

Prof. Dr. iur. Susan Emmenegger  
unter Mitarbeit von Rahel Good, MLaw, Rechtsanwältin  
Universität Bern  
Zivilistisches Seminar  
Schanzeneckstrasse 1  
Postfach 8573  
CH-3001 Bern  
susan.emmenegger@ziv.unibe.ch

**Lösungsskizze**  
**Schriftliche Falllösung im Privatrecht**  
**„Banken-AGB“**

# INHALTSVERZEICHNIS

<b>LITERATURVERZEICHNIS.....</b>	<b>III</b>
<b>FALL A - KONTOBLOCKIERUNGEN.....</b>	<b>1</b>
I.    SACHVERHALT .....	1
1. <i>Was ist passiert?</i> .....	1
2. <i>Was wollen die Parteien?</i> .....	1
II.   ZU DEN EINSTIEGSFRAGEN (A.1.).....	1
1. <i>Verträge zwischen Herrn Mäkinen und der Bank X (A.1.1)</i> .....	1
a)    Bankkonto- und Depotvertrag.....	1
b)    Anlageberatungsvertrag .....	2
2. <i>Rechtsnormen betreffend Überweisungsanspruch (A.1.2)</i> .....	2
III.  ZUR AUFGABENSTELLUNG (A.2.).....	3
1. <i>Gültigkeit der Verträge (A.2.1)</i> .....	3
a)    Konsens .....	3
b)    Allgemeine Gültigkeitsvoraussetzungen.....	3
c)    Widerrechtlichkeit .....	3
d)    Sittenwidrigkeit.....	4
e)    Fazit .....	6
2. <i>Genehmigung der Vertragsänderung (A.2.2)</i> .....	6
a)    Genehmigungs- und Zustellfiktion .....	6
b)    Gutgläubigkeit der Bank hinsichtlich Zustimmung .....	7
c)    Rechnen mit Vertragsänderung.....	8
d)    Fazit .....	9
<b>FALL B - ANLAGESTRATEGIE .....</b>	<b>9</b>
I.    SACHVERHALT .....	9
1. <i>Was ist passiert?</i> .....	9
2. <i>Was wollen die Parteien?</i> .....	9
II.   ZU DEN EINSTIEGSFRAGEN (B.1.).....	10
1. <i>Verträge zwischen Frau Bachmann und der Bank Y AG (B.1.1)</i> .....	10
a)    Bankkonto- und Depotvertrag.....	10
b)    Vermögensverwaltungsvertrag .....	11
2. <i>Anwendbare Rechtsnormen (B.1.2)</i> .....	11
III.  ZUR AUFGABENSTELLUNG: ZUSTÄNDIGKEIT (B.2) .....	11
1. <i>Verbindlichkeit der Gerichtsstandsklausel (B.2.1.1)</i> .....	11
a)    Ungewöhnlichkeit der Gerichtsstandsklausel .....	12
b)    Verletzung zwingenden (Prozess-)Rechts.....	13
c)    Fazit .....	14
2. <i>Örtliche Zuständigkeit nach ZPO (B.2.1.1)</i> .....	14
3. <i>Handelsrechtliche Streitigkeit (B.2.1.2)</i> .....	15
4. <i>Fazit</i> .....	16
IV.  SCHADENERSATZANSPRUCH (B.3) .....	16
1. <i>Genehmigung der Aktienkäufe und -verkäufe (B.3.1)</i> .....	16
a)    Notwendigkeit der Genehmigung .....	17
b)    Aufklärungspflicht der Bank.....	17
c)    Genehmigungs- und Zustellfiktion .....	18
d)    Situation in casu.....	18
e)    Fazit .....	19
2. <i>Sorgfaltspflichten der Bank (B.3.2)</i> .....	20
a) <i>Allgemeine Sorgfaltspflichten</i> .....	20
b) <i>Sorgfalt der Bank Y AG</i> .....	21

c)	Fazit.....	22
3.	Schadensberechnung (B.3.3).....	22
4.	Fazit.....	24

## LITERATURVERZEICHNIS

- Abegg, Philipp/Geissbühler, Alex/Haefeli, Kurt/Huggenberger, Eric*, Schweizerisches Bankenrecht, Handbuch für Finanzfachleute, 3. Aufl., Zürich u.a. 2012.
- Brunner, Alexander*, Neue Entwicklungen im Konsumrecht, in: SJZ 97 (2001), S. 241-249.
- Christen, Thomas*, Vermögensverwaltungsauftrag an die Bank, in: BJM 1994, S. 113-134.
- Dasser, Felix*, Art. 39 GestG, in: Thomas Müller/Markus Wirth (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz. Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001.
- Emch, Urs/Renz, Hugo/Arpagaus, Reto*, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich 2011.
- Feller, Urs/Bloch, Jürg*, Art. 32 ZPO, in: Thomas Sutter-Somm u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich u.a. 2013.
- Fellmann, Walter*, Art. 397 OR, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992.
- Gauch, Peter/Schluep, Walter R./Schmid, Jörg/Emmenegger, Susan*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2 Bände, 10. Aufl., Zürich 2014.
- Gross, Thomas*, Fehlerhafte Vermögensverwaltung – Klage des Anlegers auf Schadenersatz, in: AJP 2006, S. 161-168.
- Guggenheim, Daniel A./Guggenheim, Anath*, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5. Aufl., Bern 2014.
- Guhl, Theo/Druey, Jean Nicolas/Koller, Alfred/Schnyder, Anton K.*, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000.
- Gutzwiller, P. Christoph*, Schadensstiftung und Schadensberechnung bei pflichtwidriger Vermögensverwaltung und Anlageberatung, in: SJZ 101 (2005), S. 357-364.
- Die Genehmigung pflichtwidriger Anlageentscheide der Bank, in: SJZ 98 (2002), S. 117-125.
  - Unsorgfältige Vermögensverwaltung. Beweislast, Haftungsausschluss und Schadensberechnung, in: AJP 2000, S. 57-65.

- Huguenin, Claire*, Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich u.a. 2014.
- Art. 19/20 OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011.
- Kaiser Job, Noëlle*, Art. 32 ZPO, in: Karl Spühler u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013.
- Koller, Thomas*, Art. 466-471 OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011.
- Kramer, Ernst A.*, Art. 19-22 OR, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar, Bd. VI/1/2/1a, Art. 19-22 OR, Bern 1991.
- Leuch, Georg/Marbach, Omar/Kellerhals, Franz/Sterchi, Martin*, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern. Kommentar samt einem Anhang der zugehörigen Erlasse, Bern 2000.
- Lombardini, Carlo*, Droit bancaire suisse, 2. Aufl., Zürich u.a. 2008.
- Morin, Ariane*, Art. 6 CO, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, 2. Aufl., Basel 2012.
- Pachmann, Thilo/von der Crone, Hans Caspar*, Unabhängige Vermögensverwaltung: Aufklärung, Sorgfalt und Schadenersatzberechnung. Unveröffentlichtes Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.18/2004 vom 3. Dezember 2004 i.S. X. AG (Beklagte und Berufungsklägerin) gegen Y (Klägerin und Berufungsbeklagte), in: SZW 2005, S. 146-154.
- Schaller, Jean-Marc*, Der perfekte Vermögensverwaltungsvertrag, in: AJP 2012, S. 56-68.
- Schott, Ansgar*, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen – Zur Inhaltskontrolle, in: ST 2012, S. 78-82.
- Sibbern, Eric/von der Crone, Hans Caspar*, Genehmigungsfiktion und Nebenpflichten der Bankkunden. Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.194/2005 vom 28. September 2005 i.S. Bank X. (Beklagte und Berufungsklägerin) gegen A. (Kläger und Berufungsbeklagter), in: SZW 2006, S. 70-78.
- Vock, Dominik/Nater, Christoph*, Art. 6 ZPO, in: Karl Spühler u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013.

*Walder-Richli, Hans Ulrich, Zivilprozessrecht. Nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, 4. Aufl., Zürich 1996.*

*Walther, Fridolin, Art. 39 GestG, in: Franz Kellerhals u.a. (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz. Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, 2. Aufl., Bern 2005.*

*Weber, Rolf H., Art. 394-406 OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011.*

*Willisegger, Daniel, Art. 402-406, 407a, 408 ZPO, in: Karl Spühler u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013.*

# FALL A - KONTOBLOCKIERUNGEN

## I. Sachverhalt

### 1. Was ist passiert?

Siehe Aufgabenblatt.

### 2. Was wollen die Parteien?

Herr Mäkinen fordert von der Bank X die Überweisung seines gesamten Kontoguthabens von 2.3 Millionen Schweizerfranken auf ein Konto bei einer Bank in Nassau. Er stützt sich dabei auf die vertragliche Pflicht der Bank X, seine Überweisungsaufträge auszuführen.

