienstleistungen den Tatbestand der Sittenwidrigkeit erfüllt, lässt sich naturgemäss nur im *Einzelfall* unter Berücksichtigung aller Umstände entscheiden. Immerhin gibt es gewissermassen *idealtypische Konstellationen*: So hat die *deutsche Rechtsprechung* das (vorsätzliche) und allein aus Gründen des Profits erfolgte Unterlassen der Aufklärung eines unerfahrenen Anlegers über die Risiken

¹³⁸ Ausgenommen den Fall, wo direkt gegen die Mitarbeiter einer insolventen Gesellschaft vorgegangen werden soll.

¹³⁹ Die von Art. 41 Abs. 2 OR vorausgesetzte Absicht meint dabei Vorsatz in all seinen Formen, so die h.L., vgl. etwa OFTINGER/STARK, II/1 69ff., a.M. BREHM, Art. 41 OR N 243f.

¹⁴⁰ VON TUHR/PETER 255.

¹⁴¹ ENGEL 91.

¹⁴² Zur Schwierigkeit der Konkretisierung der Sittenwidrigkeit nach Art. 41 Abs. 2 OR vgl. ZULLIGER, Eingriffe Dritter in Forderungsrechte, Diss. Zürich 1988, 162ff.

¹⁴³ Z.B. Art. 31sexies Abs. 1 BV: „Der Bund trifft ... Massnahmen zum Schutze der Konsumenten.“ Dies zeigt, dass die Vorstellungen, wie man sich insbes. gegenüber schwächeren Vertragspartnern zu verhalten hat, sich gewandelt haben.

¹⁴⁴ S. dazu die Beispiele unten 2. Kap. II 4 c ee, d ee; V 2.

¹⁴⁵ Statt vieler SCHNYDER, Art. 41 OR N 21, dazu hinten 4. Kap. III 2 b.

5. Aufklärungspflichten gestützt auf culpa in contrahendo

a) Aktueller Gehalt der culpa in contrahendo

Die Rechtsfigur der culpa in contrahendo¹⁶⁰ war (und ist) seit ihrer „Entdeckung“ einem grossen Wandel unterworfen. Culpa in contrahendo bedeutete nach der Konzeption RUDOLF VON JHERINGS, dass eine Obligation begründet wird durch „culpa begangen bei Gelegenheit eines intendierten Contractsverhältnisses, der eine Theil ist dadurch in Schaden gerathen, dass er einen ihm von andern proponirten und dem äussern Hergang nach zu Stande gekommenen Vertrag ausführte“¹⁶¹. Mit der culpa in contrahendo-Haftung wollte VON JHERING Pflichten „bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen“ begründen bzw. deren Verletzung sanktionieren¹⁶². Er „entwickelte“ die culpa in contrahendo mithin lediglich mit Bezug auf Fälle eines unwirksamen Vertragsschlusses¹⁶³.

Damit ist der *aktuelle* Inhalt der culpa in contrahendo, wie er im Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung entwickelt wurde, nur bruchstückhaft zum Ausdruck gebracht¹⁶⁴. Culpa in contrahendo wird nicht nur zur Begründung von Schadensersatzpflichten im Falle *nicht* zustande gekommener Vertragsverhältnisse herangezogen¹⁶⁵. Culpa in contrahendo wird heute vielmehr als ein auf Gewohnheitsrecht¹⁶⁶ oder auf Art. 2 ZGB¹⁶⁷ beruhendes umfassendes Schuldverhältnis verstanden, „das die Parteien nicht nur wechselseitig verpflichtet, um den Schutz der Rechtsgüter des anderen bemüht zu sein, sondern auch dazu, die Gebote fairen Handelns zu achten und Treue zum eigenen Wort zu wahren“¹⁶⁸. Culpa in contrahendo ist zu einem polyvalenten Haftungstatbestand geworden, stets anwendbar, wenn der Gegenseite ein „Ausserachtlassen der gebotenen Rücksicht auf den Vertragspartner“ vorgeworfen werden

¹⁶⁰ Grundlegend zur culpa in contrahendo VON JHERING 1ff.; für die Schweiz etwa GONZENBACH; zur Dogmengeschichte WOISLAWSKI, Die Lehre von der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluss, Diss. Basel 1955
¹⁶¹ VON JHERING 7 (Sperrung im Original).

¹⁶² So die Formulierung im Titel des Werks von RUDOLF VON JHERING, a.a.O.

¹⁶³ LARENZ, Schuldrecht 107.

¹⁶⁴ Vgl. dazu MEDICUS, Entstehungsgeschichte 169ff.; GONZENBACH, 4ff.

¹⁶⁵ Z.B. klassischerweise beim Führen von Vertragsverhandlungen ohne Abschlusswillen oder bei Schädigungen während den Vertragsverhandlungen, welche dazu führen, dass der Vertrag regelmässig nicht mehr zustande kommt. Man denke an die vielzitierten Bananenschalen, Teppichrollen und dgl. mehr... Entsteht im Zusammenhang mit solchen Gegenständen ein Schaden, so kann dieser nach schweizerischem Recht oftmals einfacher gestützt auf Art. 58 OR auf den Verursacher überwälzt werden; anders in Deutschland, wo eine solche Norm fehlt und deshalb stets auf die culpa in contrahendo Rekurs genommen wird.

¹⁶⁶ Vgl. nur LARENZ, Schuldrecht 108f.

¹⁶⁷ So KRÄMER, Allg. Einleitung N 134.

¹⁶⁸ GERHUBER 173.

auf Seiten des Vertragspartners eine Schwäche vorliegen. Das hier interessierende Schwächenmerkmal, nämlich die *Unerfahrenheit*, ist nach h.L. und neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichts extensiv auszulegen; erforderlich ist, dass dem Übervorteilten die für die Beurteilung der Tragweite und Bedeutung des *bestimmten Geschäfts* nötigen Erfahrungen und Kenntnisse fehlen¹⁵⁴. Der Vergleich von Art. 41 Abs. 2 und 21 OR zeigt: Ist bei einem Geschäft der Tatbestand von Art. 41 Abs. 2 OR verwirklicht¹⁵⁵, wird in der Regel auch eine Übervorteilung gem. Art. 21 OR gegeben sein. Hier wie dort wird in objektiver Hinsicht auf eine stossende Disparität des Werts der Leistungen und in subjektiver Beziehung auf die konkrete Unerfahrenheit eines Vertragspartners abgestellt.

Der Art. 21 OR entsprechende *Wuchertatbestand* des deutschen Rechts, § 138 Abs. 2 BGB, setzt dagegen einen *allgemeinen Mangel an Lebenserfahrung* voraus. „Unerfahrenheit im konkreten Geschäftszusammenhang bei sonst normaler Lebenserfahrung“ erfüllt die Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 BGB nicht¹⁵⁶. Deshalb stand in den zahlreichen deutschen Urteilen, wo die unterlassene Aufklärung jeweils den Tatbestand des § 826 BGB erfüllte, § 138 Abs. 2 BGB nie zur Diskussion¹⁵⁷. Daneben ist zu beachten, dass Übervorteilungs- bzw. Wuchertatbestand nur Anwendung finden können, wenn tatsächlich ein Vertrag abgeschlossen worden ist¹⁵⁸; diesfalls wird bei Verletzung der Aufklärungspflicht in der Regel eine culpa in contrahendo vorliegen. Dagegen erfassen die Tatbestände von Art. 41 Abs. 2 OR bzw. § 826 BGB jegliches Verhalten und nicht nur Rechtsgeschäfte¹⁵⁹ und sind insofern vielseitiger verwendbar als die Übervorteilungstatbestände.

Soll direkt gegen einen Angestellten einer Gesellschaft geklagt werden, fallen Übervorteilungs- bzw. Wuchertatbestände ausser Betracht. Was bleibt, sind die Anspruchsgrundlagen gemäss Art. 41 Abs. 1 und 2 OR.

Markt- oder Börsenpreis; vgl. dazu nur m.w.H. HUGUENIN, Art. 21 OR N 6. Der Übervorteilungstatbestand ist nicht anwendbar, wenn für eine Sache nicht wenigstens ansatzweise ein „Markt“ (in welcher Form auch immer) besteht, denn den gerechten Preis gibt es nicht, dazu ausführlich BUCHER, OR AT 231

¹⁵⁴ Vgl. etwa VON TUHR/PETER 345; BGE 92 II 175f. Von fehlendem Wissen kann gerade etwa beim Abschluss von Warentermingeschäften durch Laien ausgegangen werden, sofern diese nicht aufgeklärt wurden.

¹⁵⁵ Zu den Voraussetzungen oben aa.

¹⁵⁶ STAUDINGER-DILCHER, § 138 BGB N 102.

¹⁵⁷ Vgl. nur BGH WM 1990, 176ff.; BGH WM 1988, 291; BGH WM 1982, 738.

¹⁵⁸ Häufig wurden mangels Liquidität der Vermittlergesellschaft direkt die Geschäftsführer bzw. Anlageberater eingeklagt, weshalb die Anwendung des Wuchertatbestands ohnehin ausgeschlossen war.

¹⁵⁹ Vgl. dazu m.w.H. STAUDINGER-DILCHER, § 138 BGB N 118.

die Annahme eines stillschweigenden Beratungsvertrages¹⁷⁹ sowie die Konstruktion von Aufklärungspflichten als Nebenpflichten des abzuschliessenden Einzelgeschäfts verworfen hatte.¹⁸⁰

c) Geteilte Auffassung der Lehre

Die schweizerische *Doktrin* steht überwiegend auf der gleichen dogmatischen Grundlage wie das Bundesgericht und betrachtet die Verletzung von Aufklärungspflichten während „Unterhandlungen“ als typischen Anwendungsfall der culpa in contrahendo¹⁸¹. In jüngerer Zeit wird allerdings von einigen Autoren zur Abstützung von Aufklärungspflichten zum einen die vermehrte Annahme von stillschweigend geschlossenen Auskunfts- bzw. Beratungsverträgen propagiert, zum andern - gestützt auf die moderne Auffassung des Schuldverhältnisses als einem „in der Zeit verlaufenden Prozess“¹⁸² - die Ausweitung der vertraglichen Nebenpflichten vorgeschlagen¹⁸³. Ein Teil der Lehre wiederum erachtet die Abstützung der Aufklärungspflichten auf einer generellen Vertrauenshaftung bzw. einem gesetzlichen Schuldverhältnis zumindest als *elegantere* Lösung¹⁸⁴. Die auf Art. 2 ZGB beruhende culpa-Haftung wird einzeln auch als zu schmale, da für alle Anbieter gleiche Standards setzende Grundlage von Informationspflichten abgelehnt¹⁸⁵.

knüpft es sie, wie aus der hier kritisierten Begründung hervorgeht, letztlich dennoch vorab an den zustande gekommenen (Sparheit-)Vertrag an.

¹⁷⁸ Auch in BGE 110 II 373 stützt das Bger die Aufklärungspflichten auf culpa in contrahendo ab, allerdings bloss im Rahmen einer subsidiären Begründung. Heute geht das Bger vermehrt dazu über, auf die abgewickelten Geschäfte Auftragsrecht anzuwenden und aus der dort verankerten Treupflicht eine punktuelle Aufklärungspflicht abzuleiten, vgl. etwa BGE 110 II 360ff.; 119 II 333ff.; auch ROTH Urs 23 macht einen Trend zu vermehrt vertraglicher Begründung der Aufklärungspflichten aus.

¹⁷⁹ Dazu unten 6.

¹⁸⁰ Letzteres mit der überzeugenden Begründung, es widerspreche der Logik, die vor dem Vertragsschluss erfolgte Raterteilung schlechthin den Grundsätzen des erst nachher abgeschlossenen Vertrages zu unterstellen, BGE 68 II 295.

¹⁸¹ Grundlegend GONZENBACH 103ff.; GUHL/MERZ/KOLLER 98; wohl auch BUCHER, OR AT 282, obwohl er explizit nur die Einteilung falscher Auskunft erwähnt; GAUCH/SCHLUEP N 957; VON TUHR/PETER 192; FELLMANN, Art. 398 OR N 157; LAUER 69ff.

¹⁸² LARENZ, Schuldrecht 28.

¹⁸³ Ausführlich KOLLER THOMAS, Nebenpflichten 166ff.; kritisch dazu THALMANN 31.

¹⁸⁴ Überblick bei MEIER-SCHATZ 155; KRAMER, Allg. Einleitung N 142ff.; vorsichtig bejahend auch WIEGAND, Art. 97 N 35; zur Analyse dieser Entwicklung für die Verhaltenspflichten insgesamt WIEGAND, Verhaltenspflichten 547ff. Ausführlich dazu unten 4. Kap. III.

¹⁸⁵ So THALMANN 230f. im Hinblick auf die besonderen Aufklärungspflichten der Banken. Er verkennt, dass es im Wesen des in Art. 2 ZGB verankerten Vertrauensprinzips liegt, je nach Intensität der Beziehungen unterschiedlich hohe Standards zu setzen. Wenn die Aufklärungspflichten des Bankiers und des Gebrauchtwagen-

kann¹⁶⁹. Aufgrund ihrer „Offenheit“ bietet sich VON JHERINGS geniale Schöpfung auch als Grundlage zur Abstützung von Aufklärungspflichten an¹⁷⁰. Dies umso mehr, als die Verletzung der Informationspflichten sehr oft im vorvertraglichen Stadium erfolgt¹⁷¹.

b) Höchstgerichtliche Verwendung der culpa in contrahendo zur Anknüpfung von Aufklärungspflichten

Das Bundesgericht pflegt die Haftung für Aufklärungspflichtverletzungen, soweit nicht bloss ein Fall von fehlerhaftem Rat und falscher Auskunft¹⁷² oder ein Vertragsverhältnis¹⁷³ vorliegt, traditionellerweise auf die culpa in contrahendo abzustützen: „Die in engem Zusammenhang mit einem nachfolgenden Hauptvertrag erfolgte Raterteilung ist nach den Grundsätzen über die sog. [sic!] culpa in contrahendo zu beurteilen...“¹⁷⁴ Die culpa in contrahendo dient dabei nicht nur als Grundlage der Haftung für erfolgte, jedoch mangelhafte Aufklärung¹⁷⁵, sondern auch für das *vollständige Unterlassen* der notwendigen Hinweise, auferlegt das Bundesgericht doch den Parteien eine „schon mit Beginn der Verhandlungen erwachsende Pflicht zur gegenseitigen richtigen Aufklärung...[über Punkte, die] die Gegenpartei nicht kannte und nicht zu kennen verpflichtet war.“¹⁷⁶ So stütze das Bundesgericht etwa die Aufklärungspflicht der Bank gegenüber dem Kunden ausserhalb eigentlicher Vermögensverwaltungsgeschäften und Anlageberatungsverhältnisse auf culpa in contrahendo ab^{177, 178}. Dies, nachdem es

¹⁶⁹ BUCHER, OR AT 283, der betont, dass die culpa in contrahendo in dieser Form geeignet ist, „in verschiedensten Zusammenhängen die Möglichkeit einer Korrektur zu bieten...“

¹⁷⁰ Vgl. etwa GRENHUBER 190; VON TUHR/PETER 192, welche die Verletzung von Aufklärungspflichten gar als besonders typischen Fall einer culpa in contrahendo betrachten; BUCHER, OR AT 282f.; GUHL/MERZ/KOLLER 98f.; GONZENBACH 16f.

¹⁷¹ Zur Sanktionierung von Pflichtverletzungen in dieser Phase drängt sich die culpa in contrahendo geradezu auf.

¹⁷² Diesfalls deliktsrechtliche Qualifizierung, vgl. oben 4 b.

¹⁷³ Vgl. etwa BGE 115 II 62ff.

¹⁷⁴ BGE 68 II 303.

¹⁷⁵ Wofür häufig auch die vom Bger entwickelte deliktische Haftung für Rat und Auskunft herangezogen werden könnte, dazu oben 4 b.

¹⁷⁶ BGE 68 II 303; deutlich auch BGE 108 II 313 und BGE 92 II 334: „Assurément, le devoir d'information ne concerne pas les circonstances que l'autre partie est censée connaître elle-même.“

¹⁷⁷ BGE 68 II 303. Dogmatisch falsch war die Begründung, welche dahin ging, dass die Bank infolge Eröffnung eines Sparheftes ein Entgelt (für ihre nicht erfüllte Aufklärungspflicht) erhalten habe, BGE 68 II 304. Sind die Voraussetzungen der culpa in contrahendo erfüllt, spielt es keine Rolle, ob im folgenden ein Vertrag zustande gekommen ist und ob die Bank aus diesem eine Gegenleistung erhielt. Der Hauptzweck der culpa in contrahendo liegt ja gerade darin, bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen eine verhältnismässige Haftung zu statuieren. Entgegen der ausdrücklichen Verwahrung des Bger im genannten Entscheid, dass diese Aufklärungspflicht nicht etwa eine vertragliche Nebenpflicht des Hauptvertrages darstelle,

d) Aufklärungspflichten aus culpa in contrahendo nur vor intendierten (Anlage-) Beratungsverträgen?

Vereinzelt wird in der bankrechtlichen Literatur die Auffassung vertreten, dass im vorvertraglichen Verhältnis „Aufklärungs- und Abmahnungspflichten“ nur geschuldet sind, wenn der zwischen der Bank und dem Kunden in Aussicht genommene, in der Folge aber nicht zustande gekommene Vertrag auf *Anlageberatung* „ausgerichtet“ war.¹⁸⁶

Diese Ansicht kann aus zwei Gründen nicht geteilt werden. Erstens: Ist der intendierte Anlageberatungsvertrag nicht zur Perfektion gelangt, so schuldet die Bank gerade nicht Anlageberatungsleistungen mit entsprechend intensiven Abmahnungspflichten¹⁸⁷. Aus dem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis können mangels Bindungs- und Rechtsfolgwillens der Parteien nicht dieselben Pflichten entstehen, die Gegenstand des eben nicht zustande gekommenen Beratungsvertrags gewesen wären¹⁸⁸. Zweitens: Aufklärungspflichten aus culpa in contrahendo ergeben sich auch, wenn der intendierte Vertrag nicht auf (Anlage-)Beratung gerichtet war. Unbestrittenmassen ist der Typus des angestrebten Vertrages zwar ein wichtiges Kriterium, um zu bestimmen, ob und in welchem Umfang sich die Parteien bereits im Vorfeld Aufklärung schulden, aber bei weitem nicht das einzige¹⁸⁹. Andere Merkmale, die gerade besonders auf das Bank-Kunden-Verhältnis zutreffen, lösen, dies sei vorweg genommen, ebenfalls vorvertragliche Aufklärungspflichten aus¹⁹⁰. So berücksichtigen Rechtsprechung und Lehre die Art und Weise der Verhandlungen¹⁹¹, die Kenntnisse¹⁹² und die berufliche bzw. wirtschaftliche Stellung des Kontrahenten¹⁹³, allfällige Expert-client-Verhältnisse¹⁹⁴ weiter die Natur¹⁹⁵ des Vertrages sowie die Höhe der mit einem abzuschliessenden Geschäft

händlers in gleicher Weise auf Art. 2 ZGB abgestützt werden, heisst dies nicht auch, dass für beide gleiche Standards gelten.

¹⁸⁶ ROTH URS 25.

¹⁸⁷ Dazu oben 2. Kap. II 4 b.

¹⁸⁸ Erst die übereinstimmenden, auf eine Rechtsfolge gerichteten Willenserklärungen gestalten die Rechtslage, vgl. nur FLUME 51.

¹⁸⁹ BGE 105 II 80; 106 II 41f.; GONZENBACH 110ff.

¹⁹⁰ Ausführlich unten 4. Kap. IV.

¹⁹¹ BGE 105 II 80; 106 II 41f.

¹⁹² „Ist ohne weiteres ersichtlich, dass der Kunde von den Risiken keine Ahnung hat, muss ihn die Bank darauf hinweisen“, BGE 119 II 335.

¹⁹³ Vgl. dazu Urteil des Bger vom 19. Nov. 1980 SJ 1981, 523ff., wo der Kunde als gewandter Geschäftsmann auftrat und einer sehr reichen Familie entstammte, vgl. dazu auch THALMANN 225.

¹⁹⁴ GONZENBACH 111.

verbundenen Risiken¹⁹⁶. Zudem werden Aufklärungspflichten eher angenommen, wenn der Dienstleistungsanbieter eine gehobene Stellung bekleidet und eine besondere Vertrauensposition einnimmt¹⁹⁷. Daraus folgt, dass den Parteien gestützt auf die culpa in contrahendo auch im Vorfeld von Verträgen, die nicht auf Beratung gerichtet sind, durchaus Informationspflichten erwachsen können. Die culpa in contrahendo erscheint mithin als taugliche dogmatische Grundlage zur Abstützung der Aufklärungspflichten.

6. Vertragliche Aufklärungspflichten

a) Vertragliche Aufklärungspflichten als Pflichten „ex voluntate“

Die oben umrissenen Anspruchsgrundlagen statuieren Aufklärungspflichten ex lege. Die vertraglichen Aufklärungspflichten dagegen sind Pflichten ex voluntate, werden sie doch von den Parteien zum Inhalt des Rechtsgeschäfts gemacht. Sie beruhen auf einem gestaltenden *Willensschluss* und einer entsprechenden Willenserklärung¹⁹⁸. Voraussetzung der vertraglichen Pflichten ist dabei, dass der Wille der Parteien dahin geht, dass das Vereinbarte von Rechts wegen gelten soll¹⁹⁹. Denn der „rechtsgeschäftliche Wille ...[muss] dem rechtlichen Sollen des Rechtsgeschäfts“ gelten²⁰⁰.

Nach schweizerischer Theorie und Praxis beruhen nicht nur die ausdrücklich oder konkludent vereinbarten Pflichten auf dem Vertragsschluss und mithin auf dem Parteiwillen, son-

¹⁹⁵ Entscheidend ist, ob die Parteien ein Interessenwahrnehmungs- oder Interessengegensatzgeschäft abzuschliessen gedachten.

¹⁹⁶ Die Anforderungen an die Aufklärungspflicht der Bank sind höher, „wenn der Kunde nicht nur mit seinem Vermögen, sondern auch ihren Krediten spekuliert“, 119 II 335. Zu diesem Urteil ausführlich oben 6 c.

¹⁹⁷ „Le prestige attaché à la profession de médecin et la situation d'infirmité du patient...“, BGE 119 II 461. Dem entspricht umgekehrt, dass das Bger eine Aufklärungspflicht aus culpa in contrahendo zugunsten der „stärkeren“ Partei an wesentlich strengere Voraussetzungen knüpft. Ein Arbeitnehmer, der bei Vertragsverhandlungen nicht auf Umstände aufmerksam macht, von denen der Arbeitgeber *sich selber Kenntnis verschaffen kann*, haftet nicht wegen Verletzung der Aufklärungspflicht. Urteil des Bger vom 6. Oktober 1981, zusammengefasst in ZR 1983 Nr. 102. Mit der Argumentation, dass man sich die Information anderweitig hätte beschaffen können, lässt sich praktisch jede Aufklärungspflicht verneinen! Es wird dabei verkannt, dass die Aufklärung ja gerade den schützen soll, der bestimmte Risiken nicht erkennt oder erkennen kann und deshalb auch nicht aus eigener Initiative weitere Abklärungen vornimmt.

¹⁹⁸ Die gegensätzliche Behandlung der Verpflichtungsgründe ex lege und ex voluntate bedeutet nicht, dass auch die Rechtswirkungen ex voluntate allein auf willentlicher Gestaltung beruhen, sie bedürfen ebenfalls der Anerkennung durch die Rechtsordnung. Mittelbar beruhen somit auch die „privatautonom begründeten Verpflichtungen auf dem Gesetz“, KRÄMER, Allg. Einleitung N 119; vgl. dazu ausführlich LITTELER 13ff.; grundlegend KEJSEN 262.

¹⁹⁹ Vgl. FLUME 52. „Inhalt des Rechtsgeschäfts ist, dass etwas gelten soll, und zwar von Rechts wegen gelten soll.“

²⁰⁰ FLUME 52.

In all diesen Fällen ist das Bestehen von Informationspflichten unzweifelhaft. Wer seine Dienste auf den genannten Gebieten anbietet, äussert, bei fehlender Zusage zumindest durch schlüssiges Verhalten, seinen Willen, die Vertragspartei zu beraten. Die dogmatische Abstützung dieser Beratungspflichten bietet deshalb keine Schwierigkeiten^{215, 216}.

c) Insbesondere zu BGE 119 II 333ff.

Im neuesten, leider nur sehr rudimentär begründeten Urteil zur Aufklärungspflicht im Anlagegeschäft stellt das Bundesgericht fest, dass die Bank den Kunden, sofern dieser um Rat er suche, "im Rahmen ihrer Treupflicht sorgfältig beraten" müsse. Es wird offensichtlich davon ausgegangen, dass durch entsprechendes Verlangen von Anlagerat (was in casu nicht geschah) ein *Beratungsvertrag* zustande kommen kann. Die Favorisierung der vertraglichen Abstützung der Informationspflichten zeigt sich auch daran, dass das Bundesgericht in seiner Begründung auf die *vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes* verweist. Damit wurde die in BGE 112 II 347ff. eingeleitete Änderung der Rechtsprechung zur Frage der Raterteilung tatsächlich weitergeführt und nun die Annahme von konkludent geschlossenen Beratungsverträgen von weniger strengen Voraussetzungen abhängig gemacht, als dies früher der Fall war. Das Bundesgericht trägt damit den von der Lehre geäusserten Bedenken an seiner alten Rechtsprechung Rechnung. Es beurteilt die Frage des Entstehens für Anlageberatung damit ähnlich wie der Bundesgerichtshof, nämlich als Haftung aus konkludent geschlossenem Beratungsvertrag.

Der gewichtigste *Vorteil* der vertraglichen Begründungsvariante liegt darin, dass ohne Rekurs auf weniger geläufige, mit Unsicherheiten belastete Rechtsfiguren²¹⁷ der Bank eine Aufklärungspflicht auferlegt werden kann, die unabhängig von der Art und der Rechtsform des später abzuwickelnden Anlagegeschäfts ist. Willkürliche Unterscheidungen in der Haf-

²¹² Dazu oben 2. Kap. III.

²¹³ Ausführlich BERTSCHINGER 112ff.

²¹⁴ BGE 115 II 251ff., betreffend in Gesamtarbeitsvertrag verankerten Pflicht des Arbeitgebers zur Aufklärung der Arbeitnehmer, dass diese sich gemäss GAV für die Kosten ärztlicher Behandlung usw. versichern lassen müssen.

²¹⁵ Soweit Auftragsrecht anwendbar ist, werden diese Pflichten oftmals auch auf die Treupflicht von Art. 398 OR und das Weisungsrecht des Mandanten gemäss Art. 397 OR zurückgeführt, vgl. dazu im einzelnen WIEGAND, Handbuch 125f. sowie WIEGAND, Aufklärung 151f. Da sich die Informationspflichten hier tatsächlich aus dem Parteiwillen ergeben, ist ihre Abstützung auf die Sorgfaltspflicht entbehrlich, verhindert jedoch Auseinandersetzungen darüber, was alles explizit bzw. konkludent vereinbart worden war.

²¹⁶ Dagegen ist es auch hier heikel, den Umfang und die Grenzen der geschuldeten Aufklärung zu bestimmen.

²¹⁷ Etwa das gestützt auf die Geschäfts- und Vertrauensbeziehung zur Bank entstehende Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht, an welches CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A. N 78 die Haftung der Bank knüpft und darin einen Fall der Vertrauenshaftung kraft Schutzpflichtverletzung erkennt.

dem auch die Verhaltenspflichten²⁰¹. Diese werden „ohne konkrete diesbezügliche Willens- äusserung“ aufgrund der gesetzlichen Regelung des einzelnen Vertragsverhältnisses²⁰² oder der gestützt auf Art. 2 ZGB erfolgenden Auslegung und Ergänzung des Rechtsgeschäfts zum Vertragsinhalt²⁰³. Allerdings kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Vorstellung, wonach die Verhaltenspflichten auf dem Willen der Parteien beruhen sollen, eine Fiktion ist²⁰⁴.

b) Aufklärung gestützt auf explizite oder konkludente Vereinbarung

In einer Vielzahl von Dienstleistungsverhältnissen vereinbaren die Parteien explizit oder konkludent Informationspflichten. Dazu gehören einmal die eigentlichen Beratungsverträge. Information und Beratung ist ihr Hauptleistungsgegenstand²⁰⁵, man denke an Verträge mit beratenden Rechtsanwälten, an Management-Consulting²⁰⁶, Steuer²⁰⁷, Bau-, EDV²⁰⁸, Werbepflichten und Anlageberaterverträge²⁰⁹ etc. In anderen Vertragsverhältnissen sind Beratung und Aufklärung nicht ausschliesslicher Inhalt des Hauptleistungsprogramms, stellen vielmehr nur meist konkludent vereinbarte Neben(leistungs)pflichten dar: Solche Aufklärungspflichten finden sich etwa in Verträgen über Prozessführung, in Ingenieur-, Architekten²¹⁰, Bergführer²¹¹, Arzt²¹² und Vermögensverwaltungsverträgen²¹³. Selten ist die explizite Vereinbarung von Aufklärungspflichten als Nebenpflichten²¹⁴.

²⁰¹ WIEGAND, Einleitung zu Art. 97 OR N 4 m.w.H.; was die Verhaltenspflichten angeht, anders ein Teil der deutschen Doktrin: sie werden vom Parteiwillen losgelöst und auf das gesetzliche Schuldverhältnis oder die allgemeine Vertrauenshaftung abgestützt, grundlegend dazu WIEGAND, Verhaltenspflichten 547ff. Zum Begriff der Verhaltenspflichten im Detail unten III 3 a.

²⁰² Z.B. Art. 398 Abs. 2 OR.

²⁰³ WIEGAND, Art. 97 OR N 35; VON TUHR/PETER 155; MERZ, Art. 2 ZGB N 260; ähnlich schon BECKER, Art. 18 OR N 19ff.; KRAMER, Allg. Einleitung N 96 sieht als Rechtsgrund der Verhaltenspflichten nicht nur den Vertragsschluss, sondern auch Art. 2 ZGB (als objektive Norm).

²⁰⁴ Auf diese Problematik wird unten 4. Kap. III 2. a aa ausführlich eingegangen. Hier nur soviel: „Il faut, je crois, avoir le courage de le reconnaître franchement: l'obligation de sécurité ne repose réellement que très rarement, je dirais même plus nettement, ne repose jamais sur l'accord des volontés privées; elle ne fait jamais l'objet d'une clause contractuelle.“ PATRY 61f.

²⁰⁵ Dazu unten 4. Kap. I 3 b cc.

²⁰⁶ Dazu SCHLUEP, Einleitung vor Art. 184ff. OR, N 298ff.

²⁰⁷ FELLMANN, Art. 398 OR N 420ff.

²⁰⁸ Dazu GURQVITS, EDV-Beratungsverträge, Zürich 1993.

²⁰⁹ Statt vieler BERTSCHINGER. Die deutsche Rechtsprechung operiert dabei sehr häufig mit dem konkludent abgeschlossenen Anlageberatungsvertrag, in jüngster Zeit etwa OLG Frankfurt WM 1995, 245ff., zum ganzen ausführlich oben 2. Kap. II.

²¹⁰ Dazu oben 2. Kap. IV und FELLMANN, Art. 398 OR N 466.

²¹¹ FELLMANN, Art. 398 OR N 442.

hältnissen vorkommenden Aufklärungspflichten werden zwar in der Regel als Teil der Treupflicht des Mandataren bezeichnet und deshalb auf Art. 398 Abs. 2 OR abgestützt. Das heisst aber nicht, dass deshalb ein dogmatischer Unterschied zu andern Aufklärungspflichten bestünde. Denn die mandatsrechtlichen Treue- und Sorgfaltspflichten sind nichts anderes als institutionalisierte Verhaltenspflichten²²⁸, wie sie gestützt auf Art. 2 ZGB entwickelt wurden; Art. 398 Abs. 2 OR wiederholt in dieser Hinsicht Art. 2 ZGB bloss. Anstatt auf die Treupflicht des Art. 398 Abs. 2 OR könnte man sie genauso gut auf Art. 2 ZGB abstützen, weisen diesbezüglich doch beide Normen den gleichen Gehalt²²⁹ auf. Auch in Auftragsverhältnissen beruhen die Aufklärungspflichten somit auf einer letztlich auf Art. 2 ZGB basierenden Vertragsergänzung²³⁰. Dem entspricht, dass die Parteien in der Regel nur die (Haupt-)Leistungspflichten und die für sie besonders wichtigen *accidentalialia negotii*²³¹ vereinbaren, während die Treupflichten nicht näher abgesprochen werden²³².

Die vermehrte Statuierung von Verhaltens- und insbesondere Aufklärungspflichten im Rahmen der Vertragsergänzung fällt dabei umso leichter, als man den Kontrakt in der neueren Doktrin nicht mehr als gegenseitig übereinstimmende, auf die Herbeiführung einer Rechtsfol-

²²⁸ So WIEGAND, Zur Haftung 136. Die Treupflicht ist nicht eine Leistungspflicht des Mandatars, sondern eine Neben- oder Verhaltenspflicht, denn sie bezieht sich nicht auf die vertragstypische „obligatio faciendi“, umschreibt vielmehr lediglich „akzidentielle, nicht vertragstypusbestimmende Pflichten“, welche die reibungslose Abwicklung der Leistung sichern und Schädigungen des Vertragspartners vermeiden sollen, FELLMANN, Art. 398 OR N 32, 28.

²²⁹ FELLMANN, Art. 398 OR N 30f.; EGGER, Art. 2 ZGB N 21; MERZ, Art. 2 ZGB N 260; NEUENSCHWANDER 4. Dass die Treupflicht gerade im Auftragsrecht explizit erwähnt ist, steht im Einklang mit dem allgemeinen Prinzip, wonach die Pflichten zu gegenseitiger Rücksichtnahme mit der Intensität des Vertrauensverhältnisses, welches abhängig ist vom Grad der Sonderverbindung und der Dauer des Schuldverhältnisses, zunehmen, vgl. LARENZ, Schuldrecht 66f. In Auftragsverhältnissen ist dies oft (aber nicht immer!, vgl. THALMANN 140) gegeben. Abweichend davon vertritt GAUTSCHI, Art. 398 OR N 3a die Auffassung, dass die Treupflicht nichts mit der Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben zu tun habe. Er begründet dies damit, dass man nach Art. 2 ZGB bloss die eigenen Rechte und Interessen zu wahren habe. Diese Ansicht fehlt, das Prinzip von Treu und Glauben verlangt die Berücksichtigung der Lage der Gegenpartei, vgl. statt aller MERZ, Art. 2 ZGB N 17; im übrigen *verpflichtet* ohnehin keine Norm ein Privatrechtssubjekt zur Wahrung der eigenen Interessen, wie dies GAUTSCHI anscheinend annimmt.

²³⁰ An dieser Identität der dogmatischen Konstruktion der Verhaltenspflichten ändert die Tatsache nichts, dass bereits der Gesetzgeber selbst mit Normen wie der auftragsrechtlichen Treupflicht den Grundgedanken von Art. 2 ZGB in das Mandatsrecht aufgenommen hat. Eingehend zur nicht zufälligen Paralleltät von Art. 2 ZGB und Art. 398 Abs. 2 OR WIEGAND, Zur Haftung 136.

²³¹ Es handelt sich dabei um „von den Parteien getroffene Regelungen, die nicht begriffswesentliche Elemente des Vertrages“, also nicht Hauptleistungspflichten betreffen, BUCHER, OR AT 117 und entweder Abweichungen vom dispositiven Recht aufstellen oder zusätzliche Nebenpunkte regeln, BUCHER, OR AT 117; vgl. auch VON TUHR/PETER 156.

²³² Vgl. FELLMANN, Art. 398 OR N 27.

tung der Bank, die darauf abstellen, ob ein Kommissions- oder ein Propergeschäft vorliegt, können so vermieden werden.²¹⁸

d) Aufklärungspflichten gestützt auf Vertragsergänzung (Art. 2 ZGB)

Es ist anerkannt, dass sich aus einem Vertragsverhältnis nicht nur ausdrücklich beziehungsweise konkludent vereinbarte oder gesetzlich verankerte Obligationen ergeben²¹⁹. Zwischen den Parteien besteht vielmehr „ein ganzes Bündel von *weiteren Pflichten*“²²⁰, das diesen durch den Richter „im Wege der Auslegung und *Ergänzung* des Rechtsgeschäftes“²²¹ auferlegt wird²²². Den Rechtsgrund dieser Pflichten sieht die schweizerische Doktrin im Vertragsschluss, auch wenn diese Pflichten „aufgrund von Art. 2 ZGB unmittelbar zum Vertragsinhalt werden.“²²³

Die Rechtsprechung statuiert mit dieser auf Art. 2 ZGB abgestützten *Vertragsergänzung* vor allem Aufklärungspflichten, die mit dem vertraglichen Hauptleistungsprogramm nicht mehr so eng zusammenhängen, dass von einer konkludenten Vereinbarung derselben ausgegangen werden könnte. Dies gilt etwa für die wirtschaftliche Aufklärungspflicht des Arztes²²⁴, die Pflicht des Architekten zum Hinweis auf steuerliche Baubegünstigungen und mögliche rechtliche Komplikationen bei der Bauausführung²²⁵ sowie die unter bestimmten Voraussetzungen gegebene Obligation der Bank zur Aufklärung über die mit einem angebotenen Finanzprodukt zusammenhängenden steuerlichen Konsequenzen²²⁶.

Sogar wenn ein auftragsrechtliches Verhältnis zugrundeliegt, erfolgt die Auflegung von Aufklärungspflichten auch mittels entsprechender Vertragsergänzung²²⁷: Die in Auftragsver-

²¹⁸ Zur Kritik an der Abstützung der Aufklärungspflichten auf konkludent abgeschlossene Beratungsvertrag ausführlich unten 4. Kap. III 2.

²¹⁹ MERZ, Art. 2 ZGB N 260; FELLMANN, Art. 398 OR N 24 speziell für das Auftragsrecht.

²²⁰ KOLLER, Steuerrechtsbezogene Nebenpflichten 165.

²²¹ MERZ, Art. 2 ZGB N 260.

²²² WIEGAND, Einleitung vor Art. 97 - 109 OR N 4.

²²³ WIEGAND, Art. 97 OR N 35; anders nach wohl h.L. in Deutschland: Die Nebenpflichten werden vom Par-

teiwillen gänzlich abgelöst und unmittelbar auf das Vertrauensprinzip abgestützt, WIEGAND, a.a.O.

²²⁴ Vgl. dazu die Beispiele aus der Judikatur oben.

²²⁵ Dazu detailliert oben 2. Kap. IV 2. Beachte: Die Pflicht des Architekten zum Hinweis auf die Notwendigkeit des Abschlusses einer Bauherrenhaftpflichtversicherung ist heute als Nebenpflicht im SIA Regelwerk verankert (Art. 26 Abs. 2 SIA Norm 118).

²²⁶ Vgl. dazu die instruktiven Beispiele bei KOLLER THOMAS, Steuerrechtsbezogene Nebenpflichten 158ff., 169ff. und unten 4. Kap. IV 6 cc ddd.

²²⁷ Häufig etwa bei Aufklärungspflichten des Arztes und im Bankgeschäft; vgl. etwa BGE 115 II 62ff. und umfassend oben unter den jeweiligen Abschnitten.

Allgemeinen Geschäftsbedingungen²⁴² sowie die „vertragliche Bestätigung des Geschäftsverhältnisses als Vertrauensverhältnis“²⁴³, woraus den Parteien insbesondere die Pflicht zu permanenter *wechselseitiger Loyalität erwächst*²⁴⁴.

Der allgemeine Bankvertrag wird als geeignet zur Anknüpfung der Aufklärungspflichten betrachtet, da er als Geschäftsbesorgungsvertrag²⁴⁵, der alle Einzelgeschäfte überdacht, Interessenwahrungscharakter hat²⁴⁶. Die Bank bleibt demnach unabhängig von der Rechtsnatur der einzelnen Transaktion bis zu einem gewissen Masse interessenswahrungs- und somit aufklärungspflichtig, auch dann, wenn ein in dieser Rahmenbeziehung gefügtes Geschäft interessengegensätzlicher Natur ist²⁴⁷.

Der Bankvertrag ist, wie jede hier diskutierte Haftungsgrundlage auch, allerdings bloss ein Behelf zur Verankerung der Aufklärungspflichten²⁴⁸, nicht aber deren innerer Haftungsgrund: „Der so verstandene Bankvertrag ist geeignet, das für die rechtliche Aktualisierung der Mittlerstellung der Kreditinstitute notwendige Band zu schaffen und damit die Grundlage für die dieser Mittlerstellung entspringenden Unternehmensverhaltenspflichten gegenüber den Effektenkunden abzugeben.“²⁴⁹ Der tiefere Grund für die Annahme solcher Verhaltenspflichten der Banken liegt also in ihrer Rolle und ihrer Funktion am Markt.

sind gerade ... Informationspflichten, welche die verschiedenen Vertragsbeziehungen [z.B.] des Franchisegebers zu den Franchisenehmern als Teile eines Netzwerks erscheinen lassen“. Aufgrund ihrer Offenheit sowie ihres zumindest z.T. interessenswahrnehmenden Charakters eignen sich Rahmenverträge in naheliegender Weise als Grundlage für die dogmatische Anknüpfung von Aufklärungspflichten, MAURENBRECHER, Rahmenvereinbarung 209.

²⁴² Dazu eingehend MAURENBRECHER, Rahmenvereinbarung.

²⁴³ BAUMBACH/HOPT, BankGesch A/6; vgl. zum allgemeinen Bankvertrag HOPT, Kapitalanlegerschutz 393ff.; WIEGAND, Rechtsbeziehung 133ff.; FUCHS; SCHMID 89ff.; GÜGGENHEIM 9; CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A. N 2f. Überblick über die hier nicht interessierende Kritik an der Figur des allgemeinen Bankvertrages bei WEBER, Rahmenverträge 417; MAURENBRECHER, Rahmenvereinbarung 182ff.

²⁴⁴ WIEGAND, Rechtsbeziehung 135; BAUMBACH/HOPT, BankGesch A/6; KOHLS 17.

²⁴⁵ Dienstvertrag gemäss § 675 BGB.

²⁴⁶ HOPT, Kapitalanlegerschutz 399ff. In seiner berühmten Ausformung des Kapitalanlegerschutzes stützt HOPT die Informationspflichten (Individualpublizität), die einen der fünf Anlegerschutzpfeiler darstellen, denn auch auf den allgemeinen Bankvertrag ab, HOPT, Kapitalanlegerschutz 393ff., 399; Ders., Aufklärungspflichten 10. Vgl. dazu WIEGAND, Rechtsbeziehung 134f.; MAURENBRECHER, Rahmenvereinbarung 209.

²⁴⁷ Wie etwa das Effektenpropädeutikum oder das Kreditgeschäft, Vgl. dazu HOPT, Kapitalanlegerschutz 399f. Die „Bank bleibt ... interessenswahrungspflichtig, auch wenn eine Interessenwahrungspflicht dem einzelnen, aufgrund des Bankvertrags abgeschlossenen Geschäft, etwa einem Effektengeschäft, nicht entnommen werden kann.“ HOPT, Kapitalanlegerschutz 400. Zur *Kritik* daran hinten.

²⁴⁸ Gleich wie andere Generalklauseln, etwa Art. 2 ZGB, § 242 BGB, 1382 C.c., statutory fraud, vgl. HOPT, Kapitalanlegerschutz 391.

²⁴⁹ HOPT, Kapitalanlegerschutz 399.

ge gerichtete Willensäusserung auffasst²³³. Man versteht darunter mehr als die blosse Summe verschiedenartiger Rechtsfolgen, nämlich ein „komplexes Sinngemildes, ein sinnhaftes Gefüge“²³⁴. Und durch das Verständnis des Schuldverhältnisses als einem „in der Zeit verlaufenden Prozess“²³⁵ besteht die Möglichkeit, auch vertragsschlussbezogene, d.h. vor dem effektiven Geschäftsabschluss erwünschte Aufklärungspflichten an den Vertrag anzuknüpfen. So bindet das Bundesgericht heute die Aufklärungspflichten etwa im Kapitalanlagegeschäft an die auftragsrechtliche Treue- und Sorgfaltspflicht²³⁶, obwohl der (angebl.)²³⁷ zugrundeliegende Auftrag oftmals erst *in der Zukunft liegendes Objekt* der Aufklärung ist²³⁸. Die alte bundesgerichtliche Feststellung, dass es der Logik widerspreche, die vor dem Vertragsschluss erfolgte Raterteilung schlechthin dem erst nachher geschlossenen Vertrag zu unterstellen²³⁹, gilt eben nicht mehr, wenn man den Vertrag als „in der Zeit verlaufenden Prozess“ versteht.

e) Aufklärung als explizite gesetzliche Nebenpflicht

Wie oben ausgeführt, bestehen gesetzlich ausdrücklich statuierte Aufklärungspflichten nur in relativ geringer Zahl; sie stammen zumeist aus neuerer Zeit. Zu nennen sind etwa die im Pauschalreisengesetz und im BEHG²⁴⁰ enthaltenen Informationspflichten.

f) Aufklärungspflichten gestützt auf den allgemeinen Bankvertrag

Der allgemeine Bankvertrag regelt die Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunden und schafft die Grundlage für die zahlreichen, rechtlich verschiedenen Bankgeschäfte. Hauptinhalt dieser als *Rahmenvertrag*²⁴¹ zu qualifizierenden Rechtsbeziehung ist die Vereinbarung der

²³³ Statt vieler BUCHER, OR AT 40.

²³⁴ LARENZ, Schuldrecht 27; gl. M. GUHL/MERZ/KOLLER 9.

²³⁵ LARENZ, Schuldrecht 28.

²³⁶ BGE 119 II 335; in casu Klageabweisung, da der Bankkunde die Risiken des betreffenden Geschäfts bestens kannte.

²³⁷ Häufig spricht das Bger bei Kapitalanlagegeschäften von Aufträgen, obwohl Kaufverträge vorliegen. Zu diesem Schluss kommt auch auch THALMANN 129 Fn. 14 m.w.H.

²³⁸ Vgl. oben 6 c.

²³⁹ BGE 68 II 295.

²⁴⁰ Vgl. die Darstellung der jeweiligen Aufklärungspflichten im einzelnen oben 2. Kap.

²⁴¹ Der „Rahmenvertrag stellt ein Dauerschuldverhältnis eigener Art dar, dessen Hauptwirkungen in der Festlegung eines verbindlichen „Umfeldes“ für die später abzuschliessenden Einzelverträge... liegen.“ WEBER, Rahmenverträge 410; ähnlich auch von DER CRONE 243 m.w.H, wonach bei Rahmenverträgen „das Umfeld späterer Selektion zum selbständigen Vertragsgegenstand gemacht...“ wird. Solche Verträge werden in der Praxis vor allem zur Regelung längerfristiger Geschäftsbeziehungen, z.B. von Franchise- oder Just-in-time-Verträgen, aber auch etwa bei Turn-key-Projekten verwendet. Es geht dabei insbes. um die Schaffung und Sicherung von Stabilität, Flexibilität sowie Vertrauen, was u.a. durch die Statuierung von ausgedehnten Informationspflichten geschieht, WEBER, Rahmenverträge 405. Deutlich von DER CRONE 349 Fn. 274: „Es

1. Rechtstatsächliche Folge: „Falscher“ Entscheid

Unterlässt die Bank im Zahlungsverkehr den ausnahmsweise geschuldeten Hinweis auf den bevorstehenden Konkurs des Anweisungsbegünstigten, so erteilt der Kunde mangels Kenntnis der wahren Sachlage u.U. eine ihm schädigende Anweisung²⁵⁵. Der Privat Anleger hätte die Aktien einer bestimmten Gesellschaft nicht gekauft, wenn er von seiner Bank über deren sehr geringe Bonität aufgeklärt worden wäre. Der Patient hätte seine Einwilligung zu einem nicht letal indizierten Eingriff verweigert, wenn ihm die hohen gesundheitlichen Risiken desselben klar gewesen wären. Die Patientin hätte sich nicht einer kosmetischen Operation unterzogen, wenn sie gewusst hätte, dass deren Kosten von ihrer Krankenkasse nicht gedeckt werden. Der Urlauber schliesslich hätte seinen Pass verlängern lassen²⁵⁶, wenn der Pauschalreiseanbieter ihn darauf hingewiesen hätte, dass die Einreise nach Ägypten nur mit einem sechs Monate über das Einreisedatum hinaus gültigen Papier möglich ist.

Wie diese *Fallbeispiele* zeigen, bewirkt die Verletzung der Aufklärungspflicht typischerweise, dass der Partner *Entscheide anders trifft, als er sie in Kenntnis der wahren Sachlage getroffen hätte*²⁵⁷. Weil der Aufklärungspflichtige seiner Pflicht zur spontanen Offenbarung der entscheidungserheblichen Umstände nicht nachkommt, fehlen dem Empfänger die Informationen, die er für eine irrtumsfreie Entscheidfindung gebraucht hätte. Seine Willensbildung ist somit mangelbehaftet und er fällt einen, wie sich im *nachhinein* herausstellt, „falschen“ *Entscheid*. Damit ist allerdings noch nichts über einen allfälligen Schadensersatzanspruch gesagt.

Noch lange nicht jeder subjektiv „falsche“ Entscheid führt zu einem Schaden. Wenn die risikobehaftete Operation entgegen aller Wahrscheinlichkeit ohne Zwischenfälle verläuft und zur Heilung des Patienten führt, steht diesem gegen den Arzt, der seine Aufklärungspflicht verletzt hat, kein Schadensersatzanspruch zu, obwohl der Patient seinen Entscheid anders gefällt hat, als er es bei Kenntnis der wahren Sachlage getan hätte²⁵⁸. Wenn das hochspekulative Termingeschäfte vorteilhaft ausgeht, wird sich kein Spekulant auf das Fehlen von Risikofunktionen berufen, auch dann nicht, wenn er den Order ex ante betrachtet bei gehöriger Aufklärung nicht erteilt hätte. Dass sich der Aufklärungspflichtige in solchen Fällen nicht mit Schadensersatzklagen konfrontiert sieht, ist ganz einfach darauf zurückzuführen, dass zufälliger

²⁵⁵ Im Falle einer Pränumerando-Zahlung, vgl. oben 2. Kap. II 3.

²⁵⁶ Bzw. von der Buchung der betreffenden Reise abgesehen, wenn eine Verlängerung des Passes vor Abflug aus Zeitgründen nicht mehr möglich gewesen wäre.

²⁵⁷ BÖHME I; GONZENBACH 103; SCHIEMANN 145.

²⁵⁸ Zur komplexen, nur im Arztrecht aktuellen Frage, ob in solchen Fällen u.U. Genugtuungsansprüche gegeben sind, vgl. WIEGAND, Handbuch 185f.

II. Exkurs: Verhältnis der Aufklärungspflichten zu anderen, schlecht informierte Partner schützende Normen

Es stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen den im Obligationenrecht und anderen Erlässen²⁵⁰ vereinzelt enthaltenen Normen, die die Information des Partners, auf welche rechtstechnische Weise auch immer, garantieren sollen, und den hier dargestellten Aufklärungspflichten.

Es wäre vorstellbar, die in den Gesetzen verankerten Normen, z.B. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4, 28, 192 Abs. 3, 199, 370 Abs. 1, 1156 OR, Art. 8, 9, 10 KKG sowie Art. 4, 5, 6 Pauschalreisengesetz als abschliessende und erschöpfende Regelung des Problems zu betrachten, inwiefern die unterlassene Aufklärung der Gegenseite rechtlich relevant ist²⁵¹. Eine solche Auffassung wäre klar abzulehnen²⁵²: Die erwähnten Normen stellen, soweit sie im Besonderen Teil des OR bzw. den andern Erlässen angedeutet sind, Spezialnormen zur Regelung der Rechtsfolgen bestimmter Situationen in einzelnen Verhältnissen dar: dass damit nicht Pflichten, die aus dem allgemeinen Schuldrecht, insbesondere aus der ubi iuris-Regel von Art. 2 ZGB fließen, derogiert, diese generell gültigen Prinzipien vielmehr verifizierend konkretisiert werden, steht ausser Zweifel²⁵³. Ebenso ist anerkannt, dass die Regeln über die Willensmängel bzw. über die absichtliche Täuschung mit den von ihnen eingeräumten Anfechtungsmöglichkeiten keinerlei Ausschlusslichkeit beanspruchen und so in irgendeiner Weise die Geltendmachung von Schadensersatz wegen unterlassener Aufklärung ausschliessen würden²⁵⁴.

III. Folgen der Verletzung der Aufklärungspflichten

Im folgenden soll gezeigt werden, welche Rechtsfolgen die Verletzung der Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung entscheidungserheblicher Umstände auslöst. Es wird sich dabei herausstellen, dass aus einer Verletzung der Aufklärungspflichten unabhängig vom zugrundeliegenden Rechtsverhältnis stets die gleichen Sanktionen resultieren.

²⁵⁰ Man denke an das Pauschalreisengesetz oder das BEHG.

²⁵¹ Die Frage nach dem Verhältnis der Aufklärungspflichten zum Recht der Mängelhaftung, z.B. zu falschen Zusicherungen, stellt sich nicht, da in diesen Fällen die unrichtige Information den Vertragsinhalt massgeblich bestimmt und im Rahmen der Sach- bzw. Rechtsmängelgewährleistung als Leistungsstörung qualifiziert wird. Bei den Aufklärungspflichten geht es dagegen nicht um falsche, sondern unterlassene Information, um das Verschweigen von Tatsachen; vgl. dazu MEDICUS, AT BGB N 447ff.

²⁵² Soweit ersichtlich, wird sie denn auch von keinem Autor vertreten.

²⁵³ Vgl. dazu nur BÖHME 54f.

²⁵⁴ Bei gegebenen Voraussetzungen besteht vielmehr Anspruchs Konkurrenz, vgl. WAHRENBARGER 171.

der Patient nicht in die Operation eingewilligt, so hat ihn der Arzt so zu stellen, wie wenn er nicht operiert worden wäre, d.h. er hat allen Schaden zu ersetzen, der infolge Misslingens der Operation entstanden ist.²⁶³ Verkauft die Bank dem Kunden unter Verletzung einer gesetzlichen Aufklärungspflicht²⁶⁴ ein Wertpapier, das dieser in Kenntnis der wahren Sachlage nicht erworben hätte, muss der Anleger so gestellt werden, wie wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre: er hat Anspruch auf Ersatz allen Schadens, der ihm durch diese Fehlinvestition entstanden ist.²⁶⁵

Handelt es sich um eine *vertragliche bzw. vorvertragliche Aufklärungspflicht*, die verletzt worden ist, so müsste man schweizerischer²⁶⁶ und z.T. auch deutscher²⁶⁷ Lehre zufolge zwischen positivem und negativem Interesse unterscheiden. In beiden Fällen gelangt man allerdings wiederum zum gleichen Ergebnis: Der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses richtet sich auf den Vermögensstand, der bestünde, wenn der Vertrag gar nicht abgeschlossen worden wäre. Da sich das positive Interesse auf den Vermögenszustand richtet, der bei gehöriger Erfüllung der Aufklärungspflichten bestehen würde, dieser Zustand aber darin besteht, dass ein bestimmtes Rechtsgeschäft (oder eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung) nicht vorgenommen worden wäre, stimmen positives und negatives Interesse überein.

bb) Anspruch auf Ersatz des Integritätsinteresses

Der infolge Verletzung der Aufklärungspflichten geschuldete Schadensersatz wird²⁶⁸ m.E. weder vom negativen noch vom positiven Interesse adäquat erfasst. Informationspflichten „dienen dem Zweck, die Integrität der Rechts- und Vermögenssphäre des Vertragspartners zu schützen.“²⁶⁹ In dieser Funktion können sie die Haftung sowohl weit über das Erfüllungseresse hinaus erweitern²⁷⁰, als auch deutlich unter diesem bleiben. Beim hier entstehenden Schaden geht es nicht um das Ausbleiben einer vertraglich vereinbarten (und entsprechend bezahlten) Leistung, an deren Stelle jetzt ein gleichwertiger Ersatz (Erfüllungseresse, wirt-

²⁶³ Dazu ausführlich WIEGAND, Handbuch 182f. m.w.H.

²⁶⁴ Gemeint ist hier die Informationspflicht, welche sich aus dem neuen BEHG ergeben wird.

²⁶⁵ CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A. N 34; VORTMANN N 42; ARENDTS, Wertpapier 236, alle m.w.H. Wozu auch der Gewinn aus einem nicht getätigten Geschäft gehört.

²⁶⁶ Vgl. etwa BUCHER, OR. AT 342f., der allerdings auf die mögliche Anwendbarkeit des sog. Integritätsinteresses hinweist (dazu sofort im Text); VON TUHR/PETER-AT 86f.; GONZENBACH 199f.

²⁶⁷ CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A. N 34f.; VORTMANN N 42f.

²⁶⁸ Will man überhaupt eine Einteilung vornehmen, was m.E. auch nicht unbedingt nötig ist, da über die beiden in concreto zu vergleichenden Vermögenszustände letztlich wohl Einigkeit herrscht.

²⁶⁹ WIEGAND, Art. 97 OR N 34.

²⁷⁰ Vgl. dazu NEUENSCHWANDER 54.

weise kein Schaden entstanden ist. Es handelt sich dabei aber nicht, wie oftmals angedeutet wird, um einen Beleg für die Unberechenbarkeit oder gar Gefährlichkeit der Aufklärungspflichten, sondern um ein *ubiquitäres Prinzip*: Trotz Pflichtverletzung, möge sie noch so fahrlässig oder gar vorsätzlich erfolgt sein, ist nichts geschuldet, wo glücklicherweise kein Schaden entstanden ist. Das Glück des „Opfers“ soll dem „Täter“ zugute kommen.

Wenn die unmittelbare Folge der Aufklärungspflichtverletzung in einem falschen Entscheid besteht, ist damit auch gesagt, dass die nächste Ursache des letztlich relevanten Schadens nicht das Verhalten des Aufklärungspflichtigen, sondern die falsche Disposition des schlecht Informierten ist. Die Bestimmung der Verletzungsfolgen in rechtstatsächlicher Hinsicht ist somit nicht nur für die Frage des Schadens, sondern insbesondere auch für die Kausalität von grosser Bedeutung.²⁵⁹

2. Schadensersatz

a) Schaden im Rechtssinne

aa) Anspruch auf negatives oder positives Interesse?

Schaden ist die „Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.“²⁶⁰ Dieser deliktsrechtlich geprägte, auf der Differenzhypothese basierende Schadensbegriff gilt grundsätzlich auch im Vertragsrecht, wird hier allerdings in zwei Grundkonstellationen aufgliedert: Der durch die Verletzung eingetretene Ist-Zustand wird beim Ersatz des *positiven Interesses* mit dem hypothetischen Vermögensstand, der bei richtiger Vertragserfüllung vorliegen würde, verglichen. Beim Ersatz des *negativen Interesses* erfolgt der Vergleich mit dem Vermögensstand, der sich ohne Abschluss des Vertrages ergeben hätte.²⁶¹

Entgegen dem ersten Anschein ergeben sich daraus bei der Verletzung der Aufklärungspflichten aber *nicht unterschiedlich hohe Schadensersatzansprüche*: Wird die Informationspflicht auf eine *deliktsrechtliche* Grundlage abgestützt, so entspricht der Schaden der Differenz zwischen dem Ist-Zustand und dem hypothetischen Zustand, der bei gehöriger Aufklärung bestünde. Zur Bestimmung des hypothetischen Vermögensstandes muss geprüft werden, welche Dispositionen der Geschädigte bei richtiger Aufklärung getroffen hätte.²⁶² Hätte z.B.

²⁵⁹ Dazu unten c.

²⁶⁰ BGE 115 II 481; statt aller vgl. nur VON TUHR/PETER 84.

²⁶¹ Vgl. OFTINGER/STARK, IV/1, 8; VON TUHR/PETER 86; GAUCH/SCHLUEP N 2631; BUCHER, OR. AT 341f.

²⁶² Zur Frage der Beweislastverteilung bezüglich des hypothetischen Verhaltens unten c. dd.

diesmal nicht um den Rechtskreis eines Vertragskontrahenten, sondern um denjenigen des Partners einer „gesteigerten sozialen Sonderverbindung“ handelt²⁷⁹.

Dass bei Verletzung der Aufklärungspflichten unabhängig von der Natur des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses der Schadensersatzanspruch stets auf das gleiche Interesse geht, hat einen tieferen Grund: Die von den Aufklärungspflichten wie den Verhaltenspflichten insgesamt wahrgenommene Funktion, sc. der Schutz des Integritätsinteresses, besteht eigentlich in der Verhütung von typischen „deliktischen“ Schäden²⁸⁰. Diese haben nichts mit dem Vertragsschluss oder der vertraglich vereinbarten Leistung zu tun, werden aber von der vertragssähnlichen oder vertraglichen Haftung erfasst, da sie überhaupt erst aufgrund der Sonderbeziehung und dem durch sie eröffneten Vertrauensverhältnis entstehen konnten. WIEGAND hat dies für die Schutzpflichten insgesamt prägnant ausgedrückt: „Die Konstituierung vertraglicher Verhaltenspflichten führt ... also dazu, dass deliktische Verletzungstatbestände zugleich den Tatbestand der ‚positiven Vertragsverletzung‘ erfüllen.“²⁸¹

b) Pflichtverletzung: Verletzung von Verhaltenspflichten

Sind Bestand, Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten²⁸² einmal erstellt, bietet die Pflichtverletzung keine speziellen Probleme. Vorausgesetzt ist eine *Missachtung der Aufklärungspflichten*, mögen sich diese nun auf deliktische, vorvertragliche oder vertragliche Grundlagen stützen. Ebenfalls spielt es keine Rolle, ob es sich bei der Aufklärungspflicht um eine Verhaltenspflicht oder um eine Leistungspflicht handelt²⁸³.

Liegt eine Verletzung vertraglicher Aufklärungspflichten vor, kann diese problemlos unter die „nicht gehörige Erfüllung“ des Art. 97 OR subsumiert werden²⁸⁴. In der Lehre herrscht

²⁷⁹ KRAMER, Allg. Einl. N 98.

²⁸⁰ Vgl. FIKENTSCHER 234; KRAMER Allg. Einl. N 98 m.w.H. auf die Entwicklung der Schutzpflichten.

²⁸¹ WIEGAND, Leistungsstörungen 2, 19.

²⁸² Zur Bestimmung von Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten hinten 4. Kap. IV.

²⁸³ Denn bei diesen besteht die Leistungspflicht im sorgfältigen Tätigsein, mithin auch in einem Verhalten, dazu WIEGAND, Leistungsstörungen 2, 17.

²⁸⁴ Bei streng wörtlicher Auslegung wäre die Verletzung von Verhaltenspflichten nicht unter Art. 97 OR subsumierbar (so auch GAUCH/SCHLUEP N 2614, ohne Begründung), denn bei Verhaltenspflichten kann eigentlich nicht von nicht gehöriger Erfüllung gesprochen werden: Erfüllt werden können nur solche Pflichten, deren Beachtung zur Befreiung des Schuldners führt; gerade dies ist bei den Verhaltenspflichten nicht der Fall. Da ein allfälliger Anspruch erst entsteht, wenn die Pflichten verletzt werden, ist vorher keine Forderung vorhanden, welche durch Erfüllung zum Erlöschen gebracht werden könnte; vgl. dazu ähnlich NEUENSCHWANDER 7. Zu den Konsequenzen dieser Tatsache für die dogmatische Einordnung der Aufklärungspflichten ins Vertragsverhältnis bzw. ein gesetzliches Schuldverhältnis vgl. unten 4. Kap. III.

schaftliches Interesse²⁷¹) zu treten hat²⁷². Es geht auch nicht darum, den Gläubiger so zu stellen, wie wenn er „auf eine bestimmte Erklärung oder das Zustandekommen eines Vertrages nicht vertraut hätte“²⁷³. Denn es ist nicht die Herstellung jenes Vermögensstandes angestrebt, der bestünde, wenn vom Vertrag gar „nie die Rede gewesen wäre“²⁷⁴. Zudem entsteht bei Aufklärungspflichtverletzungen der Schaden ja gerade nicht, weil ein Vertrag z.B. infolge Nichtigkeit dahinfällt (was typisch ist beim Ersatz des negativen Interesses), sondern weil der Vertrag ausgeführt wird.

Bei Verletzung der Aufklärungspflichten ist mithin weder vom Ersatz des positiven noch des negativen Interesses zu sprechen²⁷⁵. Die Aufklärungspflichten sind, wie die Verhaltenspflichten insgesamt, nicht auf die Förderung des Leistungsinteresses des Gläubigers, sondern auf dessen *Integritätsinteresse* gerichtet²⁷⁶. „Wenn Schadensersatz zu leisten ist wegen der Verletzung eines bestimmten Rechts oder Rechtsgutes, oder wegen der Verletzung einer vertraglichen Sorgfalts-, Obhuts-, oder Schutzpflicht, handelt es sich weder um ein Erfüllungszinsinteresse, noch um Vertrauensschaden, sondern um ein Erhaltungs- oder Schutzinteresse des Geschädigten.“²⁷⁷

Dies lässt sich besonders gut anhand der ärztlichen Aufklärung zeigen: Die Eingriffsaufklärung dient dem Schutz der Integrität der Persönlichkeit bzw. der mangelfreien Ausübung höchstpersönlicher Rechte, die wirtschaftliche Aufklärung der Erhaltung des Vermögens bzw. der „richtigen“ Vornahme vermögensrechtlicher Dispositionen²⁷⁸. Die Aufklärungspflichten dienen also immer dem Erhaltungsinteresse, im Falle ihrer Verletzung ist somit nie etwas anderes als das Integritätsinteresse zu ersetzen. Die Differenzhypothese ist mithin, genau wie im Deliktsrecht, an jenen Zustand anzuknüpfen, der bestünde, wenn keine Schädigung eingetreten wäre, und es ist nicht zwischen positivem und negativem Interesse zu unterscheiden. Gleiches gilt für die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten: Auch hier haben die Informationspflichten die Funktion, Eingriffen in den Rechtskreis zu wehren, bloss dass es sich

²⁷¹ Diejenige Vermögenslage, in der sich der Gläubiger befinden würde, wenn er die Leistung erhalten hätte, vgl. dazu LARENZ, Schuldrecht 430.

²⁷² Grundlegend dazu FIKENTSCHER 231 ff.

²⁷³ LARENZ, Schuldrecht 431.

²⁷⁴ KELLER/SCHÖBI 279.

²⁷⁵ So aber CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A. N 34.

²⁷⁶ Dazu KRAMER, Allg. Einl. N 98 m.w.H., ihm folgend GAUCH/SCHLUEP N 2706; vgl. auch LARENZ, Schuldrecht 401.

²⁷⁷ LARENZ, Schuldrecht 431.

²⁷⁸ Grundlegend WIEGAND, Handbuch 119ff.

im Grundsatz²⁸⁵ nämlich Einigkeit darüber, dass Art. 97 OR selbst dann zu Anwendung gelangt, wenn „die Leistung in jeder Hinsicht der vereinbarten entspricht“, der Schuldner jedoch bei deren Bewirkung allgemeine Verhaltenspflichten verletzt²⁸⁶. Denn der Tatbestand der nicht gehörigen Erfüllung von Art. 97 OR „umfasst alle Vertragsstörungen, die weder Nichterfüllung noch Verzug darstellen.“²⁸⁷

Die Frage der Pflichtverletzung darf selbstverständlich nicht unter Berücksichtigung der seither eingetretenen Umstände beurteilt werden. Bei der Prüfung, ob eine Aufklärung angebracht gewesen wäre oder nicht, ist vielmehr von einer ex-ante-Betrachtung auszugehen. Deswegen hat man sich ständig bewusst zu sein; verwirklicht sich nämlich ein Risiko, dessen Eintretenswahrscheinlichkeit sehr gering ist, so ist die Gefahr gross, dass bereits der Risikoeintritt als Beleg für die Gebotenheit einer diesbezüglichen Aufklärung betrachtet, ihre Unterlassung mithin ohne weiteres als Pflichtverletzung qualifiziert wird²⁸⁸.

c) Kausalität

a) Besondere Kausalitätsprobleme bei der Verletzung von Aufklärungspflichten

Das Bestehen einer Schadensersatzpflicht setzt voraus, dass zwischen einem bestimmten Verhalten und dem Schaden, d.h. dem Erfolg, ein Kausalzusammenhang vorliegt²⁸⁹. Dies gilt in gleicher Weise für deliktische wie für vertragliche Schadensersatzansprüche²⁹⁰. Die Kausalität

²⁸⁵ Uneinigkeit besteht etwa in der belanglosen Frage, ob die positive Vertragsverletzung bloss analog (so BUCHER, OR AT 335f.) oder direkt (GAUCH/SCHLUEP N 2615) auf Art. 97 OR abgestützt werden könne. Wichtiger ist der Hinweis von VON TUHR/PETER 107f., wonach in den Fällen der positiven Vertragsverletzung stets zu prüfen ist, ob tatsächlich eine Vertragsverletzung vorliegt, oder ob die Schädigung in keinem oder nur einem äusserlichen Zusammenhang mit dem Vertrag und dessen Erfüllung steht, was eine Anwendung von Art. 97 OR zu Gunsten der deliktischen Anspruchsgrundlagen ausschliessen würde.

²⁸⁶ WIEGAND, Leistungsstörungen 2, 19; im weiteren Ders., Art. 97 OR N 32ff.; BUCHER, OR AT 335; GAUCH/SCHLUEP N 2606 m.w.H.; VON TUHR/PETER 107; NEUENSCHWANDER 75ff.

²⁸⁷ So WIEGAND, Leistungsstörungen 2, 16.

²⁸⁸ So ist es äusserst schwierig, im nachhinein die von einem Bankier zum relevanten, möglicherweise Jahre in der Vergangenheit zurückliegenden Zeitpunkt geschuldete Aufklärung zu bestimmen. Dabei gilt es zu beachten, dass z.B. die bei nachträglicher Betrachtung in Kenntnis des Schadenseintritts negativ zu interpretierenden Zeitungsmeldungen u.dgl. auch anders gewürdigt werden könnten, weil sie vielleicht von anderen, positiv zu beurteilenden Umständen überlagert worden waren. Anders ist es dagegen beim Rating einer anerkannten Agentur: Wird eine Anleihe mit CCC bewertet, bietet sich kein Ermessens- und Interpretationsspielraum mehr. Liegen unterschiedliche Ratings vor, so hat der Bankier den Anleger auf die abweichenden Einschätzung aufmerksam zu machen. Vgl. dazu ARENDTS, Wertpapier 235f. mit interessanten Ausführungen zum Bond-Fall.

²⁸⁹ Statt aller BREHM, Art. 41 OR N 103.

²⁹⁰ WIEGAND, Leistungsstörungen I, 3.

tatsache ist generell ein heikles Feld²⁹¹; bei der Verletzung von Aufklärungspflichten werden die Probleme noch in dreifacher Hinsicht kompliziert: Erstens besteht das schädigende Verhalten in einem Unterlassen, weshalb kein tatsächlicher, sondern bloss ein fiktiver „Ursachenzusammenhang“ zwischen dem schädigenden Verhalten und dem Schaden festgestellt werden kann. Zweitens ist die Aufklärungspflichtverletzung nicht nächste „Ursache“ des Schadens, diese besteht vielmehr in einer schädigenden Disposition (dem „falschen“ Entschleiden) des Geschädigten selbst, die unter Umständen auch bei gehöriger Aufklärung genau gleich erfolgt wäre. Drittens sind zur Beantwortung der beweisrechtlichen Frage, ob das schädigende Verhalten bei vollständiger Information unterblieben wäre, innere Vorgänge im Bereich der Willensbildung zu beurteilen.

bb) Unterlassen (einer Aufklärung) ist nie eine natürliche Ursache

Ursache eines Schadens ist nach der *conditio sine qua non*-Formel jedes Verhalten, das nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfällt²⁹². Handelt es sich bei diesem Verhalten um ein Unterlassen, kann ein solcher natürlicher Kausalzusammenhang nicht festgestellt werden, da Nichtstun, Unterlassen, rein ontologisch *keine Ursache* darstellen kann²⁹³. Zwischen Unterlassung und Schaden besteht vielmehr bloss ein vom Recht fingierter, normativer „Kausalzusammenhang“, der auf der „hypothetischen Annahme beruht, der Schaden wäre bei pflichtgemäsem Handeln nicht eingetreten“²⁹⁴.

cc) Kausalität des Unterlassens²⁹⁵ und Adäquanz

Dies wirkt sich dahingehend aus, dass bereits bei der Prüfung des hypothetischen Kausalverlaufs auf die allgemeine Lebenserfahrung abzustellen ist und schon hier gewisse „unwahrscheinliche Geschehensabläufe von vornherein ausser Betracht“ gelassen werden müssen²⁹⁶. Die wertenden Kriterien, die sonst erst bei der Beurteilung der Adäquanz zum

²⁹¹ ORTINGER/STARK AT I, 146 bezeichnen die Kausalitätsfrage gar als „das Zentralproblem des Schadensersatzrechts“. Schwierigkeiten bieten insbes. die Adäquanz sowie die Frage nach dem Schutzzweck (Rechtswidrigkeitszusammenhang), dazu sogleich im Text.

²⁹² Statt aller BREHM, Art. 41 OR N 109.

²⁹³ BRUSKE 20; SCHULTZ 534f.; KRAMER, Kausalität 295; OFTINGER/STARK, AT I, 126.

²⁹⁴ BGE 115 II 447 mit der Bemerkung, dass es sich bei der Diskussion um die Kausalität von Unterlassungen letztlich um einen Begriffstreit handle. KRAMER, Kausalität 295 weist daraufhin, dass zwischen der natürlichen Kausalität der Handlungen und den Unterlassungen (abgesehen vom streng naturwissenschaftlichen Kausalitätsbegriff) „kein so grundsätzlicher“ Unterschied besteht. Auch bei Handlungen prüft man nämlich die Kausalität mittels einer Hypothese, bloss handelt es sich dabei nicht, wie bei den Unterlassungen, um ein hypothetisches Hinzudenken einer Handlung, sondern um die „hypothetische Elimination“ einer Handlung.

²⁹⁵ Darf nicht mit der hypothetischen Kausalität verwechselt werden, vgl. BRUSKE 136, insbes. Fn. 175; BREHM, Art. 41 OR N 149.

²⁹⁶ BGE 115 II 447; die Prüfung der natürlichen Kausalität von Handlungen ist eine reine Tatfrage.

schadensausschliessende Disposition getroffen hätte, oder muss der Nichteintritt des Schadens mit Sicherheit bejaht werden können? Wenn es bei Unterlassungen genügt, dass nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge der Schaden bei Vornahme der gebotenen Handlung nicht eingetreten wäre³⁰⁴, dann muss auch bei der Verletzung von Aufklärungspflichten ein *Wahrscheinlichkeitsurteil*³⁰⁵. Rechtsprechung und h.L. stimmen dem auch überein, dass es in Fällen der hypothetischen Kausalität genügt, wenn die überwiegende Wahrscheinlichkeit für einen bestimmten Kausalverlauf, d.h. hier für eine schadensvermeidende Disposition, spricht³⁰⁶.

ec) Kausalität und Schutzzweck der Aufklärungspflichten

aaa) Problemstellung

Ein Patient, der bei Kenntnis der Operationsrisiken den Eingriff verweigert hätte, erleidet im Zusammenhang mit demselben einen Körperschaden; allerdings nicht infolge des Eintritts eines Eingriffsrisikos, sondern weil das Spital während der Operation niederbrannte. Ist Schadensersatz geschuldet? Eine Bank verletzt ihre Pflicht, den Erwerber eines Mehrfamilienhauses über die fortdauernde Sozialbindung³⁰⁷ der Liegenschaft aufzuklären. Dieser verlangt von der Bank nicht deswegen Schadensersatz, sondern weil das Haus gravierende bautechnische Mängel aufweist, worüber ihm die Bank nicht aufgeklärt hatte³⁰⁸.

In beiden Fällen ist die Verletzung der Aufklärungspflichten kausal zum Schaden: bei gehöriger Aufklärung hätte der Patient sich nicht operieren lassen und wäre demnach nicht im brennenden Operationssaal verletzt worden; der unglückliche Liegenschaftsbesitzer wäre bei Aufklärung über die Sozialbindung der Liegenschaft vom Erwerb eines mangelhaften Hauses verschont geblieben. In solchen Konstellationen wird von der deutschen Lehre und Judikatur zur (erforderlichen) *Begrenzung der Haftung* die *Theorie vom Schutzzweck der Haftungsbegründenden Norm* bzw. *der verletzten vertraglichen oder vorvertraglichen Pflicht*³⁰⁹ heran-

³⁰⁴ BREHM, Art. 41 OR N 126 m.w.H.

³⁰⁵ A.M. aber PALANDT-HEINRICH, v § 249 BGB N 84, der blosser Wahrscheinlichkeit des Nichteintritts des Schadens nicht genügen lassen will.

³⁰⁶ BGE 115 II 450; OFTINGER/STARK AT I, 129; KUMMER, Art. 8 ZGB N 211; damit ist noch nichts über die Verteilung der Beweislast gesagt, dazu unten 4.

³⁰⁷ Da der Bau der Liegenschaft mit öffentlichen Mitteln im Sinne des Wohnungbindungsgesetzes gefördert worden war, vgl. dazu BGH WM 1992, 134.

³⁰⁸ Und dazu auch nicht verpflichtet gewesen war, BGH WM 1992, 133ff.

³⁰⁹ Ausführlich zur Normzwecktheorie LAURI 24; LARENZ, Schuldrecht § 27 III 2. (440ff.); beide m.w.H. Es ist anerkannt, dass die Normzwecktheorie - sofern man sie denn überhaupt anwenden will (ablehnend BREHM, Art. 41 OR N 163, allerdings nicht aus dogmatischen Gründen, sondern aufgrund der praktischen Erwägung, dass sich die schweizerische Praxis an „die Bewertungsmethode der Adäquanztheorie gewöhnt“ habe), auch

Tragen kommen, spielen deshalb schon bei der Feststellung der hypothetischen Kausalität eine Rolle. „²⁹⁷ Kausalität und Adäquanz können deshalb nicht getrennt behandelt werden.

dd) Kausalität nur bei schadensvermeidender Disposition

Die Beurteilung der adäquaten Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung ist besonders heikel, da nicht das Zurückhalten der Information selbst, sondern erst der „falsche“ *Entscheid des Gläubigers nächste Ursache des Schadens ist*²⁹⁸. Dies führt zu einer langen Kausalkette: Die Unterlassung einer Aufklärung kann einen Schaden nur in zurechenbarer Weise verursachen, wenn die gebotene Handlung, d.h. die Information, beim Gläubiger eine ganz bestimmte Disposition ausgelöst hätte, die den aufgrund der tatsächlich getroffenen falschen Entscheidung erlittenen Schaden verhindert hätte. Dies setzt voraus, dass der Gläubiger in Kenntnis der Informationen so disponiert hätte, dass der nunmehr eingetretene Schaden ausgeblieben wäre²⁹⁹. So etwa, wenn der Patient sich in Kenntnis der hohen Operationsrisiken dem in der Folge missglückten Eingriff nicht unterzogen³⁰⁰, der Sparer im Bewusstsein der Risiken einer bestimmten Anlage in diese nicht investiert, der Anweisende im Wissen um den bevorstehenden Konkurs des Begünstigten keine Überweisung getätigt, der Käufer bei ordnungsgemässer Belehrung durch den Notar das Grundstück nicht erworben hätte³⁰¹, u.s.w.³⁰².

Die Beantwortung der Frage, wie sich der Geschädigte verhalten hätte, wenn er gehörig informiert gewesen wäre, ist bei der Verletzung von Aufklärungspflichten, im Gegensatz zu den eigentlichen Warnpflichten³⁰³, nicht einfach, da stets zumindest zwei valable Entscheidungsalternativen offen stehen. Genügt die Wahrscheinlichkeit, dass der Aufklärungsgläubiger eine

²⁹⁷ BGE 115 II 447f., woraus das Bger schliesst, dass eine Überprüfung des hypothetischen Kausalverlaufs auf seine Adäquanz hin in der Regel nicht mehr sinnvoll ist.

²⁹⁸ SCHEMANN 145.

²⁹⁹ Vgl. auch FABRE-MAGNAN 475. BRUSKE 21 spricht plastisch davon, dass die ordnungsgemässe Information einen „nicht schadenswirksamen Willensschluss“ hätte veranlassen müssen.

³⁰⁰ Zur Frage, wen die Beweislast - für die im erwähnten Beispiel nicht vorhandene - hypothetische Einwilligung trifft, unten 4 b.

³⁰¹ Appellationshof Bern ZBGR 1986, 147f.

³⁰² Vgl. etwa auch BGE 47 II 272, 293: Zwischen einem Zeichnungsprospekt, der u.a. ungünstige wichtige Tatsachen verschweigt, und dem Schaden der Aktionäre besteht ein adäquater Kausalzusammenhang, da die Geschädigten, wären sie gehörig informiert gewesen, von einer Investition abgesehen hätten.

³⁰³ So gibt es in folgendem Fall kaum Anlass zur Diskussion über das informationsgerechte Verhalten: Mangel einer Warn tafel konnte ein Chauffeur nicht erkennen, dass die lichte Höhe zur Durchfahrt durch ein Stadttor nicht ausreichte, was zur Beschädigung des Fahrzeugs führte. Theoretisch verfügt der Fahrer natürlich auch hier über zwei Alternativen, aber eben nicht über zwei valable. Die Vorstellung, dass er das Tor auch durchfahren hätte, wenn eine Warn tafel angebracht gewesen wäre, widerspricht nämlich jeder Lebenserfahrung, so dass ein solcher Verlauf gar nicht ernsthaft in Betracht gezogen werden braucht. (Genau dies hatte jedoch die kantonale Instanz getan!) BGE 103 II 240ff., insbes. 244f.

Operationssaales eine Schadensersatzpflicht zu bejahen. Um solches zu vermeiden, anerkennt der Bundesgerichtshof eine Ausnahme für den Fall, dass das eingetretene Risiko mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten in keinem „inneren Zusammenhang“ gestanden habe.³¹⁶

bbb) Stellungnahme

Interpretiert man die Schutzzwecktheorie von Beginn weg sachgerecht, so gelangt man auch ohne die eben gezeigte Aufstellung von Ausnahmen zum richtigen Resultat. Die Aufklärungspflichten dienen der Vermeidung von Schäden, indem sie die irrtumsfreie Willensbildung ermöglichen.³¹⁷ In dieser Funktion sollen sie verhindern, dass der Partner infolge geschäftsspezifischer Unkenntnis „falsche“ schadensauslösende Entscheide trifft, indem dank der Information der auf die Vorahme von rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen gerichtete Wille in Kenntnis aller relevanten Grundlagen richtig gebildet werden kann. Nicht ersetzt werden dagegen Schäden infolge von Umständen, die für die fehlerhafte Willensbildung des Aufklärungsbedürftigen - ex ante betrachtet - in keiner Art und Weise relevant waren.³¹⁸

Die Schutzzwecktheorie weist bei der Beurteilung von Aufklärungspflichtverletzungen gegenüber der mit Wahrscheinlichkeiten operierenden Adäquanztheorie den Vorteil auf, dass sie die Bestimmung der normativen Grenze der Zurechnung besser zu begründen vermag als die Adäquanz. Wo die „vernünftige“ Grenze aber letztlich zu ziehen ist, bleibt so oder anders der richterlichen Wertung überlassen.³¹⁹

stimmten Einzelpunkts aufzuklären hat, haftet grundsätzlich für alle mit einer nachteiligen Anlageentscheidung verbundenen Schäden, auch solche aus Untreuehandlungen des Modellimitators.“ BGH NJW 1992, 2561.

³¹⁶ BGH NJW 1991, 2346; vgl. dazu auch LAUFS N 240.

³¹⁷ Für das Arztrecht MAINARDI-SPEZIALI 132, für das Bankrecht THALMANN 215.

³¹⁸ Schäden, die sich als Verwirklichung von typischen Risiken bei spekulativen Anlagen darstellen, sind vom Schutzzweck der Aufklärungspflichten erfasst, nicht hingegen solche, die sich z.B. aus der Begehung von Straftaten zulasten der Unternehmung oder kriegerischer Ereignisse ergeben. War sich allerdings der Anleger atypischerweise nicht einmal der Tatsache bewusst, dass Investitionen in Aktien generell mit größeren Risiken behaftet sind, und hätte er darüber aufgeklärt werden müssen, könnte dem oben zitierten Entscheid des BGH allenfalls gefolgt werden.

³¹⁹ Vgl. BGE 66 II 165. Nach der Normzwecktheorie ist die - ganz besonders bei den Verhaltenspflichten - schwierige Abwägung vorzunehmen, wann ein Schaden innerhalb des Schutzbereichs einer Norm liegt, bei der Adäquanztheorie liegt das Wertungsproblem in der Konkretisierung von Begriffen wie „gewöhnlicher Lauf der Dinge“ und „Eignung nach allgemeiner Lebenserfahrung“. Deziidiert BREHM, Art. 41 OR N 162f. zum Theorienstreit: „Es muss entschieden werden, wie weit es billig ist... die Haftung auszudehnen. Deshalb ist nicht ausschlaggebend, auf welche Theorie sich die Gerichte berufen. Wichtig ist, dass die Kausalität in

gezogen. Anders als bei der Adäquanztheorie setzt das Werturteil hier nicht bei der Frage an, ob die Schadensfolge vom Standpunkt eines „gedachten Beobachters“³¹⁰ aus nur auf Grund eines ganz ungewöhnlichen, keinesfalls zu erwartenden Verlaufs eintreten konnte.³¹¹ Die Normzwecktheorie besagt vielmehr, dass nur der Schaden dem Schuldner zuzurechnen ist, der den Interessen zugefügt wird, die von der verletzten gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht gerade geschützt werden sollten.³¹² Diese Theorie ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofs bei der Verletzung von Aufklärungspflichten von besonderer Bedeutung, weil eine bestimmte Disposition häufig auf vielen verschiedenen Motiven beruht. Indem nur solche Nachteile ersetzt werden, „die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen oder die verletzte vertragliche oder vorvertragliche Pflicht übernommen worden ist“, lässt sich eine unbillige Haftungsausweitung besonders gut vermeiden.³¹³

Beschränkt sich die Aufklärungspflicht auf den Hinweis auf bestimmte Einzelpunkte, fehlt der rechtlich relevante Zusammenhang zwischen unterlassener Aufklärung und Schaden, wenn ein anderes, nicht aufklärungspflichtiges Risiko eintritt (so im obigen Fall betr. der Sozialbindung des Hauses und der Baumängel).³¹⁴ Besteht dagegen eine umfassende Aufklärungspflicht, so etwa bei der Eingriffsaufklärung des Arztes und z.T. im Anlagegeschäft, und wurde die notwendige „Grundaufklärung“ unterlassen, haftet der Aufklärungspflichtige nach deutscher Rechtsprechung grundsätzlich für alle mit einer nachteiligen Entscheidung verbundenen Schäden.³¹⁵ Nähme man dies zum Nennwert, so wäre im obigen Fall des brennenden

bei der Verletzung vertraglicher und vorvertraglicher Pflichten die Haftungsgrenzen bestimmen kann, vgl. MÜNCHKomm-GRUNSKY, Vor § 249 BGB N 45.

³¹⁰ LARENZ, Schuldrecht 440; mit der Figur des „gedachten Beobachters“ soll betont werden, dass es nicht auf die subjektive Voraussichtbarkeit, sondern vielmehr darauf ankommt, ob die Handlung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet war, einen Schaden von der Art des eingetretenen herbeizuführen.

³¹¹ Welche letztlich häufig aufgrund eines quantitativen Massstabes, der Wahrscheinlichkeit des Eintritts solcher Risiken als Folge einer bestimmten Handlung, beantwortet wird, vgl. oben 2. Kap. III.

³¹² LARENZ, Schuldrecht 440f.

³¹³ PALANDT-HENRICHs, v § 249 BGB N 62, prägnant auch MÜNCHKomm-GRUNSKY, v § 249 BGB N 44: „Durch die Aufstellung von Verhaltensnormen versucht die Rechtsordnung Schäden zu verhüten. Jede darauf abzielende Verhaltensnorm will aber nicht undifferenziert beliebige Schäden verhüten, sondern hat ganz bestimmte Schäden vor Augen.“

³¹⁴ So auch PALANDT-HENRICHs, v § 249 BGB N 63; MÜNCHKomm-GRUNSKY, v § 249 BGB N 45.

³¹⁵ BGH NJW 1991, 2346, ihm folgend PALANDT-HENRICHs, Vorbem v § 249 BGB N 63. So bejahte der BGH eine Schadensersatzpflicht aus Aufklärungspflichtverletzung, weil die Anlage wertlos wurde, da die betreffende Gesellschaft infolge krimineller Machenschaften leitender Angestellter auseinanderbrach! „Dieser Schaden liegt... nicht ausserhalb des Schutzbereichs der angesprochenen [Aufklärungspflicht]. Wer einen Anlageinteressenten über die Risiken eines Modells umfassend und nicht lediglich hinsichtlich eines be-

zung, etwa die irriige Überzeugung eines Kundenberaters, eines Hinweises an den Anleger bedürfe es nicht³²⁸, die Schadensersatzpflicht nicht abzuwenden vermag³²⁹.

Für die Verletzung der Aufklärungspflichten gilt demnach, was für die Schlechterfüllung von Dienstleistungsverträgen und die positiven Vertragsverletzungen insgesamt zutrifft: Ist die objektive Pflichtverletzung, die „in einem Verstoß gegen die ... nach Berufsstandards gebotene Sorgfalt besteht“, einmal dargetan, „bleibt für eine Exkulpation praktisch kein Raum: denn mit dem Nachweis der Pflichtverletzung ist zugleich bewiesen, dass die von einem durchschnittlichen Schuldner in dieser Situation zu erwartende Sorgfalt nicht aufgewendet wurde.“³³⁰

Bei der Verletzung von Aufklärungspflichten (deliktischer wie vorvertraglicher bzw. vertraglicher) *entfällt deshalb ein Verschulden praktisch nur*, wenn aussergewöhnliche äusserre Umstände, namentlich vis major oder Drittverschulden, vorliegen³³¹. Dies ist etwa der Fall, wenn sich die Bank aufgrund eines (sich im nachhinein als unzutreffend erweisenden) externen juristischen Gutachtens über die Frage des Umfangs der Offenbarungspflicht in einem bestimmten Geschäft in einem entschuldigen Rechtsirrtum befindet³³². Dagegen ist es nicht eine Frage des Verschuldens, wenn der Bankangestellte aufgrund des gewandten und fachmännischen Auftretens des Kunden von der Entbehrlichkeit einer Aufklärung ausgehen konnte und ihn deshalb nicht auf bestimmte Risiken einer Anlage aufmerksam machte. Beim Unterlassen eines Hinweises fehlt es hier bereits an der Pflichtwidrigkeit, da das Verhalten des Bankiers „kein[en] Verstoß gegen die ... nach Berufsstandards gebotene Sorgfalt“³³³ darstellt.

328 VORTMANN, Aufklärungspflichten N 36.

329 Die „subjektive Entschuldigbarkeit eines schädigenden Verhaltens ist unerheblich“, OFTINGER/STARK, AT I, 211.

330 WIEGAND Art. 97 OR N 43.

331 So statt vieler etwa BUCHER, OR AT 347, der anmerkt, dass dies letztlich auch im angelsächsischen und bereits im römischen Recht gültig ist bzw. war.

332 Die unrichtige Auskunft eines Dritten befreit allerdings keineswegs stets vom Schuldvorwurf; in heiklen Fragen ist die Einholung eines Zweitgutachtens erforderlich. Widersprechen sich die Gutachten, begründet das Abstellen auf eine Ansicht bereits ein Verschulden (BGH VersR 1968 148, zitiert nach VORTMANN, Aufklärungspflichten N 37).

333 WIEGAND, Art. 97 OR N 43.

d) Verschulden

Die Verletzung einer Aufklärungspflicht führt nur zu Schadensersatz, wenn der Schuldner für sein Verhalten verantwortlich ist³²⁰. Zurechnungskriterium ist in der Regel das *Verschulden*, wichtigste hier allerdings nicht interessierende Ausnahme davon die „Kausalhaftung“ für Hilfspersonen gemäss Art. 101 OR³²¹, welche ein Einstehenmüssen für *fremde culpa* statuiert.

Der Verschuldensbegriff ist im Vertragsrecht gleichermaßen wie im Deliktsrecht³²² aufgrund des Strebens der Rechtsordnung nach generellen, bewertbaren Massstäben - *objektiviert*³²³. Fahrlässigkeit, als praktisch bedeutsamste Verschuldensform³²⁴, ist Unterschreiten der Sorgfalt, die von einem gewissenhaften Schuldner in der gleichen Lage unter den konkreten Umständen angewandt worden wäre³²⁵. Das heisst: „Je qualifizierter ein Beruf, desto grösser die Sorgfalt... Je grösser innerhalb eines Berufs die Fähigkeit, die einzusetzen man sich anheischig macht, desto höher der Anspruch an die Sorgfalt.“³²⁶ Das Rechtsobjekt hat, im *ausserverstraglichen wie im vertraglichen Bereich*, „einen Standard zu gewährleisten.“³²⁷ Hieraus folgt, dass die subjektive Entschuldigbarkeit einer Aufklärungspflichtverletzung

einem vernünftigen Rahmen angenommen wird. Wenn sich ab und zu Kritik als angezeigt erweist, dann vorerst an Urteilen und weniger an Theorien.“

320 Zur Beweislast hinsichtlich des Verschuldens unten 4 c.

321 Unabhängig davon, ob den Geschäftsherrn ein Verschulden trifft, haftet er für die von seiner Hilfsperson verursachten Schäden, sofern ihn, hätte er gleich gehandelt, ein Verschulden getroffen hätte (hypothetische Vorwerfbarkeit). Vgl. dazu etwa GAUCH/SCHLUEP N 2824; VON TUHR/ESCHER 122; BUCHER, OR AT 350ff. Zur rechtspolitischen Rechtfertigung der verschuldensunabhängigen Haftung für die Hilfspersonen grundlegend SPIRO, 57ff.

322 Statt vieler vgl. nur BUCHER, OR AT 347.

323 OFTINGER, AT 143: „Das Streben der Rechtsordnung nach generellen, objektiven Massstäben erfordert das Ausgehen von einem [sic, der Verf.] Durchschnittsstand von Sorgsamkeit, von Aufmerksamkeit und Anspannung.“

324 Vorsatz kommt in den hier behandelten Dienstleistungsverhältnissen selten vor und stellt zudem hohe Beseitigungsanforderungen, so dass Geschädigte sich mit Vorteil auf Fahrlässigkeit berufen; vgl. aber etwa ZR 1983, 75ff. (gewerbmässiger Betrug beim Vertrieb von Anlagen, dazu oben 2. Kap. 4d bb aaa).

325 OFTINGER, AT 146; WIEGAND, Art. 97 N 43; BGE 115 II 64. Kurz und bündig § 276 BGB: „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser Acht lässt.“ OFTINGER/STARK, AT I, 202 definiert Fahrlässigkeit dagegen als „Nichtbeachtung einer vorhersehbaren rechtswidrigen Schädigung eines Dritten“.

326 OFTINGER, AT 147f.; im gleichen Sinne OFTINGER/STARK, AT I, 212f.

327 OFTINGER, AT 144, der diesen starren, Härten mit sich bringenden Verschuldensmassstab damit rechtfertigt, dass dieser von der „Notwendigkeit, sich auf ein Minimum von positiven Eigenschaften und Fähigkeiten verlassen zu können“, diktiert werde.

Die von der h.L. meist vorbehalten und mit grossem Begründungsaufwand³⁴¹ vorgenommene Unterscheidung zwischen Leistungs- und Verhaltenspflichten ist jedoch zumindest wie WIEGAND höflich anmerkt, „wenig hilfreich“³⁴² und stiftet z.T. *mehr Verwirrung, als dass sie Klarheit schafft*³⁴³. Die Unterscheidung zwischen Leistungspflichten und Verhaltenspflichten ist nicht operabel, da niemand anzugeben vermag, wann eine Pflicht solcher Art ist, dass sie mittels Leistungs- oder Unterlassungsklage selbstständig durchgesetzt werden kann, und wann sie nur zu einem Schadensersatzanspruch berechtigt³⁴⁴. Wenn überhaupt, so wird nur in negativer Umschreibung festgehalten, worauf die Differenzierung abstellt: „Die hier befürwortete Unterscheidung ... stellt auch nicht auf die Zweckrichtung des korrespondierenden Anspruchs ab: Es können also durchaus auch die lediglich dem Erhaltungsinteresse dienenden ‘Schutzpflichten’ .. mittels Erfüllungsansprüchen verfolgbare Nebenleistungspflichten, ja vielleicht [!] sogar Hauptleistungspflichten sein...“³⁴⁵ In Anbetracht der Unbestimmtheit der Unterscheidung fallen denn auch die Zuordnungen einzelner Pflichten von Autor zu Autor völlig unterschiedlich aus. Dies nicht nur in Randbereichen³⁴⁶, sondern sogar in Kerngebieten³⁴⁷, so dass der Sinn dieser Abgrenzung überhaupt in Frage gestellt werden muss.

bb) Irrelevanz der Unterscheidung für den Entscheid Schadensersatz oder Realerfüllungsanspruch

Die Unterscheidung zwischen selbstständig klagbaren Leistungs- und zu blossem Schadensersatz berechtigenden Verhaltenspflichten ist von ihrem dogmatischen Ansatz her verfehlt: „Wer schuldrechtlich haftet, soll eine Leistung erbringen“³⁴⁸. Von diesem Paradigma ist für jede Art von Pflicht grundsätzlich auszugehen. Das heisst, dass *jede* Obligation a priori mit einem Realerfüllungsanspruch verbunden ist. Erst wenn die Leistung wegen unverschuldeter Unmöglichkeit oder infolge einer verschuldet eingetretenen Störung nicht mehr bewirkt werden kann, stehen dem Gläubiger die Behelfe der Art. 119 OR bzw. Art. 97 OR zu. Die von der

³⁴¹ Vgl. nur KRAMER, Allg. Einleitung N 88ff.

³⁴² WIEGAND, Art. 97 OR N 32, der immerhin einen ordnenden Effekt erkennen kann.

³⁴³ Da es keine brauchbaren Kriterien gibt, welche Aufschluss darüber geben würden, wann eine Pflicht eine Leistungs- und wann nur eine Verhaltenspflicht darstellt, kann der Unterscheidung auch kein grosser „didaktischer Wert“ zuerkannt werden.

³⁴⁴ Diplomatisch MEDICUS, Schuldrecht AT 207, der von einer zweifelhaften Grenzziehung spricht.

³⁴⁵ KRAMER, Allg. Einleitung N 92.

³⁴⁶ Gerade in solchen sollte sich eine Theorie bewähren!

³⁴⁷ Nach KRAMER, Allg. Einleitung N 95, ist z.B. die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR eine Nebenleistungspflicht, derweil GAUCH/SCHLUEP N 2608 sie als *nicht selbstständig einklagbare* Nebenpflicht qualifizieren.

³⁴⁸ FIKENTSCHEER 231.

3. Exkurs: Verletzung von Informationspflichten in Beratungsverträgen

a) Relevanz der Unterscheidung zwischen Leistungspflichten und Verhaltenspflichten?

aa) Fehlende Operabilität der Unterscheidung

Die Einteilung der vertraglichen Obligationen ist im einzelnen umstritten; je nach verwendetem Differenzierungskriterium ergeben sich verschiedene Einteilungen der Pflichten.³³⁴ Zudem ist die Terminologie nicht einheitlich³³⁵. Aus einer rechtsfolgen- und praxisorientierten Optik aus betrachtet, wird die Unterscheidung zwischen den Leistungspflichten und den selbstständigen Nebenpflichten (oder Verhaltenspflichten) als von grösster Relevanz bezeichnet³³⁶.

Nach der (hier übernommenen) Terminologie von KRAMER³³⁷ zeichnen sich die *Leistungspflichten*, egal ob es sich um Haupt- oder Nebenleistungspflichten handelt, dadurch aus, dass sie selbstständig erzwingbar sind und mit Leistungs- oder Unterlassungsklagen verfolgt werden können. Die *unselbstständigen Nebenpflichten* oder *Verhaltenspflichten*³³⁸ sind dagegen Pflichten, bei deren Nichtbeachtung nicht auf Erfüllung, sondern bloss auf Schadensersatz geklagt werden kann³³⁹. Im Streitfall ist, folgt man dieser Unterscheidung, deshalb zu entscheiden, ob es sich bei einer konkreten Pflicht um eine Verhaltenspflicht oder um eine Leistungspflicht handelt³⁴⁰.

³³⁴ Dazu WIEGAND, Art. 97 OR N 32; KRAMER, Allgemeine Einleitung N 88ff.; GUHL/MERZ/KÖLLER 13ff.; MEDICUS, Schuldrecht AT 191ff.; AK-DUBISCHAR, § 241 BGB N 1ff.

³³⁵ Die traditionelle schweizerische Lehre sieht den Unterschied zwischen Haupt- und Nebenpflichten darin, dass erstere den Vertragstypus charakterisieren, während letztere bloss die richtige Erfüllung der Hauptleistung sichern, mithin akzidenteller Natur sind. Nach dieser Terminologie können Nebenpflichten sowohl selbstständig klagbar als auch nicht klagbar sein. Vgl. etwa MERZ, Art. 2 ZGB N 260. Der Unterschied zwischen den sekundären Pflichten und den primären Pflichten liegt der Terminologie MERZ zufolge dagegen in der Klagbarkeit. Anders die neuere Lehre, dazu sofort im Text.

³³⁶ KRAMER, Allgemeine Einleitung N 91; ähnlich WIEGAND, Art. 97 OR N 32.

³³⁷ KRAMER, Allgemeine Einleitung N 91f.

³³⁸ Auch Nebenpflichten i.e.S. genannt.

³³⁹ Statt vieler KRAMER, Allgemeine Einleitung N 91f.; WIEGAND, Art. 97 OR N 32; GAUCH/SCHLUEP N 2608; a.M. MEDICUS, Schuldrecht AT 196, wonach (Real-)Erfüllung „prinzipiell hinsichtlich aller Arten von Pflichten“ beansprucht werden kann.

³⁴⁰ Nach Auffassung des Bger ist die Frage, ob die Leistungspflicht nun eine Haupt- oder Nebenleistungspflicht darstellt, entscheidend für die Anwendung von Art. 82 OR: dieser ist bei den Nebenleistungspflichten nicht anwendbar, vgl. dazu BGE 107 II 413 = Pra 1982, 235. LEU, Art. 82 OR N 7 kritisiert diese Praxis mit dem Hinweis, dass allein das Kriterium entscheidend sein kann, ob die Leistungen im Austauschverhältnis stehen oder nicht.

cc) Aufklärungspflichtverletzung und Art. 82 OR

aaa) *Irrelevanz der Unterscheidung zwischen Leistungs- und Verhaltenspflichten für die exceptio non adimpleti contractus*

Aufgrund der in Art. 82 OR verankerten *exceptio non adimpleti contractus* hat jede Partei die Möglichkeit, die Erbringung der eigenen Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung durch die andere Partei zu verweigern³⁵³. Kann die Primärleistung nicht mehr erbracht werden, und tritt Schadensersatz wegen Nichterfüllung an deren Stelle, so besteht die *exceptio*, bis der Schadensersatz geleistet wird³⁵⁴. Art. 82 OR ist mithin auch im Verhältnis zwischen Schadensersatzforderung und Honoraranspruch anwendbar³⁵⁵. Die Einrede steht dem belangten Schuldner nicht nur bei *Nichterfüllung*, sondern auch bei *nichtgehöriger* Erfüllung durch die Gegenseite zu³⁵⁶.

Entgegen dem Wortlaut von Art. 82 OR ist die *exceptio* nicht auf alle Verbindlichkeiten aus einem zweiseitigen Vertrag anwendbar. Erforderlich ist nach allgemeiner Auffassung vielmehr, dass die Leistungen zueinander in einem *Austauschverhältnis* stehen³⁵⁷. Es müssen also - über den Gesetzeswortlaut hinaus - synallagmatische Obligationen vorliegen³⁵⁸. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich in erster Linie nach dem Willen der Parteien³⁵⁹. Nicht a priori massgebend ist dagegen die Qualifikation einer bestimmten Pflicht als (Haupt-)Leistungspflicht³⁶⁰. Art. 82 OR ist „auch auf Nebenpflichten anwendbar, wenn ohne diese die

³⁵³ Vgl. dazu etwa LEU, Art. 82 OR N 1; BUCHER, OR AT 309; VON TUHR/ESCHER 60, mit Ausführungen zur hier nicht weiter interessierenden gemeinrechtlichen Kontroverse über die Frage, ob die Vorleistung bzw. das Angebot Voraussetzungen des Anspruchs sind (und somit *ex officio* zu beachten wären), oder ob es sich bei der Geltendmachung des Zug-um-Zug-Prinzips um eine Einrede im technischen Sinne handelt, welche bloss die Durchsetzung des Anspruchs hindert und vom Beklagten erhoben werden muss, so die ganz h.L. (vgl. oben) und die Rechtsprechung, etwa BGE 76 II 299.

³⁵⁴ VON TUHR/ESCHER 61. Gerade bei der Verletzung von Aufklärungspflichten, etwa im Arztrecht oder im Bankgeschäft, ist dies von besonderer Bedeutung. Ist die Verpflichtung dagegen infolge von unverschuldeter Unmöglichkeit dahingefallen, steht dem Schuldner nicht die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, sondern die von Amtes wegen zu beachtende Einwendung zu, dass die Verpflichtung weggefallen ist.

³⁵⁵ BUCHER, OR AT 310; WEBER, Art. 82 OR N 92. Art. 82 OR wird analog auch bei der Rückabwicklung von Verträgen angewandt, BUCHER, OR AT 309; BGE 109 II 29.

³⁵⁶ LEU, Art. 82 OR N 11.

³⁵⁷ Vgl. BGE 67 II 123, wonach die Verpflichtungen sich gegenseitig genetisch und funktionell bedingen müssen. Zu den verschiedenen Synallagma-Theorien, deren Zahl so gross wie ihre praktische Relevanz gering ist, vgl. WEBER, Art. 82 OR N 43.

³⁵⁸ Statt aller WEBER, Art. 82 OR N 40; so auch BUCHER, OR AT 309, der auf die Tendenz hinweist, den Anwendungsbereich von Art. 82 OR auszuweiten.

³⁵⁹ Es ist zu fragen, ob die Parteien ihr Versprechen jeweils nur mit Rücksicht auf das jeweils andere gegeben haben.

³⁶⁰ Wenngleich in diesem Fall natürlich die Annahme eines Austauschverhältnisses besonders nahe liegt.

h.L. propagierte Anknüpfung unterschiedlicher Rechtsfolgen (Anspruch auf Realerfüllung bzw. nur Schadensersatz) an unterschiedliche Pflichtinhalte (Leistungs-(Nebenpflicht) übersteht, dass man „jede Haupt- und jede Nebenpflicht gut oder schlecht oder gar nicht erfüllen“ kann³⁴⁹.

Hieraus folgt, dass die Art der Sanktion einer Pflichtverletzung tatsächlich erst post festum bestimmt werden kann. Ex ante eine auf dogmatischen Erwägungen beruhende Unterscheidung der Pflichten vorzunehmen, die auf die verschiedenen Sanktionen abstellt, ist somit nicht möglich. Es ist mithin nicht die Qualifikation der Pflicht, die vorschreibt, welche Sanktion zur Anwendung gelangt, sondern die verhängte Sanktion, die im nachhinein zur Benennung von Obligationen mit den Begriffen Leistungs- oder Nebenpflichten führt. Das heisst in dessen nicht, dass es nicht tatsächlich gewisse Pflichten gäbe, deren Verletzung typischerweise oftmals „nur“ zu Schadensersatz führt. Gerade bei Nebenpflichten zeigt häufig erst der *Eintritt eines Schadens*, dass eine bestimmte Pflicht verletzt worden ist³⁵⁰, weshalb dann aus rein tatsächlichen Gründen nur noch Anspruch auf Schadensersatz verbleibt³⁵¹.

Fazit: Zur Beurteilung der Frage, ob die Verletzung einer Informationspflicht nur einen Schadensersatzanspruch oder auch einen Anspruch auf Realersatz auslöst, trägt die Aufgliederung der Informationspflichten in Leistungs- und Verhaltenspflichten mithin nicht bei³⁵².

³⁴⁹ FIKENTSCHER 234; MEDICUS, Schuldrecht AT 196; WEBER, Art. 82 OR N 91 bejaht die selbständige Klagebarkeit von Nebenpflichten ebenfalls.

³⁵⁰ Man könnte sich fragen, ob sogar die Pflicht nicht erst mit Eintritt des Schadens entsteht. In dieser Richtung argumentiert NEUENSCHWANDER 6f., wonach ein Anspruch aus Verhaltenspflichten erst mit ihrer Verletzung entstehe, was jedoch nicht zutreffen kann. Besteht die Pflicht bereits mit Vertragsabschluss, steht ihr auch in diesem Moment eine Forderung auf Leistung gegenüber, vgl. nur VON TUHR/PETER 16. Da Forderungen aber - sofern nicht Absprache oder die Natur der Verhältnisse etwas anderes gebieten - aufgrund der Vermutung von Art. 75 OR sofort fällig sind, besteht der Anspruch auf Leistung dann ebenfalls im Moment des Vertragsschlusses. Geht man hingegen davon aus, dass der Anspruch erst im Moment des Schadens entsteht, müsste man - wiederum aufgrund der Vermutung von Art. 75 OR - konsequenterweise auch die Forderung im gleichen Moment und nicht bereits früher entstehen lassen. Denkbar sind zwei Varianten: Entweder entstehen die Verhaltenspflichten überhaupt erst mit Eintritt eines Schadens, wonach sofort Anspruch auf Schadensersatz entsteht. Diesfalls könnte man dann allerdings die Fiktion, wonach die Verhaltenspflichten auf dem Parteivillen bzw. dem Vertragsabschluss beruhen, schwerlich aufrechterhalten. Es würde sich dann um gesetzliche Pflichten handeln. Oder: Man hält daran fest, dass die Verhaltenspflichten vertraglicher Natur sind, was dann allerdings bedeutet, dass ein grundsätzliches Recht auf Leistung und nicht bloss ein Anspruch auf Schadensersatz besteht.