Die Bank X verweigert demgegenüber die Ausführung des Überweisungsauftrages mit zwei Begründungen. Sie macht einerseits geltend, die Verträge mit Herrn Mäkinen seien erkennbar rechtswidrig oder zumindest sittenwidrig und verweist zur Begründung andererseits auf eine AGB-Klausel, welche zwischen den Parteien Vertragsbestandteil (geworden) sei.

## II. Zu den Einstiegsfragen (A.1.)

### 1. Verträge zwischen Herrn Mäkinen und der Bank X (A.1.1)

#### a) Bankkonto- und Depotvertrag

Laut Sachverhalt unterhält Herr Mäkinen bei der Bank X ein Konto und ein Wertschriftendepot. Entsprechend haben Herr Mäkinen und die Bank X einerseits einen *Bankkontovertrag* und andererseits einen *Depotvertrag* abgeschlossen.

Der *Bankkontovertrag* (auch *Kontokorrentvertrag* oder *Kontoeröffnungsvertrag*) ist nach Lehre und Rechtsprechung ein Innominatvertrag, auf den im Wesentlichen Auftragsrecht zur Anwendung kommt.<sup>1</sup> Der Kontovertrag beinhaltet die Verpflichtung der Bank zur Abwicklung des Zahlungsverkehrs für den Kunden gegen Entgelt (*Giroabrede*). Die laufende Verbuchung der Zahlungseingänge und -ausgänge und deren sofortige Verrechnung erfolgt gestützt auf die Kontokorrentabrede.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> BGE 126 III 20 E. 3a/aa S. 21 f.; 110 II 283 E. 1 S. 284. Ferner BGer Urteil 4C.114/2006 vom 30. August 2006 E. 5; *Emch/Renz/Arpagaus*, Bankgeschäft, Rz. 655 ff. Zum Begriff des Kontokorrents: BGer Urteil 4A\_448/2012 vom 7. Januar 2012 E. 2.3; BGE 100 III 79 E. 3 S. 83 m.w.H.

<sup>2</sup> BGE 133 III 295 E. 8.2 S. 302; *Huggenberger*, Bankenrecht, S. 106 f.

Auftragsrecht ist regelmässig auch das massgebliche Recht im Zusammenhang mit dem aus Hinterlegungsvertrag und Auftrag zusammengesetzten *Depotvertrag*. Dabei verpflichtet sich die Bank, Vermögenswerte des Kunden verschiedenster Art zu verwahren und allenfalls zu verwalten.<sup>3</sup>

b) *Anlageberatungsvertrag*

Herr Mäkinen liess sich laut Sachverhalt von seinem Kundenberater zudem verschiedentlich Empfehlungen betreffend Anlagemöglichkeiten geben, aufgrund derer er dem Kundenberater in der Folge Ausführungsaufträge erteilte. Entsprechend besteht zwischen Herr Mäkinen und der Bank X nebst dem Bankkonto- und Depotvertrag zusätzlich ein *Anlageberatungsvertrag*. Unter Anlageberatung versteht man die sorgfältige und adressatengerechte Beratung von Kunden in Fragen der Geld- und Kapitalanlage, insbesondere auch die Abgabe von Anlageempfehlungen.<sup>4</sup> Auch auf den Anlageberatungsvertrag kommt Auftragsrecht zur Anwendung.<sup>5</sup>

## 2. Rechtsnormen betreffend Überweisungsanspruch (A.1.2)

Da auf die Vertragsverhältnisse zwischen Herrn Mäkinen und der Bank X Auftragsrecht zur Anwendung gelangt, ist vorliegend Art. 397 Abs. 1 OR einschlägig. Gemäss Art. 397 Abs. 1 OR hat eine Bank grundsätzlich die Weisungen ihrer Kunden zu befolgen.<sup>6</sup> Entsprechend kann Herr Mäkinen seinen Anspruch auf Überweisung seines Kontoguthabens im Grundsatz auf Art. 397 Abs. 1 OR stützen.

Ebenfalls zulässige Argumentation: Ein Überweisungsauftrag ist als Anweisung im Sinne von Art. 466 OR zu qualifizieren.<sup>7</sup> Somit kann Herr Mäkinen seinen Anspruch auf Art. 468 Abs. 2 OR abstützen.

---

<sup>3</sup> BGer Urteil 4A\_329/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 5 (Hinterlegungsvertragsrecht anwendbar hinsichtlich des Anspruchs auf Herausgabe der Aktien); BGE 102 II 297 E. 2b S. 301; 101 II 117 E. 5 S. 119 f.; 94 II 167 E. 2 S. 169; *Emch/Renz/Arpagaus*, Bankgeschäft, Rz. 729, 769; *Huggenberger*, Bankenrecht, S. 117.

<sup>4</sup> *Emch/Renz/Arpagaus*, Bankgeschäft, Rz. 1751; vgl. auch *Huggenberger*, Bankenrecht, S. 132.

<sup>5</sup> BGer Urteil 4A\_336/2014 vom 18. Dezember 2014 E. 4.1; *Emch/Renz/Arpagaus*, Bankgeschäft, Rz. 1752; *Gutzwiller*, SJZ 101 (2005), S. 358.

<sup>6</sup> *Fellmann*, Berner Kommentar, N. 101 zu Art. 397 OR (spricht von der grundsätzlichen Pflicht zur Befolgung); *Weber*, Basler Kommentar, N. 5 zu Art. 397 OR (spricht von der Pflicht zur strikten Befolgung).

<sup>7</sup> *Koller*, Basler Kommentar, N. 2 der Vorbemerkungen zu Art. 466-471 OR m.w.H.



### **III. Zur Aufgabenstellung (A.2.)**

#### **1. Gültigkeit der Verträge (A.2.1)**

##### *a) Konsens*

Damit ein Vertrag überhaupt zustande kommen kann, muss diesbezüglich Konsens beider Parteien vorliegen. Die Frage nach dem Konsens geht der Frage nach der Gültigkeit des Zustandekommens grundsätzlich vor.<sup>8</sup> Vorliegend enthält der Sachverhalt keine Hinweise auf einen Konsensmangel, weshalb das Zustandekommen der Verträge zwischen Herrn Mäkinen und der Bank X unterstellt werden kann.

##### *b) Allgemeine Gültigkeitsvoraussetzungen*

Zu prüfen ist weiter, ob der Vertrag gültig zustande gekommen ist. Namentlich müssen die Parteien bei Vertragsabschluss handlungsfähig gewesen sein, es darf keine Formvorschrift verletzt werden und es dürfen weder Inhalts- noch Willensmängel vorliegen.<sup>9</sup> Vorliegend ist die Handlungsfähigkeit zu unterstellen. Auch enthält der Sachverhalt keinen Hinweis auf allfällige Formmängel. Da im Vertragsrecht der Grundsatz der Formfreiheit gilt und zudem davon auszugehen ist, dass die Verträge jedenfalls der einfachen Schriftform genügen, kann die Formgültigkeit unterstellt werden. Auch fehlen Hinweise auf einen Willensmangel seitens der Parteien. Zu prüfen ist hingegen die Frage des Inhaltsmangels im Sinne von Art. 20 OR. Massgeblich ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.<sup>10</sup> Diesbezüglich ist laut Sachverhalt zu prüfen, ob die zwischen den Parteien bestehenden Verträge allenfalls widerrechtlich oder sittenwidrig sind.

##### *c) Widerrechtlichkeit*

Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre ist ein Vertrag widerrechtlich im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR, wenn sein Gegenstand, der Abschluss mit dem vereinbarten Inhalt oder sein gemeinsamer mittelbarer Zweck gegen objektives Recht verstösst. Dazu gehören sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Normen. Ein Vertrag ist jedoch nur dann nichtig, wenn diese Rechtsfolge ausdrücklich im betreffenden Gesetz vorgesehen ist oder sich aus Sinn

---

<sup>8</sup> *Gauch/Schluép/Schmid/Emmenegger*, OR AT I, Rz. 233.

<sup>9</sup> Siehe dazu: *Gauch/Schluép/Schmid/Emmenegger*, OR AT I, Rz. 289 ff.

<sup>10</sup> *Huguenin*, Basler Kommentar, N. 16, 35 zu Art. 19/20 OR.

und Zweck der verletzten Norm ergibt.<sup>11</sup> Weiter muss die verletzte Rechtsnorm der schweizerischen Rechtsordnung angehören. Dazu zählen sowohl das Bundesrecht als auch das kantonale Recht. Demzufolge begründet ein Verstoss gegen ausländisches Recht keine Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR.<sup>12</sup>

*Zwischenfazit:* Gemäss Sachverhalt hat Herr Mäkinen seine in der Schweiz deponierten Vermögenswerte in Frankreich nicht versteuert. Dieses Verhalten ist zwar gemäss französischer Steuergesetzgebung strafbar, verletzt jedoch keine Rechtsnorm der schweizerischen Rechtsordnung, deren Sinn und Zweck die Nichtigkeit des Vertrags begründen würde. Folglich liegt bezüglich der Verträge zwischen Herrn Mäkinen und der Bank X keine Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 20 OR vor. Folglich tritt auch die in Art. 20 Abs. 1 OR vorgesehene Rechtsfolge der Nichtigkeit nicht ein.

d) *Sittenwidrigkeit*

Ein Vertrag, der schweizerischem Recht unterstellt ist und gegen eine zwingende Norm ausländischen Rechts verstösst, wird von Lehre und Rechtsprechung unter dem Kriterium der Sittenwidrigkeit geprüft.<sup>13</sup> Nach der allgemeinen bundesgerichtlichen Formel liegt Sittenwidrigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR vor, wenn gegen die herrschende Moral, d.h. gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen wird.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> BGE 134 III 52 E. 1.1 S. 54 m.w.H. So auch BGE 119 II 222 E. 2 S. 224; 117 II 286 E. 4a S. 287 m.w.H.; 114 II 279 E. 2a S. 280 f. Für die Doktrin siehe etwa *Gauch/Schluép/Schmid/Emmenegger*, OR AT I, Rz. 638 ff.; *Huguenin*, Basler Kommentar, N. 19 ff. zu Art. 19/20 OR.

<sup>12</sup> Zuletzt BGer Urteil 4A\_415/2013 vom 20. Januar 2014 E. 7; BGer Urteil 4A\_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.4 (insoweit nicht in BGE 138 III 601). Ausdrücklich auch BGE 134 III 438 E. 2.2 S. 442 m.w.H. Grundlegend BGE 80 II 49 E. 3 S. 51; 76 II 33 E. 7 S. 40. Für die Doktrin siehe *Gauch/Schluép/Schmid/Emmenegger*, OR AT I, Rz. 654; *Huguenin*, Basler Kommentar, N. 19 zu Art. 19/20 OR.

<sup>13</sup> Zuletzt BGer Urteil 4A\_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5. Für die Doktrin statt Vieler: *Gauch/Schluép/Schmid/Emmenegger*, OR AT I, Rz. 654. Der "modernere" Weg für die Berücksichtigung ausländischen Rechts ist Art. 19 IPRG (Berücksichtigung zwingender Bestimmungen eines ausländischen Rechts). Aktuell stützt sich das Bundesgericht indessen noch grossmehrheitlich auf die Generalklausel der Sittenwidrigkeit.

<sup>14</sup> BGE 136 III 474 E. 3 S. 477 f.; 132 III 455 E. 4.1 S. 458; 123 III 101 E. 2 S. 102. Für die Doktrin statt Vieler: *Huguenin*, Basler Kommentar, N. 32 zu Art. 19/20 OR.

Für die Frage der Sittenwidrigkeit ist an die ausländische Norm ein strenger Massstab anzulegen.<sup>15</sup> Es kommen laut Bundesgericht nur solche Normen in Betracht, die von derartiger Tragweite sind, dass die Duldung ihrer Verletzung die öffentliche Ordnung des Inlands verletzen würde, und die nach allgemeiner Anschauung von fundamentaler und lebenswichtiger Bedeutung sind.<sup>16</sup> Als Beispiele für solche ausländische Rechtsvorschriften nennt das Bundesgericht den Rauschgift- und den Menschenhandel («Mädchenhandel»)<sup>17</sup>. Diese Rechtsprechung hat in der Lehre Zustimmung erhalten.<sup>18</sup> Das Bundesgericht hielt sodann fest, dass Devisenvorschriften und andere handelspolitische Massnahmen nicht den Anspruch darauf erheben können, als Normen der ethischen Ordnung gewürdigt und im Ausland beachtet zu werden. Sie sind daher nicht geeignet, den Tatbestand der Sittenwidrigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR zu erfüllen.<sup>19</sup>

Die Steuergesetzgebung ist von der Tragweite her vergleichbar mit der Devisengesetzgebung, es handelt sich nicht um Normen der «ethischen Ordnung»<sup>20</sup> bzw. um eine «fundamentale Rechtsvorschrift».<sup>21</sup> Die Duldung ihrer Verletzung hätte nicht zur Folge, dass die öffentliche Ordnung der Schweiz gestört würde. Auch ist der Schutzzweck der Steuergesetzgebung nicht von derart fundamentaler und lebenswichtiger Bedeutung für das Individuum und die menschliche Gemeinschaft, dass seine Verletzung die Nichtigkeitssanktion durch das schweizerische Recht erfordern würde.

*Zwischenfazit:* Der Verstoss gegen die französische Steuergesetzgebung bewirkt deshalb in casu keine Sittenwidrigkeit der Verträge zwischen Herrn Mäkinen und der Bank X im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR. Folglich tritt auch die in Art. 20 Abs. 1 OR vorgesehene Rechtsfolge der Nichtigkeit nicht ein.

---

<sup>15</sup> BGE 76 II 33 E. 8 S. 41; Bestätigt in BGE 80 II 49 E. 3 S. 51 f.; zuletzt BGer Urteil 4A\_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6.5. Für die Doktrin statt Vieler: *Huguenin*, Basler Kommentar, N. 42 zu Art. 19/20 OR.

<sup>16</sup> BGer Urteil 4C.172/2000 vom 28. März 2001 E. 5d (Sittenwidrigkeit bejaht bei Waffenlieferungen nach Kroatien entgegen UN-Embargo); BGE 80 II 49 E. 3 S. 51 f.; 76 II 33 E. 8 S. 41.

<sup>17</sup> BGE 76 II 33 E. 8 S. 41.

<sup>18</sup> *Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger*, OR AT I, Rz. 675; *Guhl/Koller*, Obligationenrecht, § 7 N. 32; *Huguenin*, Basler Kommentar, N. 42 zu Art. 19/20 OR; *Kramer*, Berner Kommentar, N. 162 zu Art. 19/20 OR.

<sup>19</sup> BGE 76 II 33 E. 8 S. 41.

<sup>20</sup> BGE 76 II 33 E. 8 S. 42.

<sup>21</sup> BGer Urteil 4C.172/2000 vom 28. März 2001 E. 5d.

e) *Fazit*

Die Bank X kann die Überweisung auf ein Konto in Nassau nicht mit der Begründung verweigern, dass die mit Herrn Mäkinen geschlossenen Verträge rechts- oder sittenwidrig und damit nichtig sind. Grundsätzlich besteht somit gestützt auf Art. 397 Abs. 1 OR die Pflicht der Bank X, diesen Überweisungsauftrag auszuführen.

**2. Genehmigung der Vertragsänderung (A.2.2)**

a) *Genehmigungs- und Zustellfiktion*

Gemäss Sachverhalt ist davon auszugehen, dass die aufgeführten AGB-Klauseln an sich zulässig sind, auch in Kombination miteinander.<sup>22</sup> Fraglich ist, welche Rechtsfolgen sich aus der Anwendung der AGB-Klauseln 1 und 2 ergeben.

Die AGB-Klausel 1 kodifiziert die sogenannte *Genehmigungsfiktion*. Diese besagt im Zusammenhang mit Vertragsänderungen was folgt: Erhebt ein Kunde nicht innert der angesetzten Frist gegen eine AGB-Änderung Widerspruch, gilt die Änderung als genehmigt und wird Vertragsbestandteil. In casu beläuft sich die Widerspruchsfrist laut AGB-Klausel 1 auf 30 Tage ab Bekanntgabe. Zur Frage des Zeitpunkts der Bekanntgabe ist vorliegend die AGB-Klausel 2 einschlägig.

Bei der *banklagernden Korrespondenz* gelten die Mitteilungen in dem Zeitpunkt als zugestellt, an dem die Mitteilung ins Banklagernd-Dossier abgelegt wird (sog. *Zustellfiktion*). Häufig enthalten die AGB der Banken die Konkretisierung, dass die Mitteilung an dem Datum als zugestellt gilt, welches die Mitteilung trägt.<sup>23</sup> Es wird demzufolge angenommen, dass der Kunde von den banklagernd zugestellten Mitteilungen umgehend Kenntnis genommen hat.<sup>24</sup> In dieser Konstellation obliegt es grundsätzlich dem Kunden, dafür besorgt zu sein, regelmässig seine banklagernde Korrespondenz einzusehen.<sup>25</sup> Mit der Vereinbarung der banklagernden Korrespondenz geht der Kunde folglich

---

<sup>22</sup> Zur Zulässigkeit siehe auch BGer 4A\_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.2 und 2.3.

<sup>23</sup> *Emch/Renz/Arpagaus*, Bankgeschäft, Rz. 702, 708; *Schaller*, AJP 2012, S. 60.

<sup>24</sup> BGer Urteil 4A\_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.3 m.w.H.