³⁵¹ Häufig zeigt sich z.B. erst nach der Verletzung eines Arbeitnehmers, dass die an einer bestimmten Maschine angebrachten Schutzvorrichtungen ungenügend waren; oder erst der Sturz eines Gastes lässt erkennen, dass eine Stufe im Restaurant mangelhaft ausgeleuchtet ist.

³⁵² Jedenfalls sofern man davon einen Erkenntnisgewinn erwartet. Der Befund gilt erst recht für die Aufteilung in Haupt- und Nebenleistungspflichten, FIKENTSCHER 234.

trages nicht, dass nicht bestimmte Pflichten in einem vollkommenen Austauschverhältnis stehen könnten³⁶⁵. So kann etwa in einem contractus bilateralis inaequalis, z.B. einem zinsfreien Darlehen, ein Synallagma vorliegen, wenn die Beschwerne mit einer Auflage oder Sicherheitenvereinbarung sich wirtschaftlich einem Zins nähert³⁶⁶. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags kann analog schliesslich auch auf gesetzliche Schuldverhältnisse und Quasi-Kontrakte Anwendung finden³⁶⁷.

Mithin entscheidet ebenfalls nicht der Umstand, ob das den Aufklärungspflichten zugrundeliegende Verhältnis synallagmatischer Natur ist oder nicht, über die Anwendbarkeit von Art. 82 OR, weshalb eine entsprechende Aufgliederung nicht notwendig ist.

dd) Irrelevanz der Unterscheidung zwischen Leistungs- und Verhaltenspflichten für die Anwendung von Art. 107 OR

Die Auflösung des Vertragsverhältnisses nach Art. 107 OR setzt nach dem Gesetzestext voraus, dass ein zweiseitiger Vertrag vorliegt. Darunter ist, gleich wie bei Art. 82 OR, nach allgemeiner Auffassung ein synallagmatischer Kontrakt zu verstehen. Wiederum wie bei Art. 82 OR geht die h.L. davon aus, dass das Vertragsverhältnis insgesamt vollkommen zweiseitig sein und ein Austauschverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegen muss³⁶⁸. Dem hält WIEGAND zu Recht entgegen, dass es nicht darauf, sondern auf die „Funktion der verletzten Pflicht“ ankommt³⁶⁹. Voraussetzung für die Anwendung von Art. 107 OR ist mithin, dass der Schuldner mit einer wesentlichen Obligation in Verzug ist³⁷⁰. Es ist somit zu fragen, ob die Pflicht aufgrund der vertraglichen Abreden bzw. den konkreten Umständen des Geschäfts von solcher Bedeutung ist, dass bei ihrer Verletzung die Auflösung des Synallagmas angemessen erscheint³⁷¹. Dies trifft nicht nur bei der Verletzung von Leistungspflichten zu, sondern kann auch bei der Missachtung von Nebenpflichten der Fall sein³⁷². Art. 107 OR

Hauptleistungspflicht praktisch wertlos ist.³⁶¹ So hat etwa der Arbeitnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn der Arbeitgeber die Fürsorgepflicht (erheblich) verletzt³⁶². Die Anwendbarkeit von Art. 82 OR auf bestimmte Pflichten beurteilt sich mithin nicht danach, ob diese Pflichten Leistungs- oder Verhaltenspflichten darstellen. Dies bedeutet, dass eine Aufteilung der Informationspflichten in Leistungs- und Verhaltenspflichten auch diesbezüglich entbehrlich ist.

bbb) Exkurs: Qualifikation des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses ist irrelevant

Von einem Teil der Lehre wird für die Anwendbarkeit von Art. 82 OR verlangt, dass nicht nur die beiden Leistungen in einem Austauschverhältnis stehen, sondern dass das vorliegende Verhältnis ein synallagmatisches, d.h. wesentlich zweiseitiger Vertrag darstellt³⁶³. Dies kann nicht zutreffen. Entscheidend ist allein, ob die zur Diskussion stehenden Leistungen in einem Synallagma stehen, nicht aber, ob es sich beim Vertrag als solchen um einen typischen contractus bilateralis aequalis handelt³⁶⁴. Liegt ein solcher vollkommen zweiseitiger, synallagmatischer Vertrag vor, sind zwar immer auch zwei Leistungen gegeben, die zueinander in einem Synallagma stehen; umgekehrt bedeutet das Fehlen eines vollkommen zweiseitigen Ver-

³⁶¹ LEU, Art. 82 OR N 7; WEBER, Art. 82 OR N 91, der für die Anwendbarkeit der Einrede auf Nebenpflichten allerdings voraussetzt, dass sie nicht selbständig klagbar sind. Er geht dabei wohl davon aus, dass im Fall der selbständigen Klagbarkeit der Nebenpflicht dieser eine „eigene“ Pflicht gegenüberstehe, so dass die Nebenpflicht in einem andern Austauschverhältnis stehe. Dies muss allerdings nicht immer zutreffen. So ist eine Auskunfts- oder die Einhaltung des Bankgeheimnisses resp. der Schadensersatz für die Verletzung dieser Pflichten selbständig klagbar, was aber nicht heisst, dass z.B. gegen die Forderung des Bank auf Zahlung des Entgelts für Vermögensverwaltung nicht die Einrede des nichterleideten Schadensersatzes erhoben werden könnte.

³⁶² BAG NJW 1964, 883.

³⁶³ WEBER, Art. 82 OR N 42ff.; MEDICUS, Schuldrecht AT 205f., der jedoch als gegenseitigen Vertrag jedes Verhältnis ansieht, das durch Parteivereinbarung dazu „gemacht“ wurde; LEU, Art. 82 OR N 4 kann nicht anders als eine Aufzählung kumulativ notwendiger Voraussetzungen verstanden werden. Allerdings betont er selber (a.a.O. N 5), dass auch in unvollkommen zweiseitigen Verträgen ein Synallagma vorliegen könne, so dass er im Ergebnis materiell auf der hier vertretenen Grundlage steht. Auch VON TUHR/ESCHER 63 erwähnt zwei Voraussetzungen, allerdings nur in dem Sinne, dass das blosses Vorliegen eines typischen zweiseitigen Vertrages allein nicht zur Anwendung von Art. 82 OR berechtigt, sondern dass gerade die in Frage stehenden Pflichten in einem Synallagma stehen müssen, was sich mit der hier vertretenen Ansicht deckt.

³⁶⁴ Auch WEBER, Art. 82 OR N 79 fordert, dass neben einem synallagmatischen Vertrag auch ein Austauschverhältnis zwischen zwei Pflichten vorliegen müsse. Im Ergebnis stellt er damit allerdings - gleich wie LEU, Art. 82 OR N 4 - materiell nicht höhere Anforderungen an die Anwendbarkeit von Art. 82 OR. Dies, da er mit den beiden Voraussetzungen letztlich den gleichen Umstand von zwei Seiten beschreibt: Ein Austauschverhältnis zwischen den beiden Pflichten definiert er als Vorliegen von Pflichten, die in einem „Abhängigkeitsverhältnis“ stehen, WEBER, Art. 82 OR N 81; die Ausprägung des synallagmatischen Vertragsverhältnisses wiederum besteht in der „Abhängigkeit der beiden Leistungspflichten“, WEBER, Art. 82 OR N 81. Dementsprechend bejaht WEBER, Art. 82 OR N 63ff. die Anwendbarkeit von Art. 82 OR auch bei nicht vollkommen zweiseitigen Verträgen.

³⁶⁵ So die ganz h.M., vgl. nur WEBER, Art. 82 OR N 63ff.; LEU, Art. 82 OR N 5.

³⁶⁶ Grundlegend zum Darlehen als Konsensualkontrakt MAURENBRECHER, Darlehen.

³⁶⁷ WEBER, Art. 82 OR N 15.

³⁶⁸ Vgl. nur BECKER, Art. 107 OR N 3.

³⁶⁹ WIEGAND, Art. 107 OR N 4.

³⁷⁰ WIEGAND, Art. 107 OR N 4.

³⁷¹ Vgl. WIEGAND, Art. 107 OR N 4, der darauf hinweist, dass die Wesentlichkeit einer Pflicht durch Auslegung zu ermitteln ist.

³⁷² Aus diesem Grund bejahen GUHL/MERZ/KOLLER 237 die Anwendung von Art. 107 OR stets dann, wenn ein Bedürfnis dafür besteht, auf die schuldnerische Leistung gegen Schadensersatz zu verzichten, also auch bei unvollkommen zweiseitigen oder einseitigen Verträgen und sogar, wenn eine „nicht im Austauschverhältnis stehende Leistung ausbleibt“.

4. Beweislastverteilung und Beweiswürdigung

a) Das Instrumentarium zur Verteilung der „Beweislast“³⁷⁹ im Aufklärungspflicht-Prozess

aa) Beweislast, Beweislastumkehr, Anscheinsbeweis und ihre Bedeutung

Die *Beweislastregeln* bestimmen, wer die Folgen der Beweislosigkeit einer Tatsache trägt, mithin wer einen Prozess verliert, wenn sich der Richter nicht vom Vorliegen einer bestimmten Tatsache überzeugen konnte³⁸⁰. Die Beweislastverteilung ist eine Frage des materiellen Rechts und bestimmt sich im Grundsatz³⁸¹ nach Art. 8 ZGB, wonach „...derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen [hat], der aus ihr Rechte ableitet.“ Von dieser Beweislastverteilung finden sich im Schuldrecht eine Vielzahl von Ausnahmen, so etwa in Art. 97 OR die *Beweislastumkehr* hinsichtlich des Verschuldens³⁸². Abweichungen von der „normalen“ Beweislastverteilung ergeben sich nicht nur aufgrund solcher Ausnahmen, sondern auch infolge *gesetzlicher*³⁸³ und *tatsächlicher Vermutungen*³⁸⁴. Letzteren hat der Richter zwar bloss im Rahmen der *Beweiswürdigung* Rechnung zu tragen; diese sog. *Anscheinsbeweise*³⁸⁵ verändern also die Beweislastverteilung zwar nicht im technischen Sinne³⁸⁶, jedoch *de facto*³⁸⁷.

379 Im folgenden wird nicht nur die Beweislastverteilung im technischen Sinne, sondern auch die faktische Beweislastumkehr angesprochen.

380 Vgl. dazu statt aller etwa KUMMER 137; HABSCHEID N 642.

381 „Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt...“, Art. 8 ZGB.

382 Um nur die prominenteste Abweichung zu nennen; für weitere von der Grundregeln abweichende Beweislastvorschriften vgl. KUMMER, Art. 8 ZGB N 323. Im deutschen Recht hat die Rechtsprechung in einigen Konstellationen eine Umkehr der Beweislast (im technischen Sinne) vorgenommen, so obliegt etwa dem beklagten Arzt die Beweislast für den Nachweis der fehlenden Kausalität zwischen einem groben Kunstfehler und dem Gesundheitsschaden, vgl. nur LARENZ, Schuldrecht 518. Dies ist ein illustratives Beispiel dafür, wie gewisse tatsächliche Vermutungen mit der Zeit zu einer echten Beweislastumkehr führen können, zum Übergang der deutschen Rechtsprechung von Beweiswürdigungs- zu Beweislastentscheidungen gerade bei den Aufklärungspflichten vgl. BRUSKE 22.

383 Vgl. dazu etwa KUMMER 140f.; relevant bei der ärztlichen Eingriffsaufklärung, dazu sogleich unten im Text.

384 Vgl. dazu umfassend KUMMER, Art. 8 ZGB N 362ff.

385 Auch prima facie-Beweis genannt, vgl. HABSCHEID N 647.

386 Insofern ist die Bemerkung des Bger, dass die natürliche Vermutung keine Umkehr der Beweislast zur Folge habe und bloss der Beweiserleichterung diene, zutreffend, BGE 117 II 258.

387 Die tatsächlichen Vermutungen führen nicht zu einer Beweislastumkehr im technischen Sinne, wirken sich aber wie eine solche aus. Der Richter hat die tatsächlichen Vermutungen, die Erfahrungssätze des täglichen Lebens, im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen, was dazu führt, dass der durch die Vermutung Belastete Tatsachen anführen und beweisen muss, woraus hervorgeht, dass in concreto das Gegenteil dessen, was man aufgrund der Lebenserfahrung erwarten würde, zutreffen soll. Vgl. das instruktive Beispiel bei

kann³⁷³ mithin nicht nur bei Leistungs-³⁷⁴, sondern auch bei Verhaltenspflichten zur Anwendung gelangen³⁷⁵.

ee) **Fazit: Irrelevanz der Unterscheidung zwischen Leistungspflichten und Verhaltenspflichten für die Rechtsfolgen einer Informationspflichtverletzung**

Die Aufteilung von Pflichten in Verhaltenspflichten und Leistungspflichten ist also, abgesehen von ihrer grundsätzlichen Fragwürdigkeit³⁷⁶, nicht nur für die Beantwortung der Frage, ob ein Realerfüllungs- oder bloss ein Schadensersatzanspruch besteht, sondern auch für die Beurteilung der Anwendbarkeit der Artt. 82 und 107 OR irrelevant. Die Vernachlässigung von Informations(leistungs)pflichten in fingierten Beratungsverträgen löst somit nicht andere Rechtsfolgen aus als die Missachtung von Aufklärungspflichten³⁷⁷. Die Aufgliederung der Informationspflichten in Leistungs- und Nebenpflichten erscheint deshalb gerade aus einer rechtsfolgenorientierten Optik betrachtet als unzweckmässig³⁷⁸.

373 Oben wurde bereits erwähnt, dass bei der Verletzung von Aufklärungspflichten aus rechtstatsächlichen Gründen sehr oft nur ein Schadensersatzanspruch zur Diskussion steht; es sind aber auch andere Fälle denkbar, z.B. die Aufhebung eines Rahmenvertrags, weil bei einem einzelnen Geschäft die Informationspflichten verletzt wurden.

374 So aber etwa ganz klar BECKER, Art. 82 OR N 7. Die Unrichtigkeit dieser Auffassung geht schon daraus hervor, dass die Verletzung gewisser Treue- und Verhaltenspflichten den Zweck des gegenseitigen Austauschs gravierender (über das positive Interesse hinaus) beeinträchtigen als ein Leistungsverzug.

375 So hat etwa der Darlehner das Recht auf vorzeitige Vertragsbeendigung nicht nur, wenn der Borgehr mit der Erfüllung von Leistungspflichten, z.B. der Zinszahlungspflicht, im Verzug ist, sondern u.U. auch dann, wenn dieser bestimmte Zusicherungen (sog. *covenants*) nicht einhält, MAURENBRECHER, Darlehen 221; vgl. auch BECKER, Art. 318 OR N 9.

376 Oben 3 a a.

377 Die Verletzung von Leistungspflichten in Verhaltensverträgen entspricht der nichtgehörigen Erfüllung von Verhaltenspflichten in erfolgsorientierten Verträgen! WIEGAND, Leistungsstörungen 2, 16ff. hat diesen Zusammenhang herausgearbeitet. Dieser Parallellität entspricht, dass bei der Verletzung vertraglicher oder vertragsähnlicher Sorgfaltspflichten der Schadensersatz stets auf das Integrationsinteresse und nicht auf das positive Interesse gerichtet ist, vgl. LARENZ, Schuldrecht 431 und oben 2 a.

378 Zu den Unterschieden zwischen Informationsleistungspflichten und den generellen Aufklärungspflichten vgl. unten 4. Kap.

zeugt ist³⁹⁴. Das Beweismass kann dabei variieren. Die höchste, für den strikten Beweis geforderte Beweisintensität setzt voraus, dass das Gericht völlige Sicherheit vom Vorliegen einer Tatsache erlangt hat³⁹⁵. Im Normalfall genügt die an Sicherheit grenzende, hohe Wahrscheinlichkeit³⁹⁶, währenddem beim niedrigsten Beweismass bereits überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreicht³⁹⁷. So verlangt das Bundesgericht zum Nachweis der für die Aufklärungspflichten besonders wichtigen hypothetischen Geschehensabläufe bloss, dass die *überwiegende Wahrscheinlichkeit* für einen bestimmten Kausalverlauf spricht³⁹⁸.

b) Die ärztliche Eingriffsaufklärung als beweisrechtlicher Sonderfall: Beweislastumkehr infolge gesetzlicher Vermutung der Nichteinwilligung

Jeder invasive medizinische Eingriff erfüllt den Tatbestand der Körperverletzung und tangiert die persönliche Integrität des Patienten³⁹⁹. Hieraus ergibt sich im Arztrecht hinsichtlich der Beweislastverteilung eine Besonderheit. Denn Art. 28 ZGB stellt die Vermutung der Nichteinwilligung in Eingriffe in die körperliche Integrität auf⁴⁰⁰. Diese *gesetzliche Vermutung* führt dazu, dass dem Arzt die Beweislast für die Einwilligung obliegt; da diese nur gültig ist, wenn der Patient dem Eingriff in Kenntnis der Risiken zugestimmt hat (informed consent!), trifft ihn ebenfalls die *Beweislast für die Erfüllung der Aufklärungspflicht*⁴⁰¹. In Abweichung von der üblichen Beweislastverteilung trägt somit nicht der Patient als Kläger die Folgen der Beweislosigkeit der anspruchsbegründenden Pflichtverletzung, sondern der beklagte Arzt⁴⁰².

Die nur *hypothetisch vorstellbare*⁴⁰³ *Kausalität*⁴⁰⁴ des Unterlassens der Aufklärung für den infolge Misslingens der Operation entstandenen Schaden ist ebenfalls nicht vom Kläger

394 KUMMER 135.

395 HABSCHEID N 635.

396 Dieses Beweismass findet sich auch im französischen und deutschen Recht, BRUSKE 28; vgl. für die Schweiz etwa KUMMER, Art. 8 ZGB N 72.

397 HABSCHEID N 635, es handelt sich dabei nur noch um eine Glaubhaftmachung. Dass sich diese verschiedenen Beweismassgrade nicht scharf voneinander abgrenzen lassen, versteht sich.

398 BGE 115 II 449f.

399 Vgl. dazu nur WIEGAND/ABEGGLEN 197f.

400 Dazu grundlegend BUCHER, Ausübung 101; WIEGAND, Handbuch 184.

401 Statt aller WIEGAND, Handbuch 194f. m.v.H.

402 Was dazu führt, dass Fragen der Beweissicherung hinsichtlich der Aufklärung in der medizinischen Praxis immer wichtiger werden, vgl. dazu ausführlich WIEGAND, Handbuch 195, 211 mit Mustern für Aufklärungformulare.

403 Man denkt „bei den Unterlassungsdelikten... hypothetisch eine Handlung hinzu, nämlich eben gerade das positive rechtmässige Alternativverhalten, und fragt, ob der Schaden auch bei dieser Verlaufshypothese eingetreten wäre.“ KRAMER, Kausalität 295.

Die Unterscheidung zwischen der Beweislastumkehr und dem Anscheinsbeweis ist von einiger Bedeutung, darf in ihrer praktischen Auswirkung allerdings auch nicht überschätzt werden. Bei der *Beweislastumkehr* hat der Beklagte zu beweisen, dass eine bestimmte rechtserhebliche Tatsache, z.B. die Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung, (infolge eines ohnehin falschen Entscheids) nicht gegeben ist; der Kläger muss nur, aber immerhin, plausibel darlegen³⁸⁸, dass und weshalb die Kausalität gegeben ist³⁸⁹. Im Falle des *Anscheinsbeweises* trifft den Kläger dagegen die Beweislast, wobei ihm die tatsächliche Vermutung die Erbringung des Beweises erleichtert, denn er muss nur die Vermutungsbasis, d.h. Indizien dardun, aus denen der Richter alsdann auf das Vorliegen einer unmittelbar rechtserheblichen Tatsache schliessen kann³⁹⁰. Der Beklagte dagegen muss keinen vollen Gegenbeweis führen³⁹¹, sondern bloss nachweisen, „dass im konkreten Fall ein [im Vergleich zur tatsächlichen Vermutung] atypischer Geschehensablauf ernstlich... in Betracht kommt.“³⁹²

Bei der behaupteten Verletzung von Aufklärungspflichten lautet eine prozessentscheidende Frage regelmässig, wie sich der Kläger im Falle gehöriger Aufklärung verhalten hätte. Zu den rechtserheblichen Tatsachen gehört somit ein *hypothetisches Verhalten*. Zu dessen Bestimmung wird oft auf Erfahrungssätze abgestellt werden müssen, weshalb den tatsächlichen Vermutungen³⁹³ besondere Bedeutung zukommt, wenn es um die Verletzung von Informationspflichten geht.

bb) Variationen im Beweismass

Von nicht minderer Wichtigkeit für Aufklärungspflichten ist, wie sich zeigen wird, die *Reaktion des Beweismasses* hinsichtlich bestimmter rechtserheblicher Tatsachen. Der Beweis ist grundsätzlich erbracht, wenn der Richter von der Richtigkeit einer Sachbehauptung über-

HABSCHEID N 647: Bricht sich ein Fussgänger auf einem Hauszugang bei Glatteis das Bein, wird der Richter grundsätzlich annehmen, das Glatteis sei die Unfallursache gewesen. Wendet der Beklagte ein, „es gebe Leute, die 'fielen über ihre eigenen Beine' hat er dies, in faktischer Umkehr der Beweislast, für den konkreten Fall zu beweisen, was ihm in casu nicht gelingen wird.

388 Wenn das Bger ausführt, dass der Patient dies zu behaupten hat (BGE 117 Ib 209), so darf darunter nicht eine Behauptungslast im technischen Sinne verstanden werden. Nur der Beweispflichtige hat (anspruchsbegründende) Tatsachen zu behaupten, vgl. dazu WALDER-BOHNER § 28 N 28.

389 So hat der Patient etwa zu behaupten, dass er aus bestimmten, v.a. persönlichen Gründen den Eingriff nach gehöriger Aufklärung abgelehnt hätte, BGE 117 Ib 209; vgl. dazu ausführlich WIEGAND, Handbuch 184f.; WIEGAND/ABEGGLEN 199.

390 KUMMER, Art. 8 ZGB N 365f.

391 KUMMER, Art. 8 ZGB N 368.

392 Statt aller STAUDINGER-MEDICUS, § 249 BGB N 247.

393 Die faktisch zu einer Beweislastumkehr führen können, vgl. nur KRAMER, Kausalität 300.

in vertraglichen und vertragsähnlichen Verhältnissen vermutet⁴¹³; stützen sich die Aufklärungspflichten dagegen auf Art. 41 OR, trifft die Beweislast dafür den Kläger⁴¹⁴.

bb) Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung

aaa) Regel ohne oder mit Ausnahme?

Die Grundregel, wonach jede Partei die Beweislast für die „tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnorm trägt“, müsste prinzipiell auch für die Kausalität der (gänzlichen) Aufklärungspflichtverletzung gelten, da Unterlassungen generell den gleichen Regeln wie Handlungen unterworfen sind⁴¹⁵. So hat etwa der Appellationshof des Kantons Bern in konsequenter Anwendung dieses Prinzips einem Kläger die Beweislast dafür auferlegt, dass er bei ordnungsgemässer Rechtsbelehrung durch den Notar einen ihm schädigenden Kaufvertrag nicht eingegangen wäre⁴¹⁶. Eine solch strikte und nicht durch die Verwendung von tatsächlichen Vermutungen abgedeckte Anwendung der Beweislastregel von Art. 8 ZGB auch auf die immer nur hypothetisch vorstellbare Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung hätte allerdings schwerwiegende Folgen. Da es sich beim informationsgerechten Verhalten regelmässig um einen inneren, zudem hypothetischen und negativen⁴¹⁷ Umstand handelt, würden die meisten Schadensersatzbegehren daran scheitern, dass der Kläger den Beweis, wie er sich in Kenntnis der relevanten Informationen verhalten hätte, nicht erbringen könnte⁴¹⁸. Dies sogar dann, wenn die Anforderungen an die Beweisintensität reduziert würden und kein strikter Beweis verlangt würde. Aus diesem Grund wird dem Kläger von der Judikatur mit *tatsächli-*

413 Liegt ein Vertrag vor, ergibt sich dies aus Art. 97 OR. Handelt es sich dagegen um eine gestützt auf einen culpa in contrahendo-Tatbestand statuierte Aufklärungspflicht, wird das Verschulden in analoger Anwendung von Art. 97 OR vermutet, vgl. KRÄMER, Allg. Einl. N 141; FORSTMOSER N 133; auch nach (kaum beachteter) Auffassung des Bger ist bei Schadensersatzklagen aus vertragsähnlichen Rechtsverhältnissen das Verschulden zu vermuten, BGE 112 II 180. Denn die Vertrauenshaftung unterscheidet sich klar von der deliktrechtlichen Haftung für zufälliges und ungewolltes Zusammenprallen zweier in keinerlei Beziehung zueinander stehender Partner. Auch nach deutscher Lehre und Rechtsprechung ist die Beweislast bei vertraglichen und vorvertraglichen Verhältnissen gleich verteilt, BGH WM 1988, 1031 (hinsichtlich der Kausalität trifft sie allerdings im Gegensatz zur Schweiz stets den Beklagten, dazu unten bbb.).

414 Vgl. statt aller von TUHR/PETER 431.

415 Deziidiert in dieser Richtung STAUDINGER-MEDICUS, § 249 BGB N 30f.; auch KRÄMER, Kausalität 97.

416 Appellationshof Kanton Bern, ZBGR 1986, 147f.; in casu verzichtete der Verkäufer auf das Verkäuferpfändrecht, wobei der Notar den Geschädigten nicht über die Konsequenzen eines solchen Verzichts aufgeklärt hatte. Der Kläger konnte den Beweis, dass er bei rechtsgenügender diesbezüglicher Belehrung so disponiert hätte, dass kein Schaden eingetreten wäre, nicht erbringen.

417 Der Kläger muss in der Regel nachweisen, aus welchem Grund er ein bestimmtes Geschäft *nicht* abgeschlossen, eine schädigende Weisung *nicht* erteilt oder einer Operation *nicht* zugestimmt hätte.

418 So auch ROTH HERBERT 516. Dass die Beweisführungsprobleme, wenn man dem Beklagten die Beweislast auferlegt, nicht einfacher, sondern eher noch schwieriger sind, versteht sich von selbst. Dies spricht allerdings nicht zwingend gegen eine Beweislastumkehr, vgl. sofort unten im Text.

nachzuweisen. Vielmehr obliegt nach h.L. und Rechtsprechung dem Arzt die Beweislast dafür, dass der Schaden auch bei gehöriger Aufklärung eingetreten wäre, weil der Patient auch in Kenntnis der Risiken in den Eingriff eingewilligt hätte (hypothetische Einwilligung)⁴⁰⁵.

Der Nachweis des *Verschuldens* ist, sofern zwischen Arzt und Patient nicht ohnehin ein verschuldensunabhängiges öffentlich-rechtliches⁴⁰⁶ oder ein der Beweislastumkehr von Art. 97 OR unterworfenenes vertragliches, sondern ganz ausnahmsweise bloss ein deliktisches Verhältnis⁴⁰⁷ vorliegt, vom Patienten zu erbringen. Aufgrund des objektivierten Verschuldensbegriffs sind allerdings „kaum Fälle denkbar“, in welchen dem Arzt die fehlende oder fehlerhafte Aufklärung nicht zugerechnet werden könnte⁴⁰⁸. Ist die Pflichtverletzung nämlich einmal erstellt⁴⁰⁹, „bleibt für die Exkulpation praktisch kein Raum...“, denn aus ihr ergibt sich, „dass die von einem durchschnittlichen Schuldner ... zu erwartende Sorgfalt nicht aufgewendet wurde.“⁴¹⁰

Den Patienten treffen stets die Folgen der Beweislosigkeit hinsichtlich des behaupteten Schadens, dessen Vorliegen allerdings in aller Regel problemlos nachzuweisen ist⁴¹¹.

c) Beweislastverteilung und Beweiswürdigung bei den übrigen Aufklärungspflichten

aa) Schaden, Pflichtverletzung, Verschulden

Die Beweislastverteilung bezüglich des Schadens, der Pflichtverletzung und des Verschuldens folgt bei den Aufklärungspflichtverletzungen, unabhängig davon, ob die Aufklärung nun gänzlich unterlassen wurde oder bloss fehlerhaft war⁴¹², den allgemeinen Regeln. Danach hat der Kläger stets den Schaden und die Pflichtverletzung nachzuweisen. Das Verschulden wird

404 Nicht zu verwechseln mit der hypothetischen Kausalität, Der Arzt macht den Einwand rechtmässigen Alternativverhaltens geltend, so dass der Schaden auch bei erlaubtem Verhalten eingetreten wäre, vgl. EISNER 180.

405 BGE 119 II 463; BGE 117 Ib 206; BGE 108 II 64; WIEGAND, Handbuch 184f.; WIEGAND/ABEGGLEN 199.

406 Vgl. dazu KUHN 50ff.

407 Etwa dann, wenn direkt gegen den Arzt als Angestellten eines privaten Spitals, das insolvent ist, geklagt werden soll. Zur ausservertraglichen Haftung des Arztes im allgemeinen vgl. KUHN 45f., 50.

408 WIEGAND, Handbuch 183.

409 Die in Umkehr der üblichen Beweislast vermutet wird, dazu oben im Text.

410 WIEGAND, Art. 97 OR N 43.

411 Vorbehältlich gewisser funktioneller und psychosomatischer Störungen.

412 STAUDINGER-MEDICUS, § 249 BGB N 30 weist richtigerweise darauf hin, dass zwischen Handlung und Unterlassung ohnehin eine klare Grenze fehlt.

chen Vermutungen, z.T. sogar mit der offenen Umkehr der Beweislast⁴¹⁹, aus der Beweisnot geholfen.

bb) BGH: Von Beweiswürdigungs- zu Beweislasturteilen⁴²⁰

In der deutschen Rechtsprechung zur Beweislastverteilung bei der Verletzung von Aufklärungspflichten lässt sich eine Entwicklung von Beweiswürdigungs- hin zu Beweislastentscheidungen feststellen⁴²¹. Die frühe Judikatur des Bundesgerichtshofs beschränkte sich auf die Anwendung von blossen Erfahrungssätzen bei der Beweiswürdigung⁴²². Später wurde argumentiert, dass die Verletzung einer Aufklärungspflicht eine tatsächliche Vermutung für die Kausalität zwischen Schädigung und Pflichtverletzung begründe⁴²³. Den Abschluss der Entwicklung stellt die richterliche Statuierung einer *Beweislastumkehr* im technischen Sinne dar:

Wer „vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt, [ist] dafür beweispflichtig, dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten des Aufklärungspflichtigen eingetreten wäre, der Geschädigte also den Rat oder Hinweis nicht befolgt hätte.“⁴²⁴

cc) Kritik an dieser Entwicklung

Die *Verwendung tatsächlicher Vermutungen* hinsichtlich der Kausalität zwischen der Aufklärungspflichtverletzung und der schädigenden Disposition wurde von der Lehre einhellig befürwortet⁴²⁵. Handelt es sich dabei doch um nichts anderes als die Konkretisierung des (nicht nur bei Aufklärungspflichten anwendbaren) Grundsatzes, dass der Anscheinsbeweis immer dann bei Anwendung gelangt, „wenn der Schaden, dessen Ersatz verlangt wird, nach alle-

⁴¹⁹ So in Deutschland, vgl. sofort unten im Text.

⁴²⁰ Überschrift in Anlehnung an BRUSKE 22.

⁴²¹ BRUSKE 22ff.

⁴²² Etwa BGH WM 1962, 1110, wo festgehalten wurde, dass ein Bankkunde bei ordnungsgemässer Information durch die Bank nach allgemeiner Lebenserfahrung vom Erwerb einer für ihn ungünstigen Beteiligung abgesehen hätte.

⁴²³ BRUSKE 23 zufolge erstmals angeblich im sog. Globalaktie-Fall (BGH WM 1987, 1455), wo die Klägerin (selbst eine Bank), welche den Erwerb von neuen Aktien zwischenfinanziert und zur Absicherung eine nichtige Globalaktie erhalten hatte, diesbezüglich die Verletzung der Aufklärungspflicht durch das andere Geldinstitut geltend machte.

⁴²⁴ BGH WM 1988, 1031. Bildhaft auch BGH WM 1984, 467: „Dafür, dass der Kläger diese Warnungen in den Wind geschlagen hätte, wäre der Beklagte darlegungs- und beweispflichtig...“ Erstmals wurde ein solche Beweislastumkehr im bekannten Werbeagentur-Fall statuiert: Ein Werbeberater unterliess es, seine Mandantin darauf hinzuweisen, dass ein bestimmtes Werbeinstrument (Preisausschreiben mit Kaufszwang) gegen Wettbewerbsrecht versties, BGHZ 61, 118ff.

⁴²⁵ Statt vieler nur CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A. N 83a; ARENDTS, Wertpapier 236.

meiner Lebenserfahrung eine typische Folge des (festgestellten) Haftungsgrundes darstellt.“⁴²⁶ Der grosse Vorteil der Verwendung von tatsächlichen Vermutungen liegt darin, dass diese flexibel je nach konkreter Beweislage eingesetzt werden und so für beide Parteien eine faire Beweissituation schaffen können.

Die neuesten Entscheide⁴²⁷ mit der vom Richter vorgenommenen *Beweislastumkehr* im *technischen Sinne* stossen dagegen nicht auf so einhellige Zustimmung. Von der befürwortenden Seite wird diese Beweislastumkehr damit begründet, dass die bei üblicher Beweislastverteilung entstehende Beweisnot des Geschädigten hinsichtlich des informationsgerechten Verhaltens ja gerade erst durch die Verletzung der Aufklärungspflichten herbeigeführt und das Beweisrisiko deshalb, ist die Pflichtverletzung einmal erstellt, dem Beklagten auferlegt werden müsse⁴²⁸. MEDICUS geht weiter und bezeichnet es gar als einen Zweck der Aufklärungspflichten, den Geschädigten vor den Folgen solcher Beweisnot zu schützen⁴²⁹, begründet allerdings nicht, *warum* gerade den Informationspflichtigen dieser beweismässige Schutzzweck zukommen soll. Eine spezielle Begründung wäre allerdings nötig, muss doch sonst angenommen werden, dass dieses Prinzip bei jeder Schutzpflichtverletzung Gültigkeit haben soll. Mit dem blossen Hinweis auf den Schutzzweck der Aufklärungspflichten lässt sich die Umkehr der Beweislastverteilung mithin nicht begründen, es müssen vielmehr noch andere Gesichtspunkte vorliegen⁴³⁰. Diesbezüglich wird etwa auf die grossen Beweisschwierigkeiten des Klägers hingewiesen⁴³¹: dieser hat, wie bereits erwähnt, Beweis über eine bloss hypothetisch vorstellbare, innere und negative Tatsache zu führen. Den Schädiger trifft allerdings noch die grössere Beweisnot⁴³², vor allem deshalb, weil er, im Gegensatz zum Geschädigten, dessen Motivationen nicht kennt. Der Kläger dagegen kann, sofern es z.B. um die Kausalität eines unterlassenen Hinweises auf ein „BB-Rating“ einer Anleihe geht, problemlos darlegen, dass er bis anhin stets nur Papiere erstklassiger Emittenten erworben habe und dass ein Er-

⁴²⁶ STAUDINGER-MEDICUS, § 249 BGB N 247.

⁴²⁷ OLG Braunschweig WM 1994, 62; BGH NJW 1994, 513.

⁴²⁸ LARENZ, Schuldrecht 518; vgl. auch PALANDT-HEINRICH, § 282 BGB N 14f. A.M. etwa GRUNEWALD, Beweislastverteilung 1162.

⁴²⁹ STAUDINGER-MEDICUS, § 249 BGB N 246.

⁴³⁰ Wenn man denn die Entscheidung nicht einfach hinnehmen will, was allerdings voraussetzt, dass man sich der typischen kontinental-europäischen Illusion hingibt, dass es ausser dem geltenden (d.h. höchststrichterlich abgesetzten) Recht noch ein anderes, sc. das *richtige* Recht gibt.

⁴³¹ Was etwa im Bereich der Produkthaftungspflicht zu entsprechenden Beweislastumkehrungen geführt hat, vgl. Art. 1 PRHG. Dazu auch HONSEL, Vorbemerkung zu Art. 197 - 210 OR N 8.

⁴³² So auch GRUNEWALD, Beweislastverteilung 1163. Anders bei der oben erwähnten Beweislastumkehr für die Produkthaftungspflicht: Da die rechtserhebliche Tatsache in der Sphäre des Beklagten, sc. dessen Produktionsprozess liegt, treffen ihn wesentlich geringere Beweisschwierigkeiten.

werb von „BB-garatiert“ Aktien aufgrund seiner Vermögensverhältnisse und seiner objektiven Risikofähigkeit bzw. subjektiven Risikoneigung bei Kenntnis des Ratings nicht in Frage gekommen wäre.

Insgesamt erscheint die eigentliche *Umkehr der Beweislast nicht gerechtfertigt*. Dies umso weniger, als die Beweisnot des Klägers bereits mit dem flexibler einsetzbaren Anscheinsbeweis und der Reduktion der Anforderungen an die Beweisintensität⁴³³ je nach Situation genügend gemildert werden kann.

ddd) Schweiz

Rechtsprechung und Lehre auferlegen die Beweislast für die *Kausalität* zwischen Pflichtverletzung und Schaden auch bei Unterlassungen dem Geschädigten, heben allerdings hervor, dass ein *Wahrscheinlichkeitsbeweis* genügt⁴³⁴. Dieser setzt voraus, dass eine hohe, überwiegende Wahrscheinlichkeit für einen bestimmten Kausalverlauf spricht. Die bloss Möglicheit, dass die Unterlassung zum Schaden der eingetretenen Art geführt haben könnte, erbringt dagegen keinen genügenden Beweis der Kausalität⁴³⁵. Dieser *prima facie*-Beweis ist hinsichtlich der Aufklärungspflichten dann erbracht, wenn die einen Schaden verursachende Disposition des Geschädigten bei gehöriger Aufklärung aufgrund der Lebenserfahrung und unter Berücksichtigung der besonderen Umstände unterblieben wäre. Der (stets mögliche) Hinweis darauf, dass es sich, wenn auch mit bloss minimaler Wahrscheinlichkeit, doch anders hätte verhalten können, hilft dem Beklagten nicht⁴³⁶. Er kann die natürliche Vermutung nur entkräften, wenn er Tatsachen darlegt, woraus hervorgeht, dass ein anderer Geschehensablauf ernstlich in Frage kommt⁴³⁷.

Das *Bundesgericht* hat sich ausserhalb des Arztrechts nie sehr ausführlich zu Verteilung der Beweislast hinsichtlich der Kausalität von Aufklärungspflichtverletzungen geäussert⁴³⁸. Es ist somit davon auszugehen, dass die eben dargestellte Praxis zur Beweislastverteilung bei Unterlassungen auch bei der Verletzung von Informationspflichten keine Ausnahme erfahren

⁴³³ Auf diese - in § 287 ZPO verankerte Möglichkeit - verweist auch BURGHARDT 102.

⁴³⁴ Vgl. etwa zur Beweislastverteilung bei fehlender Kosteninformation durch den Architekten SCHUMACHER, Kosteninformationen 132f.

⁴³⁵ Statt vieler OFTINGER/STARK, AT I, 123; zuletzt ausführlich (abgesehen von Arzthaftungsfällen) BGE 115 II 179f.

⁴³⁶ Es ist eben kein strikter Beweis zu erbringen, vgl. OFTINGER/STARK, AT I, 129.

⁴³⁷ Vgl. oben a.

⁴³⁸ Dies gilt auch für den *Swissair*-Entscheid BGE 120 II 331ff., wo das Bger die Beweislastverteilung bei Aufklärungspflichtverletzungen nur sehr knapp anschnitt, dazu unten im Text.

würde. Jedenfalls kann BGE 115 II 66f., wo es um Informationspflichten im Anlagegeschäft ging, eindeutig *keine Beweislastumkehr* im technischen Sinne entnommen werden:

„Die Beklagte bestreitet ..., den Kläger nicht oder nur ungenügend über die Gefahren der spekulativen Geschäfte aufgeklärt zu haben.“⁴³⁹

„Die Beklagte wendet schliesslich ein, ihr Verhalten sei nicht kausal für den Eintritt des Schadens, denn der Kläger habe die Abschlüsse und Bilanzen zum Teil gar nicht beachtet.“⁴⁴⁰

Diese Formulierungen lassen erkennen, dass die Beklagte nicht einen anderen Ablauf zu beweisen, sondern bloss den Anscheinsbeweis, der für die Kausalität sprach, zu widerlegen hatte⁴⁴¹ (was ihr in casu misslang). Für die Berücksichtigung der Beweisnot des Klägers bezüglich der Kausalität von Unterlassungen bloss im Rahmen der Beweiswürdigung und gegen eine Umkehr der Beweislast spricht auch die Bger. Aussage, wonach es genüge, „wenn der Richter die Überzeugung gewinnt, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit für einen bestimmten Kausalverlauf spreche.“⁴⁴²

Fraglich ist, inwiefern aus dem Entscheid des Bundesgerichts über die *wirtschaftliche Aufklärungspflicht* des Arztes auf eine Praxisänderung hinsichtlich dieser Beweislastverteilung geschlossen werden könnte: Das Bundesgericht hielt in diesem Entscheid zwar nicht explizit fest, den Arzt treffe die Beweislast dafür, dass die Patientin auch bei gehöriger Aufklärung über die wirtschaftlichen Folgen der Gastroplastie⁴⁴³ in die Operation eingewilligt hätte⁴⁴⁴. Es machte aber Ausführungen zur Beweislastumkehr bei der Eingriffsaufklärung⁴⁴⁵

⁴³⁹ BGE 115 II 66.

⁴⁴⁰ BGE 115 II 67.

⁴⁴¹ Mit dem Hinweis auf die Möglichkeit eines anderen Kausalverlaufs, der ernstlich in Betracht gezogen werden kann, was von vornherein nicht der Fall ist, wenn der Geschädigte die Informationen nur teilweise nicht zur Kenntnis nahm. Eine genügend klare Aufklärung bzw. Warnung hätte der Geschädigte dann eben sehr wohl beachtet.

⁴⁴² BGE 115 II 449f.; es ging dabei allerdings nicht um die Unterlassung einer Aufklärung. Zu beachten ist, dass auch BGE 115 II 20 nicht etwa eine Umkehr der Beweislast entnommen werden kann, obwohl dies auf den ersten Blick so erscheint. In casu ging es auch um die Verletzung einer Handlungspflicht (BGE 115 II 19, Unterlassung geeigneter Schutzvorkehrungen zugunsten des Mündels), also um eine Unterlassung. Auf diese wendete das Bger unter expliziter Verweisung irrtümlicherweise die in KUMMER, Art. 8 ZGB N 201 statuierte Beweislastumkehr bezüglich der Verletzung von *Unterlassungspflichten* an und gelangt so zu einer falschen Beweislastverteilung!

⁴⁴³ Solche Eingriffe werden von der Krankenkasse nur unter besonderen, bei der klagenden Patientin nicht gegebenen Voraussetzungen übernommen, vgl. dazu ABEGLEEN, wirtschaftliche Aufklärungspflicht 178ff.

⁴⁴⁴ BGE 119 II 463.

⁴⁴⁵ BGE 119 II 463, entscheidend auch die dort enthaltenen Hinweise auf BGE 117 Ib 206ff, insbes. 208, wo ausführlich auf die Frage nach der Beweislastverteilung eingegangen wird.

„Hätte die Klägerin die wahre Sachlage gekannt, so hätte sie - wie gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung angenommen werden muss - von der Weiterführung des Vertrages mit der IGR abgesehen und die Rückzahlung ihrer Einlage verlangt. Das Fehlverhalten der Beklagten war deshalb für den Schaden kausal, den die Klägerin dadurch erlitten hat, dass sie weiterhin Vertragspartnerin der IGR geblieben und in deren Konkurs zu Verlust gekommen ist.“⁴⁴⁹

Auch hier nimmt das Bundesgericht *keine Beweislastumkehr* im technischen Sinne vor, sondern erleichtert der Klägerin die Beweissituation durch das Abstellen auf tatsächliche Vermutungen. Dass sich dies natürlich de facto (fast) wie eine echte Beweislastumkehr auswirkt, wurde bereits angemerkt.

d) Unabhängigkeit der Beweislast von dem den Aufklärungspflichten zugrundeliegenden Rechtsverhältnis

aa) Schaden, Kausalität, Pflichtverletzung

Die Beweislastverteilung hinsichtlich des Schadens, der Kausalität und der Pflichtverletzung hängt, wie oben gezeigt, nicht davon ab, ob ein *vertragliches, vertragsähnliches oder bloss deliktisches* Verhältnis zugrunde liegt. Die Beweislast für alle drei Tatbestandselemente trifft stets den Kläger. Statuiert die Praxis, wie in Deutschland, für die Kausalität eine Beweislastumkehr, so gilt diese wiederum für alle Aufklärungspflichten, unabhängig von ihrer dogmatischen Abstützung.⁴⁵⁰

Dient die Informationserteilung wie bei der Selbstbestimmungsaufklärung der *Rechtfertigung einer an sich rechtswidrigen Handlung*, liegt die Beweislast bezüglich der Pflichtverletzung und der Kausalität dagegen immer beim Beklagten; auch hier unabhängig davon, ob die Aufklärungspflichten auf vertraglichen oder deliktischen Grundlagen beruhen.

bb) Verschulden

Für die Beweislastverteilung bezüglich des Verschuldens ergeben sich dagegen je nach zugrundeliegendem Rechtsverhältnis Unterschiede: In *vertraglichen und vertragsähnlichen* Beziehungen wird das Verschulden vermutet, und der Beklagte hat sich zu exkulpieren, derweil im *Delikt* der Kläger die Folgen der Beweislosigkeit des Verschuldens trägt. Die *Bedeutung* dieser unterschiedlichen Beweislastverteilung ist in der Praxis allerdings *äusserst gering*. Gerade bei den hier angesprochenen Obligationen ergibt sich aus der Tatsache der Pflichtverletzung nämlich regelmässig ein *prima facie*-Beweis, d.h. eine tatsächliche Vermutung für das

⁴⁴⁹ BGE 120 II 341; Swissair-Entscheid.

⁴⁵⁰ Statt vieler vgl. etwa BURGHARDT 101; BGH WM 1988, 1031.

und betonte, dass diese Praxis „par analogie“ auf die wirtschaftliche Aufklärungspflicht anwendbar sei. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Beweislast bezüglich der (fehlenden) Kausalität der wirtschaftlichen Aufklärungspflichten den Beklagten trifft.⁴⁴⁶ Allerdings betrachtet das Bundesgericht - m.E. zu unrecht - die Erfüllung der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht als Voraussetzung einer rechtsgültigen Einwilligung und eines rechtmässigen Eingriffs.⁴⁴⁷ Wenn dem aber so ist, ergibt sich die Beweislastumkehr bei der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht aufgrund der gesetzlichen Vermutung von Art. 28 ZGB, es liegt somit ein *Spezialfall* vor. Das bedeutet, dass die angesprochene Beweislastumkehr in Fällen, wo die Aufklärung nicht zur eigentlichen Rechtfertigung eines bestimmten Verhaltens dient, nicht zur Geltung kommt und die Aussagen des Bundesgerichts deshalb *nicht über das Arztrecht hinaus verallgemeinert* werden dürfen.⁴⁴⁸

Jedenfalls ist der bundesgerichtlichen Erwägung zur Kausalität der Informationspflichtverletzung durch eine Muttergesellschaft gegenüber den Geschäftspartnern ihrer Tochter nichts anderes zu entnehmen:

⁴⁴⁶ Insbes. darf nicht aus der Tatsache, dass das Bger anschliessend einfach feststellte, der Arzt habe „jamais allégué que la demanderesse aurait consenti à l'intervention si elle avait su qu'elle était à sa charge...“ (BGE 119 II 463) gefolgert werden, den Arzt habe nur eine Behauptungslast getroffen. Dagegen spricht klar die oben wiedergegebene Formulierung von der analogeweisen Anwendung der Beweisregeln der Eingriffsaufklärungspflicht; zudem schrieb das Bger „jamais allégué“, weil der Arzt tatsächlich nicht einmal behauptete, dass er aufgeklärt hatte; diesfalls ist nicht noch festzuhalten, der Beklagte habe dies nicht bewiesen!

⁴⁴⁷ Gegen eine solche Analogie zur Eingriffsaufklärung spricht, dass es bei ihr, anders als bei der Selbstbestimmungsaufklärung, nicht um den Schutz der körperlichen und psychischen Integrität, sondern bloss um Vermögensinteressen geht, vgl. KERNLAUFS 189; eher auf der Linie des Bger dagegen LAUFS N 233f. Mit WIEGAND, Handbuch 129f. ist davon auszugehen, dass es sich bei der wirtschaftlichen Aufklärung nicht um eine Eingriffsaufklärung, sondern um eine „besondere Aufklärungspflicht“ handelt. Dies zeigt sich insbesondere auch daran, dass niemand wegen Verletzung der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht neben dem Ersatz für die Vermögensschädigung noch eine Genugtuung zusprechen würde. (Im nichtpublizierten Teil des BGE 119 II 456ff. war eine solche verlangt worden, jedoch nicht wegen des mangelnden Hinweises auf die Krankenkassendeckung, vielmehr wurde ein „traumatisme lié aux procédures judiciaires engagées suite à l'intervention“ - erfolglos - geltend gemacht, unpubl. Erw. 8; vgl. dazu ABEGGOLEN, wirtschaftliche Aufklärungspflicht 180 Fn. 22).

⁴⁴⁸ Daran ändert die Tatsache nichts, dass der vom Bger gezogene Analogieschluss mangels Vergleichbarkeit der beiden Aufklärungspflichten fehlt geht. Da das Bger hinsichtlich der Einwilligung ganz auf einer formalen Argumentationslinie steht, ist der Entscheid immerhin folgerichtig. Keine mit einem Willensmangel behaftete Einwilligung entfaltet hinsichtlich des Eingriffs rechtfertigende Wirkung, auch wenn der dem Entscheid zugrundeliegende Irrtum bloss ökonomische Aspekte betraf: „Pour que l'accord du patient soit éclairé, l'information doit être objective et complète, c'est-à-dire soit porter non seulement sur les aspects médicaux mais aussi économique du traitement, en particulier son coût.“ Bger vom 27. Sept. 1990 E.2, zit. nach MANARDI-SPEZIALI 106 Fn. 69; konsequenterweise müsste dann allerdings stets auch der Straftatbestand der fahrlässigen Körperverletzung geprüft werden, wenn es nicht darauf ankommt, aus welchem Grund die Einwilligung mangelhaft war (was die Fehlerhaftigkeit der Bger-Analogie deutlich vor Augen führt). Vor einer solchen Schlussfolgerung schreckt das Bger bezweifelnderweise zurück.

pfllichten als eigenständige, tradierte dogmatische Grenzen überwindende Pflichten⁴⁵⁹ von grosser Bedeutung.

IV. Zusammenfassung und Ergebnis

1. Allgemeines

Nicht nur in Deutschland, sondern auch in der Schweiz werden die Aufklärungspflichten instrumentalisiert, eingesetzt zur „gerecht“ erscheinenden Risikoverteilung und zur Kompensation von Ungleichgewichtslagen. Gerade weil die Aufklärungspflichten somit im wesentlichen auf richterlichen Werturteilen beruhen, ist ihre dogmatische Abstützung eminent wichtig. Nur das stete Bemühen um konzise dogmatische Grundlegung kann falsche Analogieschlüsse zwischen vermeintlich vergleichbaren Aufklärungspflichten bzw. eine unterschiedliche Behandlung von identischen Informationspflichten verhindern. Nur die fortwährende Hinterfragung der richterlichen Wertungen mit den Mitteln der Dogmatik garantiert somit die rechtsgleiche Beurteilung der Aufklärungspflicht-Fälle. Und nur sie ermöglicht zudem die widerspruchsfreie Einordnung dieser Pflichten ins System des Schuldrechts.

2. Verschiedene Möglichkeiten zur dogmatischen Abstützung der Aufklärungspflichten

Aus den Vorschriften über die Willensmängel und die Übervorteilung lassen sich keine Aufklärungspflichten ableiten, sie können aber u.U. gleichwohl Schutz vor dem Verschweigen von entscheidungserheblichen Tatsachen bieten. Die Normen über die Wegbedingung der Gewährspflicht bzw. über die Genehmigung von Werken enthalten ebenfalls keine echten Aufklärungspflichten, statuieren aber immerhin Aufklärungsobliegenheiten; die hinter diesen gesetzlichen Obliegenheiten stehenden Wertungen können Hinweise auf Kriterien geben, deren Vorliegen typischerweise für die Annahme von Aufklärungspflichten spricht.

Aufklärungspflichten lassen sich, unter Beachtung der im Text erwähnten Vorbehalte, dogmatisch teilweise auf deliktische, insbesondere aber auf vertragsähnliche und vertragliche Anspruchsgrundlagen abstützen. So gross sich die Unterschiede zwischen diesen verschiedenen Rechtsgrundlagen auch darstellen, so gering sind (auf dem Gebiet der Informationspflichten) die daraus resultierenden praktischen Auswirkungen. Unabhängig von ihrer Rechtsgrundlage löst die Verletzung der Aufklärungspflicht stets die gleiche Rechtsfolge, nämlich den Anspruch auf Ersatz des Integritätsinteresses, aus. Aus den unterschiedlichen dogmatischen

⁴⁵⁹ Dazu unten 4. Kap. II.

Vorliegen des Verschuldens⁴⁵¹, was de facto einer Beweislastumkehr gleichkommt⁴⁵². Bezeichnend ist die Aussage des Obergerichts Zürich⁴⁵³: „Ganz generell entzieht sich vorliegend der Einsicht, warum es dann, wenn Pflichtverletzung und Adäquanz ... gegeben [sind], am Verschulden mangeln könnte.“ Die Frage nach der Beweislastverteilung hinsichtlich des Verschuldens ist schliesslich aufgrund der Objektivierung des Verschuldensmassstabes beinahe irrelevant⁴⁵⁴. So hielt das Bundesgericht in einem die Verletzung einer Informationspflicht betreffenden Entscheid fest, dass hinsichtlich des Verschuldens ein objektiver Massstab anzulegen ist und „mangelnde Kenntnisse oder Erfahrungen in der Organisation und Verwaltung ...“ keine Exkulpationsgründe sind⁴⁵⁵.

e) Fazit: Sonderregeln für die „Beweislast“ bei der Verletzung von Aufklärungspflichten

Die Rechtsprechung hat zur Beweislastverteilung bei der Verletzung von Aufklärungspflichten z.T. Sonderregeln entwickelt⁴⁵⁶. Ob diese nun wie in Deutschland eine eigentliche Beweislastumkehr statuieren⁴⁵⁷, oder sich wie in der Schweiz bloss auf den Beweiswürdivorgang auswirken, ist von untergeordneter Bedeutung. Alle Sonderregeln beruhen auf dem Gedanken, die Beweisanforderungen wegen der von den Besonderheiten der Aufklärungspflichten herrührenden Beweisschwierigkeiten (man denke nur an den Nachweis des informationsgerechten Verhaltens) zu senken⁴⁵⁸.

Wichtig ist schliesslich die Erkenntnis, dass die Verteilung der Beweislast im Schadensersatzprozess wegen Verletzung der Aufklärungspflichten de facto unabhängig vom zugrundeliegenden Rechtsverhältnis erfolgt. Dies ist für das richtige Verständnis der Aufklärungs-

⁴⁵¹ Vgl. BECKER, Art. 41 OR N 98, kritisch dazu OFTINGER AT, 140.

⁴⁵² HAUSSCHEID N 647.

⁴⁵³ ZR 1990, 233.

⁴⁵⁴ Vgl. dazu nur WIEGAND, Art. 99 OR N 9; KUNZ 15.

⁴⁵⁵ BGE 112 II 180. Das Bger hielt dabei fest, dass „wegen des Schutzbedürfnisses der Anleger zudem eher ein strenger Massstab gerechtfertigt...“ ist. Wohl handelte es sich in casu um eine Haftung aus Art. 25 Abs. 2 AFG, dies ändert allerdings nichts an der Allgemeingültigkeit der zitierten Stellen, betonte das Bger doch, dass die Fondsverwaltung schon nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr Interessenten über Umstände aufzuklären habe, die ihren Entscheid beeinflussen und von denen diese sich nicht selber Kenntnis verschaffen können, BGE 112 II 179.

⁴⁵⁶ Allerdings stammen viele dieser Regeln aus der Praxis zu den Unterlassungen im allgemeinen und entsprechen dieser vielfach auch.

⁴⁵⁷ So in der Schweiz auch hinsichtlich der Selbstbestimmungsaufklärung.

⁴⁵⁸ Erschwerende Besonderheiten sind weiter: Kausalität von Unterlassungen, Nachweis negativer Tatsachen, Bedeutung innerer Motive bei der hypothetischen Beurteilung des informationsgerechten Verhaltens, Länge der Kausalkette (erst die falsche Entscheidung löst den Schaden aus, nicht die Unterlassung der Information).

Grundlagen ergeben sich auch keine *praxisrelevanten* Unterschiede für die Beweislastverteilung im Aufklärungspflichtprozess, was insbesondere für das Tatbestandselement „Verschulden“ gilt. Wenn die erwähnten Rechtsfiguren als grundsätzlich geeignet zur Abstützung von Aufklärungspflichten bezeichnet werden, heisst dies nicht, dass nur sie zur Begründung der Informationspflichten herangezogen werden können. Im folgenden wird mit der Vertrauenshaftung denn auch eine andere, m.E. elegantere und sachlich geeignetere Grundlage zur Abstützung der Aufklärungspflichten propagiert.

3. Gleiche Beweisregeln

Alle Aufklärungspflichten sind, unabhängig von ihren dogmatischen Grundlagen, gemeinsamen Sonderregeln bezüglich der Beweislastverteilung bzw. der Beweiswürdigung unterworfen. Die abweichende Beweislastverteilung der ärztlichen Selbstbestimmungsaufklärung widerspricht dem nicht. Sie bestätigt vielmehr das Prinzip, dass sich die Beweisregeln bei den Aufklärungspflichten nicht nach der Qualifikation der zugrundeliegenden Beziehung richten, beruht sie doch auf der Tatsache, dass die Eingriffsaufklärung der Rechtfertigung eines an sich rechtswidrigen Verhaltens dient.

4. Zur Unterscheidung zwischen Verhaltenspflichten und Leistungspflichten im Bereich der Aufklärungspflichten

Die Frage, ob Aufklärungspflichten im Sinne der neueren Terminologie Leistungspflichten oder bloss Verhaltenspflichten darstellen, ist, was die Beurteilung der Rechtsfolgen im Falle der Aufklärungsunterlassung anbelangt, grundsätzlich irrelevant. Hingegen ist es zur Beurteilung des inneren Haftungsgrundes der Aufklärungspflichten von zentraler Bedeutung, zwischen Informationspflichten, die Gegenstand des vertraglich ausbedungenen Hauptleistungsprogramms sind, und den (hier behandelten) Aufklärungspflichten zu unterscheiden; dabei ist zu beachten, dass diese Differenzierung nicht auf der klassischen Aufteilung der Obligationen in Nebenpflichten und Leistungspflichten beruht! Die Qualität der im nächsten Kapitel vorzuschlagenden „neuen“ dogmatischen Abstützung der Aufklärungspflichten wird sich gerade daran messen lassen, inwiefern sie dem wichtigen Umstand, dass Aufklärungspflichten nicht mit Informationspflichten eigentlicher (nicht aber bloss fingierter) Beratungsverträge gleichgesetzt werden können, wirklichkeitstreu, ohne Verwendung von Fiktionen und stringent Rechnung trägt.

4. KAPITEL: VORSCHLAG ZUR BESTIMMUNG DER AUFKLÄRUNGSPFLICHTEN

I. Definition

1. Praktischer und theoretischer Wert einer Aufklärungspflichtdefinition

a) Voraussetzung einer ersten Sachverhaltszuordnung

Die Erarbeitung einer präzisen Definition der Aufklärungspflichten ist nicht nur von akademischem Interesse. Eine klare Begriffsbildung ermöglicht nämlich eine erste sichere Zuordnung eines „aufklärungspflichtverdächtigen“ Sachverhaltes zu einer Rechtsfigur, mit Hilfe derer die Frage nach dem Bestehen einer Aufklärungspflicht beantwortet werden kann. Selbstverständlich ist es aber nicht diese erste Zuordnung des Sachverhaltes zur Definition, welche die Lösung der Rechtsfrage ermöglicht. Dazu ist vielmehr abschliessend zu untersuchen, ob die für eine Aufklärungspflichtstatuierung erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

Eine zweite wichtige Funktion von Definitionen besteht darin, Kategorien zu bilden bzw. erkennbar zu machen. Deshalb dürfen strukturell unterschiedliche Erscheinungen nicht dem gleichen Begriff zugeordnet werden¹.

b) Zuordnung eines einheitlichen Rechtsfolgenkomplexes zu einem einheitlichen Begriff
Im folgenden wird eine neue Begriffsbildung vorgeschlagen. Damit wird - ein wichtiges Ziel jeder Definition - verdeutlicht, dass der Begriff „Aufklärungspflicht“ einen eigenständigen, nur ihm zukommenden Inhalt aufweist. Alle auf die Weitergabe von Information gerichteten Pflichten, deren Voraussetzungen und Rechtsfolgen identisch sind, sollen erfasst, alle andern auf Wissensweitergabe gerichteten Obligationen dagegen ausgegrenzt werden². Damit ist gesagt, dass die bisher erarbeiteten Definitionen diese Voraussetzungen m.E. nicht erfüllt haben³, weil sie Abgrenzungen vornehmen, wo kein Anlass dazu besteht, und Unterscheidungen unterlassen, wo sich solche aufdrängen würden.

¹ Wie dies „fälschlicherweise“ mit der Sicherungsaufklärung geschieht; sie wird traditionell als Aufklärungspflicht bezeichnet, obwohl sie eine völlig anders geartete Pflicht ist, dazu im Detail unten 3 b bb.

² Entsprechend der positiven und negativen Aussage jeder Definition (Inhaltsumschreibung und Abgrenzung).

³ Dazu sofort unten im Text.

3. Neue Definition

a) Wortlaut

Unter dem Begriff Aufklärungspflicht ist die Obligation zu verstehen, den andern Teil unaufgefordert über Umstände zu informieren, die für dessen *rechtsgeschäftliches* oder *rechtsgeschäftähnliches* Verhalten entscheidungsrelevant sind. Informationspflichten, die Teil des *Hauptleistungsprogrammes* eines Vertrages sind, stellen keine Aufklärungspflichten im hier verstandenen Sinne dar.

b) Begründung

aa) Keine Beschränkung auf die für das rechtsgeschäftliche Verhalten relevante Information

Ein Teil der Lehre ordnet dem Begriff der Aufklärungspflichten nur diejenigen Informationspflichten zu, die sich auf Umstände beziehen, welche für das rechtsgeschäftliche Verhalten entscheidungsrelevant sind⁹. Ausgeschlossen werden damit Pflichten zur Aufklärung über Umstände, die bloss für das rechtsgeschäftähnliche Verhalten des Adressaten von Bedeutung sind. Die rechtsgeschäftähnlichen Handlungen unterscheiden sich von den rechtsgeschäftlichen dadurch, dass sie bloss auf einen tatsächlichen Erfolg bezogene Erklärungen darstellen, während die rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen, final auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet sind¹⁰. Durch die Beschränkung auf bloss für das rechtsgeschäftliche Verhalten relevanten Informationspflichten werden wichtige in der Praxis vorkommende Aufklärungspflichten ausgegrenzt, ohne dass dafür ein Grund, nämlich ein unterschiedlicher Tatbestands- und Rechtsfolgenkomplex, gegeben wäre:

So würde nach dieser Begriffsabgrenzung etwa die *Aufklärungspflicht des Arztes* über die Risiken eines Eingriffs nicht zu den Aufklärungspflichten im technischen Sinne gehören. Die Risiko- oder Eingriffsaufklärung soll dem Patienten „eine freie, selbstverantwortliche Entscheidung“ über die Erteilung der Eingriffseinwilligung ermöglichen. Diese Einwilligung wird nach richtiger Auffassung nicht als Willenserklärung i.S. eines (einseitigen) Rechtsge-

⁹ Vgl. die oben sub 2. vorgefundenen Definitionen. Zum rechtsgeschäftlichen Verhalten gehören alle Willenserklärungen, die auf die Herbeiführung, Änderung, Modifikation oder Aufhebung von Rechtsverhältnissen gerichtet sind. Also etwa der Vertragsschluss, der *contrarius actus*, aber auch eine Weisung, vgl. zur rechtsgeschäftlichen Natur letzterer VISCHER, SPR VIII/1, 333ff.

¹⁰ STAUDINGER-DILCHER, Einl zu §§ 104-185 BGB N 16ff.; FLUME 112f.; PALANDT-HEINRICH, Überbl V § 104 BGB N 2ff. Das finale Element, also der Wille, dass eine bestimmte Rechtsfolge eintreten soll, ist unabdingbare Voraussetzung für eine rechtsgeschäftliche Willensäußerung (Rechtsfolgelehre, vgl. dazu grundlegend FLUME, Rechtsgeschäft 23ff.; zur Grundfolgelehre, nach welcher der Wille regelmäßig nicht auf Rechtsfolgen gerichtet sei, vgl. die Übersicht über den Diskussionsstand bei KRAMER, Art. 1 OR N 35).

c) Anforderungen an eine „richtige“ Definition

Jede Begriffsbildung, welche die Formalregel *definitio fit per genus proximum et differentiam specificam* einhält, ist per se richtig⁴; gestritten werden kann höchstens noch über die Zweckmäßigkeit einer neuen Definition. Soll es jedoch nicht allein um Begriffsartimetik gehen, genügt ein bloss formallogisches Vorgehen nicht. Da das Ziel jeder Begriffsbildung letztlich darin besteht, einen Rechtszustand möglichst adäquat wiederzugeben, muss der gewählte Begriff geeignet sein, das in der Praxis „unscharfe“ Phänomen „Aufklärungspflicht“ möglichst prägnant zu erfassen und zu kennzeichnen. Hieran hat sich eine Definition messen zu lassen.

2. Vorgefundene Begriffsbildungen

Die Literatur ordnet dem Begriff „Aufklärungspflicht“ verschiedene Bedeutungsinhalte zu. Die wohl h.L. versteht darunter die Pflicht, „den andern Teil unaufgefordert über entscheidungserhebliche Umstände zu informieren“⁵. Ein Teil der Lehre spricht einschränkend dagegen nur von einer Aufklärungspflicht, wenn sich die geschuldete Information auf Umstände bezieht, die für das *rechtsgeschäftliche* Verhalten entscheidungsrelevant sind⁶. Andere Autoren schliesslich verstehen die Aufklärungspflichten nur als Oberbegriff und unterteilen diesen weiter, etwa in Hinweis-, Mittelungs-, Offenbarungs-, Unterrichts-, Beratungs- oder Warnpflichten⁷, ohne allerdings klare Abgrenzungskriterien nennen zu können. Solche Gliederung zeugt mehr von sprachlicher Kreativität⁸ als von Gespür für operable Begriffsunterteilungen.

⁴ Solange nicht „die spezifische Differenz mit dem Oberbegriff sachlich unvereinbar ist“, BUCHER, OR AT 25. Definitionen können abgesehen von den aufgeführten Einschränkungen nicht falsch sein, da sie nicht logische Urteile enthalten.

⁵ Vgl. etwa nur PALANDT-HEINRICH, § 242 BGB N 37; vgl. auch MÜNCHKONM-ROTH, § 242 BGB N 197; BURGHARDT 5; AK-TEUBNER, § 242 BGB N 70; FELLMANN, Art. 398 OR N 144; WAHRENBARGER 66. Zur Kritik daran sogleich unten im Text.

⁶ BÖHME 1f.; KLINGLER 20; zur Kritik daran sogleich unten im Text.

⁷ Vgl. etwa den (von BREIDENBACH 4 als fruchtlos bezeichneten) Gliederungsversuch von STAUDINGER-WEBER, § 242 BGB N 832.

⁸ WINKLER VON MOHRENFELS 23.

gerade jede Selbstbestimmung (so im obigen Beispiel die Durchfahrt von Lastwagen, die die signalisierte Maximalhöhe überschreiten).

Es existiert eine Vielzahl solcher Pflichten, welche nicht Voraussetzungen für einen freien Willensentschluss schaffen, sondern Anweisungen für ein bestimmtes Verhalten geben sollen, so etwa die Sicherheitsaufklärungspflicht des Arztes¹⁶, die Pflicht zum Hinweis auf architektonische Besonderheiten eines öffentlich zugänglichen Raumes (Hinweisschild „Achtung Stufe“), die Pflicht zur Anbringung von Lawinwarntafeln an Pistenrändern oder von Anleitungen über die Benutzung des Skilifts, Gebrauchsanleitungen und dergleichen. Ihnen allen ist als Pflichtobjekt die Mitteilung von Verhaltensregeln, welche in Handlungsgebieten oder Verboten bestehen können, gemeinsam. Man bezeichnet solche Pflichten, die zur Information über Umstände, die nur für faktisches Verhalten relevant sind, häufig als *Warn- oder Anleitungspflichten*. Um Missverständnisse zu vermeiden, wird im folgenden nur der Begriff *Anleitungspflichten* verwendet, da der Terminus *Warnpflicht* auch häufig in Zusammenhang mit Aufklärungspflichten, z.B. Warnpflichten der Bank über Risiken im Anlagegeschäft, vorkommt.

Da diese Anleitungspflichten nicht die Information über Risiken alternativer Entscheidungsvarianten zum Gegenstand haben, ergeben sich prinzipielle Unterschiede zu den Aufklärungspflichten. Derweil deren Schutzobjekt primär die Freiheit des Willens und erst sekundär die Integrität insbesondere des Vermögens ist, schützen die Anleitungspflichten im Prinzip *directa das Integritätsinteresse* des andern Teils, nämlich Leib, Leben, Eigentum¹⁷.

Natürlich kann argumentiert werden, dass die Länge der Kausalkette in beiden Fällen gleich sei, weil zwischen unterlassener Information und dem Schaden als weiteres Kettenglied stets noch ein hypothetisches Verhalten des Geschädigten, nämlich das informationsgerechte Verhalten, hinzugedacht werden muss. Dies ist aber nur theoretisch von Bedeutung. Im Falle von Anleitungspflichten stehen dem Geschädigten nämlich vermünftigerweise gerade keine valablen Entscheidungsalternativen offen. So hat der Lastwagenchauffeur im oben zitierten

heitsrechten, die punktuell das Verbot des willkürlichen Freiheitsentzugs enthielten, vgl. MÜLLER JÖRG PAUL 7).

¹⁶ Sie umfasst die Information des Patienten über dessen Zustand, die richtige Anwendung und die Wirkungsweise von Medikamenten, den Verlauf von Heilungsprozessen und insbes. Hinweise auf therapiegerechtes Verhalten (deshalb auch therapeutische Information genannt); vgl. dazu detailliert WIEGAND, Aufklärung 157f.

¹⁷ Die gleiche Unterscheidung betonend BREIDENBACH 3; ähnlich auch BÖHME 4.

schafts, sondern bloss als *rechtsgeschäftsähnliche* Handlung bezeichnet¹¹. Der Begriff Aufklärungspflicht hat sich deshalb, will man ihn zweckmässig wählen, auch auf Informationen über Umstände, die bloss für das rechtsgeschäftsähnliche Verhalten relevant sind, zu erstrecken.

Auch die von einem Teil der deutschen Lehre und der deutschen Rechtsprechung in gewissen Fällen bejahte zivilrechtliche *Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens*¹² bezieht sich auf Umstände, die in der Regel bloss für rechtsgeschäftsähnliches Verhalten des Aufklärungsläugigers relevant sind. Sie dient nämlich dazu, dem andern Teil Grundlagen für den Entscheid darüber zu verschaffen, ob er den Aufklärungsschuldner wegen eines vermögensschädigenden Fehlverhaltens in Pflicht nehmen, insbes. einklagen will. Bei einer solchen Klaganhebung handelt es sich aber nicht um eine rechtsgeschäftliche Handlung, es sei denn, dass der mit der Klage verfolgte Anspruch die „Abgabe einer Willenserklärung zur Voraussetzung hat und so die klageweise Geltendmachung des Anspruchs bereits in Vollzug einer Willenserklärung geschieht, nämlich das Geltendmachen ihrer Rechtsfolgen ist.“¹³ Diese und weitere Informationspflichten können dem Begriff der Aufklärungspflichten nur zugeordnet werden, wenn deren Definition im obigen Sinne erweitert wird.

bb) Ausschluss der „Anleitungspflichten“

Mit der Beschränkung der Aufklärungspflichten auf die Vermittlung der für rechtsgeschäftliches oder rechtsgeschäftsähnliches Verhalten relevanten Information werden diejenigen Hinweispflichten ausgegrenzt, die sich auf Umstände beziehen, die allein für *faktisches Verhalten* relevant sind. Nicht zu den Aufklärungspflichten im hier verstandenen Sinne gehört demnach etwa die Pflicht, ein Stadttor, dessen lichte Höhe für gewisse vorschriftskonforme Fahrzeuge zu klein bemessen ist, entsprechend zu beschildern¹⁴. Solche Hinweispflichten verfolgen nicht den für jede Aufklärungspflicht typischen Schutzzweck, nämlich die Unterbreitung von Entscheidungsalternativen zur Ermöglichung der Selbstbestimmung¹⁵; sie verbieten vielmehr

¹¹ So WIEGAND, Handbuch 167 Fn 201; PALANDT-HEINRICH, Überbl vor § 104 BGB N 2c.; MAINARDI-SPEZIALI 82. Der Grund dafür liegt darin, dass die Einwilligung des Patienten in einen Eingriff eine auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtete Erklärung ist und kein finales Element enthält.

¹² Dazu grundlegend TAUPITZ, Offenbarung.

¹³ FLUME, Rechtsgeschäft 72.

¹⁴ BGE 103 II 240ff., insbes. 244f.; dazu ausführlich oben 3.Kap. III 4 a.

¹⁵ Besonders deutlich zeigt sich dies bei der „Königin der Aufklärungspflichten“, sc. der Eingriffsaufklärung, welche die Selbstbestimmung als Gehalt auch der verfassungsmässigen Grundrechte schützen soll. Ein Wortspiel drängt sich auf: Aufklärungspflichten schützen die Selbstbestimmung, die persönliche Freiheit im umfassenden Sinne als elementare Errungenschaft des Aufklärungszeitalters. (Zu den früher bestehenden Frei-

keine Tatsachenvermittlung, sondern auch um Tatsachenwertung, Beratung geht²⁴. Eine Informationsnebenleistungspflicht soll dagegen etwa im Rahmen von Bankverträgen, z.B. bezüglich der Anlageempfehlungen, vorliegen. Zur generell-abstrakten Abgrenzung der beiden Informationsleistungspflichten lässt sich in Anlehnung an LARENZ festhalten, dass jene Leistungspflichten, mit „deren das Schuldverhältnis als solches zur Entstehung gelangt, und durch dieses in seiner besonderen Eigenart gekennzeichnet wird...“, Hauptleistungspflichten sind²⁵. Informationspflichten von geringerer, aber trotzdem das Schuldverhältnis mitbestimmender Bedeutung sind demnach Nebenleistungspflichten.

Zwar ist diese Unterscheidung hinsichtlich der Rechtsfolgen der Verletzung einer Informationspflicht nicht relevant. Sie hilft jedoch, eine Gruppe von Informationspflichten auszuweisen, die nicht zu den generellen Aufklärungspflichten gehören, nämlich die Informationspflichten, die Gegenstand des Leistungsprogramms eines Vertrages sind. Dies bedarf der Begründung, da solche Informationsleistungspflichten ebenfalls auf Sachverhalte gerichtet sein können, die für das rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche Verhalten entscheidungsrelevant sind. Die Belehrung durch den Anwalt, dass die Prozesschancen in einem Zivilrechtsstreit nicht mehr als 50% betragen, mag den Klienten zum Abschluss eines Vergleichs bewegen; die Beratung durch den Steuerspezialisten liefert dem Unternehmer Grundlagen für die Wahl einer neuen Rechtsform für seinen Betrieb u.s.w.

bbb) *Unterschiede zwischen Aufklärungspflichten und Informationspflichten des Leistungsprogramms*

In solchen reinen bzw. gemischten Informationsverträgen sind die Informationspflichten Gegenstand des eigentlichen Hauptleistungsprogramms²⁶. Sie weisen, im Gegensatz zu den hier erörterten Aufklärungspflichten, folgende wichtige Eigenschaften auf:

1. *Geltungsgrund* der Informationsleistungspflichten ist, ohne dass dies fingiert werden müsste²⁷, der Parteiwillen. Anders als bei den generellen Aufklärungspflichten stellt sich deshalb nie die Frage, ob überhaupt Beratung geschuldet ist oder nicht.

²⁴ So die Verträge mit Anwälten, Ärzten, Gutachtern, Experten jeder Art. Die Beratung unterscheidet sich von der reinen Information dadurch, dass bei ihr über die bloße Vermittlung des Bewusstseins bestimmter Tatsachen sowie deren Tragweite und Risiko hinaus noch beim Entscheid mitgewirkt wird. Vgl. die diesbezüglich sehr feine Abgrenzung der Rechtsbelehrung (welche zur Berufspflicht des Notars gehört) von der Rechtsberatung (welche eine freiwillige Aufgabe ist) Appellationshof Bern ZBGR 1986, 139ff. insbes. 146.

²⁵ LARENZ, Schuldrecht 8.

²⁶ Dass dieser Begriff nicht an die Klagbarkeit auf Realerfüllung anknüpft, wurde oben gezeigt.

²⁷ Wie dies der BGH in seiner Rechtsprechung zum konkludent geschlossenen Anlageberatungsvertrag konstatut.

Fall nur in der Theorie die Wahl zwischen der Beachtung des Warnsignals und der Durchfahrt durchs Stadttor, welche zum Totalschaden führen würde¹⁸.

Ein weiterer Unterschied zwischen den Anleitungspflichten und den Aufklärungspflichten besteht darin, dass erstere sich sehr oft¹⁹ an eine unbestimmte Vielzahl von dem Informationspflichtigen unbekannt Personen richten, weshalb bei der Bestimmung ihres Inhalts auf einen (nichtexistierenden) Durchschnittsmenschen abzustellen ist, derweil bei letzteren stets die individuelle Aufklärungsbedürftigkeit des Dienstleistungnehmers berücksichtigt wird²⁰. Denn die Aufklärungspflichten sind stets nur zwischen zwei Personen, die zueinander in einer zumindest minimalen Vertrauensbeziehung stehen, gegeben. Dies führt dazu, dass die Kriterien zur Bestimmung von Bestand, Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten nicht auch für die Konkretisierung von faktischem Verhalten betreffenden Anleitungspflichten herangezogen werden können, was ebenfalls nach einer unterschiedlichen Bezeichnung ruft.

cc) *Ausschluss der Informationspflichten des Leistungsprogramms*

aaa) *Problemstellung*

Oben wurde gezeigt, dass die Unterscheidung zwischen Informationsleistungspflichten und Informationsverhaltenspflichten hinsichtlich der Rechtsfolgen irrelevant ist. Damit soll aber, wie bereits angedeutet, nicht verneint werden, dass zwischen den Informationspflichten der reinen bzw. gemischten Informationsverträge²¹ und den Aufklärungspflichten im hier verstandenen Sinne *grundlegende Unterschiede* bestehen.

Die Informationsleistungspflichten werden von der Literatur grundsätzlich in zwei Gruppen aufgeteilt²², nämlich in die Hauptleistungspflichten und die Nebenleistungspflichten eines Vertrages. Eine Informationshauptleistungspflicht liegt vor, wenn der betreffende Vertrag auf reine Tatsachenvermittlung gerichtet ist²³, oder, weitaus häufiger, wenn es nicht nur um

¹⁸ Dies führt dazu, dass die Kausalität zwischen Informationspflichtverletzung und Schaden im Falle der Verletzung von Anleitungspflichten sehr viel einfacher zu beweisen ist als bei der Missachtung von Aufklärungspflichten, vgl. dazu oben 3. Kap. III 4 a.

¹⁹ Aber nicht immer, man denke an die Sicherungsaufklärung des Arztes.

²⁰ Vgl. zu diesem Unterschied WIEGAND, Aufklärung 155.

²¹ Ein reiner Informationsvertrag liegt vor, wenn die Vertragspflicht auf bloße Tatsachenvermittlung gerichtet ist, z.B. beim Vertrag mit einer Auskunftei. In einem gemischten Informationsvertrag ist nicht nur Tatsachenvermittlung, sondern auch Bewertung der Fakten und, basierend darauf, Beratung geschuldet, z.B. bei Gutachtenverträgen, bei Verträgen mit Anwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern, Anlageberatern u.s.w.; dazu ausführlich WINKLER VON MOHRENFELS 19f.

²² Vgl. dazu BREIDENBACH 1f.; WINKLER VON MOHRENFELS 19ff.

²³ So etwa der mit einer Auskunftei abgeschlossene Vertrag.

Die Aufklärungspflichten unterscheiden sich mithin in grundlegender Weise von den Informationspflichten der reinen bzw. gemischten Informationsverträge. Aus diesem Grund³³ hat das unten zu entwerfende System zur Bestimmung der Aufklärungspflichten keine Gültigkeit für die Informationspflichten, die Gegenstand des Hauptleistungsprogramms eines Vertrages sind.

cc) Beispiele

Die Informationsleistungspflichten trotzdem den Aufklärungspflichten zuzuordnen, wäre natürlich möglich³⁴, aber unzweckmässig. Es würde eine Verschiedenheit der rechtlichen Natur der Informationsleistungspflichten von den übrigen Leistungspflichten des betreffenden Dienstleistungserbringers suggeriert, was keinen Sinn macht, da sie keinen nicht dort befriedigend einzuordnenden Inhalt aufweisen. Dies soll an drei Beispielen gezeigt werden:

1. Dass der *Anwalt* seinen Klienten über die Rechtslage zu beraten, den Ablauf eines Gerichtsverfahrens zu schildern sowie die Prozesschancen abzuklären und das Ergebnis dem Ratsuchenden mitzuteilen hat, ist zentraler Vertragsgegenstand, genau gleich wie das Studium der sich stellenden Rechtsfragen oder das Halten des Plädoyers. Diese Beratungsleistungen unterliegen den gleichen Rechtsfolgen wie die sonstigen Mandatsleistungen des Rechtsanwalts. Das Aussondern bestimmter anwaltlicher Verrichtungen und deren Zuordnung zu den von der Begründung und der Inhalts- und Umfangsbestimmung her andersartigen Aufklärungspflichten³⁵, *bloss weil* in beiden Fällen *Pflichtobjekt die Weitergabe von Information ist*, verwischt vielmehr Unterschiede, wo sie bestehen, und erweckt Anschein von Übereinstimmung, wo solche fehlt.

2. Unterlässt der *Arzt* die notwendigen, da nicht selbstverständlichen Hinweise auf Dosierung und Einnahmearart von Medikamenten und das therapiegerechte Verhalten, so liegt ein eigentlicher Behandlungsfehler vor³⁶. Obwohl sich für diese Tätigkeiten der Begriff „Sicherungsaufklärung“ eingebürgert hat, besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass diese „Teil der ärztlichen Heilbehandlung“ ist, die durch „Mittelteilung von Verhaltensregeln“ erfolgt³⁷. Da die Verletzung der Sicherungsaufklärungspflicht einen Behandlungsfehler darstellt, finden darauf die vertragsrechtlichen Regeln Anwendung, die für das Mandat

2. Der *Inhalt* der Informationsleistungspflichten bestimmt sich nach dem von den Parteien explizit oder konkludent ausbedungenen Hauptleistungsprogramm²⁸. Anders bei den Aufklärungspflichten: Sie beruhen nicht auf einem von den Vertragspartnern vereinbarten Leistungsprogramm, ihr Inhalt lässt sich - ehrlicherweise - nicht auf einen wie auch immer betätigten Willensentschluss abstützen.

3. Der *Umfang* (die Intensität) der Informationsleistungspflichten ist, im Gegensatz zu den Aufklärungspflichten, ebenfalls klar vorgegeben: Der Klient ist im Rahmen des erteilten Auftrages umfassend zu beraten. Das Mass der erforderlichen Aufklärungsintensität und der Sorgfalt bestimmt sich dabei danach, was ein „gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte“ an Diligenz anzuwenden pflegt²⁹. Bei den generellen Aufklärungspflichten kann dagegen zur Bestimmung von Bestand, Inhalt und Umfang der Informationspflichten nicht einfach der Parteiwille bzw. der in bestimmten Beratungsverhältnissen herausgebildete Berufsstandard herangezogen werden. Die Bestimmung des Aufklärungsumfanges bei den Aufklärungspflichten bedarf vielmehr eines eigenen Kriteriensystems³⁰.

4. Die Aufklärungspflichten sollen ihrem Wesen nach die Parteien, im Gegensatz zu den Informationsleistungspflichten, „vor Begleitschäden, die jenseits der Verletzung des Leistungsinteresses liegen,“ schützen³¹.

5. Informationspflichten als Teil des vertraglichen Hauptleistungsprogramms stellen oft *Beurteilungspflichten* dar. Bei diesen handelt es sich jedoch nie um Aufklärungspflichten, denn bei ihnen geht es nicht nur darum, „durch Aufklärung die Entscheidungsgrundlagen zu vermitteln, sondern ... bei der Entscheidungsfindung durch entsprechende Ratschläge“ mitzuwirken³².

²⁸ BREIDENBACH 1; WINKLER VON MOHRENFELS 21. So kann sich das Beratungsmandat eines Anwalts auf alle mit der Gründung einer Aktiengesellschaft zusammenhängenden Rechtsfragen erstrecken oder auch bloss auf die Prüfung der steuerrechtlichen Fragen beschränkt sein.

²⁹ BGE 115 II 62.

³⁰ Zum Entwurf eines solchen Systems unten IV 6.

³¹ CANARUS, Ansprüche 477. Deshalb kann auch gesagt werden, dass der Schadensersatzanspruch stets auf das Integritätsinteresse und nicht auf das positive Interesse geht; daraus folgt allerdings kein rechtlich relevanter Unterschied: Auch wenn das positive Interesse geschuldet wäre, wäre der Ersatz gleich gross, da dieses dahingegen, den Partner so zu stellen, wie wenn die Aufklärungspflicht nicht verletzt worden wäre. Man beachte: es geht nicht um den Fall falscher Zusicherungen, wie sie etwa bei falschen Renditeangaben (z.B. „20% Nettorendite auf dieser Anlage!“) vorliegen. Bei solchem positivem Verhalten führt der Ersatz des positiven Interesses, im Gegensatz zu demjenigen des Integritätsinteresses, dazu, dass dem Kunden Schadensersatz in Höhe der versprochenen Performance zu zahlen ist! Vgl. dazu 3.Kap. III 2.a.

³² WIEGAND, Rechtsbeziehung 139.

³³ Und nicht weil die Informationspflichten in Beratungsverhältnissen in aller Regel Leistungspflichten und die generellen Aufklärungspflichten häufig Nebenpflichten sind.

³⁴ Oben I 1 c.

³⁵ So etwa NIGG 210.

³⁶ Vgl. WIEGAND, Aufklärung 152.

³⁷ So dezidiert WIEGAND, Aufklärung 157.

die Aufklärungspflichten grundsätzlich selbständig klagbar⁴⁷; insofern ergibt sich kein prinzipieller dogmatischer Unterschied zwischen den beiden Pflichten. Allerdings ist es aus faktischen Gründen in aller Regel tatsächlich so, dass Aufklärungspflichten nicht eingeklagt werden, weil erst ihre Verletzung und der dadurch verursachte Schaden zeigen, dass Aufklärung erforderlich und geschuldet gewesen wäre. Wenn sich dies herausstellt, der Schaden also bereits eingetreten ist, hat die unterbliebene Information für den Kläger aber jede Aktualität verloren. Aus diesem Grund, und nicht wegen grundlegenden dogmatischen Unterschieden, werden bei der Verletzung von Aufklärungspflichten, im Gegensatz zur Nichterfüllung von Auskunftspflichten, stets nur Schadensersatzansprüche geltend gemacht.

Die Auskunftspflichten unterscheiden sich mithin in zentralen, die unterschiedliche Behandlung rechtfertigenden Punkten von den Aufklärungspflichten.

II. Die einheitliche Aufklärungspflicht

1. Traditionelle Unterscheidung zwischen vorvertraglichen und vertraglichen Aufklärungspflichten

a) Lehre

aa) Schweiz

Die Mehrheit der Autoren, die sich mit der Abgrenzung überhaupt befassen, *unterscheiden strikte zwischen vorvertraglichen und vertraglichen Aufklärungspflichten*⁴⁸, auch wenn teilweise eingeräumt wird, dass sich die Pflichtinhalte „in weiten Teilen“ decken⁴⁹. Dass die Unterscheidung als wichtig betrachtet wird, zeigen insbesondere die monographischen Werke, die sich ausschliesslich den vorvertraglichen Aufklärungspflichten widmen⁵⁰. Die Aufgliederung der Informationspflichten in vorvertragliche und vertragliche Obligationen ist insofern konsequent, als sie in Einklang steht mit der traditionellen, in der Schweiz mehrheitlich noch verbreiteten Ablehnung von gesetzlichen Schuldverhältnissen und der Vorstellung, dass im

47 Dazu ausführlich oben 3. Kap. III 3 a bb.

48 Vgl. FELLMANN, Art. 398 OR N 150 (vorvertragliche Aufklärungspflichten), Art. 398 OR N 158 (vertragliche Aufklärungspflichten); HAUSER 64ff. bzw. 74ff.; ROTH URN 12ff. bzw. 24ff.

49 FELLMANN, Art. 398 OR N 159.

50 WAHRENBARGER, Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Schuldrecht; LAUER, Vorvertragliche Informationspflichten; vgl. auch GONZENBACH 103, der unter dem Abschnitt „Verletzung der Aufklärungspflicht“ ausschliesslich die vorvertragliche Aufklärungspflicht analysiert. Für diese Autoren sind die Unterschiede zwischen vorvertraglichen und vertraglichen Aufklärungspflichten so grundlegend, dass sich eine einheitliche Betrachtung verbietet.

ganz generell gelten³⁸. Mangels spezifischer Besonderheiten dieser Informationspflichten und wegen fehlender Übereinstimmung in den Rechtsfolgen ist die Sicherungsaufklärung mithin nicht zu den Aufklärungspflichten i.e.S. zu zählen³⁹.

3. Wird der Arzt als *genetischer Berater* tätig, so handelt es sich dabei um einen Vertrag auf Informationsleistung⁴⁰. Die genetische Beratung ist diesfalls nicht eine klassische ärztliche Aufklärungspflicht⁴¹, sondern Leistungspflicht eines gemischten Informationsvertrages und deshalb von den Aufklärungspflichten abzugrenzen⁴².

Gleiches gilt für die Beratungspflicht des Steuerexperten, des bauleitenden Architekten, des Werbefachmanns etc.

dd) Im Gegensatz zu den Auskunftspflichten Pflicht zur spontanen Information

Nach einhelliger Auffassung zeichnen sich die Aufklärungspflichten dadurch aus, dass sie spontan, unaufgefordert zu erfüllen sind⁴³. Die vielfältigen gesetzlich verankerten Auskunftspflichten⁴⁴ entstehen dagegen erst auf entsprechendes *Begehren* hin. Hieraus ergibt sich, dass die Kriterien, die zur Bestimmung von Bestand, Inhalt und Umfang der spontan geschuldeten Aufklärung herangezogen werden, bei den erst auf Verlangen aktualisierten Informationspflichten keine Anwendung finden.

In der Lehre wird als weiterer grundlegender Unterschied zwischen beiden Pflichten genannt, dass die Auskunftspflichten *selbständig klagbar* sind⁴⁵, wohingegen dies bei den Aufklärungspflichten nicht zutreffen soll⁴⁶. Nach hier vertretener Auffassung sind jedoch auch

38 WIEGAND, Aufklärung 152. Dies führt im Arztrecht etwa zu grundlegenden Unterschieden in der Beweislastverteilung bei der Sicherungsaufklärung und der Eingriffsaufklärung, vgl. dazu WIEGAND, Handbuch 193ff.

39 Vgl. dazu WINKLER VON MOHRENFELS 20, der ebenfalls festhält, dass es sich bei der von der Eingriffsaufklärung zu unterscheidenden Sicherungsaufklärung um autonome Nebenleistungspflichten handelt.

40 So richtig MAINARDI-SPEZIALI 135.

41 So aber MAINARDI-SPEZIALI 134; konsequent insofern, als sie die Eingriffsaufklärung (m.E. unrichtigerweise) als selbständige Hauptleistungspflicht des Arztes bezeichnet, MAINARDI-SPEZIALI 98, insbes. Fn. 37.

42 Allerdings nur, wenn tatsächlich eine solche genetische Beratung Vertragsgegenstand ist. Es geht hier somit nicht um die Frage, welche Pflichten der Arzt treffen, wenn er bei Gelegenheit einer andern Untersuchung einen Sachverhalt entdeckt, der allenfalls eine gewisse Aufklärung über ein genetisches Problem auslösen würde.

43 Statt vieler WINKLER VON MOHRENFELS 22; VORTMANN, Aufklärungspflichten N 5.

44 Im Schuldrecht z.B. die Rechenschaftspflicht des Mandataren gemäss Art. 400 OR.

45 Vgl. dazu etwa FELLMANN, Art. 400 OR N 13, 39ff.; KLINGLER 20.

46 „Spontane Information und Klagbarkeit schliessen einander ...[grundsätzlich] aus: Was eingeklagt werden muss, ist nicht spontan erfüllt.“ WINKLER VON MOHRENFELS 22.

dass der *Umfang* der Aufklärungspflichten unabhängig von ihrer Position auf der Zeitachse grundsätzlich derselbe bleibt⁶⁰, sondern auch festgehalten, dass die Frage nach dem *Bestehen* der vorvertraglichen und der vertraglichen Aufklärungspflichten nach identischen Kriterien beurteilt werden muss⁶¹. CANARIS drückt dies deutlich aus: Die Schutzpflichten⁶² „bestehen unabhängig von den Einzelverträgen, also z.B. dem Girovertrag, dem Darlehensvertrag, dem Diskontvertrag usw. Das bedeutet zunächst, dass sie bereits vor Abschluss eines derartigen Vertrages gegeben sein können - was ohnehin aus den Regeln über die culpa in contrahendo folgt. Es bedeutet weiterhin, dass sie auch noch nach Erfüllung aller Einzelverträge fortbestehen können - was ebenfalls eine bekannte Erscheinung ist und in der Figur der 'nachwirkenden Vertragspflichten' allgemeine Anerkennung gefunden hat.“⁶³

b) Rechtsprechung

Die Gerichte äussern sich naturgemäss nicht weiter explizit zur Frage, ob und inwiefern zwischen vorvertraglichen und vertraglichen Aufklärungspflichten zu unterscheiden ist. Immerhin kann folgendes gesagt werden:

Die *schweizerische* Judikatur geht davon aus, dass im Hinblick auf die verschiedenen Haftungsgrundlagen zwischen vorvertraglichen und vertraglichen Informationspflichten zu unterscheiden ist⁶⁴. Allerdings untersucht das Bundesgericht oftmals nicht genau, ob bloss ein vorvertragliches oder bereits ein vertragliches Verhältnis vorgelegen hatte, als die Aufklärungspflicht verletzt wurde: So bezeichnet es etwa die medizinische Aufklärungspflicht als eine von den rechtlichen Grundlagen des Behandlungsverhältnisses unabhängige Berufspflicht des Arztes⁶⁵. Ebensovwenig wird z.B. geprüft, ob die Verletzung der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht im vorvertraglichen oder bereits im vertraglichen Stadium erfolgte⁶⁶. Das gleiche

⁶⁰ So PALANDT-HEINRICH, 45. A. § 242 BGB N 4Bd; ähnlich PALANDT-HEINRICH, § 242 BGB N 37.

⁶¹ BREIDENBACH 92.

⁶² Wozu CANARIS, Bankvertragsrecht 3. A. N 15, 100ff. explizit auch die Aufklärungspflichten zählt.

⁶³ CANARIS, Bankvertragsrecht 3. A. N 15.

⁶⁴ Vgl. zuletzt etwa BGE 119 II 333ff. Dies entspricht der traditionellen Lehre, die kein irgendwie geartetes einheitliches Schuldverhältnis zur Erfassung der Verhaltenspflichten kennt.

⁶⁵ BGE 117 Ib 200.

⁶⁶ Diese Gleichgültigkeit gegenüber dem Moment des Vertragsschlusses hängt allerdings mit zwei Besonderheiten des Arztrechts zusammen: Zum einen lässt sich die medizinische Eingriffsaufklärungspflicht (wobei es in casu allerdings nicht um eine solche ging) problemlos auf deliktrechtliche Grundlagen abstützen. Zum andern steht in der Arzt-Patientenbeziehung regelmässig ein Auftragsverhältnis zur Diskussion, in welchem Art. 395 OR zum Tragen kommt. Sobald der Arzt daher auf Fragen und Probleme des Patienten eingeht, ohne den Vertrag sofort abzulehnen, entsteht ein Vertragsverhältnis. Allerdings nur unter der Voraussetzung, dass sich die Fragen und Probleme bereits „auf die Mandatssache an sich beziehen“, FELLMANN, Art. 398

Moment des Vertragsschlusses alle vorvertragliche in vertragliche (Neben-)Pflichten umschlagen⁵¹. Diese Unterscheidung wird jedoch dann äusserst *fragwürdig*, wenn als Grundlage der Aufklärungspflichten das einheitliche Schuldverhältnis, „das durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen beginnt und auch nach Austausch der Hauptleistungen weiterlebt“, angenommen wird⁵².

THALMANN hält sich scheinbar auch an die Unterscheidung, wenn er „Die vorvertragliche Aufklärungspflicht der Bank“ in einem separaten Kapitel erörtert⁵³. Da er jedoch zumindest partiell den vorvertraglichen Informationspflichten den gleichen Inhalt wie den vertraglichen (auftragsrechtlichen) zuordnet und als Haftungsgrund die „Berufshaftung“ ins Auge fasst, kann für ihn der Moment des Vertragsschlusses nicht eine massgebende Zäsur⁵⁴ sein.

bb) Deutschland

In der deutschen Lehre wird die vorvertragliche Aufklärungspflicht noch vereinzelt von der vertraglichen abgegrenzt, und zwar mit der lapidaren Begründung, dass letztere „sich nach anderen Massstäben richtet.“⁵⁵ Bezeichnenderweise wird dabei weder ausgeführt, inwiefern diese Massstäbe anders sein sollen, noch dargelegt, weshalb unterschiedliche Standards angebracht erscheinen. Zudem werden kaum Kriterien zu ihrer genauen Unterscheidung angeboten, die über tautologische Ausführungen hinausgingen. HOPT bringt das Problem auf den Punkt, wenn er schreibt, dass die Einordnung der Aufklärungspflichten in vertragliche, vorvertragliche, quasivorvertragliche oder deliktische „mehr oder weniger zufällig...“ ist⁵⁶.

Die wohl h.L. erfasst die Aufklärungspflichten richtigerweise denn auch als *einheitliches Phänomen*, das die „gesamte Vertragsbeziehung in allen Stadien“⁵⁷ von der Anbahnung bis zur Durchführung begleitet⁵⁸. Die Beschränkung der Fragestellung auf vorvertragliche Aufklärungspflichten wird richtigerweise als „zu eng“ kritisiert⁵⁹. Dabei wird nicht nur anerkannt,

⁵¹ Deutsche Autoren, die wie etwa BÖHME ebenfalls an der strikten Trennung der vertraglichen und vorvertraglichen Aufklärungspflichten festhalten, können dies dagegen nicht mit diesem Argument begründen, gehört doch in Deutschland die Figur des einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnisses zum anerkannten Bestand der Schuldrechtsdogmatik, vgl. nur LARENZ, Schuldrecht 14f.

⁵² So bei WAHRENBERGER 66.

⁵³ THALMANN 214ff.

⁵⁴ THALMANN 231f.

⁵⁵ BÖHME 2; in derselben Richtung auch STAUDINGER-WEBER, § 242 BGB N 832.

⁵⁶ HOPT, Rechtsprobleme 150.

⁵⁷ KLINGLER 1.

⁵⁸ So PALANDT-HEINRICH, 45. A. § 242 BGB N 4Bd; ähnlich PALANDT-HEINRICH, § 242 BGB N 37.

⁵⁹ So HOPT, Aufklärungspflichten 7.

allgemeinen Bankvertrages⁷⁵, der konkludent zustande gekommene Beratungsvertrag⁷⁶, die Vertrauenshaftung⁷⁷ oder, seltener, die deliktische Haftung⁷⁸ herangezogen.

2. Identität vorvertraglicher und vertraglicher Aufklärungspflichten

a) These

Die von der schweizerischen Rechtsprechung und Literatur vorgenommene Unterscheidung zwischen vorvertraglichen und vertraglichen Aufklärungspflichten ist aufzugeben; es ist von einer einheitlichen Aufklärungspflicht auszugehen, deren Bestand, Inhalt und Umfang sich nicht mit Abschluss des Vertrages ändern.

b) Begründung

aa) Vorvertragliche und vertragliche Aufklärungspflichten: keine sinnvolle Unterteilung

Die Aufgliederung der Informationspflichten in vorvertragliche und vertragliche setzt vorläufiger Weise voraus⁷⁹, dass beide je verschiedenen Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen unterworfen sind⁸⁰. Im folgenden wird gezeigt werden, dass dies nicht zutrifft. Bezüglich der Entstehung, des Inhaltes und des Umfangs der Aufklärungspflichten sowie der Rechtsfolgen bei deren Verletzung resultiert kein prinzipieller Unterschied zwischen vorvertraglichen und vertraglichen Aufklärungspflichten⁸¹. Es gibt mithin keine „summa divisio“ zwischen vorvertraglichen und vertraglichen Aufklärungspflichten⁸².

⁷⁵ LG Kassel EWIR 1985, 579 zit. nach ARENDTS, Wertpapier 231.

⁷⁶ Vgl. etwa BGH WM 1990, 1990f.; BGH WM 1992, 133ff.

⁷⁷ OLG Nürnberg WM 1986, 124; so zuletzt auch BGH WM 1995, 381ff., insbes. 384.

⁷⁸ Vgl. etwa BGH WM 1988, 291.

⁷⁹ Da Definition durch Beibringung eines Abgrenzungsmerkmals zu einem Oberbegriff erfolgt, ist es natürlich zulässig, wenn auch nicht zweckmäßig, nach einem chronologischen Kriterium zwischen vorvertraglichen und vertraglichen Aufklärungspflichten zu unterscheiden, auch wenn die jeweiligen Rechtsfolgen und Tatbestandsvoraussetzungen identisch sind.

⁸⁰ So auch FABRE-MAGNAN 222.

⁸¹ Für die Intensität der Aufklärungspflichten ist der Grad des gewährten und in Anspruch genommenen Vertrauens massgebend. Da dieses u.a. durch die Zeitdimension bestimmt wird, erhöht sich die Intensität natürlich etwa bei den sich über eine längere Zeitspanne erstreckenden Verträgen, sie erhöht sich jedoch nicht wegen der Tatsache des Vertragsschlusses! Dazu TAUPITZ 71.

⁸² FABRE-MAGNAN 224.

gilt für einen Entscheid betreffend eine falsche telefonische Aufklärung durch eine Hilfsperson; auch hier hielt das Bundesgericht Erörterungen über die vorvertragliche bzw. vertragliche Natur der Aufklärungspflicht für entbehrlich⁶⁷. Im neuesten Entscheid zur Aufklärungspflicht der Bank im Anlagegeschäft geht das Bundesgericht offensichtlich von einer vertraglichen Pflichtabstützung aus⁶⁸. Dies, obwohl in casu die Informationserteilung, hätte sie etwas nützlich sollen⁶⁹, zwingend vor Vertragsschluss angebracht gewesen wäre, bildet doch „Gegenstand der Informationspflicht ... alles, was für den [prospektiven] Auftraggeber von Bedeutung ist“⁷⁰.

Die Gleichgültigkeit und dogmatische Unschärfe bei der Beantwortung der Frage, ob eine vorvertragliche oder eine vertragliche Aufklärungspflicht vorliegt, ist sicher ein Hinweis dafür, dass auch das Bundesgericht die *Relevanz der Unterscheidung* für die Rechtsfolgen der Aufklärungspflichtverletzung als gering beurteilt⁷¹. Dass in der älteren Praxis im Gegensatz zu den neueren Entscheiden die Frage noch mit einigem Aufwand diskutiert wurde, bestätigt nur den Befund, dass der dogmatischen Zuordnung der Aufklärungspflichten je länger desto weniger Aufmerksamkeit geschenkt wird⁷².

Die *deutsche* Rechtsprechung beurteilt Inhalt und Umfang von Aufklärungspflichten grundsätzlich unabhängig davon, ob es sich um eine vertragliche oder vorvertragliche Informationspflicht handelt⁷³. Dies zeigt sich in den Urteilsbegründungen an der Beliebigkeit der Heranziehung der verschiedensten dogmatischen Figuren als Haftungsgrundlagen. Es wird mit identischen Ergebnissen - die Nebenpflicht eines konkreten Einzelgeschäfts⁷⁴ oder eines

OR N 158. Hier liegt die Crux: braucht sich der Allgemeinpraktiker, der wegen einer Grippe aufgesucht wird, eine vertragliche Haftung zurechnen zu lassen bezüglich anderweitiger fehlerhafter Auskünfte?

⁶⁷ BGE 116 II 519ff.; allerdings konnten in casu kaum Zweifel daran bestehen, dass ein Vertragsverhältnis vorlag.

⁶⁸ „Aus der Treupflicht folgt, dass der Beauftragte ...“ BGE 119 II 335.

⁶⁹ Abgesehen von der Möglichkeit eines Widerrufs, der nur offen steht, wenn das Geschäft in Form einer Kommission bzw. einem Auftrag, nicht aber, was häufig der Fall ist, als Kauf abgeschlossen wird.

⁷⁰ BGE 115 II 64f.

⁷¹ Weshalb die Differenzierung, so die hier vertretene Meinung, auch nicht mehr erforderlich ist.

⁷² Vgl. BGE 68 II 295, wo das Gericht festhält, es widerspreche den Gesetzen der Logik, die vor dem Vertragsschluss erfolgte Raterteilung schlechthin den Grundsätzen des erst nachher geschlossenen Vertrages zu unterstellen. Bloss: was nützt die Raterteilung, wenn die Parteien bereits gebunden sind?

⁷³ Vgl. dazu ARENDTS, Wertpapier 231; zuletzt etwa BGH WM 1995, 381ff.

⁷⁴ Vgl. PALANDT-HEINRICHS, § 242 BGB N 37 m.w.H.

Vertragsverhältnis bestand oder noch nicht⁹⁰, z.B. ein Behandlungsvertrag oder ein Kommissionsvertrag schon abgeschlossen war oder nicht.

Objekt der Aufklärung sind nicht nur vertragsschlussbezogene Informationen, sondern auch alle anderen Hinweise, sofern sie nur für das rechtsgeschäftliche (oder rechtsgeschäft-sähnliche) Verhalten der Gegenpartei von Bedeutung sind. Es ist deshalb von einem identi-schen Aufklärungsinhalt auszugehen, der im vorvertraglichen wie im vertraglichen Stadium grundsätzlich gleich bleibt. „Enfin ... une obligation, ayant le même objet, c'est-à-dire portant sur le même renseignement, peut naître avant, tout en se prolongeant après la conclusion du contrat.“⁹¹

Einige Beispiele sollen zeigen, dass der Inhalt der Aufklärungspflichten sich nicht danach bestimmt, ob (erst) ein vorvertragliches oder bereits ein vertragliches Verhältnis vorlag:

1. Die Eingriffsaufklärung des Arztes, die unbeschden der Natur des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses stets den gleichen Inhalt aufweist⁹², bestimmt sich unabhängig da-von, ob sich die Arzt-Patientenbeziehung im vorvertraglichen oder im vertraglichen Sta-dium befand⁹³.
2. Die Bank trifft die Pflicht zum vorvertraglichen Hinweis auf die Risiken eines abzu-schliessenden Anlagegeschäfts, sofern der Kunde aufklärungsbedürftig ist⁹⁴. Sie hat die gleiche Pflicht, unabhängig davon, ob der „Auftrag“ bloss eine Weisung⁹⁵ im Rahmen etwa eines Kommissionsverhältnisses, also eines Vertrages, darstellt, oder ob noch kein Vertrag abgeschlossen worden ist. Besonders plastisch lässt sich dies anhand eines neuen BGH-Entscheids zeigen⁹⁶: Der Kläger liess sich von 1'363 (!) Anlegern Schadensersatz-anprüche wegen Aufklärungspflichtverletzungen abtreten und machte diese gegentiber einem Treuhänder, der an den nebulösen Investmentgeschäften beteiligt war, geltend.

⁹⁰ Sofern denn der genaue Moment des Vertragsabschlusses überhaupt mit einiger Sicherheit festgestellt wer-den kann.

⁹¹ FABRE-MAGNAN 223f.

⁹² BGE 117 Ib 200, siehe dazu oben 2. Kap. III.

⁹³ Besteht sie nämlich unabhängig von der Natur des Rechtsverhältnisses, so ist sie auch in aussververtraglichen Konstellationen gegeben. Oder: man denke an die Aufklärung des Patienten, der mangels Geschäftsfähigkeit einen in den Kosten weitreichenden Arztvertrag nicht abschliessen kann.

⁹⁴ BGE 119 II 335.

⁹⁵ Die Abgrenzung zwischen (einseitigen) Weisungen und (zweiseitigen) Aufträgen ist im Einzelfall nach deren Inhalt vorzunehmen, vgl. dazu BGE 110 II 284f. Eine Weisung, deren Inhalt ausserhalb des Vertragsgegenstandes liegt, wird als Offerte zu einem neuen Vertragsabschluss betrachtet, vgl. dazu WEBER, Art. 397 OR N 5.