<sup>25</sup> Schweizerischer Bankenombudsman, Jahresbericht 2003, S. 9, abrufbar unter <<http://www.bankingombudsman.ch/wp-content/uploads/2015/04/JB03-de.pdf>>, zuletzt besucht am 12. März 2015.

eindeutig ein Risiko ein, das er gemäss Rechtsprechung grundsätzlich auch selbst tragen muss.<sup>26</sup>

Da zwischen Herrn Mäkinen und der Bank X banklagernde Korrespondenz vereinbart wurde, gilt in casu als massgeblicher Zeitpunkt der Bekanntgabe und Kenntnis der Vertragsänderung der 4. August 2014. Die 30-tägige Widerspruchsfrist, die mit Bekanntgabe zu laufen begann, endete deshalb am 3. September 2014.

*Zwischenfazit:* Am Tag der Erteilung des Überweisungsauftrags von Herrn Mäkinen, nämlich am 6. Oktober 2014, würde die Vertragsänderung der Bank X (AGB-Klausel 4) als genehmigt gelten und die Bank dürfte die Überweisung nach Nassau verweigern, so lange Herr Mäkinen nicht den Nachweis der Steuerkonformität erbringt.

b) *Gutgläubigkeit der Bank hinsichtlich Zustimmung*

Fraglich ist jedoch, ob sich die Bank X in casu auf die Genehmigungs- und Zustellfiktion berufen kann.

Eine Bank muss gutgläubig sein in Bezug auf den Genehmigungswillen des Bankkunden.<sup>27</sup> Sofern die Bank weiss oder wissen muss, dass dem Kunden der Genehmigungswillen fehlt, darf sie sich nicht auf die Genehmigungs- und Zustellfiktion berufen.<sup>28</sup>

Eine rechtsmissbräuchliche Berufung auf die Genehmigungs- und Zustellfiktion wird nicht geschützt. Dazu gehören beispielsweise die Fälle, in denen die Bank diese Fiktionen benutzt, um den Kunden absichtlich zu schädigen, oder die Fälle, in denen sie nach mehrjähriger getreuer Ausführung von mündlichen Kundenaufträgen ohne vorher-

---

<sup>26</sup> BGer Urteil 4A\_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.3; BGer Urteil 4C.378/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.2; BGer Urteil 4C.205/2002 vom 9. Dezember 2002 E. 2.3; BGE 124 II 124 E. 2c/aa S. 127 f.; *Christen*, BJM 1994, S. 128; *Lombardini*, Droit bancaire, S. 351 f. m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung; siehe auch *Schott*, ST 2012, S. 81 f.

<sup>27</sup> *Guggenheim/Guggenheim*, Contrats bancaires, Rz. 360. Siehe dazu auch *Sibbern/von der Crone*, SZW 2006, S. 74 Fn. 33 (kein gutgläubiges Vertrauen auf Zustimmung möglich, wenn die Bank in erheblichem Mass vom Grundvertrag abweicht).

<sup>28</sup> BGer Urteil 4A\_548/2013 und 4A\_550/2013 vom 31. März 2014 E. 3.6; BGer Urteil 6B\_199/2011 und 6B\_215/2011 vom 10. April 2012 E. 5.3.5.2; BGer Urteil 4C.175/2006 vom 4. August 2006 E. 2.1 mit Verweis auf *Sibbern/von der Crone*, SZW 2006, S. 70 ff.; BGer Urteil 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002 E. 4.3; HGer ZH HG090121 vom 19. Mai 2011 E. 6.2.3 (rechtskräftig, Beschwerde vom BGer abgewiesen, siehe BGer 4A\_436/2011 vom 2. April 2012); *Christen*, BJM 1994, S. 128. Ferner *Morin*, Commentaire Romand, N. 12 ff. zu Art. 6 OR.

sehbarer Grund absichtlich von diesen abweicht, und sie sich dafür auf die genehmigten Vertragsunterlagen beruft.<sup>29</sup> Damit soll verhindert werden, dass die strikte Anwendung der Genehmigungs- und Zustellfiktion zu schockierenden sowie Recht und Billigkeit widersprechenden Ergebnissen führt.<sup>30</sup> Dementsprechend sind die konkreten Umstände des Einzelfalls von ausschlaggebender Bedeutung.<sup>31</sup>

Weiter ist zu beachten, dass der Kunde, der mit seiner Bank sowohl banklagernde Korrespondenz als auch eine Genehmigungsfiktion vereinbart hat, nur das Risiko eingeht, mit dem er vernünftigerweise rechnen muss.<sup>32</sup>

*Zwischenfazit:* Im vorliegenden Kontext muss demzufolge gefragt werden, ob Herr Mäkinen in guten Treuen damit rechnen musste, dass sein Bankvertrag mit der Bank X dahingehend geändert wird, dass eine Auszahlung oder Überweisung seines Kontoguthabens nur noch mit dem Nachweis der Steuerkonformität oder auf ein Namenkonto in seinem Wohnsitzstaat möglich ist.

#### c) *Rechnen mit Vertragsänderung*

Mit welchen Vertragsänderungen ein Bankkunde vernünftigerweise rechnen muss, hängt von den konkreten Vertragsumständen ab. Der Änderungsvorbehalt mit Genehmigungsfiktion sowie die Zustellfiktion wurden durch Globaleinbezug der AGB im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vereinbart. Für die Frage, mit welchen Vertragsänderungen zu rechnen ist, sind daher die konkreten Umstände *im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses* massgebend.

Die Veränderungen der Rahmenbedingungen im Bankgeschäft (politischer Druck auf Steueroasen und Bankgeheimnis, Umstellung auf die Weissgeldstrategie) sind in den letzten rund fünfzehn Jahren in wach-

---

<sup>29</sup> BGer Urteil 4C.295/2006 vom 30. November 2006 E. 4.4; BGer Urteil 4C.378/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.2 (bezieht sich hauptsächlich auf die Zustellfiktion); BGer Urteil 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002 E. 4.3.

<sup>30</sup> BGer Urteil 4A\_548/2013 vom 31. März 2014 E. 3.6; BGer Urteil 4C.295/2006 vom 30. November 2006 E. 4.4; BGer Urteil 4C.378/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.2; *Guggenheim/Guggenheim*, Contrats bancaires, Rz. 360.

<sup>31</sup> Relevant sein können auch die zeitlichen Abstände, in denen ein Bankkunde seine banklagernde Korrespondenz tatsächlich einsieht. Siehe dazu BGer Urteil 4C.378/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.3 (dem Bankkunden wurde zur Last gelegt, dass er während fast 15 Jahren die Korrespondenz nicht eingesehen hatte).

<sup>32</sup> HGer ZH HG090121 vom 19. Mai 2011 E. 4.3 (rechtskräftig, Beschwerde vom BGer abgewiesen, siehe BGer 4A\_436/2011 vom 2. April 2012); HGer ZH, ZR 106/2007 vom 27. Juni 2006, S. 10.

sender Deutlichkeit zu Tage getreten. Die Schwierigkeit liegt nun darin, einen genauen Zeitpunkt festzumachen, ab welchem die Bankkunden aufgrund dieser Entwicklungen vernünftigerweise mit einer Vertragsänderung betreffend den Nachweis ihrer Steuerkonformität rechnen mussten. Massgeblich ist, ab welchem Zeitpunkt es den Bankkunden bewusst sein musste, dass es für Banken einerseits zu riskant wird, ungesteuerte Gelder auf ihren Konten zu haben und dass die Banken andererseits deshalb ihre eigenen Interessen (Vermeidung einer straf- oder aufsichtsrechtlichen Verfolgung) über die Interessen der Kunden stellen würden. Die Vertragsänderung betreffend den Nachweis der Steuerkonformität muss ab diesem Zeitpunkt als logische Folge der veränderten Rahmenbedingungen erscheinen.

Für Kunden mit Wohnsitz in einem EU-Staat wäre dieser Zeitpunkt wohl frühestens im Jahre 2005 festzulegen, als das Zinsbesteuerungsabkommen mit der EU in Kraft getreten ist.

*d) Fazit*

Im Jahre 1973 standen diese Veränderungen der Rahmenbedingungen im Bankgeschäft weder auf der politischen noch auf der gesellschaftlichen Agenda. Somit musste Herr Mäkinen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vernünftigerweise noch nicht damit rechnen, dass die Steuerkonformität seiner Vermögenswerte eine Bedingung für die Ausführung von Zahlungsdienstleistungen werden könnte. Deshalb ist diese Änderung nicht von der Genehmigungs- und Zustellfiktion gedeckt und die Bank X kann keine Zustimmung zu dieser Vertragsänderung aus ihren AGB-Klauseln 1 und 2 ableiten.

Hinweis: Es sind auch Argumentationen zulässig, welche zu einem anderen Ergebnis führen, sofern diese überzeugend und in sich schlüssig sind.

## **FALL B - ANLAGESTRATEGIE**

### **I. Sachverhalt**

#### **1. Was ist passiert?**

Siehe Aufgabenblatt.