⁹⁶ BGH WM 1995, 344ff.

bb) Identität des Aufklärungsinhalts

aaa) Irrelevanz der unterschiedlichen dogmatischen Haftungsgrundlagen für die Bestimmung des Inhaltes der Aufklärungspflichten

Die h.L. stützt die vorvertraglichen Aufklärungspflichten in der Regel auf culpa in contrahen-do ab. Die nach Abschluss des Vertrages geschuldete Aufklärung wird dagegen meist als Vertragsnebenpflicht betrachtet⁸³. Wegen der Verschiedenheit der Haftungsgrundlagen wird oft der Schluss gezogen, dass die *vertraglichen Aufklärungspflichten umfassender* seien. Da-bei hält bereits MERZ, wie erwähnt, zu den vertraglichen Nebenpflichten dezidiert fest: „Inhaltlich gleiche Pflichten können auch vor und ohne Vertragsschluss entstehen.“⁸⁴ Eben-so wie „die verletzen Pflichten bei der positiven Vertragsverletzung wie bei der culpa in con-trahendo dieselben sind“⁸⁵, sind die darauf abgestützten vertraglichen und vorvertraglichen Aufklärungspflichten ihrem Inhalte nach grundsätzlich gleich⁸⁶. Sie leiten sich ja in beiden Fällen letztlich aus Art. 2 ZGB ab⁸⁷, entstehen, wie die Verhaltenspflichten, „unabhängig vom Willen der Parteien im Moment der rechtsgeschäftlichen Kontaktaufnahme“ und dauern, wie diese, über die Vertragsdurchführung hinaus u.U. bis nach der Kontrakterfüllung an⁸⁸. Auch für die Aufklärungspflichten trifft somit zu, was WIEGAND für die Verhaltenspflichten insgesamt treffend formuliert hat: „Durch den Vertragsschluss verändert sich die Situation im Hinblick auf diese Pflichten nicht.“⁸⁹

bbb) Unabhängigkeit des Aufklärungsinhaltes vom Zeitpunkt der Informationserteilung

Aufklärungspflichten sind darauf gerichtet, den andern Teil unaufgefordert über Umstände zu informieren, die für das rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche Verhalten entschei-dungsrelevant sind. Solche Entscheidungen können im vorvertraglichen, im vertraglichen oder u.U. auch im nachvertraglichen Stadium gefällt werden müssen. Dabei ist es häufig eine reine Frage des Zufalls, ob im Augenblick, in dem eine Aufklärung geschuldet war, bereits ein

⁸³ Vgl. dazu umfassend oben 3. Kap. III 6.

⁸⁴ MERZ, Art. 2 ZGB N 264.

⁸⁵ WIEGAND, Einleitung Art. 97 OR N 6.

⁸⁶ Für das deutsche Recht deutlich etwa ESSER 374, der festhält, dass das vertragsähnliche Verhältnis die glei-chen gesteigerten Aufklärungspflichten auslöst, die für ein vertragliches Schuldverhältnis typisch sind.

⁸⁷ WIEGAND, Einleitung Art. 97 OR N 6.

⁸⁸ WIEGAND, Leistungsstörungen 2, 18.

⁸⁹ WIEGAND, Leistungsstörungen 2, 18.

Über den Zeitpunkt, in dem Aufklärung geschuldet gewesen wäre bzw. in dem die Aufklärungspflichten verletzt worden war, herrschte in Anbetracht der Anzahl Anleger naturgemäss keine Klarheit. Der Bundesgerichtshof hielt fest, dass die Aufklärung über Anlagerisiko und mögliche Umstände, welche den Vertragszweck gefährden könnten, in gleichem Masse geschuldet sei, unabhängig von der Frage, in welchem Stadium sich die Beziehung zum einzelnen Anleger befand. Hinsichtlich der dogmatischen Grundlage der Haftung wurde dagegen, der traditionellen Auffassung folgend, festgehalten, „dass der Beklagte für Pflichtverletzungen bis zum Zeitpunkt des Abschlusses der unmittelbaren Verträge ... aus culpa in contrahendo haftet, für den Zeitraum danach aus positiver Forderungsverletzung.“⁹⁷ Von der Rechtsprechung⁹⁸ wird mithin in Übereinstimmung mit der Lehre nicht bezüglich der Intensität des Pflichtinhaltes zwischen vorvertraglichen und vertraglichen Informationspflichten im Bankgeschäft unterschieden. Denn „zum Inhalt des durch einen bestehenden Vertrag oder durch Vertragsverhandlungen begründeten Vertrauensverhältnisses gehört nach den Grundsätzen von Treu und Glauben auch eine für eine redliche Bank selbständige Offenbarungs- und Aufklärungspflicht gegenüber dem Kunden für solche Umstände, die für die Entschliessung des anderen Teils erkennbar von Bedeutung sind oder sein können.“⁹⁹

3. Neben vielen vorvertraglichen Informationen schuldet das Reisebüro auch nach dem Vertragsabschluss umfassende Aufklärung: So wurde etwa eine Klage auf Rückerstattung des Reisepreises gutgeheissen, weil der Reiseveranstalter trotz vor dem Abflug aufkommender Gerüchte über einen Zyklon in der Nähe des Reiseziels nicht richtig informiert hatte.¹⁰⁰ Niemand wird behaupten, dass Inhalt und Umfang dieser Aufklärungspflichten geringer gewesen wären, wenn im Zeitpunkt, als der Anbieter über diese entsprechenden Informationen verfügte, noch kein Vertrag vorgelegen wäre (was im Falle einer last-minute Buchung, die u.U. nur wenige Stunden vor dem geplanten Abflug erfolgt, durchaus denkbar ist).

4. Auch die allgemeine, im Pauschalreiserecht aber besonders gut erkennbare Tendenz, einen immer grösseren Teil der vertraglichen Pflichten in den gleichsam noch vom Rechts-

⁹⁷ BGH WM 1995, 345. Da fragt man sich: Wenn der Pflichtinhalt völlig unabhängig davon beurteilt wird, ob ein Vertragsverhältnis oder eine vorvertragliche Beziehung vorlag, und überdies der Zeitpunkt der jeweiligen Aufklärungspflichtverletzungen völlig unbekannt war, weshalb gliedert der BGH dann die Aufklärungspflichten noch in vertragliche und ausservertragliche Obligationen auf?

⁹⁸ Siehe das unmittelbar vorangehende Beispiel sowie BGH WM 1989, 665 m.w.H.

⁹⁹ VORTMANN, Aufklärungspflichten N 23; THALMANN 214ff.

¹⁰⁰ Cour de Justice Civile des Kantons Genf SJ 1982, 577ff.

folgewilligen freien Teil der Beziehung abzuschieben¹⁰¹, beruht darauf, dass zwischen vorvertraglichen und vertraglichen Aufklärungspflichten kein relevanter Unterschied besteht: Wie oben ausgeführt, wurde der Pauschalreiseanbieter bereits vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Pauschalreisen von der Lehre und der Rechtsprechung mit recht vielen Informationspflichten belastet, die aufgrund ihres Inhaltes zwingend vor Vertragsabschluss zu erfüllen sind. Das gilt etwa für die Informationen über die Hauptleistungen des Anbieters (Transport- und Beherbergungsbedingungen) sowie den Reisepreis einschliesslich aller anfallenden Nebenkosten¹⁰². Ebenfalls aufzuklären ist - entgegen der zügigen Abwicklungspraxis - über die Konditionen der Annullationsversicherungen¹⁰³. Die Agentur verletzt dabei nicht nur bei mangelndem Hinweis auf die Konditionen ihre Aufklärungspflicht, sondern auch dann, „si elle ne renseigne pas correctement le voyageur sur la *portée d'une telle assurance*“¹⁰⁴. Obwohl diese Informationen zwingend vor Vertragsabschluss erteilt werden müssen, ordnete die Lehre sie mit den anderen Informationspflichten den *vertraglichen* Nebenpflichten zu¹⁰⁵. Das Bundesgesetz über die Pauschalreisen dagegen bezeichnet sie ausdrücklich als vorvertragliche Pflichten¹⁰⁶.

Es zeigt sich also bei allen Beispielen, dass der Inhalt der Aufklärungspflichten unabhängig von der Einordnung dieser Pflichten auf der Zeitachse derselbe bleibt, was für die Schutzpflichten im allgemeinen gilt. Ihre „Struktur und ihr Inhalt“ bleiben unabhängig vom Vertragsschluss gleich¹⁰⁷.

cc) Identität der Schutzziele

Zweck der Aufklärungspflichten, egal ob diese nun vertraglicher oder vorvertraglicher Natur sind, ist der Schutz der mangelfreien Willensbildung¹⁰⁸. Im Arztrecht tritt dies besonders deutlich zutage, da ein ohne hinreichende Aufklärung vorgenommener Eingriff das ungeschriebene verfassungsmässige Grundrecht der persönlichen Freiheit¹⁰⁹ bzw. das Persönlich-

¹⁰¹ So behandelt Art. 4 Abs. 3 Pauschalreisengesetz die Pflicht zur Aufklärung über Pass- und Visumserfordernisse neu als Pflicht, die vor Vertragsschluss zu erfüllen ist.

¹⁰² STAUDER 427.

¹⁰³ STAUDER 427f.

¹⁰⁴ STAUDER 428.

¹⁰⁵ Statt vieler STAUDER 427f.; GIRSBERGER 69.

¹⁰⁶ Art. 4 Pauschalreisengesetz.

¹⁰⁷ CANARIS, Ansprüche 479.

¹⁰⁸ Im Arztrecht ist diese Schutzfunktion der Aufklärung besonders deutlich, vgl. etwa MAINARDI-SPEZIALI 132.

¹⁰⁹ Dies, soweit ein öffentlich-rechtliches Verhältnis vorliegt; dazu grundlegend MÜLLER-JÖRG PAUL 6ff.

gen muss¹¹⁸. *Unabhängig davon, ob ein vertragliches oder vorvertragliches Verhältnis vorliegt, geht der Anspruch auf Schadensersatz infolge Aufklärungspflichtverletzung wie oben ausführlich dargestellt stets auf Ersatz des Integritätsinteresses¹¹⁹. Der Schädiger hat „den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand“ nicht eingetreten wäre.¹²⁰ Er hat den Geschädigten also so zu stellen, wie wenn er die Schutzpflichtverletzung nicht begangen hätte¹²¹. Dies ergibt sich daraus, dass die Aufklärungspflichten nicht auf ein wie auch immer geartetes (positives) Leistungsinteresse, sondern das Integritätsinteresse gerichtet sind. Aufklärungspflichten dienen dazu, ein bestimmtes Verhalten zu „garantieren“, damit der Schuldzweck nicht vereitelt und Schaden verhütet wird¹²². Verletzt also z.B. der Arzt die wirtschaftliche Aufklärungspflicht, so hat er die Patientin so zu stellen, wie wenn er keine Schutzpflichtverletzung begangen hätte, er also z.B. über die Tatsache, dass die Behandlungskosten nicht von der Krankenkasse übernommen werden, aufgeklärt hätte. Die nicht gedeckten Kosten des Eingriffs hat somit der Arzt zu tragen, sofern die Patientin bei Kenntnis dieser Umstände den Eingriff nicht hätte vornehmen lassen. Oder: Informiert die Bank den aufklärungsbedürftigen Kunden nicht über die Risiken von Devisentermingeschäften, hat sie diesen so zu stellen, wie wenn er richtig informiert worden wäre. Hätte der Kunde diesfalls die verlustbringenden Geschäfte nicht getätigt, so ist ihm der entstandene Verlust zu ersetzen¹²³.*

Nur scheinbar gegen eine einheitliche Behandlung der vertraglichen und vorvertraglichen Aufklärungspflichten spricht die *Beweislastverteilung* hinsichtlich des Verschuldens¹²⁴. Wird die Aufklärungspflicht auf eine deliktische Anspruchsgrundlage gestützt, hat der Geschädigte nachzuweisen, dass die Informationspflichten schuldhaft verletzt wurden, während im Falle von vertraglichen bzw. vertragsähnlichen Rechtsgrundlagen das Verschulden vermutet wird und der Beklagte sich zu exkulpieren hat. Wie oben ausführlich dargelegt wurde, wirkt sich diese formell unterschiedliche Beweislastverteilung in der Praxis tatsächlich nicht aus, wes-

¹¹⁸ Vgl. nur VORTMANN, Aufklärungspflichten N 16.

¹¹⁹ Im Ergebnis gleich CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A. N 34, der stets das negative Interesse ersetzt haben will, vgl. dazu auch STAUDINGER-SCHMIDT § 242 BGB N 1201. Das Gesagte gilt natürlich nicht, wenn es um falsche Zusicherungen von Eigenschäften (z.B. einer Maschine) geht, hier ist das positive Interesse geschuldet.

¹²⁰ So explizit § 249 BGB.

¹²¹ Vgl. etwa CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A. N 34.

¹²² LARENZ, Schuldrecht 11; AK-TEUBNER, § 242 BGB N 56.

¹²³ Welcher natürlich u.U. auch den entgangenen Gewinn aus anderweitig versäumten Anlagemöglichkeiten mitumfassen kann.

¹²⁴ Zur Beweislastverteilung vgl. ausführlich oben 3. Kap. III 4.

keitsrecht gemäss Art. 28 ZGB verletzt¹¹⁰. In anderen Gebieten wird die freie Willensentfaltung - mangels einer ähnlich engen Beziehung zwischen den in Frage stehenden Rechten und der Person ihres Trägers - nicht durch das Persönlichkeitsrecht geschützt. *Schutzobjekt* ist gleichwohl die freie Willensbildung. So zielt die Aufklärungspflicht auch im Bankgeschäft auf „Hinterfragung des auf den Abschluss eines Geschäfts gerichteten Kundenwillens...“¹¹¹.

dd) Identität der die Haftung auslösenden Elemente

Die Identität der vorvertraglichen und vertraglichen Aufklärungspflichten ergibt sich auch aus deren rechtstatsächlichen Entstehungsgründen. Der Statuierung alter Aufklärungspflichten¹¹², auch der sog. vertraglichen, liegen nämlich die gleichen Wertungen, ausgelöst durch bestimmte tatsächliche Verhältnisse, zugrunde¹¹³. Diese Umstände, auf die unten ausführlich eingegangen werden wird¹¹⁴, sind unabhängig davon gegeben, ob ein vorvertragliches oder vertragliches Verhältnis vorliegt, weshalb sich Inhalt und Umfang der vorvertraglichen Aufklärungspflichten aus den gleichen Kriterien wie bei den vertraglichen Aufklärungspflichten ergeben¹¹⁵. Deshalb hat der Zeitpunkt, in welchem die Aufklärung geschuldet ist, keinen Einfluss auf Bestand, Inhalt und Umfang der Informationspflichten.

Überdies entspricht es allgemeiner Erfahrung, dass Anbieter von Dienstleistungen gerade im Vorfeld von (lukrativen) Geschäftsabschlüssen ihre Fachkompetenz und Beratungskultur besonders in den Vordergrund stellen, was zumindest dafür spricht, dass die Aufklärungspflichten im vorvertraglichen Stadium nicht weniger ausgeprägt sind¹¹⁶.

ee) Identität der Rechtsfolgen¹¹⁷

Allen Ersatzansprüchen aus ungenügender oder unterbliebener Aufklärung ist gemeinsam, dass neben der Pflichtverletzung ein Verschulden und seitens des Kunden ein Schaden vorlie-

¹¹⁰ Im privatrechtlichen Verhältnis.

¹¹¹ So THALMANN 215.

¹¹² Nach hier zugrundeliegender Terminologie, also unter Ausschluss der Informationspflichten als Gegenstand des Hauptleistungsprogramms.

¹¹³ Vgl. CANARIS, Ansprüche 476.

¹¹⁴ Unten IV.

¹¹⁵ BREIDENBACH 92.

¹¹⁶ Ein zweifelsfrei: „Ein Bau- oder Renovationskredit vom Bankverein. Weil beim Bauen guter Rat wichtig ist.“ Inserat im Bulletin des Hauseigentümergebietes Interlaken-Oberhasli vom März 1995, 2. Oder: „Das Vertrauen der Klienten [sic.] will erworben sein. Tag für Tag. Rat für Rat.“ Inserat einer Privatbank unter Bezugnahme auf einen Anspruch des Firmengründers, Weltwoche Nr. 24 vom 16. Juni 1994.

¹¹⁷ Vgl. dazu ausführlich oben 3. Kap. III.

halb sie, jedenfalls bei einer pragmatischen Sichtweise, nicht als Argument gegen eine einheitliche Behandlung der Aufklärungspflichten ins Feld geführt werden kann.

ff) Praktische Nachteile der Aufgliederung von Aufklärungspflichten in vorvertragliche und vertragliche Pflichten

Die Unterscheidung zwischen vorvertraglichen und vertraglichen Aufklärungspflichten führt in ihrer praktischen Umsetzung zu verschiedenen Anwendungsschwierigkeiten. So ist es oftmals *kaum möglich*, den *Zeitpunkt* zu bestimmen, in dem eine Dienstleistungsbeziehung vom vorvertraglichen zum vertraglichen Tabestand wird, weil der genaue Moment des Vertragsschlusses nicht bestimmt werden kann. Denn nicht nur die Vertragsverhandlungen, sondern sogar der Vertragsabschluss selbst können sich über eine gewisse Zeitsdauer erstrecken und „*sukzessiv*“ verlaufen¹²⁵. Zudem werden in komplexen Verhältnissen während Verhandlungen im Hinblick auf das zentrale Geschäft u.U. bereits untergeordnete Verträge abgeschlossen, oder man beginnt mit einem Teil der Erfüllung, bevor der Vertrag im Rechtssinne zustande gekommen ist. Aus diesen Gründen kann es in der Praxis sehr schwierig sein zu entscheiden, ob die verletzte Informationspflicht noch eine vorvertragliche oder bereits eine vertragliche Aufklärungspflicht darstellt¹²⁶.

Auch wenn hinsichtlich der Tatsache und des Zeitpunkts des Vertragsschlusses keine Unsicherheiten bestehen, können sich in der Praxis schliesslich Schwierigkeiten daraus ergeben, dass es in gewissen Fällen *unklar ist, ob die nach Vertragsschluss verletzte Aufklärungspflicht tatsächlich eine vertragliche Obligation ist oder ihre Wurzel nicht vielmehr nichtvertraglichen Ursprungs ist*¹²⁷. Dieses Problem stellte sich etwa in folgendem Fall¹²⁸: Dem klagenden Urlauber war nach der Landung in Ägypten die Einreise verweigert worden, weil er keinen Reisepass mit sich führte. Der Bundesgerichtshof verurteilte die Reiseveranstalterin zu Schadensersatz in Höhe des sofortigen Rückflugpreises sowie der Entschädigung für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit, weil diese den Urlauber bei der Buchung nicht darauf hingewiesen hatte, dass für die Einreise nach Ägypten ein Reisepass erforderlich ist. Der Bundesgerichtshof bezeichnete die Pflicht zum Hinweis auf Einreisebedingungen zwar als vertragliche Hauptpflicht bei der Buchung, schien sich seiner Sache aber wenig sicher zu sein,

¹²⁵ VON TUHR/PETER 182; FABRE-MAGNAN 223.

¹²⁶ So auch FABRE-MAGNAN 223. Dies stört allerdings in der Praxis nicht sehr, da im Falle einer Unsicherheit über den Moment oder die Tatsache des Vertragsschlusses auf die culpa in contrahendo zurückgegriffen werden kann, woraus die gleichen Rechtsfolgen resultieren wie bei Annahme einer vertraglichen Grundlage.

¹²⁷ Handelt es sich bei der Aufklärungspflicht doch nicht um eine Hauptpflicht des Vertrages und liegen in aller Regel auch keine Absprachen über allenfalls geschuldete Informationspflichten vor.

¹²⁸ BGH NJW 1985, 1165f.

hielt er doch vorsichtshalber noch fest, dass diese Aufklärungspflicht auch schon vor der Buchung besteht¹²⁹.

Mit einer *einheitlichen, nicht auf vertragsrechtlichen Grundlagen basierenden Erfassung der Aufklärungspflichten* könnten solche aufwendige, keinen Erkenntnisgewinn vermittelnden, dafür z.T. aber Verwirrung stiftenden Argumentationen vermieden werden.

gg) Vermeidung von Wertungswidersprüchen

Durch die - hier abgelehnte - Qualifikation als vertragliche Obligationen erlangen Aufklärungspflichten eine besondere Stellung: Sie „werden“ zu einer auf Selbstbestimmung beruhenden, rechtsgeschäftlichen Verpflichtung. Auch wenn die vertraglichen Aufklärungspflichten (als Nebenpflichten) aus Art. 2 ZGB abgeleitet werden, halten die schweizerische Lehre und Praxis ja bekanntlich daran fest, dass sie „aufgrund des Vertragsschlusses Vertragsinhalt werden“¹³⁰. Obwohl die Kontrahenten nie einen dahingehenden Geschäftswillen gebildet oder geäußert haben¹³¹, werden Aufklärungspflichten auf den Parteiwillen abgestützt, sobald die Aufklärung nur während eines bestehenden Vertragsverhältnisses verletzter wurde. Erfolgt die Verletzung der Aufklärungspflichten dagegen zufälligerweise schon vor Abschluss des Vertrages, entfällt eine vertragliche Haftung. Dass sich daraus im Vergleich mit der vertraglichen Haftung kaum praxisrelevante Unterschiede ergeben, ändert nichts am *Wertungswiderspruch*,

¹²⁹ Dem Einwand des Reiseveranstalters, der Kunde hätte sich selbst nach allfällig einzuhaltenden Formalitäten erkundigen müssen, hielt der BGH übrigens entgegen: „Ein nicht unerheblicher Teil der Reiseinteressenten ... macht sich keine Gedanken über die im Ausland geltenden Bestimmungen, sondern vertraut zu Recht darauf, dass der Veranstalter alles Notwendige veranlasst und über unerlässliche Formalitäten verständlich und rechtzeitig informiert.“ Es stellt sich hier die Frage, ob damit - entgegen der höchstrichterlichen Auffassung - nicht unberechtigtes Vertrauen geschützt wird. Die Privilegierung eines Konsumenten, der sich keine Gedanken über Passvorschriften bei einer Reise nicht etwa ins benachbarte Ausland, sondern nach Ägypten, wohlgemerkt, macht, stellt m.E. im Ergebnis den Schutz unberechtigten Vertrauens dar. Dies mag zwar moralisch insofern vertretbar sein, als gerade die Schwächsten dazu neigen, blind zu vertrauen, wo sie nicht mehr vertrauen dürfen, steht jedoch im Gegensatz zu Grundprinzipien unseres Schuldrechts. Der Entscheid erscheint auch insofern als zu konsumentenfreundlich, als in den AGBs ausdrücklich festgehalten war, dass es Sache der Kunden sei, sich um Einreiseformalitäten zu kümmern, die Berufung auf diese Klausel durch das Reiseunternehmen jedoch als unzulässig verworfen wurde. (Die Klausel soll gegen § 9 Abs. 2 Ziff. 2 AGBG [Unangemessene Benachteiligung durch Einschränkung der Geschäftsnatur entsprechenden wesentlicher Pflichten, so dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist] verstossen haben.)

¹³⁰ WIEGAND, Art. 97 OR N 4, ausgesprochen sind nicht nur die Aufklärungspflichten, sondern die Nebenpflichten insgesamt. Anders die deutsche Lehre: sie hat die Verhaltenspflichten weitgehend vom Parteiwillen gelöst, vgl. dazu umfassend WIEGAND, Verhaltenspflichten 547ff. m.w.N.

¹³¹ Die Fiktion vertraglicher Pflichten geht zuweilen sehr weit: So trifft den Architekten nach deutscher Rechtsprechung eine vertragliche Pflicht, den Kunden „unverzüglich über Ursachen von Baumängeln und die daraus sich ergebende Rechtslage, auch soweit seine eigene Haftung in Frage kommt, aufzuklären.“ BGH WM 1985, 1535. (Die sofortige Offenbarung soll gewährleisten, dass der Kunde seine Ansprüche rechtzeitig vor Eintritt der Verjährung geltend machen kann.)

der darin liegt, dass bei *gleichem Geschäftswillen* (der zu keiner Zeit auf Übernahme von Aufklärungspflichten gerichtet ist) allein der *zufällige Zeitpunkt der Aufklärungspflichtverletzung* über die Rechtsnatur der verletzten Pflicht entscheidet¹³². Die Aufgliederung der Aufklärungspflichten ist dabei umso unangebrachter, als ja anerkannt ist, dass der Inhalt der vertraglichen und der vorvertraglichen Aufklärungspflichten identisch ist. Denn: „Der Vertragsschluss als ‚Perfizierung‘ eines Vertrages kann allein keine so tiefgreifende Zäsur bedeuten, dass vorher im Rahmen des auf ihn hinzielenden engeren Kontakts der Parteien bei Vertragsverhandlungen ... eine geringere Sorgfaltsverantwortung bestände als nach Abschluss des Geschäfts. Man würde sonst auf den Zufall abstellen...“¹³³

Zwei Beispiele: Wenn die Bank mit kompetenter Beratung wirbt¹³⁴, darf der Kunde nach Treu und Glauben erwarten, dass er unabhängig davon, ob erst ein vorvertragliches oder schon ein vertragliches Verhältnis vorliegt, über die Risiken der von ihm geplanten Geschäfte aufgeklärt wird¹³⁵, genauso wie der Skifahrer, wo nötig, mit Warntafeln¹³⁶ auf einer Piste rechnen darf, gleichviel ob er die Tageskarte bereits erworben hat oder erst auf der Hinfahrt zur Lifstation ist¹³⁷.

c) Fazit

Vorvertragliche und vertragliche Aufklärungspflichten haben den gleichen Pflichtinhalt, dienen den gleichen Zielen, basieren auf denselben inneren Haftungsgründen und zeitigen im Falle einer Verletzung dieselben Rechtsfolgen. Aus praktischen Erwägungen und im Interesse der Vermeidung von Wertungswidersprüchen drängt sich deshalb die *Gleichbehandlung vorvertraglicher und vertraglicher Aufklärungspflichten*¹³⁸ auf. Die Unterscheidung zwischen

¹³² Das gilt in verstärktem Masse für Aufklärungspflichten, die mit der auftragsrechtlichen Treuepflicht begründet werden.

¹³³ ESSER 30.

¹³⁴ Zur Wiederholung: „Ein Bau- oder Renovationskredit vom Bankverein. Weil beim Bauen guter Rat wichtig ist.“ Inserat im Bulletin des Hauseigentümergebietes Interlaken-Oberhasli vom März 1995, 2. Oder: „Das Vertrauen der Klienten [sic!] will erworben sein. Tag für Tag. Rat für Rat.“ Inserat einer Privatbank unter Bezugnahme auf einen Ausspruch des Firmengründers, Weltwoche Nr. 24 vom 16. Juni 1994.

¹³⁵ Noch einmal: „...zum Inhalt des durch einen bestehenden Vertrag oder durch Vertragsverhandlungen begründeten Vertrauensverhältnisses gehört nach den Grundsätzen von Treu und Glauben auch eine für eine redliche Bank selbständige Offenbarungs- und Aufklärungspflicht gegenüber dem Kunden für solche Umstände, die für die Entschliessung des anderen erkennbar von Bedeutung sind oder sein können.“ VORTMANN, Aufklärungspflichten N 23.

¹³⁶ Dass es sich dabei allerdings nicht um eine Aufklärungspflicht im hier verstandenen Sinne handelt, wurde oben I 3 b bb ausgeführt.

¹³⁷ Dazu ausführlich NIEUENSCHWANDER 61f.

¹³⁸ Zu allen Punkten siehe hievore im Text.

vorvertraglichen und vertraglichen Informationspflichten ist mithin aufzugeben und es ist von einer einheitlichen Aufklärungspflicht auszugehen¹³⁹.

III. Die Vertrauenshaftung als dogmatische Grundlage der Aufklärungspflichten

1. These

Die Aufklärungspflichten stützen sich als Schutzpflichten auf ein gesetzliches Schuldverhältnis; ihre Verletzung löst eine Vertrauenshaftung aus. Konkretisiert wird diese Haftung durch das Rollenkonzept.

2. Begründung

a) Die Vertrauenshaftung als dogmatischer Aufhänger der Aufklärungspflichten

aa) Ablehnung vertraglicher Begründungen als reine Fiktionen

aaa) Ablehnung punktueller Verträge

Das Postulieren einer einheitlichen Aufklärungspflicht setzt nicht zwingend voraus, dass für diese Obligation auch ein einheitlicher dogmatischer Anknüpfungspunkt propagiert wird. Man könnte es bei der einheitlichen Ausgestaltung des Aufklärungsumfangs und -inhalts belassen und, wie dies die Judikatur praktiziert, aus der Vielzahl möglicher Haftungsgrundlagen im Einzelfall die passende Rechtsfigur heranziehen¹⁴⁰. Allerdings erscheint es wenig plausibel und würde auch nicht von besonderer dogmatischer Eleganz zeugen, zur Abstützung einer vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses unabhängigen, einheitlichen Aufklärungspflicht ausgerechnet Rechtsfiguren heranzuziehen, die sich durch ihre Einordnung auf der Zeitachse unterscheiden¹⁴¹.

Neben diesem *grundsätzlichen Mangel* weist die Verwendung vertraglicher Haftungsgrundlagen (in Kombination mit der culpa in contrahendo) verschiedene m.E. recht gravierende Nachteile auf:

¹³⁹ So auch für das französische Recht FABRE-MAGNAN 224: „En définitive, la distinction entre obligation précontractuelle et obligation contractuelle est parfois assez artificielle et ne rend pas compte d'une différence réelle de situations.“

¹⁴⁰ Dazu oben 3. Kap. I.

¹⁴¹ Culpa in contrahendo bzw. Delikt - Vertrag - culpa post contractum finitum bzw. Delikt.

handlung von der Krankenversicherung des Patienten gedeckt ist, was aufgrund der föderalistischen Regelungsvielfalt im schweizerischen Gesundheitswesen schon jetzt nicht einfach und mit der Liberalisierung der Krankenversicherung erst recht schwierig zu beurteilen sein wird, wird das Gleichgewicht zwischen den vertraglichen Leistungen doch wesentlich tangiert¹⁴⁹. Würde man allerdings einer auf nichtvertraglicher Grundlage beruhenden Aufklärungspflicht den gleichen Inhalt zuweisen, so wäre damit am evtl. vorliegenden Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung natürlich nichts geändert. Die vertragliche Abstützung von Informationspflichten birgt jedoch die Gefahr, dass deren Inhalt übermässig ausgedehnt wird¹⁵⁰, so dass die hier geschilderte Problematik bei vertraglicher Begründung der Aufklärungspflichten tatsächlich grösser ist.

3. Stützt man die Aufklärungspflichten als Nebenpflichten auf die einzelnen den Dienstleistungsgeschäften zugrundeliegenden Verträge, hängt es häufig von *Zufälligkeiten* ab, ob dieser Vertrag ein Interessenwahrnehmungskontakt und damit Aufklärung geschuldet ist, oder ob ein Interessengegensatzvertrag vorliegt, der keine Informationspflichten auslöst. Daraus können sich Wertungswidersprüche ergeben, indem in vergleichbaren Fällen die Frage nach dem Bestehen von Aufklärungspflichten unterschiedlich beantwortet wird¹⁵¹.

4. Die *Erwartungshaltung* des Konsumenten wird vom *Vertrauen* geprägt, das der Dienstleistungsanbieter in Anspruch nimmt. Wer Vertrauen in Anspruch nimmt, soll es auch honorieren. Diese Vorstellung bezieht sich auf das ganze Dienstleistungsverhältnis, unabhängig von der Rechtsnatur (Typus sowie Interessengegensatz- oder Interessenwahrnehmungskarakter) der einzelnen, in dieser Geschäftsverbindung abgeschlossenen Ver-

142. Dazu oben 2. Kap. II 4 c.

143. CANARIS kritisiert an dieser Rechtsprechung denn auch, dass die Annahme eines besonderen Beratungstrages „häufig eine blosse Fiktion und daher der vertrauensrechtlichen Konstruktion unterlegen sein“ dürfte. Die Aufklärungspflicht kommt nicht durch Vertrag, sondern durch die „persönliche Vertrauenswerbung“ der Bank zustande, CANARIS, Bankvertragsrecht 3. A. N 100.

144. Der Architekt hat den Bauherrn „unverzüglich über Ursachen von Baumängeln und die daraus sich ergebende Rechtslage, auch soweit seine Haftung in Frage kommt, aufzuklären.“ BGH WM 1985, 1535, damit soll vermieden werden, dass ein Schadensersatzanspruch an der in Deutschland sehr kurzen und nicht auf Kenntnis des Geschädigten abstellenden, d.h. absoluten Verjährungsfrist des § 638 BGB scheitert.

145. LIEBS DETLEF, Lateinische Rechtsregeln und Rechtsprichwörter, München 1982, 134.

146. Grundlegend TAUPITZ, Offenbarung.

147. Vgl. oben 2. Kap. IV 2.

148. So BGH NJW 1991, 2353; für den Arzt sind die Kosten zur Beschaffung und Weitergabe dieser Information praktisch gleich Null.

149. Bezirksgericht Zürich ZR 1989, 86ff., wo die Krankenkasse des Patienten gemäss ihren Statuten (wie allgemein üblich) die Kostendeckung für eine ausserkantonale Heilbehandlung ablehnte, da der auf Veranlassung des beklagten Arztes im ausserkantonalen Spital vorgenommene Eingriff ebenso gut im Wohnsitzkanton des Patienten hätte ausgeführt werden können. Darüber hätte der Arzt Vorabklärungen treffen und den Patienten entsprechend informieren müssen. Das Gericht führte aus, dass „aufgrund des Arztvertrages grundsätzlich keine vertragliche Nebenpflicht des Patienten (sic!) besteht, medizinische und versicherungstechnische Fragen in eigener Regie abzuklären; vielmehr obliegt es dem Arzt, aufgrund seiner Fachkenntnisse die medizinisch-technischen Fragen zu beurteilen und die Versicherung von geplanten Heileingriffen zwecks Abklärung der versicherungstechnischen Fragen rechtzeitig in Kenntnis zu setzen.“ Hierauf „hat der Arzt seinen Patienten darüber aufzuklären, dass eine bestimmte medizinische Behandlung nicht versichert ist, wenn der Patient dies nicht selbst erkennen kann“ ZR 1989, 92. Zur Erreichung dieses Ergebnisses stützt sich das Gericht unnötigerweise (von der Drittwirkungsproblematik ganz zu schweigen) auf Art. 3 *sexies* Abs. 1 BV, welcher den Bund zum Treffen von Massnahmen zum Schutz der Konsumenten verpflichtet.

150. Dazu sogleich unten im Text.

151. Siehe dazu die sogleich folgenden Beispiele im Text.

liegen¹⁵⁷. Eine unbefriedigende „Notlösung“, die bei Verwendung einer einheitlichen Haftungsgrundlage für die Aufklärungspflichten vermieden werden könnte.

6. Die Auffassung der Aufklärungspflichten als vertragliche Nebenpflichten kann dazu verleiten, dass in Fällen, wo Mandatsverhältnisse zugrundeliegen, ohne sachlichen Grund Aufklärungspflichten angenommen werden, bloss weil *Grundlage des Geschäfts ein Auftrag ist*¹⁵⁸. Man denke etwa an den Zahlungsverkehr oder an fachmännisch erteilte Börsenaufträge.

7. Stützt man die Aufklärungspflichten auf vertragliche Grundlage, ist Aufklärung geschuldet, weil sie versprochen wurde. Bei konsequenter Anwendung dieses Prinzips muss auch dann informiert werden, wenn keine Aufklärungsbedürftigkeit vorliegt. Stellt man umgekehrt fest, dass dem Parteiwillen keine Aufklärungsbedürftigkeit vorliegt, hat es damit seine Bewandnis, und es können nicht plötzlich doch Aufklärungspflichten bestehen, weil z.B. ein erhöhtes Risiko vorlag¹⁵⁹. Bei einer vertraglichen Qualifikation der Aufklärungspflichten dürften also *wichtige Umstände wie die Aufklärungsbedürftigkeit* des Kunden, insbesondere die Höhe der in Frage stehenden Risiken, konsequenterweise nicht mehr berücksichtigt werden, was weder im Interesse der Dienstleistungserbringer noch der Konsumenten liegt.

8. Die Zuordnung der Aufklärungspflichten zu den vertraglichen Pflichten birgt die Gefahr, dass die Anforderungen an den Inhalt der Pflichten überspannt werden, weil als Leitbild zu deren Bestimmung zum Teil unbewusst, zum Teil aber auch ganz offen, die umfassende Sorgfaltspflicht des Beauftragten herangezogen wird¹⁶⁰.

bbb) *Ablehnung der Rahmenverträge*

Wie oben gezeigt, könnten in gewissen Dienstleistungsbeziehungen, etwa im Bank-Kundenverhältnis, Aufklärungspflichten an einen Rahmenvertrag angeknüpft werden¹⁶¹. Abgesehen davon, dass die Annahme eines Rahmenvertrags in vielen Dienstleistungsbeziehungen

¹⁵⁷ Dies gilt für einige Entscheide zum Anlagegeschäft, wo das Bger von Aufträgen ausgeht, obwohl Kaufverträge vorliegen. Vgl. etwa 119 II 333ff.; unpubl. Entscheide des Bger vom 1.6.1990 (knappe Zusammenfassung in SZW 1991, 174). Mit gleichem Befund THALMANN 129 Fn. 14.

¹⁵⁸ Dies bemängelt auch THALMANN 229.

¹⁵⁹ So aber BGE 119 II 333ff., insbes. 336.

¹⁶⁰ So ganz besonders in BGE 115 II 62ff., am deutlichsten: „Gegenstand der Informationspflichten bildet alles, was für den Auftraggeber von Bedeutung ist.“ BGE 115 II 65, dazu ausführlich WIEGAND, Dienstleistungen; THALMANN 225ff.

¹⁶¹ Zum ganzen ausführlich oben 3. Kap. I 6 f.

träge. Das soll am Beispiel der Bank-Kundenbeziehung verdeutlicht werden¹⁵². Tritt der Kunde mit der Bank in Geschäftskontakt, so erwartet er von ihr als Dienstleistungsanbieterin eine fachkundige Beratung in Geldangelegenheiten¹⁵³. Ein Grundstock an Beratung wird vom Kunden dabei völlig unabhängig davon vorausgesetzt, in welcher Rechtsform das konkrete, einzelne Geschäft abgewickelt wird. Denn der Kunde gibt sich erkennbar (ebenso, wie die Erfahrung gezeigt hat, manchmal auch das Bankpersonal) keine Rechenschaft über den im Einzelfall zugrundeliegenden Vertragstypus und dessen Natur sowie der damit verbundenen Konsequenzen. Die Abstützung der Aufklärungspflichten auf vertragliche Grundlagen kann somit zur Resultaten führen, die den berechtigten Erwartungen des Publikums¹⁵⁴ widersprechen. Aufklärungspflichten können eben auch ausserhalb von Interessenwahrnehmungsverträgen vorkommen¹⁵⁵. Dies gilt insbesondere im Börsengeschäft: „Da es oft nur von historischen oder anderen, dem Kunden nicht einschichtigen Umständen abhängt, ob ein Anlagegeschäft von der Bank auf Kommissionsbasis erledigt wird, oder ob die Bank dem Kunden die gesuchte Anlage als Eigenhändler verkauft, kann die Frage der Aufklärungspflicht nicht im einen Fall so und im andern anders beantwortet werden.“¹⁵⁶

5. Um solche bei Abstellen auf die traditionelle Doktrin u.U. *unerwünschte Resultate* zu vermeiden, die Aufklärungspflichten aber trotzdem in Übereinstimmung mit der Dogmatik als vertragliche Nebenpflichten bezeichnen zu können, qualifiziert die schweizerische Judikatur einzelne Geschäfte z.T. als Mandate, obwohl andere Vertragstypen zugrunde

¹⁵² Als anderes Beispiel sei etwa die Beziehung zwischen Versicherung und Kunden genannt. Obwohl auch hier grundsätzlich ein Interessensgegenstandsgeschäft vorliegt, erwartet der Kunde vom Versicherungsagenten, der sich - *nomen est omen!* - Versicherungsberater nennt, dass er nicht wie jeder andere Verkäufer seine Produkt nur anpreist, um sich Vorteile zu verschaffen. Während die Gesetzgebung dem Versicherungsnehmer umfangreiche Aufklärungspflichten auferlegt, ist es die Rechtsprechung vorab in Deutschland, die nun auch dem Versicherer Informationspflichten auferlegt, beispielhaft etwa BGH VersR 1989, 948ff. (mangelnde Aufklärung seitens einer deutschen Versicherungsgesellschaft darüber, dass die Aushändigung der „Grünen Versicherungskarte“ keinen Versicherungsschutz für die Türkische Republik Nord-Zypern begründet!); Vgl. im weiteren die Judikaturmachweise bei PALANDT-HEINRICH, § 242 BGB N 84.

¹⁵³ So etwa SCHMID 24.

¹⁵⁴ Vgl. dazu etwa WIEGAND, Rechtsbeziehung 130f. Fn. 62. Die genannten Erwartungen kommen nicht von ungefähr, sind es doch die Banken, die in ihrer Werbung unentgeltliche Beratung jedes einzelnen Kunden in Geldangelegenheiten propagieren und damit Vertrauen in Anspruch nehmen. Als ein Beispiel unter vielen vgl. das bereits zitierte Inserat der Bank von Ernst und Cie AG in der Weltwoche Nr. 24 vom 16. Juni 1994, wo mit einem Motto des Firmengründers geworben wird: „Das Vertrauen der Klienten will erworben sein. Tag für Tag. Rat für Rati!“

¹⁵⁵ THALMANN 229.

¹⁵⁶ THALMANN 229.

ccc) *Fazit: Aufklärungspflichten sind nicht Gegenstand von Verträgen*

Was PATRY bereits 1957 für die Schutzpflichten insgesamt diagnostiziert hat, gilt auch für die Aufklärungspflichten: „Il faut, je crois, avoir le courage de le reconnaître franchement: l'obligation de sécurité ne repose réellement que très rarement, je dirais même plus nettement, ne repose jamais sur l'accord des volontés privées; elle ne fait jamais l'objet d'une clause contractuelle“¹⁶⁷. Da der Inhalt der Aufklärungspflichten weder durch den Parteiwillen noch durch den Vertragszweck¹⁶⁸, sondern völlig unabhängig davon durch die Art der tatsächlichen Beziehungen der Parteien untereinander bestimmt¹⁶⁹ wird, gibt es *keinen Grund, die Aufklärungspflichten auf eine wie auch immer geartete (und fingierte) vertragliche Grundlage abzustützen*. Die Informationspflichten sind vielmehr an eine Rechtsfigur anzuknüpfen, die auf Grund des in Anspruch genommenen Vertrauens Pflichten generiert und konkretisiert und so eine *objektive Haftungszurechnung* bewirkt: Diese Figur ist ein durch die Vertrauenshaftung begründetes gesetzliches Schuldverhältnis¹⁷⁰.

bb) *Vertrauenshaftungstatbestände*¹⁷¹

aaa) *Gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*
Aus der culpa in contrahendo-Haftung sowie den Haftungstatbeständen wegen positiver Vertragsverletzung entwickelte die moderne deutsche Lehre, die daraus fließenden inhaltsgleichen Verhaltenspflichten gleichsam zusammenfassend, das gesetzliche Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht¹⁷². Wie der Name sagt, handelt es sich dabei um ein Schuldverhältnis, das nur Verhaltenspflichten, nicht aber (primäre) Leistungspflichten enthält. Erst wenn die Verhaltenspflichten verletzt werden, entstehen Schadensersatzansprüche und damit sekundäre Leistungspflichten¹⁷³. Dem von LARENZ *propagierten gesetzlichen Schuldverhältnis ohne*

¹⁶⁷ PATRY 61f. (Hervorhebung eingefügt).

¹⁶⁸ CANARIS, Ansprüche 478f. Fn. 34. Man verwechsle dies nicht mit dem Geschäftszweck als ganzem.

¹⁶⁹ So entscheiden etwa im Bankgeschäft nach richtiger Auffassung nicht die Einordnung eines „Börsenauftrages“ als Mandat oder aber als Kaufvertrag und mithin auch nicht der Zweck dieser Verträge über Bestand, Inhalt und Umfang allfälliger Aufklärungspflichten, und ebenfalls nicht, mangels Bildung eines solchen, der Parteiwille, sondern vielmehr bestimmte rechtstatauslösende Verhältnisse. Vgl. dazu oben 2. Kap. II. Wenn dem so ist, ist nicht einzusehen, weshalb zur Abstützung der Aufklärungspflichten anstelle eines Vertrags nicht eine Rechtsfigur herangezogen wird, welche auf das zwischen Bank und Kunde bestehende Vertrauensverhältnis abstellt.

¹⁷⁰ Dazu sofort unten im Text.

¹⁷¹ Der Begriff Vertrauenshaftung ist ein Oberbegriff, der culpa in contrahendo, gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht bzw. einheitliches Schutzverhältnis und andere Tatbestände der Vertrauenshaftung umfasst; dazu KRÄMER, Allgemeine Einleitung N 151.

¹⁷² LARENZ, Schuldrecht 12ff.; CANARIS, Bankvertragsrecht 3. A. N 12.

¹⁷³ CANARIS, Bankvertragsrecht 3. A. N 12.

gen von vornherein ausscheidet¹⁶² und der allgemeine Bankvertrag, jedenfalls in der Schweiz, von der h.L. und der Gerichtspraxis (noch) abgelehnt wird¹⁶³, ist auf folgende Nachteile hinzuweisen:

1. Die Vertreter des Rahmenvertrags gehen mit Selbstverständlichkeit davon aus, dass nach dem Willen der Parteien nicht etwa der Inhalt des Einzelgeschäfts der Interessenwahrnehmungspflicht des Rahmenvertrags vorgehen soll, sondern dass umgekehrt die auf dem Rahmenvertrag beruhende Interessenwahrnehmungspflicht auf das einzelne Interessengegensatzgeschäft durchschlägt. Auch das Gegenteil wäre denkbar, dass z.B. das einem Kreditgeschäft innewohnende Interessengegensatzelement die aus dem Rahmenverhältnis fließenden Treuepflichten derogiert.
2. Jede vertragliche, nicht auf ius cogens beruhende Pflicht lässt sich von den Parteien grundsätzlich wegbedingen, was auch für allfällig aus dem Rahmenvertrag fließende Informationspflichten gilt¹⁶⁴. Um dies zu verhindern, muss z.B. HOPT bei seiner Erfassung der Bank-Kundenbeziehung mit dem Rahmenvertrag eine Ausnahme machen (was nicht für die dogmatische Eleganz seiner Lösung spricht) und bezeichnenderweise auf einen vom Parteiwillen unabhängigen objektiven Haftungsgrund zurückgreifen: Soweit der Kunde der Bank als Anleger gegenübertritt, findet die Möglichkeit der Wegbedingung dieser Interessenwahrnehmungspflicht ihre Grenze im „Anlegerschutzprinzip“¹⁶⁵.
3. Wie jede von der Rechtsnatur des zugrundeliegenden Verhältnisses abhängige Beurteilung der Aufklärungspflichten birgt auch die Variante Rahmenvertrag die Gefahr, dass anhand wenig sachgerechter, starrer Kriterien über das Bestehen und den Inhalt von Aufklärungspflichten entschieden wird, nach dem Motto: Liegt ein Rahmenvertrag vor, bestehen Aufklärungspflichten, andernfalls nicht. Entscheidende Umstände, wie etwa Aufklärungsbedürftigkeit, Risiken und Intensität der Vertrauensbeziehung etc. werden dadurch ausser acht gelassen¹⁶⁶.

¹⁶² Weil sie nicht auf den Abschluss einer Vielzahl von gleich- oder verschiedenartigen Einzelgeschäften gerichtet sind, vgl. zur Definition des Rahmenvertrags oben 3. Kap. I 6 f.

¹⁶³ Vgl. zur Kontroverse m.w.H. nur WIEGAND, Rechtsbeziehung 131ff.

¹⁶⁴ Vgl. dazu WIEGAND, Rechtsbeziehung 135 insbes. Fn. 16.

¹⁶⁵ HOPT, Kapitalanlegerschutz 400 ff., mit vehementer Begründung, dass nur „die Besinnung auf die Mitwirkungsfunktion der Kreditinstitute und deren rechtliche Aktualisierung im Grundverhältnis zwischen Kreditinstitut und Kunden, nämlich im Bankvertrag, Abhilfe“ gegen die dogmatischen Komplikationen, welche aus anderen zur Begründung von Aufklärungspflichten entworfenen Theorien herrühren, schaffen könne, HOPT, Kapitalanlegerschutz 402.

¹⁶⁶ Vor dieser Gefahr warnt selbst MAURENBRECHER, Rahmenvereinbarung 210 als Vertreter der Anknüpfung von Schutzpflichten an Rahmenvereinbarungen.

vom *gesetzlichen Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht in folgendem*: Im Falle des Zustandekommens eines gültigen Vertrags wird nach LARENZ' Konzeption das gesetzliche Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht beendet, die Verhaltenspflichten entspringen nun dem vertraglichen Schuldverhältnis. Werden sie nach Vertragsschluss verletzt, liegt eine positive Vertragsverletzung vor (Umschlagstheorie). Anders CANARIS: er lässt das gesetzliche Schuldverhältnis nach Abschluss des Vertrages gesondert neben diesem Leistungsverhältnis weiterbestehen. Werden Verhaltenspflichten verletzt, egal ob vor oder nach dem Vertragsschluss, entsteht eine „...Haftung kraft Gesetzes und nicht kraft Rechtsgeschäfts, aber doch immerhin Haftung kraft Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr.“¹⁸⁰ Diese Haftung bezeichnet CANARIS als *Vertrauenshaftung*.¹⁸¹

ccc) *Vergleich der beiden Konzepte*

In der deutschen Doktrin wurden Vor- und Nachteile der beiden Konzepte umfassend erörtert¹⁸². Letztlich geht es vorab darum, welche *Lösung dogmatisch eleganter ist, nähern sich die beiden Theorien in den zentralen Punkten doch einander an*.¹⁸³:

1. Nach LARENZ ändert sich der Inhalt der Verhaltenspflichten nach Abschluss des Vertrages nicht wesentlich¹⁸⁴. Soweit ein erhöhter Sorgfaltsmasstab anzunehmen ist, begründet CANARIS diesen Zuwachs mit dem nach Vertragsschluss gesteigerten Vertrauensverhältnis¹⁸⁵. Damit kann er sich auf LARENZ abstützen, nach dessen Auffassung bei gesteigerten Vertrauensverhältnissen eine Pflicht zu erhöhter Sorgfalt oder Loyalität besteht¹⁸⁶.

Vorstellung von gesetzlichen Schuldverhältnissen ausserhalb von Konsens oder Delikt. In seinen „Grundfragen der Erneuerung des Vertragsrechts“ (AcP 147 [1941] 130ff.) definierte SCHMIDT-RIMPLER den Vertrag als „volksgenössische Schaffung und Gestaltung von Rechtsverhältnissen“, eine Konzeption, welche die Inkorporierung mannigfaltiger Pflichten ins Schuldverhältnis ohne deren Abstützung auf einen Parteiwillen ermöglichte. Von daher war es nicht mehr weit, eine vertragsähnliche Haftung aufgrund sozialer Kontakte (DÖLLE, s. oben) anzunehmen. Zum nationalsozialistischen Hintergrund dieser Entwicklung vgl. LAMBRECHT, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis: Entstehung Rezeption und Niedergang, Tübingen 1944.

¹⁸⁰ CANARIS, Vertrauenshaftung 443.

¹⁸¹ CANARIS, Vertrauenshaftung 443. Der Begriff Vertrauenshaftung ist dabei wie erwähnt ein Oberbegriff, der culpa in contrahendo, gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht bzw. einheitliches Schuldverhältnis und andere Tatbestände der Vertrauenshaftung umfasst.

¹⁸² Vgl. nur LARENZ, Schuldrecht 119ff. mit umfassenden Hinweisen.

¹⁸³ So auch WIEGAND, Einleitung zu Artt. 97-109 OR N 4, Art. 97 OR N 36, der festhält, dass sich aus den unterschiedlichen Ansätzen kaum praktische Konsequenzen ergeben.

¹⁸⁴ LARENZ, Schuldrecht 117f.

¹⁸⁵ Vgl. dazu KRAMER, Allg. Einleitung N 143, der eine Stufenfolge diagnostiziert.

¹⁸⁶ LARENZ, Schuldrecht 106.

ne *primäre Leistungspflicht* aus geschäftlichem Kontakt liegt die Auffassung zugrunde, dass sich die Verhaltenspflichten weder aus Delikt noch aus Vertrag ergeben, den Parteien vielmehr gestützt auf das Prinzip von Treu und Glauben *objektiv* zugerechnet werden¹⁷⁴. Gerechtferügt wird das gesetzliche Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht damit, dass die mit der Aufnahme von geschäftlichen Beziehungen normalerweise einhergehende „allgemeine Redlichkeitsvermutung“ vom Recht geschützt werden müsse, weil ansonsten die „reibunglose“ Abwicklung des Geschäftsverkehrs gestört sei¹⁷⁵.

Das gesetzliche Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht ist zur Abstützung von Aufklärungspflichten prädestiniert, da die aus ihm fließenden Loyalitäts- und Schutzpflichten unabhängig davon bestehen, ob es später zum Vertragsschluss kommt oder nicht. Es spielt für das Bestehen und den Umfang der Aufklärungspflichten auch keine Rolle, ob das intendierte Vertragsverhältnis ein Interessenwahrungs- oder ein Interessengegensatzgeschäft darstellt¹⁷⁶. Das Mass an Loyalität und damit an Aufklärung bestimmt sich wie erwähnt vielmehr nach der Intensität des vom Dienstleistungsanbieter in Anspruch genommenen und von der Gegenseite gewährten Vertrauens¹⁷⁷, nicht nach der Rechtsnatur eines zugrundeliegenden bestimmten Vertrages¹⁷⁸.

bbb) *Das einheitliche Schutzverhältnis*

Die Figur des gesetzlichen Schuldverhältnisses ohne primäre Leistungspflicht wurde von CANARIS zum „einheitlichen Schutzverhältnis“ fortentwickelt¹⁷⁹. Dieses *unterscheidet sich*

¹⁷⁴ KRAMER, Allgemeine Einleitung N 139; LARENZ, Schuldrecht 105f.

¹⁷⁵ LARENZ, Schuldrecht 106.

¹⁷⁶ Obwohl aus tatsächlichen Gründen in Beziehungen, die zum Abschluss eines Interessenwahrungsvertrages führen, mehr Vertrauen in Anspruch genommen wird als in Interessengegensatzgeschäften.

¹⁷⁷ LARENZ, Schuldrecht 106.

¹⁷⁸ Eine solche Betrachtung wirkt sich übrigens nicht immer nur zugunsten des Kunden und zum Nachteil des Dienstleistungserbringers aus: Führt z.B. eine Bank im Rahmen einer Kommission einen klaren, unbedingt formulierten Börsenauftrag aus, muss sie den Kunden, obwohl dogmatisch eindeutig ein Interessenwahrungsvertrag mit auftragsrechtlichen Informationspflichten vorliegt, nicht aufklären. Vgl. auch THALMANN 140 und 229.

¹⁷⁹ Grundlegend und eingehend CANARIS, Ansprüche 475ff.; CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A. N 12. Der Haftungsgrund, der das gesetzliche Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht bzw. das einheitliche Schutzpflichtverhältnis und damit Verhaltenspflichten entstehen lässt, wird von der deutschen Lehre im Gewohnheitsrecht oder der schöpferischen Rechtsfortbildung gesehen (LARENZ, Schuldrecht 108f.). Der innere Haftungsgrund wird meist entweder im Vertrauen (CANARIS) oder im organisierten sozialen Kontakt gesehen. Das Konzept des „Sozialen Kontakts“ (Dazu DÖLLE, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 103 [1943] 84ff.) teilt dabei den gleichen Mangel wie die Vertrauenshaftung: Beide Elemente sind als empirische Phänomene so mannigfaltig, dass sie allein wenig operabel sind. Deshalb müssen sie mit weiteren Kriterien konkretisiert werden, dazu unten dd. Zur Dogmengeschichte: Zur gleichen Zeit, als das Schuldverhältnis in der deutschen Lehre als Organismus, als sinnhaftes Gefüge bezeichnet wurde, entwickelte sich auch die

2. CANARIS vermeint, dass die Verletzung der Verhaltenspflichten nach Vertragsschluss eine positive Vertragsverletzung darstellt; er geht vielmehr von der Verwirklichung eines gesetzlichen Haftungstatbestandes aus. Wichtigstes Merkmal dieser Vertrauenshaftung ist aber gerade, dass sie „...zu denselben Rechtsfolgen wie die Vertragshaftung...“ führt¹⁸⁷. Beide Theorien haben, jedenfalls im vorvertraglichen Bereich, auch die *gleichen Schwachpunkte*:

1. Sie können sich nicht direkt auf positives Recht, sondern „bloss“ auf eine von Doktrin und Praxis vorgenommene schöpferische Rechtsfortbildung abstützen, eine Rechtsfortbildung freilich, die sich in Deutschland zu einem gewohnheitsrechtlich und in der Schweiz immerhin zu einem vom Bundesgericht anerkannten Haftungstatbestand verdichtet hat¹⁸⁸.
2. Beiden Theorien ist es nicht gelungen, das Grundproblem im Spannungsfeld zwischen Delikts- und Vertragsrecht zu lösen, nämlich die Trennung der allgemeinen, nur deliktlich abgesicherten Verhaltenspflichten von denjenigen Obligationen, deren Verletzung zumindest eine vertragsähnliche Haftung nach sich zieht¹⁸⁹. (Immerhin muss die Wahl einer „dritten Spur“ als wesentlich sachgerechtere und operablere Lösung angesehen werden als andere Lösungsmöglichkeiten, wie etwa jene eines einheitlichen Schadensersatzrechts gestützt auf Art. 41 Abs. 1 OR¹⁹⁰.)

CANARIS' Konzeption kann immerhin *einige konstruktive Vorzüge* für sich beanspruchen:

1. Tritt eine Verhaltenspflichtverletzung während eines Vertragsverhältnisses ein, und erweist sich dieses später als nichtig, so muss LARENZ die zuvor in eine vertragliche Pflicht umgeschlagene Verhaltenspflicht - mangels eines Vertragsverhältnisses - wieder in eine vorvertragliche Obligation umwandeln¹⁹¹, wogegen sie nach der Einheitstheorie stets auf dem gleichen Fundament ruht. Das gleiche gilt analog für die Pflichtverletzungen im Rahmen der culpa post contractum finitum.

¹⁸⁷ CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A. N 14.

¹⁸⁸ Für Deutschland statt vieler LARENZ, Schuldrecht 108f. und AK-TEUBNER, § 242 BGB N 55; für die Schweiz im *Swissair-Entscheid* BGE 120 II 336, den *Entscheid gleich interpretierend* DRUEY 96: Das Bger „anerkenn[t] die Vertrauenshaftung in einer Allgemeinheit, welche die Judikatur des Gerichts bisher wohl nicht kannte“.

¹⁸⁹ Statt vieler GAUCH/SCHLUEP N 2619.

¹⁹⁰ So JÄGGI, Zum Begriff 181ff.

¹⁹¹ LARENZ, Schuldrecht 117f.

2. LARENZ stützt die vorvertraglichen Verhaltenspflichten explizit auf ein gesetzliches Schuldverhältnis, basierend nicht auf dem Parteiwillen, sondern § 242 BGB, ab¹⁹². Die Überführung dieser Pflichten mit gleichem Inhalt in vertragliche Pflichten, obwohl diese auch nach Vertragsschluss richtigerweise nach wie vor auf § 242 BGB und explizit nicht auf den Vertragswillen abgestützt werden und der Pflichtinhalt genau derselbe bleibt, erscheint unnötig kompliziert. CANARIS' Konzeption lässt einfacher begründen, dass die Verhaltenspflichten von der Rechtsnatur des einzelnen Vertragstypus unabhängig sind; sie ist konstruktiv näher an der Wirklichkeit, wenn sie die Verhaltenspflichten aus dem Vertragsverhältnis herausnimmt.

3. Nach der Theorie vom einheitlichen gesetzlichen Schutzverhältnis gelangen geschädigte Dritte in den Genuss von vertragsähnlichen Schadensersatzansprüchen, ohne dass Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter konstruiert, d.h. fingiert werden müssten; ebenso leicht lassen sich damit die vorvertraglichen Schutzpflichten zugunsten Dritter legitimieren¹⁹³.

ddd) Fazit

Beide Konstruktionen eignen sich zur Abstützung von Aufklärungspflichten. In beiden zentralen Punkten (Pflichtbestand und -inhalt, Folgen der Pflichtverletzung) führen beide Theorien zu identischen Resultaten. Trotzdem werden die Aufklärungspflichten im folgenden auf ein gesetzliches Schutzverhältnis im Sinne von CANARIS abgestützt. Denn es ist tatsächlich nicht einzusehen, weshalb Pflichten, deren Struktur und Inhalt unabhängig von der Tatsache und vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses sind, mit diesem eine Wandlung „ihrer Natur wie ihres Geltungsgrundes“ durchmachen sollen¹⁹⁴, wie dies nach der Umschlagstheorie von LARENZ der Fall ist¹⁹⁵.

Wichtiger als diese Frage nach der Zuordnung der Aufklärungspflichten zu einer der beiden Ausprägungen der Vertrauenshaftung ist im Hinblick auf die dogmatische Abstützung der Aufklärungspflichten die Erkenntnis, dass die *Vertrauenshaftung* als Haftungsgrundlage herangezogen wird.

¹⁹² LARENZ, Schuldrecht 106.

¹⁹³ KRAMER, Allgemeine Einleitung N 144.

¹⁹⁴ CANARIS, Ansprüche 479.

¹⁹⁵ Hier vor oben im Text.

cc) Vertrauenshaftungstatbestände aus der Optik schweizerischer Lehre und Rechtsprechung¹⁹⁶

aaa) Von langjährigem Ignorieren zu vorsichtiger Annäherung

Schweizerische Doktrin und Praxis befassten sich lange Zeit kaum mit den eben dargestellten Haftungskonzepten. Die Vorstellung, dass im Moment des Vertragsabschlusses alle vorvertraglichen in vertragliche (Neben-)Pflichten umschlagen, sowie die Auffassung, dass die culpa in contrahendo der einzige Haftungstatbestand zwischen Delikt und Vertrag ist, gehörten zu den nicht hinterfragten Inhalten der Lehrbücher und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁹⁶.

Erst seit der Aufforderung KRAMERS, die Theorie vom *einheitlichen gesetzlichen Schutzverhältnis in das schweizerische Recht zu übernehmen*¹⁹⁷, hat sich die Lehre einlässlicher mit dem gesetzlichen Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht bzw. dem einheitlichen Schutzverhältnis auseinanderzusetzen begonnen¹⁹⁸. In neuerer Zeit hat sich vor allem WIEGAND „im Interesse einer leistungsfähigeren Dogmatik“ für die Übernahme des einheitlichen Schuldverhältnisses in die schweizerische Doktrin eingesetzt, da damit eine „einheitliche Grundstruktur“ für alle Störungen im Bereich der Nebenpflichten geschaffen werden kann¹⁹⁹. GAUCH/SCHLUEP gehen vom gleichen Befund wie WIEGAND aus, dass nämlich den Verhaltenspflichten kein rechtsgeschäftlicher Kern mehr zugrunde liege, wollen allerdings nicht ein einheitliches Schuldverhältnis zur Lösung der Problematik heranziehen²⁰⁰. „Der rechtsgeschäftliche Ansatz hinterlässt ... ein Begründungsdefizit“, konstatiert auch WEBER²⁰¹, lehnt jedoch, anders als GAUCH/SCHLUEP, eine deliktsrechtliche Erfassung der Verhaltenspflichten ab und favorisiert wie WIEGAND ebenfalls deren Abstützung „im Recht der Sonderverbind-

¹⁹⁶ Weder BUCHER, OR. AT noch VON TUHR/PETER noch GUHL/MERZ/KOLLER gehen auf die Vertrauenshaftung oder gesetzliche Schutzverhältnisse ein.

¹⁹⁷ KRAMER, Allgemeine Einleitung 145ff., insbes. N 148.

¹⁹⁸ Mit diesem Befund auch REY 240.

¹⁹⁹ WIEGAND, Einleitung Art. 97 - 109 OR, N 7. Zu den dogmengeschichtlichen Hintergründen des einheitlichen Schuldverhältnisses grundlegende WIEGAND, Die Verhaltenspflichten 547. Für die Anerkennung der Vertrauenshaftung plädiert KAISER 183 im Bereich der Haftung für fehlerhafte Auskünfte.

²⁰⁰ GAUCH/SCHLUEP 2617. Als adäquate dogmatische Grundlage erwägen sie die von JÄGGI, Zum Begriff 182f., 193ff. propagierte „umfassende Anwendung des Deliktsrechts“ unter Aufgabe der Grunddichotomie zwischen Vertragsverletzung und unerlaubter Handlung. Zur Kritik an der Vertrauenshaftung vgl. GAUCH/SWEET 139.

²⁰¹ WEBER, Schutzpflichten 740.

dung²⁰². THALMANN schliesslich geht zur Begründung von Aufklärungspflichten im Bankgeschäft²⁰³ ebenfalls vom einheitlichen Schuldverhältnis aus²⁰⁴.

Das *Bundesgericht* folgte bis vor kurzem der traditionellen Doktrin²⁰⁵. Es verwendete in seinen Urteilsmotiven weder das gesetzliche Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht noch das einheitliche Schutzverhältnis, sprach sich allerdings auch noch nie explizit dagegen aus. Im *Swissair-Entscheid*²⁰⁶ hat nun das Bundesgericht, nicht zufälligerweise in Zusammenhang mit der Verletzung einer Informationspflicht²⁰⁷, erstmals die Vertrauenshaftung als generelle Haftungsgrundlage und damit implizit auch das gesetzliche Schutzverhältnis anerkannt²⁰⁸. Wie bis vor kurzem das Bundesgericht verwendet auch die kantonale Rechtsprechung das Konzept der gesetzlichen Schutzverhältnisse nicht. Soweit ersichtlich, stellt ein *Urteil des Aargauer Handelsgerichts*, das unter expliziter Abstützung auf *CANARIS'* einheitliches Schutzverhältnis eine Aufklärungspflicht der Bank annahm, diesbezüglich ein - allerdings hervorragendes - Unikat dar²⁰⁹.

bbb) Explizite Anerkennung der Vertrauenshaftung im *Swissair-Entscheid*²¹⁰

Die Tauglichkeit des Vertrauensverhältnisses zur Abstützung der Aufklärungspflichten de lege lata wurde vom Bundesgericht kürzlich im *Swissair-Entscheid* bejaht. Es hielt fest, dass aus dem Vertragsverhandlungsverhältnis oder diesem vergleichbaren rechtlichen Sonderverbindungen eine auf Treu und Glauben beruhende Vertrauenshaftung entstehen könne, aus der sich Schutz- und Aufklärungspflichten ergeben²¹¹. Dass es dabei nicht bloss um die Konkretisierung bestehender Rechtsverhältnisse geht, sondern Art. 2 ZGB als selbständige Haftungsgrundlage betrachtet wird, ergibt sich deutlich aus den bundesgerichtlichen Erwägungen, die

²⁰² WEBER, Schutzpflichten 759; gleicher Auffassung sind ebenfalls KAISER 176ff. und SCHMID 160ff.

²⁰³ Ausserhalb eigentlicher Beratungsverhältnisse.

²⁰⁴ Erachtet dieses allein allerdings als ungenügend, weshalb er noch Elemente der Berufshaftung einfließen lässt.

²⁰⁵ Dazu oben im Text.

²⁰⁶ BGE 120 II 331ff.

²⁰⁷ Gerade bei den Aufklärungspflichten zeigen sich die Schwachstellen der traditionellen Doktrin mit der Unterscheidung der Anspruchsgrundlagen in deliktische, vertragliche und vertragsähnliche am augenfälligsten, dazu oben im Text.

²⁰⁸ BGE 120 II 336, dazu sogleich unten im Text.

²⁰⁹ Dazu ausführlich oben 2. Kap. II.

²¹⁰ BGE 120 II 331ff.; vgl. dazu ausführlich GONZENBACH, Senkrechtsstart oder Bruchlandung? - Unvertraute Vertrauenshaftung aus Konzernvertrauen, recht 1995, 117ff.

²¹¹ So die Berichterstattung zum damals noch nicht publizierten Entscheid BGE 120 II 331ff. in ZBITV 1994, 767ff.

schmale Grundlage für die Aufklärungspflicht der Bank“ abgebe, da sich daraus allenfalls nur „in Extremfällen“ eine Aufklärungspflicht ergebe²¹⁴. Diese Kritik an der Vertrauenshaftung geht letztlich dahin, dass das Kriterium „Vertrauen“ „ubiquitär“²¹⁵ sei. Dem ist in grundsätzlicher Hinsicht entgegenzuhalten, dass dies „geradezu das Wesen allgemeiner Rechtsprinzipien“²¹⁶ ist. Dass die Aufklärungspflichten z.B. der Bank über den Rahmen dessen, was von jedermann verlangt werden kann, hinausgehen²¹⁷, kann zudem mit der Vertrauenshaftung sehr wohl begründet werden: Mit steigender Intensität der Vertrauensbeziehung erhöht sich nämlich die Intensität der darauf abgestützten Pflichten²¹⁸. Diese Intensität lässt sich, wie oben angedeutet, durch die Verwendung konkretisierender Kriterien bestimmen.

Die Einbringung solcher Topoi ändert übrigens, dies sei betont, nichts an der Tatsache, dass die auf Art. 2 ZGB beruhende *Vertrauenshaftung positiv-rechtlicher Geltungsgrund der Aufklärungspflichten* ist. Fazit: Die Aufklärungspflichten werden de lege lata auf ein gesetzliches Schuldverhältnis²¹⁹ abgestützt, das auf der Vertrauenshaftung beruht.²²⁰ Zur Konkretisierung der Vertrauenshaftung wird die „Berufsrolle“ herangezogen²²¹.

b) Konkretisierung der Vertrauenshaftung durch die Berufsrolle

aa) Rollenkonformes Verhalten

aaa) Rolle als schuldrechtlich verwendbares Kriterium

Die abstrakten Rechtsfiguren, die zu Art. 2 ZGB bzw. § 242 BGB entwickelt wurden²²², bedürfen - natürlich nicht nur hinsichtlich der Aufklärungspflichten - „der Zwischenschaltung neuer rechtsdogmatischer Schlüsselbegriffe“, um den Inhalt von Treu und Glauben operabel

²¹⁴ THALMANN 231, mit der Begründung, dass Pflichten, die aus Art. 2 ZGB fließen, so formuliert sein sollten, dass sie sich an jedermann richten könnten.

²¹⁵ So PICKER, Vertragliche und deliktische Schadenshaftung, JZ 1987, 1041ff.

²¹⁶ CANARIS, Schutzgesetze 105; ihm folgend BREIDENBACH 50.

²¹⁷ THALMANN 231.

²¹⁸ Dies gilt für alle auf Art. 2 ZGB abgestützten Verhaltenspflichten, vgl. dazu nur die detaillierte Aufstellung unterschiedlich intensiver Obhuts-, Schutz- und Mitteilungspflichten bei MERZ, Art. 2 ZGB N 266ff., vgl. dazu auch BREIDENBACH 50.

²¹⁹ Und zwar vorzugsweise auf das einheitliche Schutzverhältnis im Sinne von CANARIS.

²²⁰ Anders aber THALMANN 232 Fn. 405, der offenbar die Berufshaftung favorisiert, obwohl er ihr mit der Lehre bloss konkretisierende Bedeutung zumisst.

²²¹ So auch KÖNDGEN, Bankhaftung 136; BAUMBACH/HOPT, § 347 HGB N 22. Zur Berufshaftung im einzelnen sofort unten im Text.

²²² Z.B. culpa in contrahendo, gesetzliche Schuldverhältnisse, Verhaltenspflichten etc.

sich wie ein Plädoyer für die Abstärkung der Aufklärungspflichten auf der Vertrauenshaftung lesen²¹²:

„Erwecktes Vertrauen in das ... Verhalten ... kann ... unter Umständen auch bei Fehlen einer vertraglichen oder deliktischen Haftungsgrundlage haftungsabgründend sein. ... Das der Culpa-Haftung zugrundeliegende bestimmte gegenseitige Treuepflichten der Partner begründende Vertragsverhandlungsverhältnis ist als Erscheinungsform einer allgemeineren Rechtsfigur aufzufassen. ... Die Haftung aus erwecktem Vertrauen ist ... an strenge Voraussetzungen zu knüpfen. ... Eine Haftung entsteht nur ... [aber immerhin], wenn durch [sein] Verhalten bestimmte Erwartungen ... erweckt, später aber in treuwidriger Weise enttäuscht [werden]. Diesfalls hat [die Beklagte] für den Schaden einzustehen, den sie durch ihr gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten adäquat kausal verursacht hat. ... Ob und in welcher Hinsicht der [Beklagte] die Erweckung berechtigter Erwartungen entgegengehalten und deren Enttäuschung vorgeworfen werden kann, beurteilt sich nach den gesamten Umständen des Einzelfalles. Daraus ergeben sich Art und Umfang der auf Treu und Glauben beruhenden Verhaltenspflichten, deren Verletzung eine Vertrauenshaftung auslöst.“

dd) Notwendigkeit der Konkretisierung der Vertrauenshaftung

Obwohl mit der Vertrauenshaftung somit ein *de lege lata anerkannter Geltungsgrund* für die Aufklärungspflichten vorliegt, bedarf es zur Handhabung dieser Pflichten weiterer Konkretisierungen. Denn aus dem hinter der Vertrauenshaftung stehenden Gebot von Treu und Glauben als einer allgemeinen Rechtspflicht ergeben sich für die Beantwortung der Frage nach dem Bestehen von Aufklärungspflichten kaum Anhaltspunkte²¹³. Da hilft auch die eben zitierte höchstrichterliche Weisheit, dass es auf die „gesamten Umstände des Einzelfalles“ ankomme, wenig.

Geht man richtigerweise davon aus, dass die Aufklärungspflichten von spezialisierten Dienstleistungsanbietern, etwa von Banken, über den Standard dessen, was von jedermann verlangt werden kann, hinausgehen, braucht es *operative Kriterien*, die angeben, inwiefern die Aufklärungspflichten in solchen Beziehungen höheren Anforderungen zu genügen haben. Eines dieser im folgenden vorzustellenden Kriterien ist z.B. die Berufsrolle. Die Verwendung solcher konkretisierender Topoi entschärft die von der Lehre teilweise erhobenen Einwände gegen die Vertrauenshaftung als Basis der Aufklärungspflichten insbesondere von Dienstleistungsanbietern. So wird geltend gemacht, dass das Gebot von Treu und Glauben eine „zu

²¹² BGE 120 II 335ff. Um den Gehalt der bger. Äusserungen besser zum Ausdruck zu bringen, wird der folgende Text um alle auf den konkreten Fall bezogenen Ausführungen gekürzt.

²¹³ Etwa diejenige, dass das Bestehen von Aufklärungspflichten nach Art. 2 ZGB im Einzelfall zu bestimmen sei. Vgl. dazu oben I. Kap. I.

zu gestalten und zu erhalten²²³. Wenn, wie oben dargelegt, von einem Teil der Lehre moniert wird, dass die aus Art. 2 ZGB entwickelten Grundsätze nicht geeignet seien, Grundlage der Aufklärungspflichten etwa von Banken zu sein, „da sie sich als allgemeine Pflichten an jedermann richten“²²⁴, wird damit im Kern die fehlende Berücksichtigung gesellschaftlicher Differenzierungsprozesse durch solche allgemeinen Prinzipien angesprochen²²⁵.

Tatsächlich ergeben sich aufgrund *gesellschaftlicher Differenzierungsprozesse* in privatrechtlichen Beziehungen neuartige Interessenkonflikte und Koordinierungsprobleme²²⁶. Um die Generalklauseln, die ursprünglich „die Anerkennung der Durchschnitzauffassungen der Interessenten“²²⁷ reflektierten, operabel zu erhalten, darf sich die Privatrechtsdogmatik dieser gesellschaftlichen Prozesse nicht verschließen²²⁸, sondern muss Differenzierungsmechanismen entwickeln. Die Rezeption positions- und berufsgebundener Rollen im Privatrecht ist ein solcher Mechanismus.

Dabei wäre es natürlich in erster Linie Sache des Gesetzgebers, diesen Differenzierungsprozessen Rechnung zu tragen²²⁹. Da dieser jedoch mit dem Tempo des Wandels nicht Schritt halten kann, ist einseitig vor allem der Richter dazu berufen, „Rollenerwartungen [die eben auf der zunehmenden Spezialisierung beruhen] zu verwalten und mitzugestalten.“²³⁰ Häufig werden die vom Richter (und der Lehre) konkretisierten Rollen anschlussend vom Gesetzgeber bei der späteren Regelung des betreffenden Gebietes weitgehend übernommen, so wie dies im Falle des Pauschalreisengesetzes oder des Börsen- und Effektenhandelsgesetzes geschehen ist²³¹.

²²³ Vgl. dazu etwa AK-TEUBNER, § 242 BGB N 50.

²²⁴ THALMANN 23 I, insbes. Fn 403.

²²⁵ Zur Rezeption sozialer Rollen vgl. insbes. KÖNDGEN, Selbstbindung 216ff.; AK-TEUBNER, § 242 BGB N 47f.; GRUNEWALD, Zur Haftung von Fachleuten 628.

²²⁶ So AK-TEUBNER, § 242 BGB N 47.

²²⁷ WEBER, Rechtssoziologie 334.

²²⁸ So auch KÖNDGEN, Bankhaftung 134.

²²⁹ Obwohl die Kodifikation von Rollenerwartungen - im Gegensatz zu ihrer Berücksichtigung durch den Richter im Rahmen der Konkretisierung von Generalklauseln - natürlich den Nachteile hat, den Gegebenheiten, d.h. dem steten Wandel, stets nachzuhinken.

²³⁰ KÖNDGEN, Selbstbindung 202.

²³¹ Es zeigt sich dabei das interessante Phänomen, dass der Gesetzgeber bei solchen Gelegenheiten die Tendenz hat, die von der Judikatur aufgestellten Anforderungen, z.B. an die Informationspflichten von Börsenhändlern, noch zu erhöhen, siehe dazu zum BEHG oben. Über die Gründe kann nur spekuliert werden: Ist es die Absicht, einen Vorsprung zur Judikatur zu schaffen, mit der Überlegung, die Lebensdauer der Novelle damit zu verlängern. Oder das Bedürfnis der Politiker, den Beweis eigener Kreativität zu erbringen?

bbh) Die Berufsrolle des Dienstleistungsanbieters

Der professionelle Dienstleistungserbringer tritt dem Laien in seiner Rolle als Experte gegenüber. Rollenerwartungen des Klienten gehen dahin, dass sein Vertrauen in die Sachkompetenz des Experten honoriert wird, egal, ob das Verhältnis vertraglicher oder vorvertraglicher Natur ist. Diesen Rollenerwartungen wird denn auch weitgehend Rechnung getragen. Die *berufliche Rolle* ist, wie die soziale - man denke an den Konsumenten²³² - zu einem *dominierenden gesetzlichen und richterlichen*²³³ *Normierungstopos* geworden: Wurden die Pflichten des Mandatanten, des Unternehmers, des Kommissionärs etc. früher in abstrakter Weise festgehalten, definieren heutige Novellen die Pflichten der Konsumkreditgeberin²³⁴, des Pauschalreisendanbieters²³⁵, des Effektenhändlers²³⁶ oder des Haustürverkäufers²³⁷ und dgl. ganz konkret. In den Gutachten zur deutschen Schuldrechtsreform ist gar die Rede von der Normierung von rollenspezifischen Berufsverträgen wie dem Bauvertrag, dem Arztvertrag oder dem Bankvertrag^{238, 239}.

Indem so an die vom Privatrechtssubjekt eingenommene Rolle (zumindest indirekt) rechtliche Folgen geknüpft werden, wird das den Rollenträgern entgegengebrachte Vertrauen honoriert. Soweit es sich dabei um berechnete, damit nach h.L. schützenswerte Erwartungen²⁴⁰ handelt, ist dagegen nichts einzuwenden, umso mehr, als diese Erwartungen im wesentlichen

²³² Diesem wird die grösste Aufmerksamkeit geschenkt, vgl. dazu etwa VON HIPPEL EIKE, Verbraucherschutz 3.A. Tübingen 1986; KOLLER-TUMLER, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, Bern 1995.

²³³ Dazu AK-TEUBNER, § 242 BGB N 52.

²³⁴ Vgl. Bundesgesetz über den Konsumkredit (KKKG).

²³⁵ Vgl. Bundesgesetz über die Pauschalreisen.

²³⁶ Vgl. Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG).

²³⁷ Art. 40a ff. OR.

²³⁸ Vgl. DEUTSCH, HÄUSER und KEILHOLZ, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bundesminister der Justiz (Hrsg.) Bd. II Köln 1981 und Bd. III Köln 1983.

²³⁹ Das Phänomen, Rechtspflichten anhand von Rollen zu konkretisieren, ist allerdings so neuartig nicht. So wird etwa beim objektivierten Sorgfaltsmassstab auf die Sorgfalt abgestellt, die ein durchschnittlich qualifizierter Spezialist des betr. Gebietes zu erbringen imstande ist. Anders und (den geringeren fachlichen Spezialisierungen entsprechend) einfacher die nachklassische Haftungslehre im Römischen Recht: Richtschnur für die *diligentia* ist das Verhalten des sorgsamsten Hausvaters, dazu eingehend KASER MAX, Römisches Privatrecht 14.A. München 1986, § 36 IV.2.

²⁴⁰ Auf die grundlegende Frage, warum nur berechtigtes Vertrauen zu schützen sei, kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden.

durch die ökonomisch motivierte Selbstdarstellung des Rollenträgers ausgesetzt²⁴¹ bzw. aufrechterhalten²⁴² werden.

bb) Exkurs: Bedeutung der Rolle bei der Entwicklung von Sonderrechtsgebieten im Dienstleistungsgeschäft

Das Bank- und Kapitalanlagegeschäft, die medizinische Heilbehandlung und die Ingenieur- und Architektentätigkeit haben sich in den letzten Jahren zu Gegenständen eigentlicher Sonderrechtsgebiete gewandelt. Wenn heute in der Lehre von der Haftung des Bankiers oder des Arztes gesprochen wird, so nicht vor allem deshalb, weil dies „den Vorzug grösserer Anschaulichkeit“ hat, sondern weil an diese beruflichen Rollen ausschliesslich mit ihnen verbundene Rechtsfolgen geknüpft werden^{243, 244}. Zwei Beispiele:

1. HOPT hat eine von den dogmatischen Grundlagen des einzelnen Geschäfts weitgehend unabhängige Berufshaftung des Bankiers propagiert und (was allerdings im Prinzip für den vorliegenden Zusammenhang bedeutungslos ist) mit der Figur des allgemeinen Bankvertrags dogmatisch abgesichert²⁴⁵. Auch die Rechtsprechung, die in Deutschland punktuell bereits um die Jahrhundertwende offensichtlich an die berufliche Rolle des Bankiers anknüpfende Rechtsfolgen guthiess, folgt heute solchen rollengebundenen Konstruktionen und den dafür erforderlichen neueren dogmatischen Konstruktionen. Besonders deutlich zeigt sich die Bedeutung der Rollenerwartungen im Bankrecht²⁴⁶ etwa daran, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes die Bank, wenn sie ein in wirt-

²⁴¹ KÖNDGEN nennt als gute Beispiele Praxenschilder von Fachärzten (z.B. in Frankreich zusätzlich mit Stundendienst, z.B. Sorbonne) sowie Uniformen. Gerade auch in der Werbung für Banken werden z.T. unrealistische Erwartungen, etwa diejenige von der Bank als Wahrerin aller Vermögensinteressen der Kunden, geweckt.

²⁴² Vgl. die oben in Fn. 154 zitierte Werbung.

²⁴³ KÖNDGEN, Bankhaftung 134; „farblose Gestalten“ wie der Geschäftsbesorger, Dienstverpflichtete etc. wurden durch den Anwalt, Arzt, Architekten ersetzt.

²⁴⁴ Damit geht einher, dass heute viele Anwälte nicht mehr Spezialisten für Vertragsrecht oder Deliktsrecht und dgl. sind, sondern Arztrechtler, Bankrechtsspezialisten, Baurechtsexperten etc. Allerdings haben solche Zeichnungen auch einen wichtigen akquisitorischen Charakter, da der Nachfrager nach Anwaltsleistungen in eben diesen und nicht in den dogmatischen Kategorien denkt.

²⁴⁵ Vgl. dazu grundlegend HOPT, Kapitalanlegerschutz 219ff., 393ff. sowie Ders., Nichtvertragliche Haftung 634ff., sowie Ders., Rechtsprobleme (bezogen auf das schweizerische Recht); ihm folgend etwa KOLLER INGO 28f.

²⁴⁶ Laut einer vom Institut für Demoskopie Allensbach im Auftrag des Bundesverbandes der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenkassen durchgeführten Repräsentativbefragung erklärten 52,3% der Befragten, dass sie in Anlagefragen den Banken am meisten vertrauen würden. Zum Vergleich: Bloss ca. 14,5% schenken ihren Ehegatten bzw. Eltern in dieser Frage am meisten Vertrauen, 10% vertrauen Freunden am meisten und 8,5% dem Fernsehen. Nur gerade 8,3% haben bei Vermögensberatern das grösste Vertrauen, dass die Ratschläge günstig sind. Wiedergegeben bei VORTMANN, Aufklärungspflichten 181.

schaftlicher und rechtlicher Hinsicht identisches Geschäft wie der Anlagevermittler abwickelt, quantitativ und qualitativ wesentlich strengeren Pflichten als der Vermittler unterliegt²⁴⁷. In der Schweiz wird im Bankrecht zwar noch kaum von einem allgemeinen Bankvertrag oder von einem gesetzlichen Schuldverhältnis ausgegangen²⁴⁸, sondern grundsätzlich eine auf traditioneller Dogmatik beruhende einzelgeschäftsspezifische Betrachtung bevorzugt²⁴⁹. Doch zeigen viele Urteile deutlich, dass auch so die *spezielle berufliche Rolle des Bankiers* durchaus in die Entscheidungsfindung einfließt und die Frage nach der Rechtsnatur des zugrundeliegenden Geschäfts häufig als weit weniger wichtig betrachtet wird als z.B. diejenige nach der von einer Bank in einem bestimmten Geschäft zu prästierenden Treue und Sorgfalt²⁵⁰.

2. Im *Arztrecht*, einem der ersten Sonderrechtsgebiete überhaupt, wird zur Etablierung und Konkretisierung von Pflichten in wohl noch stärkerem Ausmass auf die *Rolle des Arztes* Bezug genommen und dies sogar ganz offen deklariert, wenn da etwa „le prestige attaché à la profession du médecin“ vom Bundesgericht als Grund für die Auferlegung bzw. Verschärfung schuldrechtlicher (!) Pflichten angeführt wird²⁵¹. Es dürfte dabei nicht zufälligerweise die medizinische Behandlung sein, deren rechtliche Durchdringung so stark von der „Rolle“ geprägt ist. Haben doch die Ärzte wie sonst wohl keine Berufsgruppe u.a. qua Ständerecht, also qua positionbezogenem Recht, das Bild ihrer Rolle in einem äusserst statusbezogenen Selbstverständnis geprägt. Dass diese Selbstdarstellung notwendigerweise mit Selbstbindungsakten (gegen standeswidriges Verhalten) abgesichert werden muss und damit gegenüber Dritten gleichsam als verbindlich bestärkt wird²⁵², ist dabei nur die allerdings bedeutsame Kehrseite dieses Selbstverständnisses²⁵³.

Das Zurückdrängen grundlegender dogmatischer Unterscheidungen wie der rechtlichen Qualifikation des zugrundeliegenden Geschäfts oder der Aufgliederung vorvertraglicher und vertraglicher Obligationen zugunsten rollengebundener Haftungskonzepte lässt sich übrigens

²⁴⁷ Dazu oben 2. Kap II 4 c dd. Wer bezahlt den Konkurrenznachteil? Auch hier gilt: Die Banken wären die ersten, die sich dagegen wehren würden, bezüglich Qualitätsstandards mit Vermögensvermittlern gleichgesetzt zu werden.

²⁴⁸ Abgesehen von vereinzelten Ausnahmen, vgl. oben III 2 a cc.

²⁴⁹ Dazu ausführlich und kritisch WIEGAND, Rechtsbeziehung 129ff.

²⁵⁰ Vgl. die Übersicht über die Judikatur oben; dazu m.w.H. auch THALMANN 229.

²⁵¹ BGE 119 II 461.

²⁵² Vgl. zu den Selbstbindungsakten allgemein KÖNDGEN, Selbstbindung 200.

²⁵³ Ähnliche ebenfalls hohe Anforderungen an die eigene Berufsausübung stellende Ständeregeln kennen bezeichnenderweise Anwälte, Banken, Treuhänder.

chen und vertraglichen Verhältnissen oder Interessengegensatz- und Interessenwahrnehmungsgeschäften unterscheiden, juristisch nicht mehr adäquat bewältigt werden²⁶², weshalb auf neuartige Konzepte Rekurs genommen wird. Damit soll berücksichtigt werden können, dass eine besonders wichtige, mit der professionellen Autorität des Experten verbundene Rollenerwartung dahin geht, dass dieser das Unwissen des Laien sowie die Unmöglichkeit der Überprüfung seiner Leistungen²⁶³ durch den Partner nicht ausnützt, sondern vielmehr auf Erfolgsaussichten, Konsequenzen und Gefahren, welche sich mit der Dienstleistungserbringung ergeben können, aufmerksam macht.

*bbb) Rollenbezogene gesetzliche Verankerung von Aufklärungspflichten (Auswahl)*²⁶⁴

Die folgende Auswahl kodifizierter Aufklärungspflichten soll belegen, wie der Gesetzgeber die Rolle als brauchbares Kriterium zur Verankerung von Aufklärungspflichten der Dienstleistungserbringer betrachtet²⁶⁵: Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG bzw. § 31 WpHG auferlegen dem Effekthändler völlig unabhängig von der Rechtsnatur des zugrundeliegenden Geschäfts eine umfassende Informationspflicht^{266, 267}. Die Aufklärungspflichten des Pauschalreisenanbieters knüpfen ebenfalls an die von diesem in Anspruch genommene Fachkompetenz für alle mit dem Reisen zusammenhängenden Fragen²⁶⁸, d.h. an seine Expertenrolle, an. Gleiches gilt für das Arztrecht, wo die Aufklärungspflichten in den kantonalen Erlässen als eine von der rechtlichen Qualifikation des Behandlungsverhältnisses unabhängige Berufspflicht des Arztes bezeichnet werden²⁶⁹.

²⁶² Vgl. dazu die Beispiele unten im Text.

²⁶³ Zumindest was die ex ante - Abschätzung von Erfolgsaussichten, Konsequenzen und Gefahren der Dienstleistungserbringung anbelangt.

²⁶⁴ Wiederholungen von im 2. Kap. Ausgeführten werden bewusst in Kauf genommen.

²⁶⁵ Dies häufig, nachdem die positionsgebundenen Aufklärungspflichten bereits von den Gerichten vorgeprägt wurden, so etwa im Pauschalreiserecht sowie zum Teil im Bankgeschäft.

²⁶⁶ Er hat seine Kunden dabei insbesondere über die mit einer bestimmten Geschäftsart verbundenen Risiken aufzuklären, dazu oben 2. Kap. II 4. d cc.

²⁶⁷ Nach den Standesrecht gleichkommenden Richtlinien der Schweizerischen Terminbörse SOFFEX hat der Broker dem Kunden umfangreiche Aufklärungsbroschüren zu überreichen und sich deren Aushändigung schriftlich bestätigen zu lassen. Die Broschüre „Merkmale über Risiken von Traded Options“ umfasst 23, jene über „Merkmale und Risiken von Financial Futures“ immerhin 15 Seiten.

²⁶⁸ Von Deviseneinfuhrbeschränkungen über Einreisvorschriften bis hin zu erforderlichen bzw. empfehlenswerten Impfungen und dgl.

²⁶⁹ Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass zumindest die Eingriffsaufklärung in stärkerer Masse von der rechtlichen Qualifizierung des ärztlichen Eingriffs als Körperverletzung denn von der Berufsrolle bzw. der Art der medizinischen Dienstleistung geprägt ist.

auch in den USA und in Frankreich²⁵⁴ beobachten. So wurde die Generalklausel des Art. 1382 C.c.²⁵⁵ zum Anknüpfungspunkt einer eigentlichen responsabilité professionnelle, welche „Berufsleute“, die als Experten auftreten (insbes. Ärzte, Bankiers etc.), in Pflicht nimmt. Die Berufshaftung umfasst dabei die vertragliche wie die deliktische Haftung²⁵⁶. In den USA ist es vor allem die „shingle theory“, die Verhaltenspflichten gewisser Experten²⁵⁷ an die besondere Funktion am Markt bzw. an die besondere berufliche Stellung anknüpft²⁵⁸. Diese Theorie wurde von der US-amerikanischen Securities and Exchange Commission (SEC) gestützt auf den Securities Act von 1933 bzw. den Securities Exchange Act von 1934 entwickelt. Danach trifft den Effekthändler neben anderen Verhaltenspflichten eine Aufklärungspflicht²⁵⁹, und zwar unabhängig von der Rechtsnatur des zugrundeliegenden Geschäfts, also auch, wenn er den Kunden als Verkäufer gegenübertritt. Begründet wird diese an die berufliche Stellung sowie auf die am Markt eingenommene Funktion anknüpfend²⁶⁰. Verhaltenspflicht damit, dass Effekthändler sich der Kundschaft als Experten in Anlagefragen anbieten würden.

cc) Rolle und Aufklärungspflichten

aaa) Aufklärungspflichten als Rollenphänomene

Die Aufklärungspflichten belegen, dass „das Denken in sozialen Rollen“ zulasten des an generellen Normen orientierten Arbeitens wichtiger wird²⁶¹. Denn das jeder Aufklärungspflicht in Dienstleistungsverhältnissen zugrundeliegende Wissensgefälle beruht auf sich ständig verfeinernden gesellschaftlichen, ökonomischen und betrieblich-technischen Differenzierungen. Diese können mit den *herkömmlichen dogmatischen Kategorien*, die zwischen vorvertrag-

²⁵⁴ Vgl. dazu nur FABRE-MAGNAN 363 m.w.H.: „...il convient de prendre conscience de la tendance contemporaine au rapprochement des deux régimes par la disparition de la spécificité de la responsabilité contractuelle, et par l'apparition, parallèlement, d'un troisième régime appelé par la doctrine 'responsabilité professionnelle'“.

²⁵⁵ „Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.“

²⁵⁶ Siehe dazu etwa HOPT, Kapitalanlegerschutz 357 m.w.H. auf die umfangreiche französische Literatur.

²⁵⁷ Hier: Wertpapierhändler.

²⁵⁸ Allerdings beschränkt auf das Kapitalanlagegeschäft.

²⁵⁹ Zur Entwicklung der Shingle Theory sowie zum wichtigen leading case (Charles Hughes & Co. versus SEC) HOPT, Kapitalanlegerschutz 353.

²⁶⁰ So bereits HOPT, Kapitalanlegerschutz 356 m.w.H. auf die amerikanische Literatur.

²⁶¹ So auch AK-TEUBNER, § 242 BGB N 52, der zu Recht darauf hinweist, dass soziale Rollenerwartungen nicht einfach empirisch festgestellt und ohne weiteres mit positiver Rechtskraft ausgestattet werden können, dazu unten.

Weitere Beispiele richterlicher Bezugnahme auf berufliche Rollen zur Begründung von Aufklärungspflichten: Der Architekt unterliegt bestimmten über seine engere Tätigkeit hinausgehenden Aufklärungspflichten, weil er gewisse Risiken „als Fachmann besser überblicken kann als der Bauherr“²⁷⁷. Im Pauschalreisegeschäft wurden dem Reiseveranstalter schon vor der Kodifikation entsprechender Pflichten Informationspflichten wegen der durch die „persönliche Einbezogenheit des Kunden bedingten Betreuungsfunktion“ des Veranstalters²⁷⁸ auferlegt.

ddd) Fazit: Expertenrolle als haftungskonkretisierendes Element

Aufgrund der Komplexität vieler heute angebotenen Dienstleistungsverhältnisse ist der *spezialisierte Fachmann ohne Zweifel Träger einer besonders markanten Rolle*. TEUBNER weist jedoch zu Recht darauf hin, dass Rollenerwartungen nicht einfach empirisch festgestellt und alsdann ohne weitere Grundlagen mit positiver Rechtskraft ausgestaltet werden können²⁷⁹. Dies soll im folgenden auch nicht geschehen. Im vorzustellenden Konzept wird die Expertenrolle nicht als haftungsbegründendes, sondern nur als *haftungskonkretisierendes Element* herangezogen werden. Die Rolle ist nicht positiv-rechtlicher Geltungsgrund der Aufklärungspflichten, sondern bloss Mittel zur Differenzierung einer gestützt auf der lege lata anerkannten Vertrauenshaftung²⁸⁰ beruhenden Pflicht.

IV. Bestand, Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten

1. Verhältnis zwischen Bestand, Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten

Während der Entscheid über den *Aufklärungspflichtbestand* klarstellt, ob in casu eine Informationspflicht statuiert werden kann oder nicht, geht es bei der Bestimmung des *Inhaltes* der Aufklärung um die Frage nach dem Objekt der Information. Objekt und damit Inhalt der Aufklärung ist dabei stets derjenige Umstand oder dasjenige Risiko, bezüglich dessen ein konkreter Informationsvorsprung besteht. Der *Umfang*, d.h. die Intensität, mit der über einen bestimmten Umstand aufzuklären ist, bemisst sich nach der für die Befriedigung des Aufklä-

für diejenigen Aufklärungsarten aktualisiert werden, die weder im Delikts- noch im Vertragsrecht eine sichere Grundlage finden, insbesondere eben für die wirtschaftliche Aufklärungspflicht.

²⁷⁷ BGE 111 II 72.

²⁷⁸ BARTL, Reiserecht Nr. 8a, 29 m.w.H.

²⁷⁹ AK-TEUBNER, § 242 BGB N 52.

²⁸⁰ Vgl. nur den *Swissair-Entscheid* BGE 120 II 331ff.

c) Richterlich sanktionierte rollenabhängige Aufklärungspflichten

Bei der Darstellung der Aufklärungspflichten im Kapitalanlagegeschäft wurde gezeigt, dass die deutsche Rechtsprechung eine ein *Anlagegeschäft* abwickelnde Bank grundsätzlich strenger Aufklärungspflichten unterwirft als Nichtbanken²⁷⁰. Aufgrund der *von der Bank eingenommenen Rolle* wird in der deutschen Rechtsprechung nämlich angenommen, „dass der Anleger dem Vermittler nicht dasselbe Vertrauen wie einer Bank entgegenbringt“²⁷¹. Da die Bank eigene Sachkompetenz in Anlagefragen behauptet, nimmt sie tatsächlich persönliches Vertrauen in Anspruch, weshalb sie den Kunden spontan über die Risiken des einzelnen Geschäftsaufzuklären hat, soweit dieser aufklärungsbedürftig ist²⁷². Auch in der Schweiz werden an die Banken im Bereich der Aufklärungspflichten höhere Anforderungen gestellt, weil sie eben Banken sind. THALMANN bestätigt diesen Befund, wenn er ausführt, dass die Aufklärungspflicht der Geldinstitute sich dadurch auszeichne, „dass sie von der Bank als dem durch *berufliche Expertise* überlegenen Vertragspartner in bestimmten Fällen im Vorfeld von Austauschgeschäften die Wahrung der Interessen des Kunden in der selben Weise verlangt, wie wenn in dieser Beziehung, d.h. in Bezug auf die Frage, ob der Abschluss des Geschäfts über den vordergründig erklärten Willen des Kunden hinaus dessen wohlverstandenen Interesse entspricht, ein *Auftragsverhältnis* zwischen beiden Parteien bestünde.“²⁷³ Im Kreditgeschäft, bei der Hereinnahme von Bürgschaften sowie im Zahlungsverkehr hängt die ausnahmsweise Anerkennung von Aufklärungspflichten der Banken ebenfalls mit dem besonderen Vertrauen, dass ihnen aufgrund ihrer Rolle im Einzelfall entgegengebracht wird, zusammen.

Der *Arzt* hat aufzuklären, weil dies nach einem neueren Grundsatzentscheid des Bundesgerichts zu seinen „*allgemeinen Berufspflichten*“ gehört²⁷⁴; aufgrund des „*prestige attaché à la profession du médecin*“ unterliegt er dabei besonders hohen Anforderungen^{275, 276}.

²⁷⁰ Oben 2. Kap. II 4 c dd.

²⁷¹ So dezidiert THALMANN 208 in seiner Analyse der deutschen Rechtsprechung.

²⁷² Gegebenenfalls unter Berücksichtigung dessen finanzieller Situation, VOKTMANN, Aufklärungspflichten 132. Zum ganzen oben 2. Kap. II.

²⁷³ THALMANN 231 (Hervorhebung eingefügt) im Hinblick auf die unabhängig vom Vorliegen eines Kommissions- oder Propergeschäftes gleichen Aufklärungspflichten im Anlagesektor.

²⁷⁴ BGE 117 Ib 200.

²⁷⁵ BGE 119 II 461 (Hervorhebung eingefügt), vgl. die umfassende Darstellung oben 2. Kap. III.

²⁷⁶ Dem wurde fälschlicherweise nicht weiter Beachtung geschenkt, handelte es sich doch nicht um einen Fall der Eingriffsaufklärungspflicht, zu deren Begründung ein Rekurs auf die Berufsrolle wahrlich nicht erforderlich ist, sondern um eine wirtschaftliche Aufklärungspflicht. Bei richtiger Betrachtung ergibt sich diese Pflicht nicht mit Selbstverständlichkeit aus delikts- und persönlichkeitsrechtlichen Normen oder aus dem Behandlungsvertrag. Das Verständnis der Aufklärung als einer allgemeinen Berufspflicht könnte durchaus

rungsbedürfnisses erforderlichen Information. Bei einer durch das Vorliegen eines speziellen Wissensvorsprungs über spezielle Risiken begründeten Aufklärungspflicht ist deshalb über eben diese speziellen Risiken aufzuklären, und zwar mit der Intensität, die für die Befriedigung des Informationsbedürfnisses der Gegenseite erforderlich ist. Denn Inhalt und Umfang der Aufklärung müssen dergestalt sein, dass sich der Kontrahent eine richtige Vorstellung von den möglichen Risiken machen und dadurch eine sachgerechte Entscheidung fällen kann.

2. Verhältnis zwischen der dogmatischen Abstützung der Aufklärungspflichten und der Bestimmung ihres Inhaltes

a) Kein Aufschluss über den Pflichtinhalt durch die Haftungsgrundlage

Oben wurde das dogmatische Instrumentarium, das zur positiv-rechtlichen Abstützung von Aufklärungspflichten zur Verfügung steht, dargestellt²⁸¹. Ob man nun das Delikt, die culpa in contrahendo, den Vertrag, Rahmenverträge oder gesetzliche Schuldverhältnisse zur Begründung der Aufklärungspflichten heranzieht, ist für die Frage nach Bestand, Inhalt und Umfang der Aufklärung nicht bedeutsam. Denn keines dieser dogmatischen Konzepte gibt bei genauer Betrachtung Auskunft darüber, ob in einem bestimmten Fall eine Aufklärungspflicht besteht und auf welche Umstände sich die Aufklärung zu erstrecken hat. Judikatur und Lehre unterscheiden zuerst anhand bestimmter, immer wiederkehrender Kriterien, ob in concreto eine Aufklärung geschuldet ist bzw. war. Dieser Entscheid schliesst dabei auch die Bestimmung des Inhalts und des Umfangs der Aufklärungspflichten ein. Erst wenn das Resultat feststeht, wird aus dem Arsenal der Dogmatik eine passende Rechtsfigur zur Abstützung der aufgrund eines Werturteils bejahten Aufklärungspflicht herangezogen²⁸².

b) Legitimierende Wirkung der dogmatischen Pflichtbegründung

Die Frage, ob und mit welchem Umfang Aufklärungspflichten bestehen, wird somit auf einer der dogmatischen Begründung vorangehenden „Stufe“ beantwortet. HOPT gibt dies für seine dogmatische Begründung der Aufklärungspflichten der Bank implizit zu erkennen: „Der so verstandene Bankvertrag ist geeignet, das für die rechtliche Aktualisierung der Mittlerstellung der Kreditinstitute notwendige Band zu schaffen...“²⁸³. Dass die dogmatische Begründung vor allem zur rechtspolitisch notwendigen positivrechtlichen Abstützung und Legitimierung von Aufklärungspflichten dient, jedoch für die Beantwortung der Frage nach Bestand und Inhalt

281 3. Kap. II.

282 Zur Beliebigkeit in der Wahl der dogmatischen Begründungen vgl. oben 3. Kap. I 1.

283 HOPT, Kapitalanlegerschutz 399.

von Aufklärungspflichten keinen Erkenntnisgewinn verschafft, bestätigt ganz offen derselbe Autor: Man wird „... im deutschen Recht - jedenfalls zu Anfang - Verhaltenspflichten der Kreditinstitute nicht auf diese rechtliche Mittlerfunktion allein ohne Rückhalt in einer eingeprägten Pflichtenormierung besonders gestaltenden Norm oder Rechtsbeziehung stützen.“²⁸⁴

Vor diesem Hintergrund ist die Behauptung, dass im Bereich der Aufklärungspflichten die Haftungsgründe zugunsten der Haftungsstandards an Bedeutung verlieren würden²⁸⁵, richtig und falsch zugleich. Sie ist insofern richtig, als die Haftungsgründe nichts über den Inhalt der Aufklärungspflichten aussagen²⁸⁶; sie ist insofern falsch, als die Haftungsstandards allein nicht die legitimierende Kraft positivrechtlich abgestützter Pflichtbegründungen aufweisen. Aus diesem Grund wurde denn auch oben die dogmatische Abstützung der Aufklärungspflichten untersucht und die Verwendung einer de lege lata anerkannten Haftungsgrundlage, nämlich der Vertrauenshaftung, vorgeschlagen.

3. Möglichkeiten zur Bestimmung des Aufklärungspflichtbestandes und -inhaltes

a) Inhaltsbestimmungsmethoden und dogmatische Abstützung

Aus der wie auch immer gewählten dogmatischen Begründung ergibt sich also *kein Aufschluss* über das Bestehen und den Inhalt der Aufklärungspflichten. Aus diesem Grund begnügt sich die Lehre nicht mit der Angabe von Haftungsgründen, sondern versucht, Kriterien zu erarbeiten, die zur Bestimmung von Bestand, Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten herangezogen werden können.

b) Vielzahl der Methoden zur Bestimmung der Aufklärungspflichten

HOPT und BREIDENBACH entwerfen eigenliche Systeme, um dem Rechtsanwender die Beantwortung der Frage nach Aufklärungspflichtbestand, -inhalt und -umfang im Einzelfall zu ermöglichen²⁸⁷. GONZENBACH und andere halten mit dem Bundesgericht fest, dass das Mass der Aufklärung von den Umständen des einzelnen Falles abhängt²⁸⁸ und begnügen sich mit der Aufzählung einiger aus der Judikatur abgeleiteter Entscheidungskriterien²⁸⁹. Andere Autoren

284 HOPT, Kapitalanlegerschutz 391.

285 BAUMBACH/HOPT, § 347 HGB N 22.

286 „Inhalt und Umfang der Haftung bestimmen sich ... heute weitgehend unabhängig davon, welche Haftungsgrundlage gewählt wird.“ HOPT, Aufklärungspflichten 12.

287 Dazu sogleich unten im Text.

288 Vgl. nur BGE 106 II 41f.

289 GONZENBACH 105ff.; WAHRENBERGER 87ff., dazu unten im Text.

wiederum umrissen minutiös den Umfang der Aufklärungspflichten einzelner konkreter Bankgeschäfte²⁹⁰.

4. Insbesondere die beweglichen Systeme von HOPT und BREIDENBACH

a) HOPTS bewegliches System zur Ausformung der Individualpublizität

Zur Ausformung der Individualpublizität²⁹¹ als einem Element des Kapitalanlegerschutzes entwickelte HOPT ein *bewegliches Kriteriensystem*²⁹². Dieses enthält *fünf Topoi*, welche dem Richter „einander ergänzend, ersetzend, hemmend“²⁹³ den richtigen Weg bei der Statuierung und Inhaltsbestimmung von Aufklärungspflichten weisen sollen. „Markierungspunkte“ treten an die Stelle abgeschlossener Tatbestände und erlauben dadurch genügend Offenheit für die Berücksichtigung der Besonderheiten des konkreten Sachverhalts. „Zugleich aber erlaubt ihre sachgerechte Auswahl, sich bei der Entscheidung des einzelnen Falles in erster Linie oder sogar ausschliesslich an sie zu halten und dadurch der immer neuen komplexen und überfordernenden Argumentenrundschau zu entgehen.“²⁹⁴ Das System setzt sich aus folgenden Elementen zusammen:

1. *Aufklärungsbedürftigkeit*²⁹⁵: Aufzuklären ist nur, wer der Information bedarf. Abzustellen ist dabei nicht auf das tatsächliche Aufklärungsbedürfnis, sondern auf die für die Bank erkennbare Aufklärungsbedürftigkeit des Kunden.
2. *Absprache*²⁹⁶: Der Aufklärungsumfang kann in dem Rahmen gesteigert werden, als der Kunde beim Geschäftskontakt mit der Bank seine erhöhte Schutzbedürftigkeit präzisiert.
3. *Intensität der gegenseitigen Beziehung*²⁹⁷: Das Bestehen und der Umfang von Aufklärungspflichten nimmt mit steigender Intensität (z.B. Dauer) der Geschäftsbeziehung zu; deshalb entstehen etwa im Einmalgeschäft kaum Aufklärungspflichten.