#### **2. Was wollen die Parteien?**

Frau Bachmann fordert von der Bank Y AG die Bezahlung eines CHF 30'000.00 übersteigenden Betrages als Ersatz eines Schadens,

der ihr durch eigenmächtig von der Bank getätigte Aktienkäufe und -verkäufe entstanden sei.

Die Bank Y AG beantragt beim Handelsgericht Bern, dass auf die Klage von Frau Baumann wegen Unzuständigkeit nicht einzutreten sei.

## **II. Zu den Einstiegsfragen (B.1.)**

### **1. Verträge zwischen Frau Bachmann und der Bank Y AG (B.1.1)**

#### *a) Bankkonto- und Depotvertrag*

Laut Sachverhalt eröffnete Frau Bachmann bei der Bank Y AG ein Konto und ein Wertschriftendepot. Entsprechend haben Frau Bachmann und die Bank Y AG einerseits einen *Bankkontovertrag* und andererseits einen *Depotvertrag* abgeschlossen.

Der *Bankkontovertrag* (*auch Kontokorrentvertrag oder Kontoeröffnungsvertrag*) ist nach Lehre und Rechtsprechung ein Innominatvertrag, auf den im Wesentlichen Auftragsrecht zur Anwendung kommt.<sup>33</sup> Der Kontovertrag beinhaltet die Verpflichtung der Bank zur Abwicklung des Zahlungsverkehrs für den Kunden gegen Entgelt (*Giroabrede*). Die laufende Verbuchung der Zahlungseingänge und -ausgänge und deren sofortige Verrechnung erfolgt gestützt auf die Kontokorrentabrede.<sup>34</sup>

Auftragsrecht ist regelmässig auch das massgebliche Recht im Zusammenhang mit dem aus Hinterlegungsvertrag und Auftrag zusammengesetzten *Depotvertrag*. Dabei verpflichtet sich die Bank, Vermögenswerte des Kunden verschiedenster Art zu verwahren und allenfalls zu verwalten.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> BGE 126 III 20 E. 3a/aa S. 21 f.; 110 II 283 E. 1 S. 284; 100 II 368 E. 3b S. 370. Ferner BGer Urteil 4C.114/2006 vom 30. August 2006 E. 5; *Emch/Renz/Arpagaus*, Bankgeschäft, Rz. 655 ff. Zum Begriff des Kontokorrents: BGer Urteil 4A\_448/2012 vom 7. Januar 2013 E. 2.3; BGE 100 III 79 E. 3 S. 83 m.w.H.

<sup>34</sup> BGE 133 III 295 E. 8.2 S. 302; *Huggenberger*, Bankenrecht, S. 106 f.

<sup>35</sup> BGer Urteil 4A\_329/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 5 (Hinterlegungsvertragsrecht anwendbar hinsichtlich des Anspruchs auf Herausgabe der Aktien); BGE 102 II 297 E. 297 E. 2b S. 301; 101 II 117 E. 5 S. 119 f.; 94 II 167 E. 2 S. 169; *Emch/Renz/Arpagaus*, Bankgeschäft, Rz. 729, 769; *Huggenberger*, Bankenrecht, S. 117.



Hinweis: Für die rechtliche Definition von Bankkonto- und Depotvertrag darf aus Platzgründen zur Einstiegsaufgabe bei Fall A (Frage A.1.1) verwiesen werden.

b) *Vermögensverwaltungsvertrag*

Frau Bachmann hat die Bank Y AG gemäss Sachverhalt zudem mit der Verwaltung ihres Vermögens beauftragt. Entsprechend besteht zwischen den Parteien zusätzlich ein sog. *Vermögensverwaltungsvertrag*. Beim *Vermögensverwaltungsvertrag* trifft die Vermögensverwalterin, z.B. eine Bank, in Bezug auf bestimmte Vermögenswerte selbstständig und nach eigenem Ermessen Anlageentscheide im Rahmen der mit dem Kunden vereinbarten Anlagestrategie. Es stehen somit die auftragsrechtlichen Elemente im Vordergrund, weshalb gemäss Lehre und Rechtsprechung auf den Vermögensverwaltungsvertrag Auftragsrecht anwendbar ist.<sup>36</sup>

**2. Anwendbare Rechtsnormen (B.1.2)**

Wie gesehen gelangt auf die einzelnen Vertragsverhältnisse Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) zur Anwendung. Sodann sind die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts anwendbar.

**III. Zur Aufgabenstellung: Zuständigkeit (B.2)**

**1. Verbindlichkeit der Gerichtsstandsklausel (B.2.1.1)**

Gemäss Aufgabenstellung ist die AGB-Klausel 3 einer AGB-Kontrolle zu unterziehen.

Gemäss Sachverhalt sind die AGB durch Globalübernahme Vertragsbestandteil geworden. Weiter wird nicht behauptet und ergibt sich auch nicht aus dem Sachverhalt, dass bezüglich des Gerichtsstandes eine abweichende Individualabrede vorliegen würde. Schliesslich wurde auch nicht geltend gemacht, die Gerichtsstandsklausel sei unklar und sie gelte in derjenigen Auslegung, welche für die Verwenderin (Bank) ungünstiger sei.

---

<sup>36</sup> BGE 138 III 755 E. 4.2 S. 759; 137 III 393 E. 2.1 S. 395; 132 III 460 E. 4.1 S. 464; 124 III 155 E. 2b S. 161. *Emch/Renz/Arpagaus*, Bankgeschäft, Rz. 1679.

a) *Ungewöhnlichkeit der Gerichtsstandsklausel*

Die Ungewöhnlichkeitsregel kommt bei Globaleinbezug der AGB zur Anwendung.<sup>37</sup> Ungewöhnlich ist eine AGB-Klausel, wenn die global zustimmende Partei gegenüber der AGB-Verwenderin als wirtschaftlich erheblich schwächer oder unerfahren im Umgang mit AGB zu gelten hat.<sup>38</sup> Zudem muss die AGB-Klausel überraschend sein (subjektive Ungewöhnlichkeit). Überraschend sind im Kontext des Vertrages aussergewöhnliche oder atypische Klauseln. Der Überraschungseffekt ist aber auch dann gegeben, wenn die Klausel „versteckt“ platziert wird oder ihre typographische Gestaltung die Lesbarkeit erheblich erschwert.<sup>39</sup> Weiter muss die Klausel einen geschäftsfremden Inhalt haben (objektive Ungewöhnlichkeit). Geschäftsfremdheit liegt vor, wenn die Klausel zu einer Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt.<sup>40</sup> Diese drei Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein.

Gemäss Art. 30 Abs. 2 BV hat eine beklagte Zivilpartei Anspruch darauf, dass die Sache vom Gericht ihres Wohnsitzes beurteilt wird, wobei das Gesetz einen anderen Gerichtsstand vorsehen kann. Gerichtsstandsklauseln, welche einen Verzicht auf den verfassungsmässigen Wohnsitzgerichtsstand enthalten, gelten gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als in der Regel geschäftsfremd und damit ungewöhnlich.<sup>41</sup> Der Verzicht wird lediglich dann Vertragsbestandteil, wenn die AGB-Verwenderin nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, die Verzichtende habe von der Gerichtsstandsklausel tatsächlich Kenntnis genommen und deren Inhalt und Tragweite verstanden.<sup>42</sup> Es kommt dabei auf die Umstände des Einzelfalls an. Dazu gehört beispielsweise die Platzierung der Gerichtsstandsklausel an einer gut sichtbaren Stelle, an der sie deutlich hervortritt.<sup>43</sup> Bei einer

---

<sup>37</sup> *Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger*, OR AT I, Rz. 1136; *Guhl/Koller*, Obligationenrecht, § 13 N. 50.

<sup>38</sup> *Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger*, OR AT I, Rz. 1136a; *Huguenin*, Obligationenrecht, Rz. 620.

<sup>39</sup> Zur subjektiven Ungewöhnlichkeit siehe *Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger*, OR AT I, Rz. 1137 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

<sup>40</sup> BGE 138 III 411 E. 3.1 S. 412 f.; 135 III 1 E. 2.1 S. 7; 119 II 443 E. 1a S. 446.

<sup>41</sup> BGer Urteil 4A\_347/2011 vom 10. August 2011 E. 2; BGE 104 Ia 278 E. 3 S. 280. *Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger*, OR AT I, Rz. 1140.

<sup>42</sup> BGer Urteil 4A\_347/2011 vom 10. August 2011 E. 2; BGer Urteil 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003 E. 3.1; BGE 104 Ia 278 E. 3 S. 280.

<sup>43</sup> BGer Urteil 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003 E. 3.2; BGE 128 I 273 E. 2.3 S. 277; 109 Ia 55 E. 3a S. 57.

geschäftlich und juristisch unerfahrenen Partei kann es zudem notwendig sein, dass sie besonders auf die Gerichtsstandsklausel hingewiesen und ihr die Tragweite der Klausel erklärt wird.<sup>44</sup>

In casu stellt sich die Situation wie folgt dar: Frau Bachmann hat die AGB der Bank Y AG, wie bei Abschluss von Bankverträgen üblich, global übernommen und nie gelesen. Gestützt auf die AGB-Klausel 3 würde Frau Bachmann auf ihren verfassungsmässigen Wohnsitzgerichtsstand verzichten. Nach der Rechtsprechung sind solche Klauseln in der Regel geschäftsfremd. Frau Bachmann ist als angestellte Lokomotivführerin in geschäftlichen und juristischen Belangen unerfahren. Die Bank Y AG hat Frau Bachmann weder auf die Gerichtsstandsklausel in den AGB hingewiesen noch diese in irgendeiner Form optisch hervorgehoben. Unter diesen Umständen konnte die Bank Y AG nicht in guten Treuen davon ausgehen, dass Frau Bachmann von der Klausel 3 tatsächlich Kenntnis genommen und ihre Tragweite verstanden hat.

*Zwischenfazit:* Die Klausel 3 der AGB ist daher als ungewöhnlich zu qualifizieren und ist unbeachtlich.

#### *b) Verletzung zwingenden (Prozess-)Rechts*

Frau Bachmann brachte nebst der Ungewöhnlichkeit der AGB-Klausel 3 zusätzlich deren Verstoss gegen zwingendes (Prozess-)Recht als Argument vor.

Die Gültigkeit einer Gerichtsstandsklausel bestimmt sich gemäss Art. 406 ZPO nach dem Recht, das zur Zeit ihres Abschlusses gegolten hat. Vorliegend wurde die Gerichtsstandsklausel im Jahre 2000 abgeschlossen. Zu diesem Zeitpunkt war weder die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)<sup>45</sup> noch das Gerichtsstandsgesetz<sup>46</sup> in Kraft. Die Gültigkeit der vorliegenden Gerichtsstandsklausel richtet sich somit nach dem damals geltenden kantonalen Prozessrecht. Die Zivilprozessordnungen der Kantone Bern und Zürich sahen, in ihrer im Jahre 2000 geltenden Fassung, keine (teil)zwingenden Gerichtsstände für Konsumenten vor.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> BGE 104 Ia 278 E. 3 S. 281.

<sup>45</sup> Datum des Inkrafttretens: 1. Januar 2011.

<sup>46</sup> Bundesgesetz vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG; AS 2000 2355). Datum des Inkrafttretens: 1. Januar 2001; Datum der Aufhebung: 1. Januar 2011.

<sup>47</sup> Vgl. *Brunner*, SJZ 97 (2001), S. 248; *Dasser*, Zürcher Kommentar, N. 6 ff. zu Art. 39 GestG; *Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi*, Zivilprozessordnung Kanton

*Zwischenfazit:* Infolgedessen ist festzuhalten, dass die Klausel 3 der AGB nicht gegen zwingendes (Prozess-)Recht verstösst.

c) *Fazit*

Die AGB-Klausel 3 der Bank Y AG verstösst zwar nicht gegen das zurzeit ihres Abschlusses (im Jahre 2000) anwendbare (kantonale) Prozessrecht. Sie ist jedoch als ungewöhnlich zu qualifizieren, weshalb sie nicht Vertragsbestandteil geworden ist. Damit ist die AGB-Klausel 3 unbeachtlich, es gilt der gesetzlich vorgesehene Gerichtsstand.

## 2. **Örtliche Zuständigkeit nach ZPO (B.2.1.1)**

Für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit ist die Behauptung von Frau Bachmann, sie sei Konsumentin, von Interesse. Es ist somit zu prüfen, ob die teilzwingenden Konsumentenschutzbestimmungen in Art. 35 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. Art. 32 ZPO vorliegend zur Anwendung kommen.

Demnach gelten als Konsumentenverträge Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für die persönlichen und familiären Bedürfnisse des Konsumenten bestimmt sind und von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit angeboten werden (Art. 32 Abs. 2 ZPO). Verträge über Finanzdienstleistungen können durchaus Konsumentenverträge sein (z.B. Lohnkonten, über die der übliche familiäre Zahlungsverkehr abgewickelt wird). Ausgeschlossen sind jedoch Verträge, die Investitionen zum Gegenstand haben. Massgebend sind die Umstände des Einzelfalls, die Herkunft der Mittel sowie das Geschäftsvolumen.<sup>48</sup> Allgemein kann jedoch gesagt werden, dass Vermögensverwaltungs- und Anlageverträge der Investition und Gelderhaltung dienen und damit nicht dem Verbrauch.<sup>49</sup> In der Lehre wird zudem die Meinung vertreten, dass bei Verträgen über Konto- und Depotführung sowie über die Abwicklung des Zahlungsverkehrs die wertmässige Schranke (in Anlehnung an das Konsumkreditgesetz) bei CHF 80'000.00 festzulegen sei.<sup>50</sup>

---

Bern, N. 1.d. zu Art. 27 ZPO BE; *Walder-Richli*, Zivilprozessrecht Kanton Zürich, § 7 N. 53 ff.; *Walther*, Berner Kommentar, N. 5 f. zu Art. 39 GestG; *Willisegger*, Basler Kommentar, N. 16 zu Art. 406 ZPO.

<sup>48</sup> BGE 132 III 268 E. 2.2.3 und 2.2.4 S. 272 ff.

<sup>49</sup> *Feller/Bloch*, Zürcher Kommentar, N. 48 zu Art. 32 ZPO; *Kaiser Job*, Basler Kommentar, N. 7 zu Art. 32 ZPO.

<sup>50</sup> *Feller/Bloch*, Zürcher Kommentar, N. 48 zu Art. 32 ZPO; ausführlich zur Frage der wertmässigen Schranke *Kaiser Job*, Basler Kommentar, N. 9 zu Art. 32 ZPO.

Vorliegend ist die Situation daher wie folgt zu beurteilen: Der Konto- bzw. Depotvertrag sowie der Vermögensverwaltungsvertrag zwischen Frau Bachmann und der Bank Y AG dienen der Gelderhaltung und Investition im Hinblick auf einen Hauskauf und sprengen zudem deutlich die wertmässige Schranke von CHF 80'000.00. Es geht bei diesen Verträgen somit nicht um den üblichen Verbrauch für persönliche oder familiäre Bedürfnisse.

Hinweis: Die Frage, ob und inwieweit Bankverträge Konsumentenverträge darstellen, ist in der Lehre nicht unumstritten.<sup>51</sup> Bei kohärenter und überzeugender Argumentation wurden auch Lösungen, welche von der vorgeschlagenen abweichen, honoriert.

*Zwischenfazit:* Betreffend Gerichtsstand ist – infolge Unbeachtlichkeit der AGB-Klausel 3 und mangels Anwendbarkeit von Art. 32 ZPO - Art. 31 ZPO einschlägig. Zuständig ist somit das Gericht am Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort, an dem die charakteristische Leistung erbracht wird. In casu ist folglich Zürich Gerichtsstand.

Hinweis: Eine Prüfung der Art. 32-35 ZPO wurde auch honoriert, wenn sie im Rahmen der AGB-Inhaltskontrolle erfolgte.

### **3. Handelsrechtliche Streitigkeit (B.2.1.2)**

Eine Streitigkeit gilt gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO als handelsrechtlich, wenn die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist (lit. a), gegen den Entscheid die Beschwerde ans Bundesgericht offen steht und damit insbesondere der Streitwert von mindestens CHF 30'000.00 erreicht ist (lit. b) und beide Parteien im Handelsregister eingetragen (lit. c) sind.

Art. 6 Abs. 3 ZPO sieht als Ausnahme zu Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO den Fall vor, dass nur die beklagte Partei im Handelsregister eingetragen ist und die übrigen Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO (lit. a und b) erfüllt sind. Dann hat die klagende Partei die Wahl zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht. Dieses Wahlrecht gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht nur für klagende Parteien mit Unternehmereigenschaft, sondern auch für Nicht-Kaufleute (inkl. Konsumenten).<sup>52</sup>

In casu stellt sich die Situation wie folgt dar: Die Bank Y AG ist als Aktiengesellschaft zwingend im Handelsregister eingetragen, da ihre

---

<sup>51</sup> Siehe den Hinweis bei *Feller/Bloch*, Zürcher Kommentar, N. 48 zu Art. 32 ZPO.

<sup>52</sup> BGE 138 III 694 E. 2.11 S. 701 f.; siehe ausführlich *Vock/Nater*, Basler Kommentar, N. 15a f. zu Art. 6 ZPO.

Eintragung konstitutiv ist (Art. 643 Abs. 1 OR). Die vorliegende Streitigkeit betrifft die geschäftliche Tätigkeit der Bank Y AG, da es um die richtige Erfüllung des Vermögensverwaltungsvertrages und eine allfällige Haftung aus einer Sorgfaltspflichtverletzung durch die Bank Y AG geht. Der Streitwert beträgt mehr als CHF 30'000.00, damit steht auch die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht offen (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG).