²⁹⁰ So etwa CANARIS, Bankvertragsrecht 3. A. N 104ff. (Zahlungsverkehr und Kreditgeschäft). Ders., Bankvertragsrecht 1982 N 1880ff. (Effektengeschäft und Anlageberatung), 2291ff. (Kapitalanlagen ausserhalb des Börsenhandels); VORTMANN, Aufklärungspflichten 311ff. (alle Bankgeschäfte mit eigentlichen Check-Listen); RÜMKER 171f. (Anlageberatung); NIGG 202ff. (verschiedene Aufklärungspflichten des Rechtswalts).

²⁹¹ In der Individualpublizität (auch Informationsrisiko genannt) sieht HOPT, Kapitalanlegerschutz 413, eine von fünf Säulen des Kapitalanlegerschutzes.

²⁹² HOPT, Kapitalanlegerschutz 414 m.w.H. zum Ursprung des Begriffs.

²⁹³ HOPT, Kapitalanlegerschutz 414.

²⁹⁴ HOPT, Kapitalanlegerschutz 414.

²⁹⁵ HOPT, Kapitalanlegerschutz 414ff.

²⁹⁶ HOPT, Kapitalanlegerschutz 420f.

4. *Schutzverzicht*²⁹⁸: Keine Aufklärungspflichten entstehen, wenn der Kunde explizit oder konkludent (z.B. durch professionelles Auftreten) klarstellt, dass er von der Bank keinen Rat will.

5. *Betriebliche und finanzielle Tragbarkeit*²⁹⁹: Kreditinstitute haben nur in dem Masse aufzuklären, als dies technisch, organisatorisch sowie finanziell für sie tragbar ist.

Das Zusammenspiel dieser je nach den Umständen gleich- oder gegenläufigen Elemente führt, einem Vektor eines Kräfteparallelogramms vergleichbar, zu einem Ergebnis, das Bestand, Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten angibt. Obwohl die Resultante, das Ergebnis, „gänzlich vom einzelnen Fall abhängt“, macht HOPT typische Stufen der Pflichtigkeit aus. Deutliche Extreme sind das isolierte Effektenumsatzgeschäft und die Vermögensverwaltung, dazwischen liegen etwa das Depotgeschäft und das in eine Geschäftsverbindung eingebettete Effekten-geschäft³⁰⁰.

In Anbetracht der grossen Resonanz, die HOPTS Werk „Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken“ in Lehre und Praxis ausgelöst hat, ist sein bewegliches System vielleicht gleichsweise wenig beachtet worden³⁰¹. Ein Grund dafür liegt m.E. darin, dass er es auch auf Informationspflichten angewandt wissen will, die eindeutig Gegenstand des Hauptleistungsprogramms von Verträgen sind (z.B. in Vermögensverwaltungsverhältnissen). Diese können einfacher und überzeugender auf die mandatsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflichten abgestützt werden³⁰², überdies lassen sich Bestand und Inhalt solcher Informationspflichten, die Gegenstand eigentlicher Beratungsverträge sind, nicht anhand eines beweglichen Systems bestimmen, vielmehr ist dazu auf die konkrete vertragliche Vereinbarung abzustellen.

Darüber hinaus weist HOPTS System m.E. folgende *Mängel* auf: Das Element *Absprache* zielt ins Leere. Deklariert der Kunde nämlich sein Wissensdefizit, wird dies regelmässig in Form von Fragen geschehen; gibt die Bank darauf Antwort, was sie immer tun wird, und sind ihre Auskünfte falsch, so kann die Pflichtverletzung problemlos mit den traditionellen Haftungskategorien erfasst werden. Umgekehrt erweist sich eine Erhöhung der Aufklärungsin-tensität durch *Absprache* bei den völlig Ahnungslosen als illusorisch, da erfahrungsgemäss

²⁹⁷ HOPT, Kapitalanlegerschutz 421f.

²⁹⁸ HOPT, Kapitalanlegerschutz 422ff.

²⁹⁹ HOPT, Kapitalanlegerschutz 425ff. Er verweist hier auf die analoge Situation beim Schutz des Arbeitnehmers, z.B. vor Verletzungsgefahren in der industriellen Produktion.

³⁰⁰ HOPT, Kapitalanlegerschutz 427ff.

³⁰¹ So auch RÜMKER 37.

³⁰² Womit nicht gesagt werden soll, dass die Anwendung des Systems dort nicht funktionieren würde.

gerade die Schwächsten ihre Aufklärungsbedürftigkeit nicht zu deklarieren und präzisieren vermögen. Auch die Auffassung³⁰³, dass mit *steigender Intensität der gegenseitigen Beziehung*, also mit zunehmender Häufigkeit der Geschäftskontakte, vermehrt Aufklärungspflichten bestehen sollen, trifft so nicht zu. Sie beruht wohl auf einem Analogieschluss zu andern auf dem Gebot von Treu und Glauben beruhenden Verhaltenspflichten, die tatsächlich mit zunehmender Dauer strengerer Anforderungen unterliegen³⁰⁴. Im Bereich der Aufklärungspflichten ist jedoch häufig das Gegenteil der Fall: Je intensiver die Geschäftsbeziehungen zwischen den Partnern sind, desto geringer ist das relevante Wissensdefizit des „client“, desto weniger Aufklärung bedarf er. Diesen einfachen, aber nichtsdestotrotz wichtigen Zusammenhang hat z.B. das Bundesgericht bei der ärztlichen Aufklärungspflicht stets betont³⁰⁵.

b) BREIDENBACHS bewegliches System

BREIDENBACH hat HOPTs Idee der Verwendung eines beweglichen Systems zur Bestimmung der Aufklärungspflichten aufgegriffen und weitergeführt³⁰⁶. Wie bei HOPT stehen BREIDENBACHS Topoi in einem Wechselspiel, aus welchem resultiert, ob Aufklärungspflichten an zunehmen sind oder nicht. Er verwendet allerdings nur *drei Kriterien*, nämlich den Informationsbedarf, die Möglichkeit der Information und den Funktionskreis, in welchem die Information erteilt wird³⁰⁷. Im folgenden sei das Konzept kurz umrissen:

1. *Informationsbedarf*³⁰⁸: Entscheidend für die Bestimmung der Aufklärungspflichten ist die Wesentlichkeit der Information für die vorgesehene rechtsgeschäftliche Handlung. Da für eine Entscheidung eine Vielzahl von Umständen relevant sein können, ist es am Vertragspartner³⁰⁹, die besondere persönliche Relevanz einer bestimmten Information deutlich zu machen. Da der Informationsbedarf nicht immer von gleichem Gewicht ist, erarbeitet BREIDENBACH eine *Skala* zur Bemessung desselben. Die wichtigsten entschei-

303 Diese wird auch vom Bger geteilt, BGE 119 II 333.

304 Etwa die Pflicht zu vermehrter Berücksichtigung des wahren Willens des Geschäftspartners und dgl.

305 BGE 115 Ib 178 (mehrere ähnliche invasive Eingriffe); unverständlicherweise dagegen anders im Anlagegeschäft, vgl. BGE 119 II 333ff.

306 BREIDENBACH 61ff. Er ist damit auf grosse Resonanz gestossen, vgl. nur RÜMCKER 37.

307 Obwohl BREIDENBACH sein Konzept ausschliesslich anhand der vertragsschlussbezogenen Informationspflichten entwickelt hat, zählt er es ohne einlässlichere Begründung zu dessen Vorzügen, dass die Systemelemente auch auf vertragliche Informationspflichten anwendbar seien, BREIDENBACH 92. Ein weiterer Hinweis dafür, dass die Unterscheidung zwischen vorvertraglichen und vertraglichen Aufklärungspflichten nicht sachgerecht ist. Allerdings nur, soweit es nicht um Informationspflichten des Hauptleistungsgremiums, sondern um Aufklärungspflichten im Sinne der hier zugrundeliegenden Terminologie handelt.

308 BREIDENBACH 62ff.

309 D.h. im Informationsgläubiger.

dungserheblichen Informationen beziehen sich auf Tatsachen, die den „intendierten Vertragszweck insgesamt in Frage stellen“³¹⁰. Weniger bedeutsam sind Umstände, die den Vertragszweck nicht gerade vereiteln, aber „doch immerhin von entscheidender Bedeutung“³¹¹ sind. Am wenigsten notwendig schliesslich sind Informationen über die allgemeinen Marktverhältnisse, da diese keinen Zusammenhang mit dem Vertragszweck aufweisen³¹². Diesbezüglich besteht regelmässig keine Aufklärungspflicht. Anders ist es dagegen, wenn es sich um ein Geschäft handelt, in dem besondere Marktverhältnisse den Vertragszweck geradezu vereiteln können³¹³.

2. *Möglichkeit der Information*: Verfügt der eine Teil über präzises Wissen, so hat er eher aufzuklären, als wenn er sich die Information zuerst beschaffen muss³¹⁴. Handelt es sich dabei um Wissen, das exklusiv beim Aufklärungspflichtigen vorhanden ist, erhöht sich die Intensität der Informationspflichten.

3. *Funktionskreis*: „Soweit der eine Teil eine Funktion übernimmt und der andere Teil im Vertrauen darauf auf eigene Bemühungen und als einen Teil davon auf Informationsbeschaffung verzichtet, entsteht ein Schutzbedarf.“³¹⁵ Je nach der konkreten Ausgestaltung des Funktionskreises im Einzelfall entsteht somit eine Aufklärungspflicht. Damit kann präziser als beim blossen Abstellen auf die Lehre von der Berufshaftung³¹⁶ berücksichtigt werden, dass derselbe Rollenträger verschiedene Funktionen ausüben kann, und z.B. eine Bank im Kreditgeschäft grundsätzlich keine Aufklärungspflichten hat, derweil sie aufgrund der von ihr im Effektingeschäft wahrgenommenen Funktion im allgemeinen Information schuldet.

310 BREIDENBACH 67.

311 BREIDENBACH 67; wie der Vertragszweck zu bestimmen ist, bleibt dabei offen, obwohl doch gerade dieser regelmässig ausserhalb des Vertrags und somit entsprechend schwer objektiv festzulegen ist.

312 Als Beispiel wird der Vertragszweck beim Kauf von Waschmittel (Erwerb eines bestimmten Gutes zum vorausgesetzten Gebrauche) erwähnt, BREIDENBACH 68.

313 Z.B. der Informationsbedarf über die Höhe der Londoner Prämie; Informationen über deren Höhe sind wesentlich für den bei Londoner Warentermingeschäften angestrebten Vertragszweck, sc. das Erlangen einer Gewinnchance, BREIDENBACH 68.

314 Die Richtigkeit dieser Aussage, der das „cheapest cost avoider“-Prinzip zugrundeliegt, wird nicht näher begründet; im Gegenteil: es wird festgestellt, dass aus diesem Prinzip gerade kein Haftungsgrund abgeleitet werden kann, BREIDENBACH 70. Mit ähnlicher Kritik auch RÜMCKER 44: „Damit ist allerdings mehr das ökonomische Prinzip der Effizienz und Kostenvermeidung angesprochen und noch nicht der Rechtsgrund für die Annahme einer Aufklärungspflicht sichtbar gemacht.“

315 BREIDENBACH 73.

316 Trotz des missverständlichen Begriffs wird darunter im allgemeinen nur ein die Haftung konkretisierendes Kriterium verstanden, nicht ein eigentlicher Haftungstatbestand.

Was die Elemente Informationsbedarf und Funktion angeht, kann dem Systementwurf von BREIDENBACH zugestimmt werden. *Nicht sachgerecht* erscheint m.E. dagegen einmal das Kriterium „Möglichkeit der Information“. Ein zweiter wesentlicher Nachteil besteht zudem darin, dass es die vom Aufklärungspflichtigen eingenommene soziale bzw. berufliche Rolle nicht berücksichtigt. Da die beiden kritisierten Punkte eng mit der Ausgestaltung des eigenen Systems zusammenhängen, wird dort auf sie umfassend eingegangen.

5. Check-Lists zur Bestimmung der Aufklärungspflichten

Vor allem in der praxisorientierten bankrechtlichen Literatur werden Inhalt und Umfang der Aufklärung äusserst detailliert bezogen auf die einzelnen Bankgeschäfte, z.T. sogar in Form von Check-Lists, dargestellt³¹⁷. So hat z.B. die Aufklärung bei Warenterminoptionsgeschäften, gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, Hinweise zu enthalten „über:

- das Verlustrisiko
- die Höhe der Vermittlungsprämie
- die durch die Vermittlungsprämie eintretende Verringerung der Gewinnchance
- die wirtschaftlichen Zusammenhänge des Warentermingeschäftes
- den Vorgang des Anlagegeschäftes (Börsentechnik)
- die Höhe der Londoner Optionsprämie
- die Bedeutung der Londoner Optionsprämie als Indiz der Gewinnchance, die der Berufshandel der Option nach seiner Prognose des Kursverlaufs einräumt
- die Relation der Optionsprämie zur Kursentwicklung der Option
- eventuell anfallende Aufschläge
- dass ein Aufschlag die Gewinnchance des Kunden schmälert.³¹⁸

Solche Check-Lists vermögen dem Praktiker sicherlich Hilfestellung bei der rechtlichen Überprüfung einer konkreten Aufklärung zu leisten; infolge ihrer Starrheit bewirken sie allerdings, dass die Anforderungen an die Aufklärung gegenüber Geschäftskundigen überzogen werden. Zudem gilt es zu berücksichtigen, dass die deutsche Rechtsprechung zu den Aufklärungspflichten sehr dynamisch ist und deshalb solche Listen stets wieder zu ergänzen sind. So stellt GRÜN (übertrieben) resigniert fest: „Im übrigen ist es zweifelhaft, ob es einem Vermitt-

³¹⁷ Vgl. die oben IV 3 b zitierten Autoren.

³¹⁸ KRIMPHOVE 23f.

ler je gelingen kann, den vom Bundesgerichtshof ständig erhöhten und keineswegs vollständig formulierten Aufklärungsanforderungen zu genügen.³¹⁹ Schliesslich versagen diese Check-Lists, die naturgemäss nur die Aufklärungspflichten einer bestimmten Anzahl in der Praxis häufig vorkommender Geschäfte enthalten, gerade dort, wo die Rechtsunsicherheit am grössten ist: bei speziellen, atypischen Geschäften.

6. Neuer Entwurf eines beweglichen Systems

a) These

Bestand, Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten bestimmen sich nach einem beweglichen System mit den Elementen *erkennbarer Informationsbedarf, Wissensvorsprung, Rolle und Funktion*.

b) Begründung

aa) Das bewegliche System

Zur Bestimmung von Bestand, Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten lässt sich einerseits kein abgeschlossener Tatbestand bilden³²⁰. Dies wäre mit der Offenheit und Flexibilität des Prinzips von Treu und Glauben, das der innere Haftungsgrund der Aufklärungspflichten ist, unvereinbar und in Anbetracht der Regelungsmaterie von vornherein „aussichtslos“³²¹. Auf der anderen Seite darf es nicht bloss den von den Gerichten viel zitierten - und von der Lehre dankbar wiedergegebenen - Umständen des Einzelfalls überlassen bleiben - und eine Informationspflicht besteht und welches gegebenenfalls ihr Inhalt ist³²². Insbesondere verbietet es sich, „die Ausformung der Verhaltenspflichten [der] ... Einzelfallgerechtigkeit zu überantworten“³²³. Dies liefe auf eine „punktuelle Billigkeitsrechtsprechung“ hinaus³²⁴, welche die

³¹⁹ GRÜN 1332.

³²⁰ CANARIS, Vertrauenshaftung 302; HOPT, Kapitalanlegerschutz 414. Anders bei den gesetzlich verankerten und präzise umrissenen Aufklärungspflichten des KKG und z.T. des Pauschalreisengesetzes, wo der Aufklärungsinhalt genau spezifiziert wird. Im BEHG wird dem Händler zwar ohne Ausnahme eine Aufklärungspflicht auferlegt, allerdings ohne nähere Konkretisierung des Inhaltes. Für diese kann das im folgenden zu entwickelnde bewegliche System selbstverständlich herangezogen werden.

³²¹ BRIEDENBACH 52.

³²² So aber etwa MÜNCHKONM-ROTH, § 242 BGB N 200; BUCHER, OR AT 220; FELLMANN, Art. 398 OR N 144, zuletzt BGE 120 II 337.

³²³ HOPT, Kapitalanlegerschutz 414.

³²⁴ AK-TEUBNER, § 242 BGB N 71.

Rechtssicherheit gefährden würde³²⁵. Die von einigen Autoren vorgenommene Aufzählung der von der Rechtsprechung bei der Bestimmung von Aufklärungspflichten häufig herangezogenen Kriterien hilft allerdings, will man die Vorhersehbarkeit des Rechts verbessern, auch nicht viel weiter³²⁶. Soll die Rechtssicherheit erhöht werden, geht es nicht ohne den Versuch einer „vorsichtig verfestigende[n] Gestaltungsgewebung...“³²⁷. Hierzu eignet sich als methodisches Instrument das „bewegliche System“³²⁸, wie dies HOPT und BREIDENBACH eindrücklich belegt haben³²⁹. Ein solches System *gewährt Rechtssicherheit und erforderliche Flexibilität*, indem die zu berücksichtigenden Kriterien feststehen, die Rechtsfolge sich aber erst aus dem Einzelfall völlig unterschiedlichen Zusammenspiel dieser Elemente ergibt³³⁰.

bb) Die Elemente des beweglichen Systems

aaa) Erkennbarer Informationsbedarf³³¹

(1) Allgemeines

Der hier vorzustellende Entwurf eines beweglichen Systems geht von den Konzepten HOPTS und BREIDENBACHS aus³³². Deren gemeinsames und zentrales Kriterium ist der Aufklärungsbedarf. Es handelt sich dabei um den in der deutschen und schweizerischen Rechtsprechung immer wiederkehrenden Topos bei der Bestimmung von Aufklärungsspflichten³³³.

Der Aufklärungsbedarf ist tatsächlich das wichtigste Kriterium bei der Bestimmung von Bestand, Inhalt und Umfang der Informationspflichten. Anders als bei den übrigen Elementen des beweglichen Systems führt *sein Fehlen stets und zwingend dazu, dass keine Aufklärungspflicht entsteht*.

³²⁵ Auch sachgerecht eingesetzte Aufklärungspflichten befinden sich bereits in einem gewissen Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit, dazu ausführlich ABEGGLEN, Einzelfallgerechtigkeit.

³²⁶ Vgl. die Aufzählungen in BAUMBACH/HOPT, BankGesCh G/42f.; BÖHME 86ff.

³²⁷ HOPT, Kapitalanlegerschutz 414.

³²⁸ Der Begriff wurde von WILBURG in seiner nicht publizierten Grazer Rektoratsrede in die Rechtswissenschaft eingeführt, dazu einlässlich LARENZ, Methodenlehre 342ff. Vgl. auch die Nachweise bei CANARIS, Vertrauenshaftung 302 sowie bei BREIDENBACH 62.

³²⁹ Dazu oben 4.

³³⁰ CANARIS, Vertrauenshaftung 303; WILBURG 347.

³³¹ In der Literatur wird gleichbedeutend auch von Aufklärungsbedarf oder Aufklärungsbedürftigkeit gesprochen.

³³² Vgl. die Darstellung der Systeme von HOPT und BREIDENBACH oben 4.

³³³ Grundlegend etwa BGH WM 1987, 1546; in neuerer Zeit etwa BGH WM 1994, 149; OLG München ZIP 1994, 125; für die Schweiz etwa BGE 119 II 335; BGE 111 II 72; BGE 68 II 303. Zum ganzen oben 2. Kap. VI.

Aufklärungsbedarf bedeutet Nichtverfügen über Informationen, die für den Entschluss des Informationsempfängers bedeutsam, relevant sind³³⁴. Vorausgesetzt ist mithin ein Mangel an Wissen über Umstände, bei deren Kenntnis der Aufklärungsadressat sich allenfalls zu einem anderen Verhalten entschlossen hätte. Informationen über Nebensächlichkeiten sind nicht wesentlich, es fehlt somit am Aufklärungsbedürfnis, weshalb diesbezüglich keine Informationspflichten entstehen³³⁵. Die Aufklärungsbedürftigkeit ist nach hier vertretener Auffassung und entgegen der wohl h.L. kein relationales Kriterium³³⁶. Sie setzt nämlich nicht, wie behauptet wird, ein Informationsgefälle zwischen den Parteien voraus³³⁷. So kann ein Informationsbedarf hinsichtlich bestimmter wesentlicher Umstände sehr wohl auch gegeben sein, wenn keine der Parteien über das entsprechende Wissen verfügt. Die Situation, in der beide Seiten „von der Sache nichts verstehen“, wirkt sich nicht auf den Informationsbedarf aus, sondern führt dazu, dass der Wissensvorsprung³³⁸ fehlt.

Umstritten ist die Frage, ob die Erkennbarkeit des Aufklärungsbedürfnisses für den Vertragspartner ein *pflichtbegründendes Kriterium* ist, oder ob sie erst bei der Prüfung des *Verschuldens* relevant wird. Die h.L. und das Bundesgericht halten dafür, dass der objektive Informationsbedarf die Aufklärungspflichten nicht allein, sondern nur in Zusammenhang mit seiner Erkennbarkeit auslöst³³⁹. BREIDENBACH dagegen will die Frage der Erkennbarkeit erst bei der Prüfung des Verschuldens untersucht wissen³⁴⁰. Die zugegebenermaßen geringe praktische Relevanz des Meinungsstreits beschränkt sich auf die Frage, ob der geschädigte Aufklärungsadressat die Erkennbarkeit des Informationsbedarfs nachzuweisen hat, oder ob der Aufklärungspflichtige im Rahmen der Exkulpation den Nachweis der Nichterkennbarkeit zu führen hat³⁴¹. Da auch hier immer mehr von einem objektivierten Verschuldensmasstab

³³⁴ Vgl. VORTMANN, Aufklärungspflichten N 4; BGE 115 II 64f.; „alles, was für den Auftraggeber von Bedeutung ist.“

³³⁵ So auch BREIDENBACH 62.

³³⁶ So aber HOPT, Aufklärungspflichten 23; RÜMKER 38.

³³⁷ HOPT, Aufklärungspflichten 23f., der als Voraussetzung des Aufklärungsbedürfnisses das Vorliegen eines Wissensgefälles nennt; so ebenfalls RÜMKER 38.

³³⁸ Dazu hüten im Text.

³³⁹ So etwa LAUER 325; RÜMKER 43; THALMANN 216; WIEGAND, Handbuch 138f.; BGE 117 Ib 203f.; BGE 119 II 335f.

³⁴⁰ BREIDENBACH 32, 65.

³⁴¹ Diese an die vertragliche Haftung angelehnte Beweislastverteilung wird für die Vertrauenshaftung von der wohl h.L. vertreten, vgl. dazu KRÄMER, Allgemeine Einleitung N 141 m.w.H. und umfassender Begründung. Sie ist dadurch gerechtfertigt, dass das Kriterium, das bei der Vertragshaftung zu einer von Art. 8 ZGB abweichenden Beweislastverteilung führt, sc. die Sonderverbindung, bei der Vertrauenshaftung ebenfalls gegeben ist, dazu WIEGAND, Art. 97 OR N 41.

(2) *Ermittlung des Informationsbedarfs*

Wichtiger als die wenig fruchtbare Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Relevanz des fehlenden Wissens ist die *Frage, wie der rechtlich relevante Informationsbedarf ermittelt* werden kann. Für einen Entschluss über rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäft-sähnliche Handlungen können nämlich grundsätzlich, je nach den Verhältnissen, „unendlich viele Umstände“ von entscheidungserheblicher Bedeutung sein.³⁵²

Prinzipiell ist auf die *konkrete Aufklärungsbedürftigkeit* des Kunden, Klienten, Patienten usw. abzustellen. Entsprechend dieser Informationsbedürftigkeit, die erkennbar sein muss, ist aufzuklären.³⁵³ Wenn THALMANN diesbezüglich vom „Anschein der Aufklärungsbedürftigkeit als Auslöser der Aufklärungspflicht“³⁵⁴ spricht, heisst dies nicht etwa, dass nur bezüglich solcher Umstände erkennbarer Wissensbedarf besteht, deren Relevanz vom einzelnen Aufklärungsadressaten explizit oder konkludent *dargelegt* wurde³⁵⁵. Es gibt nämlich einen *generellen* Wissensmangel anzutreffen.³⁵⁶ Werden solche, der allgemeinen Lebenserfahrung entsprechenden und damit erkennbaren Aufklärungsbedürftigkeiten nicht entdeckt, so ist Schadensersatz infolge Aufklärungspflichtverletzung geschuldet, sofern die persönliche Vorwerfbarkeit gegeben ist.³⁵⁷ Dies ist etwa der Fall, wenn der Anleger einen unerfahrenen Eindruck macht und ein riskantes Geschäft tätigen will.³⁵⁸ Auch die Rechtsprechung stellt in ihren Begründungen sehr stark auf den Anschein, den bestimmte Kundenkategorien auslösen, ab. So wird

350 Bei welcher nach richtiger Auffassung die „generelle sowie die konkret-individuelle Aufklärung miteinander verknüpft“ werden müssen, WIEGAND, Handbuch 137.

351 Die Aufklärungspflichten beziehen sich auf Umstände, „welche nach dem konkreten Wissensstand der Bank den persönlichen Verhältnissen des Kunden (d.h. seiner Erfahrung, seinen wirtschaftlichen Verhältnissen) nicht angemessen“ sind, THALMANN 216.

352 BREIDENBACH 63.

353 Sofern sich aus dem Zusammenspiel mit den übrigen Elementen des beweglichen Systems nichts anderes ergibt.

354 THALMANN 216; gl.M. HOPT, Kapitalanlegerschutz 419.

355 Unklar diesbezüglich BREIDENBACH 64.

356 In diesem Sinne auch BREIDENBACH 65. Zu weit geht aber die Typisierung, wenn man bestimmten Personkreisen, z.B. Vollkaufleuten, generell die Aufklärungsbedürftigkeit absprechen will, so etwa bei HOPT, Kapitalanlegerschutz 417.

357 Was praktisch immer der Fall ist, vgl. oben 3. Kap. III 2 d.

358 Beispiel von THALMANN 216.

ausgegangen wird, „bleibt für die Exkulpation praktisch kein Raum“, wenn der Nachweis der objektiven Pflichtwidrigkeit einmal erbracht ist.³⁴² In Übereinstimmung mit der h.L. und der Rechtsprechung ist m.E. davon auszugehen, dass es *für das Entstehen der Aufklärungspflichten darauf ankommt*, „...ob und ab wann der Aufklärungspflichtige erkennen konnte, dass der andere Teil Informationen benötigt oder wünscht, um die Erreichbarkeit der mit dem Vertrag verbundenen Erwartungen richtig abschätzen zu können.“³⁴³ Freilich gibt es keine dogmatischen Gründe, die zwingend für diese und gegen die andere Lösung oder umgekehrt sprechen. Immerhin ist der Mehrheitsauffassung aus praktischen Gründen der Vorzug zu geben: Andernfalls müsste man stets eine Aufklärungspflichtverletzung annehmen, wenn der Informationspflichtige, z.B. ein Geldinstitut, den unwissenden Kunden, der als Kenner der Materie auftritt,³⁴⁴ nicht informiert.³⁴⁵ Denn diesfalls wäre die Aufklärungspflicht, würde man BREIDENBACH folgen, bereits entstanden.

Ein Teil der Lehre teilt die fehlenden Informationen, die den Aufklärungsbedarf bestimmen, in *objektiv und subjektiv relevante Informationen* ein.³⁴⁶ Objektiv relevant sind danach Informationen über Umstände, welche die Erreichung des „Vertragszwecks“ berühren oder diesen vereiteln können, so dass sie für den Entschluss von wesentlicher Bedeutung sind.³⁴⁷ Mit diesen Umständen sind, entgegen dem Wortlaut, immer solche gemeint, welche nicht innerhalb des technischen Vertragszwecks (z.B. Übereignung von Wertpapieren) liegen, sondern vielmehr der „Erreichung des wirtschaftlichen Gesamtzweckes der Transaktion“ dienen sollen.³⁴⁸ Es ist deshalb bereits bei der Prüfung der objektiven Relevanz auf die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles abzustellen, was zeigt, dass objektive und subjektive Relevanz miteinander verknüpft sind. Die Aufgliederung der beiden letztlich nicht trennbaren Aspekte ist mithin nicht sinnvoll.³⁴⁹ Dies gilt für die ärztliche Aufklärung³⁵⁰ ebenso wie für die Aufklärungspflichten im Bankgeschäft.³⁵¹

342 WIEGAND, Art. 97 OR N 43; vgl. dazu ausführlich zur Beweislastverteilung hinsichtlich des Verschuldens 3. Kap. III 4 c d.

343 SCHLECHTRIEM, N 27.

344 Beispiel von THALMANN 217.

345 Wobei sie sich allerdings in der vorliegenden Konstellation exkulpieren könnte.

346 So die h.L., vgl. RÜMKE 38; BREIDENBACH 63f.

347 Vgl. BGH NJW 79, 2243.

348 So AK-TEUBNER, § 242 BGB N 72.

349 Ebenso dezidiert HOPT, Aufklärungspflichten 24: „Eher irreführend ist es auch, bei der Aufklärungsbedürftigkeit bzw. dem Informationsbedarf weiter zu unterscheiden zwischen der objektiven Relevanz der Information für den konkreten Vertragszweck und der subjektiven Aufklärungsbedürftigkeit.“

in Fällen, wo die Aufklärungspflichten bejaht wurden, auf folgendes hingewiesen: In bescheidenen Verhältnissen lebend³⁵⁹, invalid, geschäftsunfähig, Einfall, Volksschulbildung, Mathematiknote mangelhaft³⁶⁰. Anders lauteten die Parteibeschreibungen dagegen, wenn eine Informationspflicht verneint wurde: Journalist³⁶¹, Absolvent einer Banklehre mit siebenjähriger Berufserfahrung³⁶², aus angesehenen und vermögenden Familie stammend³⁶³, Anleger, der innert zwei Monaten für 4,75 Mio. Dollar Aufträge erteilt³⁶⁴.

Zur Ermittlung des Informationsbedarfs ist somit in erster Linie auf die *typischerweise* vorhandene Aufklärungsbedürftigkeit abzustellen. Erst bei erkennbaren Abweichungen vom typischen Informationsbedarf ist dem höheren oder geringeren Wissen bei der Aufklärung Rechnung zu tragen. Das gilt nicht etwa nur im Bankgeschäft, sondern in allen anderen Dienstleistungsbereichen, also auch bei der medizinischen Behandlung. So ist bei letzterer in Anbetracht ihrer Komplexität ein typischerweise grosser Aufklärungsbedarf die Regel³⁶⁵. Be darf ein Patient jedoch infolge genügenden eigenen Wissens, z.B. weil er selber Spezialarzt der betreffenden Disziplin ist, oder weil er sich gleichartiger Eingriffe bereits unterzogen hat, erkennbarerweise keiner zusätzlichen Informationen, so ist er nicht aufklärungsbedürftig und somit nicht aufzuklären³⁶⁶. So muss nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts - hier zeigt sich deutlich die strukturelle Identität aller Aufklärungspflichten - ein Patient, der aufgrund früherer Eingriffe die Risiken kennt, genau so wenig wie ein Anleger, der die gleichen Spekulationsgeschäfte schon mehrmals getätigt hat, über die Risiken aufgeklärt werden³⁶⁷.

Ein Aufklärungsbedürfnis fehlt nicht nur, wenn der Dienstleistungsbezügler bereits informiert ist, sondern auch dann, wenn er die *Information für seine Entscheidungsfindung ohnehin*

359 BGE 119 II 463.

360 Zitiert nach den bei KLINGLER zusammengestellten Urteilen 109ff.

361 OLG München ZIP 1994, 125.

362 BGE 78 II 67.

363 Urteil des Bger vom 19.11.1980 SJ 1981, 526f.

364 Unpubl. Urteil des Bger vom 1.6.1990, E. A.

365 Nur dadurch lässt es sich rechtfertigen, dass sowohl Lehre als auch Rechtsprechung stets und pauschal ausführen, erst die auf hinreichender Aufklärung basierende Einwilligung könne den medizinischen Eingriff rechtfertigen. Die Einwilligung reicht zur Rechtfertigung immer aus, wenn sie mangelfrei ist. Wenn ein „informed consent“ vorliegt, ist völlig unerheblich, ob der Arzt den Patienten aufgeklärt hat oder nicht.

366 WIEGAND, Handbuch m.w.H. 151. Woher der Patient sein Wissen hat, welches ihm eine selbstbestimmte Entscheidung ermöglicht, ist nämlich völlig irrelevant. Eine andere Frage ist, ob nicht aus Beweissicherungsgründen allen Patienten, unabhängig von ihrem Wissensstand, ein Aufklärungsformular ausgehändigt werden soll. In der medizinischen Praxis erfolgt dies genau gleich wie im Derivatgeschäft immer öfter.

367 BGE 115 Ib 178 (Arztrecht), unpubl. Entscheid des Bger vom 1.6.1990, E. 2b, zuvor im Text erwähnt.

*nicht verwenden würde*³⁶⁸. Umgekehrt nimmt der Informationsbedarf mit steigenden Risiken und Gefahren des vorgesehenen „Geschäfts“³⁶⁹ zu, weil Informationen über solche Umstände typischerweise von grosser Entscheidungsrelevanz sind. Dies verleiht dem Element Wissensbedarf im Zusammenspiel der Kräfte mehr Gewicht. Je wichtiger, wesentlicher demnach eine Information erscheint, desto eher ist in der Gesamtbetrachtung eine Aufklärungspflicht gegeben³⁷⁰. Dieser Zusammenhang wird bei der sogenannten Prozentaufklärung bei medizinischer Behandlung evident. Mit zunehmender statistischer Häufigkeit von Eingriffsrisiken und deren Schwere steigt der Wissensbedarf und mit ihm die Intensität von Bestand und Umfang der Aufklärungspflichten³⁷¹. Gleiches gilt im Bankgeschäft: „Ist ohne weiteres ersichtlich, dass der Kunde von den Risiken keine Ahnung hat, muss ihm die Bank darauf hinweisen. Die Anforderungen an die Aufklärungspflicht sind jedoch höher, wenn der Auftraggeber nicht nur mit seinem Vermögen, sondern auch mit ihren Krediten spekuliert.“³⁷² Oder: Bei hochspekulativen Termingeschäften resultieren für den Vermittler besonders strenge Anforderungen an die Aufklärungspflichten³⁷³.

bbb) Präsenzer Wissensvorsprung

(1) Begriff und Funktion im beweglichen System

Oben wurde gezeigt, dass Lehre, Judikatur und auch der Gesetzgeber das zwischen den Parteien vorhandene Wissensgefälle bei der Auflegung von Aufklärungspflichten berücksichtigen³⁷⁴. Dies ist folgerichtig, ist es doch gerade der Zweck der Statuierung von Aufklärungspflichten, dieses Wissensgefälle abzubauen und so dem „client“ einen selbstbestimmten Entschluss zu ermöglichen³⁷⁵. Unter dem Begriff Wissensvorsprung finden solche Wissensgefälle

368 Dazu etwa HOPT, Kapitalanlegerschutz 415.

369 Mit diesem untechnisch verwendeten Ausdruck sollen sowohl die rechtsgeschäftlichen wie auch die rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen erfasst werden.

370 Vgl. BREIDENBACH 63.

371 Vgl. dazu BGE 117 Ib 206, wo ausgeführt wird, dass bei einem Eingriff, der in nahezu 35 Prozent der Fälle die Gefahr einer Paraplegie aufweist, über „...diese vom Gesichtspunkt eines medizinischen Laien aus sehr ungünstigen Erfolgsaussichten hätte ... aufgeklärt werden müssen.“ Zur Prozentaufklärung im allgemeinen vgl. WIEGAND, Handbuch 134f., der allerdings festhält, dass „in der Schweiz (anders als z.T. in Deutschland) auch in Zukunft Risikoprozente nicht ausschlaggebend für die Aufklärungsbedürftigkeit sind“. Dies ist so zu verstehen, dass auch bei der Risikoaufklärung auf die konkrete Aufklärungsbedürftigkeit des individuellen Patienten abzustellen ist, WIEGAND, Handbuch 137.

372 BGE 119 II 335, vgl. dazu oben 2. Kap. II 4 bb.

373 BGH WM 1987, 103; vgl. dazu die Checkliste oben 5.

374 Grundlegend etwa BGH WM 1987, 1546; in neuerer Zeit etwa BGH WM 1994, 149, OLG München ZIP 1994, 125; für die Schweiz etwa BGE 119 II 335; BGE 111 II 72; BGE 68 II 303. Oben 2. Kap. VI.

375 Vgl. statt aller GRUNEWALD 611 (Bankgeschäft); WIEGAND, Handbuch 136 (Arzt-Patientenbeziehung).

sich aus dem Zusammenspiel der Elemente im beweglichen System auch ohne konkreten Wissensvorsprung eine Aufklärungspflicht ergeben.³⁸³ In den klassischen Dienstleistungsverhältnissen ist dies der Fall, wenn die betreffende Information entsprechend der vom Aufklärungspflichtigen eingenommenen Rolle und Funktion³⁸⁴ diesem als typischerweise bekannt vorausgesetzt werden kann bzw. eine Nachforschungsverpflichtung anzunehmen ist³⁸⁵. So trifft auch eine Bank, die - aus welchen Gründen auch immer - nicht sachverständig ist und somit über keinen Informationsvorsprung verfügt, aber z.B. im Anlagegeschäft Expertenrolle und -funktion einnimmt, Informationspflichten³⁸⁶.

Bezieht sich der Vorsprung im präsenten Wissen auf Umstände, die nach der Lebenserfahrung zu den *allgemeinen Gefahren oder Konsequenzen des anvisierten rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Handelns* gehören, besteht - trotz Wissensgefälles - keine Aufklärungspflicht³⁸⁷, weil es am erkennbaren Aufklärungsbedarf mangelt. Anderes kann nur gelten, wenn der Klient offensichtlich keine Ahnung von den Risiken, er mithin erkennbarerweise wesentlichen Informationsbedarf hat³⁸⁸. Durch solches *Zusammenspiel der Elemente* wird verhindert, dass bei Vorliegen von Wissensgefällen ohne weiteres Aufklärungspflichten angenommen werden, bloss weil sich der konkrete Wissensvorsprung als der einfachste Weg „zur Konstruktion“ von Aufklärungspflichten anbietet³⁸⁹.

denn auch Eingang in das bewegliche System. Es handelt sich dabei ebenfalls um ein „starkes“ Kriterium, da bei Vorliegen eines Wissensvorsprungs Aufklärungspflichten häufig auch dann noch angenommen werden, wenn die unten vorzustellenden Elemente Rolle und Funktion kaum ausgeprägt sind³⁷⁶.

Wissensvorsprung liegt vor, wenn der Aufklärungspflichtige bezüglich der den Informationsbedarf des Aufklärungsadressaten auslösenden Umstände über *konkretes Wissen verfügt, das dem Adressaten fehlt*. Im Zusammenspiel mit den übrigen Elementen des beweglichen Systems wird mit dem Wissensvorsprung berücksichtigt, dass Bestand, Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten nicht unabhängig davon sein können, ob der Aufklärungspflichtige tatsächlich über präsenten Wissen verfügt oder nicht³⁷⁷. Der Einsatz dieses Kriteriums im beweglichen System erfährt seine Rechtfertigung also durch das *Prinzip der Effizienz*: Wer über die relevanten Informationen bereits verfügt, soll „eher aufklären, als derjenige, der sich die Information erst mühsam und unter hohen Kosten beschaffen muss.“³⁷⁸ So ist denn auch nach der Theorie von der ökonomischen Analyse des Rechts bei der Beurteilung der Frage, ob eine Aufklärungspflicht verletzt worden ist, darauf abzustellen, welche der Parteien die Information zu den geringeren Kosten beschaffen kann³⁷⁹. Daraus darf aber keinesfalls geschlossen werden, dass der Richter nun zur Bestimmung der Aufklärungspflichten eine solche Abwägung vornehmen müsste. Es handelt sich nur um die Rechtfertigung eines Prinzips mit den Mitteln der Ökonomie. Der Richter hat bloss zu prüfen, ob Wissen vorhanden war oder nicht.

Das Informationsgefälle ist allerdings nicht schlechthin Auslöser von Aufklärungspflichten hinsichtlich von Umständen, über die der Pflichtige gerade die notwendigen Spezialkenntnisse hat³⁸⁰. Es löst nur Aufklärungspflichten bezüglich solcher Informationen aus, die für den individuellen Aufklärungsadressaten in Anbetracht des konkreten Vertragszwecks erkennbarerweise relevant sind³⁸¹, es muss also, wie oben ausgeführt, ein Informationsbedarf vorliegen. Umgekehrt können Informationspflichten auch *ohne Informationsvorsprung* gegeben sein³⁸²: Wenn Wissensbedarf, Rolle und Funktion besonders stark ausgeprägt sind, kann

³⁷⁶ Vgl. etwa RÜMCKER 44; VORTMANN, Aufklärungspflichten N 14, N 150.

³⁷⁷ CANARIS, Bankvertragsrecht 3. A. N 1886f; BREIDENBACH 71.

³⁷⁸ BREIDENBACH 70; RÜMCKER 44.

³⁷⁹ Vgl. dazu grundlegend POSNER RICHARD A., *Economic Analysis of Law*, Boston 3. A. 1986, 99.

³⁸⁰ So aber AK-TEUBNER, § 242 BGB N 76.

³⁸¹ Für das Bankgeschäft RÜMCKER 38; dies gilt auch für die Aufklärung bei medizinischer Behandlung. Vgl. zum ganzen oben sub aaa.

³⁸² Dies entspricht den Eigenheiten eines beweglichen Systems und macht gerade seine Vorzüge aus. Andernfalls würde für jeden potentiell Aufklärungspflichtigen ein Anreiz geschaffen, die Augen zu verschliessen und sein Wissen möglichst gering zu halten.

³⁸³ So auch BREIDENBACH 71.

³⁸⁴ Z.B. der Chirurg hinsichtlich der Konsequenzen des Eingriffs, der Schönheitsarzt bezüglich der Nichtdekung der Kosten durch die Krankenkasse, die Bank im Anlagegeschäft etc.

³⁸⁵ Z.B. Hinweispflicht auf BBB-Rating der australischen Bond-Gruppe, obwohl dieses Wissen bei der Bank nicht präsent war, vgl. zu diesem Fall ARENDTS, *Wertpapier*; Pflicht zur richtigen Information über komplizierte Fragen der Kostendeckung eines Eingriffs, obwohl dem Arzt die Vorschriften nicht im Detail bekannt gewesen waren.

³⁸⁶ Bond-Anleihe, vgl. vorangehende Fn. Sogar wenn Rolle und Funktion nicht in diesem ausgeprägten Masse wie bei einer Bank dafür sprechen, kann sich trotz Fehlens von präsentem Wissen eine Aufklärungspflicht ergeben, wenn der Informationsbedarf besonders gross ist. So hat auch derjenige Vermittler von hochrisikanten Termingeschäften über die Möglichkeit eines Totalverlustes zu informieren, der selber davon nichts versteht, d.h. er schuldet unabhängig von seinem fehlenden Wissen Schadensersatz, wenn der Verlust eintritt.

³⁸⁷ Vgl. BGE 117 Ib 203f. E. 3b für die Aufklärung bei medizinischer Behandlung; VORTMANN, Aufklärungspflichten N 8 für das Bankgeschäft.

³⁸⁸ Dazu oben zum Informationsbedarf aaa; vgl. auch BGE 119 II 335; im gleichen Sinne auch BREIDENBACH 71, der für den Fall, dass der Adressat grundsätzlich Zugriff auf die Information hat, eine Informationspflicht bei wesentlichem Informationsbedarf (Ahnungslosigkeit gemäss Bger) und präsentem Wissen des Pflichtigen bejaht.

³⁸⁹ Vgl. die entsprechende Befürchtungen bei MESSER 76.

(2) *Abgrenzung vom und Kritik am Element „Möglichkeit der Information“ von BREIDENBACH*

Auf die hier unter dem Begriff Wissensvorsprung gezogenen Schlussfolgerungen, wonach bei aktuellem Wissen eher aufzuklären ist, nimmt BREIDENBACH unter zwei Topoi, nämlich dem „Informationsbedarf“ und der „Möglichkeit der Information“, Bezug. Zum hier vorgeschlagenen Konzept bestehen allerdings nicht nur terminologische, sondern gewichtige materielle Unterschiede: BREIDENBACH betrachtet präsentiertes Wissen zum einen als „stärkste Ausprägung des Elements Informationsbedarf“³⁹⁰, was, wie oben gezeigt wurde, nicht sachgerecht ist. Denn die Schutzbedürftigkeit des Aufklärungsadressaten ist völlig unabhängig davon gegeben bzw. nicht gegeben, ob der Pflichtige die für den Adressaten entscheidungserheblichen Umstände selber kennt oder nicht.³⁹¹

Das präsente Wissen wird bei BREIDENBACH zum andern auch vom Element „Möglichkeit der Information“ erfasst³⁹². Präsentes Wissen stellt nämlich dessen stärkste Ausprägung dar, da dieses Kriterium nach dem Aufwand, der zur Beschaffung der Information aufgewendet werden muss, abgestuft wird. Daraus resultieren nun allerdings unakzeptable Konsequenzen: So sollen sich die Aufklärungspflichten reduzieren, „je mehr die Informationsbeschaffung den Pflichtigen belastet.“³⁹³ Damit wird privilegiert, wer über ein ineffizientes und deshalb teures Informationsbeschaffungssystem verfügt. Soll der Praxis mit dem beweglichen System ein taugliches Hilfsmittel zur Bestimmung der Aufklärungspflichten in die Hand gegeben werden, kann die Verwendung eines Elements, das darauf abstellt, welche Schwierigkeiten mit der Informationsbeschaffung verbunden sind, nicht als zweckmässig betrachtet werden. Es dürfte den Gerichten nämlich schwerfallen, zu beurteilen, mit welchem Aufwand die Beschaffung einer Information verbunden ist, und ob dieser Aufwand grösser oder kleiner, als der vom Adressaten zur Erreichung des gleichen Zwecks zu erbringende Einsatz gewesen wäre. Das Abstellen auf das Element Wissensvorsprung im hier verstandenen Sinne mit der vom Richter einfach mit ja oder nein zu beantwortenden Frage, ob Wissen in casu präsent war oder nicht, ist mithin vorzuziehen.

³⁹⁰ BREIDENBACH 70.

³⁹¹ Auf diesen Umstand geht BREIDENBACH nicht ein.

³⁹² BREIDENBACH 71; soweit kann ihm gefolgt werden.

³⁹³ BREIDENBACH 72; fällt die Aufklärungspflicht aus diesem Grund weg, soll immethin eine Pflicht zum Hinweis über die Schwierigkeit der Wissensbeschaffung und der allfälligen Unvollständigkeit der Information bestehen.

ccc) *Rolle*

Oben wurde ausführlich dargelegt, dass die Vertrauenshaftung bzw. die daraus fließenden Schutzpflichten durch die vom Schuldner eingenommene berufliche Rolle konkretisiert werden können³⁹⁴. Es ist deshalb folgerichtig, wenn im hier vorzustellenden beweglichen System, das der Bestimmung von Bestand, Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten dient, als ein konkretisierendes Element die Rolle herangezogen wird.

Neben Informationsbedarf und Wissensvorsprung bestimmen die gesellschaftlich definierten *Rollen* der (prospektiven) Vertragspartner Bestand, Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten³⁹⁵. Dem Gebrauchtwagenhändler wird unter viel engeren Voraussetzungen eine Aufklärungspflicht auferlegt als einem in klassischen Dienstleistungsbranchen Tätigen³⁹⁶. Unter diesen wird wiederum nach der „Professionalisierung“ der Berufsposition differenziert. Mit steigender Professionalisierung steigen nämlich die Verhaltenserwartungen des Publikums gegenüber dem Experten im vorvertraglichen und vertraglichen Stadium³⁹⁷. Diese gehen wie ausgeführt dahin, dass der Experte in seinem Verhalten den Anforderungen genügt, die den Grad an Professionalisierung seines Berufs ausmachen. Hochqualifizierte Ausbildung, Berufsethik, Durchsetzung derselben durch Standesorganisationen, Unterstellung unter staatliche Aufsichtsorgane (z.B. die Eidgenössische Bankenkommission) sowie insbesondere die „Service-Orientierung“ sind solche Kriterien. Je ausgeprägter diese sind, desto eher wird angenommen, dass „jeder Klient ein Recht auf bestmögliche Behandlung hat“³⁹⁸, desto stärker wird Dienstleistungserbringung zur Interessenwahrung, desto eher werden Aufklärungspflichten statuiert³⁹⁹. Dies trifft in besonderem Masse für die den traditionellen „artes liberales“ zugehörigen Dienstleistungsberufe, wie etwa den Anwalt, den Arzt aber auch den Bankier, zu. Die *soziale Prägnanz* und die *Standardisierung* dieser Berufsrollen macht sie besonders wertbar für die sichere Konkretisierung von Aufklärungspflichten⁴⁰⁰. Deshalb haben Recht-

³⁹⁴ Oben III 2 b.

³⁹⁵ So auch AK-TEUBNER, § 242 BGB N 75.

³⁹⁶ Vgl. z.B. die oben III 2 b b zitierte Meinungsumfrage betreffend das den Banken entgegengebrachte Vertrauen.

³⁹⁷ Der Text folgt hier KÖNDGEN 210f.

³⁹⁸ KÖNDGEN 211.

³⁹⁹ Wichtig ist der Hinweis, dass die freiberufliche Ausübung der Dienstleistungstätigkeit kein notwendiges Element der Professionalisierung ist, KÖNDGEN 212. So praktizieren in Deutschland etwa mehr als die Hälfte der Ärzte im Angestelltenverhältnis, so sind die Mehrzahl der Anwälte in grossen Kanzleien nicht selbständig Erwerbende, sondern Angestellte.

⁴⁰⁰ KÖNDGEN 210f.

sprechung und Lehre Angehörigen solcher hochprofessionalisierten Dienstleistungsbetriebe intensivere Aufklärungspflichten auferlegt⁴⁰¹.

Wie oben dargelegt, *entsprechen Legislative und Judikative vermehrt diesen Verhaltenserwartungen*, mit welchen die Kundschaft professionellen Dienstleistungsanbietern entgegentritt⁴⁰². Dies gilt in besonderem Masse für die Aufklärungspflichten: sie werden je länger desto mehr unabhängig vom zugrundeliegenden Rechtsverhältnis an die Expertenrolle des Dienstleistungserbringers angeknüpft. Die hier propagierte *Heranziehung der Expertenrolle* als konkretisierendes Element einer Querschmittaufklärung⁴⁰³ für Aufklärungspflichtverletzungen steht demnach in Einklang sowohl mit gesetzgeberischen wie höchstrichterlichen Wertungen.

Dem Prinzip des beweglichen Systems entsprechend, gilt für das Element Rolle dasselbe wie für die anderen Topoi: Die starke Ausprägung der Rolle führt zwar häufig, aber nicht immer zur Annahme von Aufklärungspflichten. Umgekehrt schliesst das Fehlen einer Professional-Rolle nicht jede Aufklärungspflicht per se aus. Für beide Abweichungen von der typischen Pflichtenresultante ist das letzte Element, die Funktion, von besonderer Bedeutung.

d) Funktion

BREIDENBACH verwendet anstelle der Berufsrolle den Funktionskreis als Element zur Konkretisierung der Aufklärungspflichten⁴⁰⁴. Er begründet dies mit der „Brüchigkeit des Rollenkonzepts“: Die Rollenanalyse sei nichts anderes als die Untersuchung bestimmter Funktionskreise, die, da an Berufsrollen gebunden, häufig vorkommen⁴⁰⁵. Dies trifft immer dann nicht zu, wenn der Träger einer bestimmten Rolle gleichzeitig in verschiedenen Funktionskreisen tätig ist, wie dies etwa beim Bankier im Universalbankensystem üblich ist⁴⁰⁶. Nur im Idealfall, wenn Rolle und Tätigkeitsgebiet übereinstimmen, sind die beiden Elemente deckungsgleich; in allen andern Fällen, insbes. eben im Bankgeschäft, müssen beide Kriterien beachtet werden, da sie je einen unterschiedlichen Gehalt aufweisen können.

⁴⁰¹ Dazu oben III 2 b.

⁴⁰² Vgl. oben III 2 b cc.

⁴⁰³ Also eine einheitliche Haftung für Aufklärungspflichtverletzungen im vertraglichen wie im vorvertraglichen Stadium.

⁴⁰⁴ BREIDENBACH 73ff.

⁴⁰⁵ BREIDENBACH 40.

⁴⁰⁶ Die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung zeigt sich gerade daran, dass das Auseinanderfallen von Rolle und Funktion z.B. im Bankgeschäft in den USA als problematisch betrachtet wurde, insbes. weil Interessenkonflikte entstehen können. Auch aus diesem Grund wurde deshalb das Trennbankensystem etabliert. Derzeit sind in den USA nun Bestrebungen im Gange, den aus den 30er Jahren stammende Glas-Steagall Act abzuschaffen, um den Geschäftsbanken die Beteiligung am Wertpapiergeschäft zu erlauben, vgl. NZZ Nr. 49 vom 28.2.1995, 21.

BREIDENBACHS Feststellung, dass nicht die Rolle, sondern die Funktionsverteilung den Haftungsinhalt beeinflussen, enthält insofern einen richtigen Gedanken, als das *alleinige Abstellen auf die berufliche Rolle* die Aufklärungspflichten nicht genügend zu konkretisieren vermag. Denn es trifft nicht zu, dass „die Verhaltenserwartungen an den Berufspraktiker ... jeweils schon als sozusagen abrufbares Rollenmodell“ bereitstehen und sich „unterschiedslos an jeden Inhaber einer beruflichen Position“ richten und das ganze Tätigkeitsgebiet des Professionals abdecken⁴⁰⁷. Die Erwartungen, die an den Rolleninhaber gestellt werden, haben zwar einen gemeinsamen Sockel, sie variieren jedoch beträchtlich je nach der Funktion, in welcher der Rolleninhaber tätig wird.

So können die Erwartungen, die an den Bankier, den Arzt, den Architekten etc. gestellt werden, sehr unterschiedlich sein. Beispielsweise wird von der Bank im Kapitalanlagegeschäft ungleich mehr Information erwartet als im Kreditgeschäft, da bei letzterem der Interessengegensatzcharakter des Geschäfts erkennbar wird und die Interessenwahrnehmungspflichten der Bank in den Hintergrund rücken. Gleiches trifft für den Zahlungsverkehr zu: Die Bank wird hier in einer Funktion tätig, deren Inhalt sich erkennbarerweise auf die schnelle und technisch korrekte Abwicklung der Zahlungsaufträge beschränkt. Obwohl das Kreditgeschäft und der Zahlungsverkehr vom gleichen Rollenträger abgewickelt werden wie Anlagegeschäfte, sind Bestand, Inhalt und Intensität der Aufklärungspflichten also völlig unterschiedlich. Dies beruht darauf, dass die vom Bankier ausgeübte Funktion je nach zugrundeliegendem Geschäft eine Gegenkraft zum Element Bankiersrolle entfaltet, mit der grundsätzlich Interessenwahrnehmungs- und damit Aufklärungspflichten einhergehen. Bei gleicher Rolle kann die Aufklärungspflicht (bei Identität der Elemente Informationsbedarf und Wissensvorsprung) mithin beträchtlich variieren. Deshalb berücksichtigen auch Judikatur und Rechtsprechung, wie oben gezeigt wurde, die vom Dienstleistungserbringer wahrgenommene Funktion, wenn es um die Beurteilung der Aufklärungspflichten geht⁴⁰⁸.