*Zwischenfazit:* Das Handelsgericht ist gestützt auf Art. 6 Abs. 3 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 ZPO sachlich zuständig. Somit hat Frau Bachmann gestützt auf Art. 6 Abs. 3 ZPO das Wahlrecht, ihre Klage entweder beim Handelsgericht oder beim ordentlichen Gericht einzureichen.

#### **4. Fazit**

Die Bank Y AG wird mit ihrer Unzuständigkeitseinrede aufgrund der fehlenden örtlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts Bern durchdringen. Das Handelsgericht Bern wird daher auf die Klage von Frau Bachmann nicht eintreten. Frau Bachmann hat jedoch die Möglichkeit, im Anschluss an den Nichteintretensentscheid des Handelsgerichts Bern ein Schlichtungsgesuch beim Friedensrichteramt Zürich oder aber eine Klage beim Handelsgericht Zürich anhängig zu machen (fehlende materielle Rechtskraft des Nichteintretensentscheids).

Hinweis: Bei Qualifizierung der Bankverträge zwischen Frau Bachmann und der Bank Y AG als Konsumentenverträge, wäre das Handelsgericht Bern gestützt auf Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO örtlich zuständig und die Bank Y AG würde demzufolge mit ihrer Unzuständigkeitseinrede nicht durchdringen.

### **IV. Schadenersatzanspruch (B.3)**

Gemäss Aufgabenstellung ist zu prüfen, ob Frau Bachmann mit ihrer Schadenersatzklage gegen die Bank Y AG Erfolg haben wird. Dabei handelt es sich um eine materielle Anspruchsprüfung, welche unabhängig von der Frage der formellen Unzuständigkeit des Handelsgerichts Bern vorzunehmen ist.

#### **1. Genehmigung der Aktienkäufe und -verkäufe (B.3.1)**

Fraglich ist zunächst, ob Frau Bachmann die eigenmächtigen Aktienkäufe und -verkäufe ihres Kundenberaters Bärtschi rechtsgültig genehmigt hat. Diesbezüglich soll nachfolgend zunächst dargelegt werden, in welchen Fällen eine Genehmigung überhaupt erforderlich ist. Im Anschluss daran ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine

rechtsgültige Genehmigung in casu erfüllt sind. Dafür wird kumulativ Folgendes verlangt: Erstens muss die Bank Y AG ihre Aufklärungspflicht gegenüber Frau Bachmann erfüllt haben und zweitens muss sich die Bank Y AG auf die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion berufen können.

a) *Notwendigkeit der Genehmigung*

Bei einem Vermögensverwaltungsvertrag besteht die Besonderheit, dass die Bank die konkreten Anlageentscheide selbstständig gestützt auf die mit dem Kunden vereinbarte Anlagestrategie trifft. Diese einzelnen Anlageentscheide der Bank bedürfen somit keiner Genehmigung durch den Kunden. Eine Genehmigung durch den Kunden ist jedoch notwendig, wenn Transaktionen der vereinbarten Anlagestrategie oder sonstigen Weisungen des Kunden zuwiderlaufen oder wenn die Bank anerkannte Sorgfaltsregeln verletzt hat.<sup>53</sup>

b) *Aufklärungspflicht der Bank*

Unter diesen Umständen kommt eine rechtsgültige Genehmigung jedoch nur dann in Frage, wenn die Bank ihrer Aufklärungspflicht genügt hat. Diese Aufklärungspflicht kann unter Umständen durch den Versand von periodischen Konto- bzw. Depotauszügen erfüllt werden. Wenn es um die Kategorien von Wertschriften geht, die sich in einem Portefeuille befinden, kann der Aufklärungspflicht in der Regel genügt werden, wenn mit den periodischen Kontoauszügen auch eine separate, zusammenfassende Aufstellung über die Zusammensetzung des Portefeuilles versandt wird. Hat die Bank jedoch Anlagen getätigt, deren Risikopotential der vereinbarten Anlagestrategie widerspricht, sind an die Aufklärungspflicht der Bank strenge Massstäbe zu stellen. Die Bank muss den Kunden auf eine solche Abweichung aufmerksam machen.<sup>54</sup> Hat die Bank ihre Aufklärungspflicht nicht erfüllt, kann sie sich auch nicht auf die Genehmigungs- und Zustellfiktion<sup>55</sup> berufen, da mangels Aufklärung die Voraussetzungen einer Genehmigung fehlen.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> *Gutzwiller*, SJZ 98 (2002), S. 118 f.

<sup>54</sup> Zum Ganzen: *Gutzwiller*, SJZ 98 (2002), S. 122; vgl. auch *Pachmann/von der Crone*, SZW 2005, S. 147.

<sup>55</sup> Für Theorie zu Genehmigungs- und Zustellfiktion siehe vorne Fall A III.2.a), S. 6.

<sup>56</sup> *Gutzwiller*, SJZ 98 (2002), S. 125; vgl. auch *Pachmann/von der Crone*, SZW 2005, S. 147.

c) *Genehmigungs- und Zustellfiktion*

Unabhängig davon, ob eine Bank ihre Aufklärungspflicht erfüllt hat, ist eine Berufung auf die Genehmigungs- und Zustellfiktion gegenüber einem in Bankgeschäften unerfahrenen Kunden unzulässig, wenn die Bank von der vereinbarten Anlagestrategie abgewichen ist und dadurch eine klare Verletzung der Sorgfaltspflicht begangen hat, die zu einer abenteuerlichen Verwaltung des Vermögens führte. Sie kann mit anderen Worten nicht geltend machen, die getätigten Anlagen seien durch das Stillschweigen des Bankkunden genehmigt worden. Der in Anlagegeschäften unerfahrene Kunde muss darauf vertrauen können, dass der von ihm beauftragte Vermögensverwaltungsspezialist sich an die vereinbarte Anlagestrategie hält und die getätigten Anlagen dem vereinbarten Risiko entsprechen. Es obliegt im Rahmen eines Vermögensverwaltungsvertrages nicht dem Kunden, eine Risikoanalyse bezüglich der getätigten Investitionen durchzuführen.<sup>57</sup> Die Genehmigungsfiktion kann somit aufgrund des Vertrauensprinzips nicht die Änderung der gesamten Anlagestrategie umfassen.<sup>58</sup>

Ohnehin ist davon auszugehen, dass der Kunde, der mit seiner Bank sowohl banklagernde Korrespondenz als auch eine Genehmigungsfiktion vereinbart hat, nur das Risiko eingeht, mit dem er vernünftigerweise rechnen muss. Der Kunde muss in guten Treuen nicht damit rechnen, dass die Bank Anlagepositionen erwirbt, die sich bisher nicht im Portefeuille befanden und die mit der vereinbarten Anlagestrategie nicht vereinbar sind. Die Bank kann nicht in gutem Glauben vom Genehmigungswillen des Kunden ausgehen, wenn sie die vereinbarte Anlagestrategie in krasser Weise missachtet.<sup>59</sup>

d) *Situation in casu*

Die Bank Y AG ist in krasser Weise von der mit Frau Bachmann vereinbarten sehr konservativen Anlagestrategie abgewichen. Die von Kundenberater Bärtschi getätigten Aktienkäufe und -verkäufe bedürfen deshalb der Genehmigung durch Frau Bachmann. Eine rechtsgültige Genehmigung ist nur möglich, wenn die Bank Y AG ihre diesbezügliche Aufklärungspflicht erfüllt hat. Fraglich ist, ob die Bank

---

<sup>57</sup> Zum Ganzen: BGer Urteil 4C.18/2004 vom 3. Dezember 2004 E. 1.8; *Pachmann/von der Crone*, SZW 2005, S. 147.

<sup>58</sup> *Pachmann/von der Crone*, SZW 2005, S. 151.

<sup>59</sup> Siehe dazu BGer Urteil 4C.295/2006 vom 30. November 2006 E. 4.3; HGer ZH HG090121 vom 19. Mai 2011 E. 4.3 (rechtskräftig, Beschwerde vom BGer abgewiesen, siehe BGer 4A\_436/2011 vom 2. April 2012); HGer ZH, ZR 106/2007 vom 27. Juni 2006, S. 10.



Y AG ihre Aufklärungspflicht mit der Zustellung der Konto- bzw. Depotauszüge Ende September sowie der beigelegten separaten, zusammenfassenden Aufstellung über die Zusammensetzung des Kontos bzw. Depots erfüllen konnte.