Die Rolle als Element des beweglichen Systems zur Konkretisierung der Aufklärungspflichten ist also durch ein weiteres Element, die *Funktion*, zu ergänzen⁴⁰⁹. Unter Funktion ist dabei der Aufgaben- oder Geschäftsbereich, in dem der Pflichtige tätig wird, zu verstehen⁴¹⁰. Unterschiedliche Funktionen im Bankgeschäft sind wie erwähnt etwa das Kreditgeschäft, der

⁴⁰⁷ So aber KÖNDGEN, Bankhaftung 135. Eine solche generelle und pauschale Umschreibung der Berufsrolle vermag gerade das nicht zu leisten, was KÖNDGEN als ihren Vorzug nennt, nämlich eine pflichtenbegründende und -modifizierende Funktion einzunehmen.

⁴⁰⁸ Oben 2. Kap. VI 4.

⁴⁰⁹ Im (ideal)typischen Falle, wo Rolle und Funktion übereinstimmen, würde es genügen, entweder die Rolle oder die Funktion als Element im beweglichen System zu verwenden.

⁴¹⁰ Vgl. dazu RÜMKE 48f.

zept, das diesen Aspekt zu wenig beachtet, kann auch⁴¹⁹ deshalb nicht einfach übernommen werden.

cc) Die Anwendung des beweglichen Systems

aaa) Verifizierungsbedarf

Das bewegliche System soll die Bestimmung von Bestand, Inhalt und Umfang vorvertraglicher und vertraglicher Aufklärungspflichten ermöglichen. Ob es tatsächlich gelungen ist, in der unübersichtlichen Menge von Einzelsachverhalten eine Struktur zu erkennen, die von der Praxis als operables Schema zur Beurteilung von Aufklärungspflichten herangezogen werden könnte, wird erst die stichprobenweise Anwendung des „elastischen Merkmalsgefüges“ auf die verschiedenartigsten Aufklärungsfälle zeigen. Dabei ist zu beachten, dass das bewegliche System naturgemäss nur ein *Argumentationsmuster* und nicht eine - *womöglich unfehlbare Formel* darstellt, handelt es sich beim entwickelten System doch nicht um eine Anzahl abstrakt formulierter Rechtsfolgeaussetzungen im Sinne eines gesetzlichen Tatbestandes. Mit dem beweglichen System ist mithin eine mit gleichsam „mathematischer Genauigkeit“ erfolgende Bestimmung der Aufklärungspflichten unmöglich⁴²⁰: Das vom Aufklärungspflichtigen an den Tag gelegte Verhalten ist insbesondere bezüglich der Elemente Rolle und Funktion unterschiedlichen Interpretationen zugänglich, die Gewichtung der einzelnen Elemente ist eine Wertungsfrage und die Bestimmung des aus dem Zusammenspiel der Kräfte resultierenden Vektors deshalb nicht mit unfehlbarer Sicherheit vorhersagbar.

bbb) Auswahl der Anwendungsfälle

Der Hauptteil der Anwendungsbeispiele stammt aus dem *Bankgeschäft*, zum einen, da sich hier die Auswirkungen unterschiedlich starker Elemente auf die Konkretisierung der Aufklärungspflichten besonders gut zeigen, zum andern weil in diesem Gebiet die Bestimmung der Aufklärungspflichten am meisten Schwierigkeiten zu bereiten scheint.

418 Wenn das Denken in sozialen Rollen zulasten generell-abstrakter Erörterungen bei der Beurteilung von Rechtsproblemen in den Vordergrund geschoben wird, ist es zwingend, dass in einer beruflich hoch differenzierten Gesellschaft die Rollen selber in ihrer Differenziertheit beachtet werden.

419 Zur zweiten wichtigen Abweichung im Punkt Wissensvorsprung gegen BREIDENBACHS „Möglichkeit der Information“ vgl. b bb bbb.

420 BREIDENBACH 91. GERMANN 25 weist zutreffenderweise darauf hin, dass auch der gesetzliche Tatbestand dem Richter letztlich nur sagt, nach „welchen Gesichtspunkten“ ein Fall zu beurteilen ist. Dies heisst allerdings nicht, dass sich das bewegliche System bloss quantitativ vom Tatbestand unterscheiden würde; nur zu letzterem lässt sich im Wege der Subsumtion ein Sachverhalt zuordnen, und nur dem Typus „bewegliches System“ kommen die für dessen Funktionsfähigkeit und Operabilität essentiellen Merkmale Variabilität und Graduierbarkeit seiner Elemente zu. Vgl. dazu nur TAUPITZ, Offenbarung 82; ENGISCH, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft in unserer Zeit, Heidelberg 1953, 237ff.

Zahlungsverkehr und das Kapitalanlagegeschäft. Der Funktionstypus folgt demnach nicht der rechtlichen Einordnung der zugrundeliegenden Verträge. So gehören Proper- und Kommissionsgeschäfte der gleichen Funktion an und werden im BEHG und im WpHG bezüglich der Aufklärungspflichten bezeichnenderweise gleich behandelt⁴¹¹.

Der *Funktionskreis* kann jedoch *keinesfalls* das *Element Rolle im beweglichen System* ersetzen⁴¹². Wenn BREIDENBACH dies propagiert, übersieht er, dass bei der Ausübung derselben Funktion durch verschiedenartige Rollenträger gänzlich unterschiedliche rechtlich geschützte Erwartungen ausgelöst werden. So werden etwa bei der Vermittlung von Kapitalanlagen an den Bankier zurecht höhere Anforderungen als an den Telefonverkäufer gestellt⁴¹³, was die Aufklärungspflichten anbelangt. Denn die Bank hat, wie schon CANARIS formulierte, aufgrund ihrer „Stellung“ eine besondere Treuepflicht⁴¹⁴. Hier ist es also tatsächlich die „soziale Rolle“⁴¹⁵, welche die (unterschiedliche) Intensität der Aufklärungspflichten auslöst. Ebenfalls nur die *Rolle* berücksichtigt, dass auf einem bestimmten Tätigkeitsgebiet unterschiedlich qualifizierte Akteure auftreten. So wird der Kunde bei Kreissparkassen in punkto Auslandgeschäft oder Vermögensverwaltung gewisse Abstriche machen⁴¹⁶, genau gleich wie der Patient, der vom Allgemeinpraktiker weniger Aufklärung betreffend Versicherungsdekung bestimmter operativer Eingriffe erwarten kann als vom Chirurgen.

Genau so wie die Heranziehung der von einem Dienstleistungserbringer besetzten *Rolle ohne Berücksichtigung seiner Funktion* die von ihm geschuldete Aufklärung nicht hinreichend zu konkretisieren vermag, zeigt sich hier, dass die Verwendung eines beweglichen Systems zur Bestimmung der Aufklärungspflichten *ohne das Element „Rolle“* abzulehnen ist. Damit würde nämlich ein Umstand, der zu markanten Pflichtdifferenzierungen führt, unberücksichtigt bleiben. Fazit: Die Funktion ist ein taugliches, jedoch nicht hinreichendes Element zur Bestimmung der Aufklärungspflichten. *Erst die Verbindung von Funktion und der vom Dienstleistungserbringer eingenommenen Rolle erlangt - neben den anderen Elementen des beweglichen Systems⁴¹⁷ - genügend pflichtdifferenzierende Wirkung⁴¹⁸*. BREIDENBACHS Kon-

411 Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG; § 31 WpHG. Zur ebenfalls auf diesem Standpunkt stehende h.L. und Judikatur oben 2. Kap. II 4c.

412 BREIDENBACH 40.

413 Der ein Beispiel für das Discountgeschäft im Wertpapierhandel ist, dazu oben 2. Kap. II.

414 CANARIS, Bankvertragsrecht 2. A. N 1852.

415 So GRUNEWALD, Zur Haftung von Fachleuten 628.

416 Beispiel von KÖNDGEN, Bankhaftung 135.

417 Informationsbedarf und Wissensvorsprung.

Obwohl die Aufklärungspflichten bei *medizinischer Behandlung* im deutschen und schweizerischen Recht in den Grundsätzen unumstritten sind, soll das Funktionalisieren des beweglichen Systems auch an ihnen verifiziert werden; dies, um die hier behauptete *strukturelle Identität aller Aufklärungspflichten*⁴²¹ zu belegen.⁴²²

Im weiteren wurde, dem Ziel der Arbeit entsprechend⁴²³, Wert darauf gelegt, die Anwendung des beweglichen Systems anhand von in der Praxis häufig vorkommenden Konstellationen zu demonstrieren. Deshalb handelt es sich bei den meisten Beispielen um „*typische Fälle*“, deren Betrachtung jedoch durch Hinweise auf *Varianten* ergänzt wird.

ccc) *Aufklärungspflichten bei medizinischer Behandlung*

(1) *Selbstbestimmungsaufklärung*

BGE 115 Ib 175ff.: *C litt seit ihrer Geburt an einem schweren Herzfehler und unterzog sich deshalb mehreren Operationen. Beim vom Gericht zu beurteilenden Eingriff verwirklichte sich ein für solche Operationen typisches Risiko, das zur Invaliddität der dreijährigen Patientin führte. Über dieses Risiko waren die Eltern des Kindes vor dem Eingriff nicht aufgeklärt worden. Das Bundesgericht verneinte eine Verletzung der Aufklärungspflicht, zum einen, da die Eltern aufgrund der vorhergehenden Eingriffe bereits informiert gewesen waren, zum andern, weil es ohnehin der allgemeinen Lebenserfahrung entspreche, dass mit äusserst komplizierten, lebensnotwendigen Herzoperationen erhöhte Gefahren für Leib und Leben einhergehen.*

Die Elemente *Rolle* (Arzt) und *Funktion* (Vornahme einer invasiven Behandlung) sprechen ohne Zweifel stark für die Annahme einer Aufklärungspflicht. Die Eltern waren sich der Risiken der Operation aber bewusst, weshalb sie keinen Informationsbedarf hatten. Der Arzt verfügte diesbezüglich auch *nicht* über einen *rechtlich relevanten Wissensvorsprung*. Das Fehlen des *erkennbaren Informationsbedarfs* schloss die Annahme einer Aufklärungspflicht trotz zweier „bejahenden“ Systemelemente zwingend aus⁴²⁴. Wenn die Eltern das Risiko des Eingriffs – entgegen der bundesgerichtlichen Annahme – tatsächlich nicht erfassten hätten,

421. Gleicher Auffassung scheint das Bger zu sein, vgl. BGE 119 II 333ff. Zur Vergleichbarkeit der Informationspflichten des Architekten mit denjenigen des Arztes vgl. Baurecht 1994, 106.

422. In der Literatur wird sogar von Autoren, welche die Informationspflichten als grundsätzlich einheitliche Erscheinung auffassen, daran festgehalten, dass die ärztliche Aufklärungspflicht ein eigenständiges Phänomen und anderen Prinzipien unterworfen sei als die übrigen Informationspflichten, so etwa WINKLER VON MOHRENFELS 26.

423. Oben I. Kap. I.

424. Zur Unabdingbarkeit des Elementes erkennbarer Informationsbedarf im beweglichen System vgl. oben bb aaa.

würde dies am Ergebnis nichts ändern. Denn es würde immer noch an der *Erkennbarkeit* des Informationsbedarfs fehlen: Zwar besteht in der Arzt-Patientenbeziehung typischerweise ein Anschein von Aufklärungsbedürftigkeit, weshalb in aller Regel Informationspflichten zu erfüllen sind. Aufgrund der vorangehenden Operationen war jedoch davon auszugehen, dass die Eltern keinerlei Wissensbedarf mehr hatten, um den Entscheid über den Eingriff zu treffen. Das Zusammenspiel der Merkmale des beweglichen Systems ergibt hier eine klare Lösung: Da der erkennbare Informationsbedarf nicht gegeben war, entstand keine Aufklärungspflicht, obwohl zwei Elemente, nämlich Rolle und Funktion, dafür sprachen.

BGE 117 Ib 197ff.: *Wegen eines Querschnittsyndroms wurde an C eine Laminektomie (operative Freilegung des Rückenmarks) durchgeführt. Nach dieser Operation wies der Patient eine vollständige Lähmung beider Beine auf. Damit hatte sich ein Eingriffsrisiko verwirklicht, dessen Eintretenswahrscheinlichkeit bei 35 Prozent liegt. Das Bundesgericht bejahte eine Verletzung der Aufklärungspflicht, da der Arzt lediglich über die Möglichkeit operativer Komplikationen informiert hatte.*

Die Merkmale *Rolle* und *Funktion* sind ohne Zweifel wiederum gegeben⁴²⁵. Ob *Wissensvorsprung* vorliegt, kann nicht beantwortet werden, da dem Sachverhalt nicht zu entnehmen ist, ob der Arzt Eingriffsrisiko und Risikohöhe gekannt hatte. Dies ist allerdings in casu unerheblich, da auch bei Fehlen des Wissensvorsprungs Aufklärungspflichten entstehen können, wenn die übrigen Elemente genügend ausgeprägt sind⁴²⁶. *Erkennbarer Informationsbedarf* liegt eindeutig vor, da ein medizinischer Laie von dem eingetretenen Risiko und dessen Eintretenswahrscheinlichkeit typischerweise keine Ahnung hat. Als Resultate des Zusammenspiels dieser Elemente ergibt sich somit eine Aufklärungspflicht. Das bewegliche System vermag jedoch nicht nur Auskunft über den Bestand, sondern, hier entscheidend, auch über den erforderlichen Inhalt und Umfang der Aufklärung zu geben: Da mit zunehmender Risikohöhe (Eintretenswahrscheinlichkeit und Risikoschwere) der typische und damit erkennbare Informationsbedarf ansteigt⁴²⁷ und insbesondere die Kenntnis des betreffenden Risikos mitumfasst, hat sich die Aufklärung auf Hinweise auf diese konkrete Gefahr zu erstrecken⁴²⁸. Dies gilt hier vorbehaltlos, da auch die Elemente Funktion und Rolle nicht gegenläufig „Kräfte“ entwickeln, sondern, wie immer im Arzt-Patientenverhältnis, besonders ausgeprägt für Informationspflichten sprechen.

425. Vgl. das vorangehende Beispiel.

426. Vgl. dazu oben bb bbb.

427. Vgl. oben bb aaa.

428. Vgl. oben bb aaa.

(2) *Wirtschaftliche Aufklärungspflicht*

BGE 119 II 456ff.⁴²⁹: X konsultierte den Spezialarzt Y wegen Übergewichtigkeit. Dieser schlug ihr eine Gastroplastie und andere Eingriffe vor, die er dann auch kunstgerecht ausführte. Die Krankenkasse der Patientin lehnte in der Folge eine Kostenübernahme zu recht ab, da die dafür erforderlichen Voraussetzungen in casu nicht gegeben waren.⁴³⁰ Das von der Patientin angerufene Bundesgericht hielt fest, dass den Arzt eine Pflicht zur Information über wirtschaftliche Belange der Heilbehandlung, insbesondere die fehlende Krankenkassendeckung, treffe. Von einem Arzt, der ins System der Krankenversicherung eingebunden sei, könne erwartet werden, dass er Fälle, bei welchen die Krankenkassendeckung zweifelhaft sei, zumindest als solche erkenne. Wenn er wisse, dass die Kosten einer bestimmten Behandlung nicht von der Krankenkasse übernommen würden oder diesbezüglich zweifle oder Zweifel haben müsse, so sei es seine Pflicht, den Patienten darauf aufmerksam zu machen.

Die Tatsache, dass eine nicht unbedingt notwendige Operation mit Kosten in der Höhe von über Fr. 10'000.-- nicht von der Krankenkasse bezahlt wird, gehört zu den Informationen, die für den Entschluss des Aufklärungsempfängers relevant sind. Da der Patientin diese Information fehlte, bestand ihrerseits ein *Aufklärungsbedürfnis*. Dieses war *erkennbar*, da Patienten, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, typischerweise keine Kenntnisse darüber haben, welche Behandlungen im Einzelfall von der Krankenversicherung nicht gedeckt sind. Genau dieser Informationen aber hätte die - wie dem Arzt bekannt war - in bescheidenen Verhältnissen lebende Frau typischerweise bedurft, um den Entscheid über eine medizinisch nicht zwingend notwendige Operation zu treffen. Das Element *erkennbarer Informationsbedarf* war somit gegeben. Ein rechtlich relevanter *Wissensvorsprung* war seitens des Arztes nicht vorhanden, da dieser über die Voraussetzungen einer Übernahme der Kosten derartiger Operationen gegen das Merkmal *Rolle*, gehört der Spezialarzt doch zu den am stärksten professionalisierten Dienstleistungserbringern überhaupt. Der Arzt war hier zwar in einer *Funktion* tätig, deren Inhalt vornehmlich in der kunstgerechten Behandlung des Übergewichtleidens lag. Da er dabei jedoch stets die berechtigten Interessen der Patientin, soweit sie erkennbar waren, zu berücksichtigen hatte, traf ihn gerade bei Behandlungen, deren versicherungsrechtliche Deckung

⁴²⁹ Entscheid in französisch, deutsche Berichterstattung dazu von ABEGLLEN, Wirtschaftliche Aufklärungspflicht I/78ff.

⁴³⁰ Operationen wegen Übergewichts stellen nur dann eine von der Krankenkasse bereits im Rahmen der Grundversicherung zu vergütende sog. Pflichtleistung dar, wenn das Gewicht mindestens 180% des Idealgewichts beträgt, Verordnung 9 zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung betreffend die „Leistungspflicht der anerkannten Krankenkassen für bestimmte diagnostische und therapeutische Massnahmen“ und Anhang Ziff. 1.1 dazu.

nicht generell gegeben ist, erkennbarerweise eine minimale Pflicht zur Berücksichtigung der finanziellen Aspekte der Heilbehandlung. Das Element Funktion spricht demnach ebenfalls für eine Aufklärungspflicht. Der Wissensbedarf und die Rolle waren besonders stark, die Funktion relativ stark ausgeprägt, derweil der fehlende Wissensvorsprung klar gegen eine Aufklärungspflicht sprach. Da dem Arzt entsprechend der von ihm eingenommenen Rolle und Funktion die kritische Information als bekannt vorausgesetzt werden musste, ändert das Fehlen des Wissensvorsprungs am Ergebnis nichts.⁴³¹ Als Resultate des Zusammenspiels der Kriterien ergibt sich eine „wirtschaftliche Aufklärungspflicht“⁴³², an deren Inhalt jedoch nicht überspannte Anforderungen gestellt werden dürfen.⁴³³

ddd) *Aufklärungspflichten im Bankgeschäft*(1) *Kreditgeschäft*

BGH WM 1981, 869f.: *Anlässlich der Gewährung eines Finanzierungskredits zum Erwerb eines Waschsaloons wusste die Bank (aus besonderen, hier nicht interessierenden Gründen) um die entgegen der Behauptungen des Verkäufers mangelnde Ertragsfähigkeit des Geschäfts. Sie unterliess es aber, den ahnungslosen Kunden darüber aufzuklären. Der Bundesgerichtshof entschied, dass die Bank aufgrund des durch die Vertragsverhandlungen begründeten vertrauensähnlichen Vertrauensverhältnisses im Rahmen von Treu und Glauben die Pflicht gehabt hätte, den Kunden darüber zu informieren, dass es für die Annahme der vom Verkäufer gemachten Angaben über die realisierbaren Monatsgewinne keine Grundlage gab.*

Die Elemente *Rolle* und *erkennbarer Informationsbedarf* sprechen offensichtlich für die Annahme einer Aufklärungspflicht⁴³⁴. Die *Funktion* dagegen schliesst eine Aufklärungspflicht grundsätzlich aus. Denn der Kunde weiss, dass die Bank im Kreditgeschäft in einem Bereich tätig wird, der vom Interessengegensatz zwischen Darlehensnehmer und -geber geprägt wird. Er muss deshalb mit einem „legitimen eigennützigen Verhalten der Bank rechnen“⁴³⁵. Aus diesem Grund ist die Bank im Kreditgeschäft denn auch prinzipiell nicht verpflichtet, über die Risiken der beabsichtigten Kreditverwendung aufzuklären. Im vorliegenden

⁴³¹ Vgl. dazu oben bb. bbb. sub Wissensvorsprung; indem das Eger festhält, dass der Arzt bezüglich der Kostendeckung zumindest Zweifel hätte haben müssen, geht es ebenfalls letztlich von einem fiktiven Informationsvorsprung aus.

⁴³² Vgl. zum Begriff WIEGAND, Handbuch 130.

⁴³³ So hielt das Eger fest, dass der Arzt seinen Aufklärungspflichten nachgekommen wäre, wenn er die Patientin aufgefordert hätte, sich vor der Operation über die Kostenfrage bei der Krankenkasse zu informieren, BGE 119 II 462.

⁴³⁴ Oben bb ccc, ddd.

⁴³⁵ CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A. N 114; VOKTMANN, Aufklärungspflichten N 83.

Falle hatte die Bank allerdings einen *präzisen* Wissensvorsprung über die besonderen Risiken des zu beabsichtigenden Geschäfts, ja sie wusste, dass dieses praktisch zum Scheitern verurteilt sein würde. Damit war das Element *Wissensvorsprung* ganz besonders stark ausgeprägt. Zusammenfassend spricht somit zwar die Funktion deutlich gegen, Rolle, Informationsbedarf und, hier ausschlaggebend, Wissensvorsprung dagegen klar für eine Aufklärungspflicht. In der Gesamtbetrachtung resultiert somit eine Informationspflicht⁴³⁶.

Man beachte: Ohne konkreten Wissensvorsprung ergibt sich im Kreditgeschäft nie eine Aufklärungspflicht, da man der Bank aufgrund der von ihr eingenommenen Funktion nicht eine Nachforschungspflicht auferlegen kann⁴³⁷. Ein nicht vorhandener Wissensvorsprung kann der Bank nur dann zugerechnet werden, wenn sie sich nicht auf ihre Funktion als Kreditgeberin beschränkt. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Bank sich aktiv in Planung und Vertrieb des Projekts einmischte. Durch diese Beteiligungsfunktion erweckt die Bank nämlich den Eindruck, über einen besonderen Kenntnisstand zu verfügen. Auch wenn die Bank tatsächlich keinen konkreten Informationsvorsprung hat, trifft sie diesfalls eine Aufklärungspflicht im Kreditgeschäft⁴³⁸, weil eben zu den Elementen Rolle und erkennbarer Informationsbedarf zusätzlich noch die Funktion hinzukommt.

Zum richtigen Ergebnis führt die Anwendung des beweglichen Systems auch hinsichtlich der Frage, ob die Bank den Kunden über die Zweckmässigkeit der gewählten Kreditart und die Tatsache, dass anderswo allenfalls günstigere Konditionen erhältlich sind, aufklären muss: Sogar wenn die Bank diesbezüglich einen konkreten Wissensvorsprung hat⁴³⁹, trifft sie darüber keine Aufklärungspflicht, auch wenn seitens des Kunden der Wissensbedarf u.U. gegeben ist. Denn wie oben ausgeführt, löst ein Wissensvorsprung bezüglich Informationen, die sich jeder selbst ohne weiteres beschaffen kann, grundsätzlich keine Aufklärungspflicht aus, solange nicht Rolle und Funktion klar für eine solche sprechen⁴⁴⁰.

⁴³⁶ Vgl. dazu NOBBE N 8 mit vielen Beispielen zu dieser Konstellation.

⁴³⁷ So auch CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A. N 110.

⁴³⁸ VORTMANN, Aufklärungspflichten N 157 spricht hier treffend von „Aufklärungspflicht aufgrund übernommener Funktionen“.

⁴³⁹ Was wohl meist anzunehmen ist, beobachtet doch, jede Bank das Angebot ihrer Konkurrenz.

⁴⁴⁰ Vgl. dazu oben bbb sowie CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A. N 114; VORTMANN, Aufklärungspflichten N 83. Anderes gilt natürlich, wenn die Bank durch Beantwortung entsprechender Fragen eine Beratungsfunktion übernimmt, was nicht selten der Fall sein dürfte. In diesem Sinne auch CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A. N 109, wonach durch das Ersuchen des Kreditnehmers an die Bank um Auskunft ein Beratungsverhältnis entsteht.

(2) Zahlungsverkehr

Entscheid Handelsgericht Aargau vom 3.12.1975⁴⁴¹: Der Kläger schloss mit S einen Werkvertrag über die Erstellung eines Einfamilienhauses ab. Zu diesem Zweck wurde zusätzlich ein Grundstückskaufvertrag abgeschlossen, wobei dem Kläger von der Verkäuferin S tatsachenwidrig zugesichert wurde, dass die Liegenschaft pfandfrei sei. Kurze Zeit später unterzeichnete der Kläger eine von S vorformulierte Zahlungsanweisung an die beklagte Bank zu Gunsten von S über Fr. 60'000.--. Dieser Betrag wurde seinem bei der beklagten Bank unterhaltenen Bankkonto belastet und S korrekterweise gutgeschrieben. Aufgrund der Wahrnehmung besonderer, hier nicht zu erläuternder Umstände hätte die Bank erkennen können und müssen, dass durch die spezifische und ungewöhnliche Formulierung der Anweisung dieselbe unzweckmässig und besonders risikobehaftet war. Die Überweisung führte dem auch zu einer Schädigung des Klägers⁴⁴². Indem die Bank den Kläger auf diese Risiken nicht hingewiesen hatte, verletzte sie ihre Aufklärungspflichten.

Da die Bank im Zahlungsverkehr nur die Aufgabe übernimmt, Zahlungen des Kunden technisch einwandfrei, einfach, reibungslos und schnell abzuwickeln, spricht im Giroverkehr das Element *Funktion* immer gegen die Annahme von Aufklärungspflichten, z.B. über die schlechten Vermögensverhältnisse des Zahlungsempfängers⁴⁴³. Aufgrund der Massenhaftigkeit der Geschäfte und deren automatischer Abwicklung kann sich die Bank - und dies weiss ihr Kunde - nicht um die hinter den Zahlungsaufträgen stehenden Interessen der Auftraggeber kümmern; sie wird demnach in aller Regel auch keinen relevanten Wissensvorsprung haben⁴⁴⁴. Sie hat sich einen solchen auch nicht zu beschaffen, indem sie etwa Erwägungen über die Zweckmässigkeit von Überweisungsaufträgen anstellen müsste⁴⁴⁵. Aus dem Zusammenspiel der Elemente resultiert somit in aller Regel keine Aufklärungspflicht über die Zweckmässigkeit von Überweisungsaufträgen.

Im vorliegenden Fall hatte die Bank allerdings ausnahmsweise einen *präzisen Wissensvorsprung* gehabt, zudem lag - aufgrund des völlig ungewöhnlichen Zahlungsauftrages und sonstiger Umstände - ein *erkennbarer Informationsbedarf* des Kunden vor. In diesem Fall

⁴⁴¹ SJZ 72, 380ff.

⁴⁴² Die Schädigung resultierte daraus, dass der Kläger zusätzlich zum Kaufpreis von 25'000 für das angeblich pfandfreie Grundstück der S zusätzlich 35'000 überwies, die diesen Betrag nicht, wie vom Kläger vorgestellt, für die Vorauszahlung von Handwerkern für den Einfamilienhausbau verwendete, sondern zur Ablösung von Grundpfandschulden.

⁴⁴³ Statt vieler nur NOBBE N 50.

⁴⁴⁴ THALMANN 223; VORTMANN, Aufklärungspflichten N 215.

⁴⁴⁵ CANARIS, Bankvertragsrecht 3.A. N 104.

spricht demnach nur die *Funktion* gegen eine Informationspflicht. Da die Elemente Rolle, Wissensvorsprung und Informationsbedarf gegeben sind, ist die Annahme einer Aufklärungspflicht angebracht. In gleicher Weise wie hier wirkt sich das Zusammenspiel der Merkmale des beweglichen Systems für die ausnahmsweise Annahme von Aufklärungspflichten im Zahlungsverkehr in den von CANARIS erwähnten Beispielen aus: So hat die Bank eine Warnpflicht, wenn sie Kenntnis von der Zahlungseinstellung des Überweisungsbegünstigten oder der Empfangsbank hat, oder wenn sie von einer Veruntreuung absieht des Zahlungsempfängers oder vom Tod eines Rentenempfängers weiss⁴⁴⁶.

(3) Anlagegeschäft

BGH NJW 1993, 2433f.: Die Kläger standen seit 20 Jahren in Geschäftsbeziehung zur beklagten Bank und hatten ihre Ersparnisse von zuletzt 55'000 DM immer in sicheren Anlageformen investiert. Nach dem Auslaufen eines Sparvertrags erwarben sie im März 1989 aus dem Anlageprogramm der Beklagten die DM-Anleihe der australischen Bond Finance Ltd. im Nennwert von 20'000. Im Juni 1988 hatte die Ratingagentur „Australian Ratings Agency“ die Anleihe mit „BB“ (spekulativ mit unterdurchschnittlicher Deckung), im Dezember 1988 bereits mit „B“ (hochspekulativ mit geringer Kapitalabsicherung) und anfangs März 1989 sogar nur noch mit „CCC“ (Gefahr einer Insolvenz des Emittenten) bewertet. Auch in der deutschen Wirtschaftspresse waren schon 1988 sehr kritische Stimmen über die Anleihe vernehmbar. Indem die Beklagte die Kläger über diese negativen Einschätzungen der Anleihe nicht informierte, verletzte sie ihre Aufklärungspflicht.

Die als Verkäuferin der Anleihe auftretende Bank erfüllte das Element *Rolle* in typischer Weise⁴⁴⁷. Die Beklagte stellte den Klägern die Anleihe, die sie in ihr Anlageprogramm aufgenommen hatte, anhand einer Liste vor und unterstützte sie beim Kaufentscheid. Durch solches Tätigwerden im Anlagegeschäft war das Merkmal *Funktion* ebenfalls gegeben, durften die Kunden doch von einem Minimum an Interessenwahrnehmung zu ihren Gunsten ausgehen⁴⁴⁸. Der erkennbare Informationsbedarf des Kunden lag ebenfalls zweifellos vor. Aus ihrer langjährigen Geschäftsbeziehung mit den Klägern und deren Anlegerverhalten wusste die Beklagte, dass diese im Geschäft mit Industrieanleihen und andern Effekten ohne Sachkenntnis und Erfahrung waren und dementsprechend nicht über Informationen, die für den Anlageentscheid relevant waren, verfügten, noch - mangels Kenntnis möglicher Risiken - in der Lage

⁴⁴⁶ CANARIS, Bankvertragsrecht 3. A., N 105; NOBBE N 51; vgl. auch THALMANN 223. Diesen Auffassungen ließen Entscheide der deutschen Rechtsprechung zugrunde. Anders jedoch hinsichtlich des Todes von Rentenempfängern BGH WM 1983, 410f.

⁴⁴⁷ Vgl. dazu oben bb ccc.

⁴⁴⁸ Vgl. oben bb ddd.

waren, sich entsprechende Informationen zu beschaffen. Bereits das Zusammenwirken der drei Kriterien Rolle, Funktion und erkennbarer Informationsbedarf sprach mithin klar für die Annahme einer Informationspflicht. Auch wenn die Beklagte tatsächlich, wie von ihr behauptet, über die negative Beurteilung der Anleihe nicht im Bilde gewesen sein sollte, demnach *keinen Wissensvorsprung* gehabt hätte, änderte sich nichts an dieser Beurteilung. Als Trägerin der Rolle „Bank“ sowie aufgrund der von ihr wahrgenommenen Funktion (Anlagegeschäft) sowie Aufnahme der Anleihe in das bankeigene Anlageprogramm) erweckte sie beim Kunden den Eindruck von Sachkunde. Das Fehlen des Wissensvorsprungs konnte der Beklagten somit zugerechnet werden, bei mangelnder Dokumentation über die Bond Finance hätte sie sich selber Informationen beschaffen müssen. Wenn sie dies aufgrund der insbes. mit der Informationsbeschaffung im Ausland verbundenen Kosten scheute⁴⁴⁹, hätte sie den Kunden zumindest unbedingtdaruf hinweisen müssen, dass sie die Bonität des Schuldners nicht beurteilen könne.

ZG Basel Stadt, Urteil vom 11.2.1974: Die Bank trifft keine Pflicht zum Hinweis auf Risiken von Investitionen in südafrikanische Goldminenaktien, obwohl der Kläger im nachhinein behauptete, als Schlosser und Schweisser vom Anlagegeschäft keine Ahnung zu haben. Der angeblich unerfahrene Kunde ordnete wörtlich den „Kauf von südafrikanischen Goldminenaktien auf einer Basis einer Marge von 30%“⁴⁵⁰ an⁴⁵¹.

Im vorliegenden Fall ergibt sich aus dem Zusammenspiel der Elemente im beweglichen System keine Aufklärungspflicht, da sowohl die Funktion wie auch die fehlende Erkennbarkeit der angeblichen Aufklärungsbedürftigkeit dagegen sprechen: Auch wenn ein Anlagegeschäft vorliegt, sind Fälle denkbar, wo das Element *Funktion* nicht für, sondern vielmehr gegen die Annahme einer Aufklärungspflicht spricht. Erteilt ein Kunde der Bank per Videotext oder schriftlich einen präzisen Anlageauftrag, muss ihm nämlich bewusst sein, dass sich diesfalls die Dienstleistungstätigkeit der Bank vorab auf die zeitgerechte und technisch korrekte Ausführung der Weisung beschränkt⁴⁵². Auch wenn der Kunde einen *Informationsbedarf* hat, wird in solchen Situationen nur selten eine Aufklärungspflicht der Bank angenommen werden können, da es in der Regel an der *Erkennbarkeit* des Aufklärungsbedürfnisses mangelt: Wer schriftlich oder via Videotext bzw. Telexbanking kategorisch einen Anlageauftrag erteilt, erweckt zumindest den Eindruck, dass er keiner Ratschläge oder Warnungen bedürfe. Dies gilt insbesondere, wenn sich die Instruktionen des Kunden wie in casu durch ihre „professionelle“

⁴⁴⁹ Was in Anbetracht der Tatsache, dass sie solche Papiere in ihr Programm aufnimmt, erstaunt.

⁴⁵⁰ D.h. unter Einräumung von Kredit.

⁴⁵¹ Entscheide zitiert nach BERTSCHINGER 99.

⁴⁵² Vgl. dazu THALMANN 217f.

Formulierung auszeichnen (Auftrag zum Erwerb von südafrikanischen Minenaktien „auf der Basis einer Marge von 30%“⁴⁵³). Mangels persönlichen Kontakts wird die Bank dabei in der Regel nicht erkennen können, ob der Auftraggeber tatsächlich, wie vorgegeben, sachkundig ist⁴⁵⁴.

Erkennbare Aufklärungsbedürftigkeit kann umgekehrt bei telefonscher oder elektronischer Auftragserteilung vorliegen, wenn aus der Art und Weise der Formulierung auf fehlende Erfahrung in betreffenden Geschäften geschlossen werden muss, oder wenn die Bank aufgrund einer bestehenden Geschäftsbeziehung erkennt, dass der erteilte Auftrag in krasserem Widerspruch zu bisher stets verfolgten Anlageprinzipien steht, oder der objektiven und subjektiven Risikofähigkeit des Kunden in keiner Weise entspricht⁴⁵⁵. Hier wäre eine Aufklärungspflicht zu bejahen, sofern nicht infolge der - zunehmend - automatisierten Abwicklung des Geschäfts Funktion und Erkennbarkeit des Informationsbedarfs entfallen⁴⁵⁶. Es zeigt sich hier, dass sich bei vollautomatischer Abwicklung von Anlagegeschäften⁴⁵⁷ die Funktion im Anlagegeschäft erkennbarerweise jener im Zahlungsverkehr nähert, mit entsprechenden Folgen für die Aufklärungspflichten.

BGE 119 II 333ff.: Die im internationalen Handel tätige Klägerin begann Ende November 1986 durch die beklagte Bank Devisengeschäfte abzuwickeln. Ab Januar 1987 verlor die Klägerin aus Termingeschäften rund 1.4 und aus Kassageschäften 2 Mio. Franken. In der Klageschrift bemerkte die Klägerin (nicht gerade zu ihrem Vorteil), dass sie die Geschäftsbeziehung mit der beklagten Bank aufnahm, weil das zuvor für sie tätig gewesene Institut Devisentermingeschäfte für fachunkundige Personen nicht hatte ausführen wollen! Daraus schloss das Bundesgericht, dass die Klägerin entgegen deren Behauptung über die Risiken des Devi-

⁴⁵³ Zivilgericht Basel-Stadt, Urteil vom 11.2.1974, J. vs. U-Bank, E.4, zit. nach BERTSCHINGER 99. Für Fälle wie diesen, wo ein Anlagegeschäft unter Einräumung von Kredit erfolgt, weist THALMANN 217 darauf hin, dass die Bank mit dem Kunden im eigenen Interesse ohnehin eine Vereinbarung treffen werde, bei welcher Gelegenheit der Kunde gleich aufgeklärt werden könne.

⁴⁵⁴ In komplexen Anlagegeschäften dürfte dabei vermehrt zu beachten sein, dass gerade „bei fachkundigen Laien und Halblaien“ die Aufklärungspflichten besonders zu beachten sind, da diese „vielfach subjektiv fälschlicherweise davon ausgehen, sie seien hinreichend fachkundig.“ Obergericht ZR 1984, 231 (Abmahnungspflicht des Architektens).

⁴⁵⁵ Etwa wenn die sprichwörtlich einfache Frau vom Lande, die ihre bescheidenen Ersparnisse stets in Kassascheinen anlegte, plötzlich die Order zum Kauf von Optionen gibt. Zur Abklärung der Risikoneigung vgl. den Datenkranz bei BERTSCHINGER 85ff.; vgl. dazu auch das erste Beispiel zum Anlagegeschäft.

⁴⁵⁶ THALMANN 217 weist darauf hin, dass schriftliche oder per Videotext erteilte Aufträge „hinter der Kundenberaterfront“ verarbeitet werden, so dass ein allfälliges Missverhältnis zwischen dem Order und den Mitteln des Kunden nicht erkannt werden kann.

⁴⁵⁷ Aus Kostengründen, wegen der Massenhaftigkeit dieser Geschäfte und der Bedeutung des Faktors Zeit.

senhandels informiert gewesen war und verneinte deshalb das Bestehen von Aufklärungspflichten.

Die Elemente Rolle und Funktion würden für eine Aufklärungspflicht sprechen⁴⁵⁸, hingegen folgt aus dem fehlenden Informationsbedarf zwingend⁴⁵⁹, dass die Bank keine Informationspflichten trifft. Richtigerweise weist das Bundesgericht denn auch darauf hin, dass die Bank keine Pflicht hat, dem über die Risiken seiner Geschäfte aufgeklärten Spekulanten von deren Durchführung abzuraten oder ihm gar die Entscheidung abzunehmen.

Missverständlich ist der im Entscheid obiter angebrachte Hinweis, dass die Anforderungen an die Aufklärungspflicht (sofern denn eine Aufklärungsbedürftigkeit bestehen würde) höher sind, wenn der Kunde mit Krediten des Aufklärungspflichtigen spekuliert⁴⁶⁰. Wie aus dem beigefügten Hinweis auf die ärztliche Aufklärungspflicht hervorgeht, ist damit wohl das allgemeine Prinzip, wonach bei höheren Risiken höhere Anforderungen an die Aufklärung gestellt werden, angesprochen. Dies ist aber immer der Fall, wenn der Kunde mit geborgten Mitteln spekuliert, ohne dass es darauf ankommt, ob der Kredit von der ausführenden Bank eingeräumt oder anderweitig beschafft worden ist. Der Unterschied zwischen Spekulationsgeschäften mit bankeigenen bzw. fremden Krediten besteht lediglich darin, dass das Institut bei ersteren mit Sicherheit Kenntnis vom erhöhten Risiko hat.

Im Hinblick auf die Frage der Beweissicherung ist anzumerken, dass insbesondere bei solchen hochspekulativen Geschäften auch dann kurz aufgeklärt werden sollte, wenn der Kunde nicht aufklärungsbedürftig ist. Nicht immer wird dieser nämlich, wenn auch ungewollt, zugeben, dass er über die Risiken bereits informiert war!

Anlagegeschäft und Steuern. „Eine Bank preist in einer Broschüre die verschiedenen Vorteile neuerer Finanz- und Anlageinstrumente wie z.B. den Kauf und Verkauf von Optionen an der SOFFEX an. Dabei weist sie u.a. darauf hin, dass die aus solchen Geschäften erzielten Gewinne steuerfrei seien, sofern der Kunde diese mit seinem Privatvermögen tätige. Ein Kunde de realisiert mit mehreren erfolgreichen Abschlüssen, die er teilweise mit Lombardkrediten auf Wertchriften des Privatvermögens finanziert hat, beträchtliche Gewinne. In der Folge

⁴⁵⁸ Sofern die Termingeschäfte nicht Absicherungsgeschäfte darstellen, sondern zu Anlagezwecken abgeschlossen werden.

⁴⁵⁹ Vgl. oben bb aaa.

⁴⁶⁰ BGE 119 II 335.

werden diese Gewinne von den Steuerbehörden als Einkünfte aus nebenberuflichem, gewerbsmässigen Wertschriftenhandel' besteuert.⁴⁶¹

Hat die Bank ihre Aufklärungspflicht verletzt, indem sie nicht darauf hingewiesen hat, dass unter gewissen Voraussetzungen aus den Derivatgeschäften dennoch Steuerfolgen resultieren können? Die Rolle und der erkennbare Informationsbedarf sind zweifellos gegeben.⁴⁶² Was die Funktion anbelangt, gehört es im Anlagegeschäft natürlich üblicherweise nicht zum Aufgabenkreis der Bank, den Kunden über abgaberechtliche Konsequenzen zu informieren.⁴⁶³ Übernimmt sie jedoch gewisse steuerberatende Aufgaben, wie dies im vorliegenden Fall durch die entsprechenden Hinweise geschehen ist, bemessen sich die Aufklärungspflichten nach dieser erweiterten Funktion. Nicht zu entscheiden ist die Frage, ob die Bank tatsächlich einen Wissensvorsprung hatte, oder ob sie bloss fälschlicherweise davon ausging, dass keine Steuerpflicht entstehen würde. Wer mit Steuervorteilen eines Angebotes nicht nur wirbt, sondern konkrete Aussagen über die Steuerfreiheit eines Bankprodukts macht, erweckt den Eindruck, „fachkundig zu sein, kann sich nicht auf allfällig fehlende Fachkunde berufen.“⁴⁶⁴ Auf die Elemente des beweglichen Systems reduziert: Aufgrund der von der Bank wahrgenommenen Funktion und ihrer Rolle muss die Kenntnis der relevanten Information vorausgesetzt, kann ein Wissensvorsprung gleichsam fingiert werden. In der Gesamtbetrachtung resultiert deshalb trotz allfälligen Fehlens des präsenten Wissensvorsprungs eine Aufklärungspflicht.⁴⁶⁵

dd) Relevanz des beweglichen Systems für die Informationspflichten des BEHG

Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG statuiert bei rein wörtlicher Auslegung eine Pflicht zur Information, ohne dass er deren Bestehen an besondere Voraussetzungen anknüpfen würde.⁴⁶⁶ Es fragt sich daher, ob die Informationspflicht

1. tatsächlich gegenüber allen Kunden und

⁴⁶¹ KOLLER THOMAS, Steuerrechtsbezogene Nebenpflichten 159 mit umfassender Dokumentation des steuerrechtlichen Hintergrundes.

⁴⁶² Oben bb ccc, aaa.

⁴⁶³ Von krassen Extremfällen abgesehen, etwa beim Vorliegen einer hohen Negativzinspflicht, BGE 110 II 360ff.; vgl. dazu oben 2. Kap. II 3. b.

⁴⁶⁴ KOLLER THOMAS, Steuerrechtsbezogene Nebenpflichten 170.

⁴⁶⁵ Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen fehlendes Wissen bzw. falsche Auffassungen (z.B. in Rechtsfragen) zur Exculpation führen können, oben 3. Kap. III 2 d.

⁴⁶⁶ Dies darf nicht mit der Tatsache verwechselt werden, dass der Gehalt der Informationspflicht aufgrund von Art. 11 Abs. 2 BEHG relativ flexibel ausgestaltet ist.

2. unabhängig von der Art der Geschäftsabwicklung, also auch bei elektronischer Auftragserteilung, zu erfüllen ist, oder ob auch die Informationspflichten des BEHG in ihrem Bestehen vom Vorliegen der oben erarbeiteten Kriterien⁴⁶⁷ abhängig sind.
- ad 1.) Der Zweck der börsengesetzlichen Informationspflicht besteht im Schaffen von Transparenz, damit der Kunde seinen Entscheid in Kenntnis der Tragweite und Risiken der beabsichtigten Anlage treffen kann.⁴⁶⁸ Daraus folgt, dass auch das BEHG auf der Grundlage steht, wonach eine Aufklärungspflicht nur bei Vorliegen eines Informationsbedarfes anzunehmen ist. Absatz 2 von Art. 11 BEHG deutet dies an, indem er zur Konkretisierung der Informationspflichten auf die Geschäftserfahrung und die fachlichen Kenntnisse des Kunden abstellt. Handelt es sich nun um einen Kunden, der bereits über die für die Entscheidung relevanten Informationen verfügt, so bewirkt die von Abs. 2 geforderte Berücksichtigung der Kenntnisse des Kunden nichts anderes, als dass Inhalt und Umfang der gesetzlichen Aufklärungspflicht gegen Null tendieren, womit die Informationspflicht als solche wegfällt. Diese Auslegung wird auch durch die Tatsache gestützt, dass die Informationspflicht des BEHG nichts anderes als die gesetzliche Verankerung der von der Rechtsprechung aufgrund des Vertrauensprinzips entwickelten allgemeinen Aufklärungspflicht darstellt, weshalb die entsprechenden Kriterien⁴⁶⁹ auch bei Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG anwendbar sein müssen. Dies bedeutet, dass grundsätzlich auch das Merkmal Erkennbarkeit des Informationsbedarfes vorliegen muss, ansonsten keine Informationspflicht begründet wird. Dabei ist, wie oben erwähnt, allerdings zu berücksichtigen, dass zur Ermittlung des Informationsbedarfs in erster Linie auf die typische Aufklärungsbedürftigkeit abzustellen ist, und diese liegt im Kapitalanlagegeschäft bei der Retail-Kundschaft in der Regel vor.

ad 2.) Art. 11 BEHG nimmt bei der Statuierung der Informationspflicht vordergründig nicht darauf Bezug, auf welche Art das Anlagegeschäft abgewickelt wird. Als Leitbild mag dem Gesetzgeber sicher vorgeschwebt haben, dass zwischen Effektenhändler und Kunde ein persönlicher Kontakt stattfindet; wie sonst sollte ersterer in der Lage sein, sich gemäss Art. 11 Abs. 2 BEHG von der Geschäftserfahrung und den fachlichen Kenntnissen des Kunden eine wirklichkeitsgetreue Vorstellung zu machen? Erteilt ein Kunde der Bank dagegen auf schriftlichem oder elektronischem⁴⁷⁰ Weg (z.B. per Videotext) einen Anlageauftrag, ist der erkennbare Informationsbedarf nicht gegeben⁴⁷¹; wer auf diese Weise einen Auftrag gibt, erweckt

⁴⁶⁷ Oben b.

⁴⁶⁸ Dazu oben 2. Kap. II 4. d cc.

⁴⁶⁹ Die im Rahmen des beweglichen Systems aufgezeigt wurden, oben b.

⁴⁷⁰ Was dem Vernehmen nach noch immer nicht sehr häufig geschieht.

⁴⁷¹ Von seltenen Ausnahmen abgesehen, dazu oben cc ddd (3).

vielmehr den Eindruck, keinerlei Hinweise zu Tragweite und Risiken der Anlage zu bedürfen. Da der erkennbare Informationsbedarf, wie erwähnt, m.E. Voraussetzung auch der börsensetzlichen Informationspflicht ist, entfällt bei dieser Art der Geschäftsabwicklung grundsätzlich die Pflicht zur Information des Kunden gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG. Die gleiche Schlussfolgerung drängt sich auf, wenn man das Element *Funktion* heranzieht: Führt die Bank konkrete Effektenorder aus, die nicht anlässlich eines persönlichen Kontakts ergingen, so mithin nur mit der technisch einwandfreien Abwicklung des Geschäfts befasst ist, spricht diese spezifische Geschäftsstruktur gegen eine Informationspflicht⁴⁷².

Das bewegliche System kann mithin zur Konkretisierung der vom BEHG statuierten Informationspflichten herangezogen werden. Die Verwendung der aus Rechtsprechung und Lehre herauskristallisierten Systemelemente drängt sich dabei geradezu auf, will man den Gehalt des Art. 11 Abs. 1 BEHG auf dem Weg der Auslegung mit den Grundwertungen unserer Privatrechtsordnung in Einklang bringen.

⁴⁷² Zum WpHG wird diese Frage unter dem Stichwort der Discountgeschäfte in diesem Sinne abgehandelt, vgl. KÜMPEL, Verhaltensregeln 694. Zum Gehalt des Elements Funktion vgl. oben bb ddd und cc ddd (3).

SACHREGISTER

A

- deliktrechtliche Grundlagen 57ff.
 - bei Devisengeschäften 194f.
 - dogmatische Begründung der - 50
 - Eingriffsaufklärungspflicht 36f.
 - über Einreisevorschriften 138
 - gegenüber erfahrenem Privatanleger 30 Fn. 169
 - in förmlichen Anlageberatungsverhältnissen 22
 - bei Fondsanlagen 34 Fn. 204
 - bei Herzoperationen 186f.
 - Identität vorvertraglicher und vertraglicher - 131ff.
 - Inhalt 132ff, 164ff.
 - Instrumentalisierung der - 48
 - bei intendierten Anlageberatungsverträgen 74f.
 - bei junk bonds 34 Fn. 204
 - beim Kauf von Goldminenaktien 30
 - in konkludenten Anlageberatungsverträgen 23f.
 - über Konkurs des Anweisungsbeginstigen 17 Fn. 79, 79
 - nach Konsumkreditgesetz 13f.
 - bei Kreditgewährung 10ff, 189ff.
 - Kriterien zu ihrer Bestimmung 44f., 54f.
 - Laminektomie 187
 - über Negativzinssätze 19
 - im Pauschalreisengesetz 42
 - über rechtliche Aspekte von Bauvorhaben 40
 - von Rechtsanwältinnen 40ff., 125, 142
-
- Absichtliche Täuschung 51f.
 - Adäquanz 89f.
 - allgemeiner Bankvertrag 80f.
 - Anleitungs Pflichten 120ff.
 - Anscheinsbeweis 104
 - Aufklärungsbedürftigkeit 166
 - Aufklärungsobliegenheit 53, 56
 - Aufklärungspflichten
 - bei Anlageaufträgen 29ff., 184, 198
 - in Anlageberatungsverträgen 77f.
 - im Anlagegeschäft 19ff, 28ff., 133ff., 144f., 184, 192ff.
 - bei Anlagevermittlung 24f.
 - über Annulationsversicherungen 135
 - des Arbeitgebers 77
 - des Architekten 39f., 139 Fn. 131
 - im Arzt-Patientenverhältnis 35ff., 125f., 142, 179 Fn. 384
 - und Bankgeheimnis 17 Fn. 79
 - im Bankgeschäft im allgemeinen 8f.
 - Begriff 119ff.
 - in Beratungsverträgen 76ff.
 - im Beratungsgespräch 30f.
 - Bestand der - 165
 - nach Börsengesetz 31ff.
 - des Bürgschaftsgläubigers 14f.
 - bei CCC-Rating 69, 88 Fn. 288, 192f.
 - Checklists zur Bestimmung der - 170f.

- im Reiseveranstaltungsvertrag 42, 134f.
 - im Retailgeschäft 34 Fn. 204
 - Schutzziele der - 135f.
 - Sicherungsaufklärungspflicht 36f.
 - nach SOFFEX-Richtlinien 161 Fn. 267
 - gegenüber Spekulanten 195f.
 - über steuerliche Baubegünstigungen 40
 - über steuerliche Konequenzen von Finanzprodukten 78, 195f.
 - Systeme zur Bestimmung der - 166ff., 171ff.
 - des Telefonverkäufers 26 Fn. 139, 57
 - Verletzung der - 82ff.
 - in Vermögensverwaltungsverträgen 22, 29 Fn. 164
 - über Verrechnungssteuern 19
 - des Versicherungsagenten 144 Fn. 152
 - über die versicherungstechnische Seite von Bauvorhaben 39
 - bei Warentermingeschäften 30, 69
 - über Wertmängel 55
 - nach Wertpapierhandelsgesetz 26f.
 - wirtschaftliche Aufklärungspflicht 38, 142f, 143 Fn. 149, 188f.
 - über Zahlungseinstellung der Empfangsbank 18
 - im Zahlungsverkehr 16ff., 191f.
- Auskunftspflichten** 126f.

B

- BEHG s. Börsengesetz
- Berufsrolle s. Rolle

G

- Gefahrensatz 63

F

- Funktion 45, 54, 56, 169, 182ff.

- Gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht 147
- Grundlagenirrtum 50f.

N

- Normzwecktheorie 92

I

- Individualpublizität 166f.

- Informationsbedarf, erkennbarer 45, 54ff., 168f., 172ff.
- Ermittlung des Informationsbedarfs 175f.

R

- Information
 - Möglichkeit der - 180f.
 - objektiv und subjektiv relevante - 174f.
- Informationspflichten in Beratungsverträgen 96ff.
- Informationsvertrag 122 Fn. 21
- Integritätsinteresse 85ff., 137f.

K

- Kausalität 88ff.

L

- Londoner Optionsprämie 170

M

- Möglichkeit der Information 180f.

- Rahmenvertrag 80f., 145f.
- Rat- und Auskunftschaftung 58ff.
- Rolle 45, 54, 56, 155ff., 181ff.
 - des Architekten 163
 - des Arztes 159, 162f., 186ff.
 - des Bankiers 158f., 162, 189ff.
 - des Experten 163

S

- Sach- und Rechtsmängelgewährleistung 52ff.
- Schadensersatz 84ff.
- Schutzzweck der Aufklärungspflichten 91ff.
- shingle-theory 160
- Sittenwidrigkeit 68f.
- „Swissair“-Entscheid 113, 153f.

T

Telebanking 193f.

Treu und Glauben 59, 67f.

Treupflicht, auftragsrechtliche 79f.

Z

Zusicherungen 124 Fn. 31

U

Übervorteilung 69f.

V

Verschulden 94ff.

Vertrauenshaftung 141, 147ff., 152

Vertrauensprinzip 59f.

Videotext 193, 197

W

Wahrscheinlichkeitsbeweis 110f.

Warenterminationsgeschäfte 170, 175

Warn tafeln 66 Fn. 127

Wertpapierhandelsgesetz 26ff.

Wissensvorsprung, präsenter 45, 54f.,
177ff.

- Begriff 177

- Funktion 178