Aus dieser Aufstellung wird wohl ohne weiteres ersichtlich sein, dass das Depot nun plötzlich einen hohen Aktienanteil (47%) aufweist, obwohl es während über zehn Jahren fast ausschliesslich festverzinsliche Wertpapiere enthielt. Frau Bachmann ist jedoch in Anlagegeschäften äusserst unerfahren, weshalb nicht von ihr erwartet werden kann, dass sie erkennt, dass die von der Bank Y AG getätigten Investitionen ein erheblich höheres Risiko aufweisen und damit der vereinbarten Anlagestrategie widersprechen.

Zudem lässt Frau Bachmann ihr Vermögen durch die auf Vermögensverwaltung spezialisierte Bank Y AG verwalten und darf deshalb erwarten, dass die vereinbarte Anlagestrategie eingehalten wird. Sie ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht verpflichtet, die getätigten Investitionen auf ihr Risikopotential zu überprüfen.

*Zwischenfazit:* Die Bank Y AG hat ihre Aufklärungspflicht gegenüber Frau Bachmann nicht erfüllt.

Dessen ungeachtet kann sich die Bank Y AG ohnehin nicht auf die in ihren AGB enthaltene Genehmigungs- und Zustellfiktion berufen, da sie in krasser Weise von der vereinbarten Anlagestrategie abgewichen ist. Einerseits musste Frau Bachmann mit einer solchen krassen Abweichung vernünftigerweise nicht rechnen und andererseits kann die Bank Y AG bei einer derart krassen Abweichung nicht in gutem Glauben vom Genehmigungswillen von Frau Bachmann ausgehen.

*Zwischenfazit:* Die Bank Y AG kann sich betreffend die getätigten Aktienkäufe und -verkäufe gegenüber Frau Bachmann nicht auf die Genehmigungs- und Zustellfiktion berufen.

e) *Fazit*

Aufgrund der oben genannten Argumente ist festzuhalten, dass die vom Kundenberater Bärtschi getätigten Aktienkäufe und -verkäufe der Genehmigung seitens Frau Bachmann bedürfen, dass die Bank Y AG aber einerseits ihre Aufklärungspflicht gegenüber Frau Bachmann nicht erfüllt hat und sich andererseits zusätzlich aufgrund der krassen Abweichung von der vereinbarten Strategie auch nicht auf die Genehmigungs- und Zustellfiktion berufen kann. Entsprechend steht fest, dass Frau Bachmann die von ihrem Kundenberater, Herrn Bärtschi,

getätigten Aktienkäufe und -verkäufe nicht rechtsgültig genehmigt hat.

Hinweis: Es werden auch Lösungen honoriert, welche schlüssig und überzeugend darlegen, dass die Bank Y AG Frau Bachmann durch Zustellung der Konto- bzw. Depotauszüge, inkl. separater und zusammenfassender Aufstellung über die Zusammensetzung des Wertpapierdepots, ausreichend aufgeklärt hat. Betreffend Berufung auf die Genehmigungs- und Zustellfiktion können jedoch aufgrund klarer Rechtslage keine anderen Argumentationen zugelassen werden.

## 2. Sorgfaltspflichten der Bank (B.3.2)

### a) Allgemeine Sorgfaltspflichten

Auf den Vermögensverwaltungsauftrag sind - wie gesehen - die auftragsrechtlichen Regeln anwendbar. Der Beauftragte haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts (Art. 398 Abs. 2 OR), wobei sich das Mass der Sorgfalt nach objektiven Kriterien bestimmt.<sup>60</sup> Im Zusammenhang mit dem Vermögensverwaltungsauftrag sind überdies die *Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge* der SBVg<sup>61</sup> zu erwähnen, welche wesentliche Verhaltenspflichten statuieren.<sup>62</sup>

Vorab ist auf die besondere Aufklärungspflicht bei der Anbahnung und Abwicklung von Vermögensverwaltungsverträgen hinzuweisen. Der Vermögensverwalter hat zusätzlich Beratungs- und Warnpflichten hinsichtlich der Anlageentscheide, welche sich aus Art. 398 Abs. 2 OR ergeben. Dabei muss der Kunde über die Risiken der beabsichtigten Investitionen aufgeklärt, im Hinblick auf die verschiedenen Anlagemöglichkeiten sachgerecht beraten sowie vor übereilten Entschlüssen gewarnt werden. Der konkrete Inhalt dieser Pflichten richtet sich nach dem Wissensstand des Kunden sowie der Art des in Frage stehenden Anlagegeschäfts. Weiter hat der Beauftragte seinen Kunden hinsichtlich seines Wissensstands und seiner Risikobereitschaft ein-

---

<sup>60</sup> BGer Urteil 4A\_364/2013, 4A\_394/2013 und 4A\_396/2013 vom 5. März 2014 E. 6.1 m.w.H.; *Gutzwiller*, AJP 2000, S. 58; *Pachmann/von der Crone*, SZW 2005, S. 146.

<sup>61</sup> *Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge der SBVg*, Ausgabe 2013, abrufbar unter <[http://shop.sba.ch/999918\\_d.pdf](http://shop.sba.ch/999918_d.pdf)>, zuletzt besucht am 12. März 2015.

<sup>62</sup> *Gross*, AJP 2006, S. 163 f.; *Gutzwiller*, SJZ 101 (2005), S. 359, beide m.w.H., jedoch zu den Richtlinien in der Ausgabe vom Jahr 2003; *Pachmann/von der Crone*, SZW 2005, S. 148 f.

lässlich zu befragen.<sup>63</sup> Dazu ist ein Kundenprofil zu erstellen, welches das Ausmass des Risikos festlegt, welches der Kunde eingehen will und kann.<sup>64</sup>

Die Aufklärung des Kunden soll bestehende Informationsdefizite ausgleichen. Wenn der Kunde die Risiken bereits kennt, ist eine Aufklärung entbehrlich.<sup>65</sup>

Ist die Anlagestrategie einmal vereinbart, hat der Vermögensverwalter die Aufgabe, diese sorgfältig und getreu umzusetzen. Dabei müssen wissenschaftliche Erkenntnisse, Berufsstandards und Usancen eingehalten werden, welche bei der jeweiligen Zusammensetzung des Depots zu beachten sind. Die festgelegte Anlagestrategie ist zu befolgen und die Bildung von Klumpenrisiken ist zu vermeiden.<sup>66</sup> Diese Pflichten setzen die Fähigkeit zur Beurteilung aller Umstände des konkreten Falls voraus, es ist vor jedem Anlageentscheid eine fundierte Analyse der Anlagen erforderlich.<sup>67</sup> Der Kunde darf überdies darauf vertrauen, bei speziellen Weisungen und Strategieänderungen von seinem Vermögensverwalter über die damit verbundenen Gefahren aufgeklärt oder über dessen Unkenntnis informiert zu werden.<sup>68</sup>

Haftungsbegründend kann lediglich eine unsorgfältige oder treuwidrige Ausführung des Auftrags sein. Für den Erfolg seiner Verwaltungstätigkeit hat der Vermögensverwalter jedoch grundsätzlich nicht einzustehen.<sup>69</sup>

*b) Sorgfalt der Bank Y AG*

Erfüllt hat die Bank Y AG ihre Aufklärungspflichten bei Vertragsabschluss. Sie hat im Gespräch mit Frau Bachmann eine Anlagestrategie entwickelt und diese schriftlich im Vermögensverwaltungsvertrag festgehalten. Aus dem Sachverhalt ergibt sich jedoch nicht, inwieweit die Kundenberaterin Frau Bachmann über die verschiedenen Anlagemöglichkeiten und deren Risiken informiert hat. Da Frau Bachmann ihr bei der Bank Y AG deponiertes Vermögen in einigen Jahren für

---

<sup>63</sup> Zum Ganzen: BGer Urteil 4A\_364/2013 vom 5. März 2014 E. 6.3; *Gross*, AJP 2006, S. 162 f.

<sup>64</sup> BGer Urteil 4A\_364/2013 vom 5. März 2014 E. 6.5.1.

<sup>65</sup> BGer Urteil 4A\_364/2013 vom 5. März 2014 E. 6.6.1; vgl. auch *Pachmann/von der Crone*, SZW 2005, S. 148.

<sup>66</sup> Vgl. dazu *Gross*, AJP 2006, S. 163; *Pachmann/von der Crone*, SZW 2005, S. 150.

<sup>67</sup> *Pachmann/von der Crone*, SZW 2005, S. 150 f.

<sup>68</sup> *Pachmann/von der Crone*, SZW 2005, S. 151.

<sup>69</sup> BGer Urteil 4A\_364/2013 vom 5. März 2014 E. 6.1.

einen Hauskauf verwenden möchte, entspricht die konservative Anlagestrategie wohl ihren Bedürfnissen. Verletzt hat die Bank Y AG jedoch ihre Pflicht, die vereinbarte Anlagestrategie sorgfältig und getreu umzusetzen, da mit den Investitionen in Aktien im vorliegenden Umfang von der vereinbarten Anlagestrategie ab Juli 2014 erheblich abgewichen wurde, ohne dass eine entsprechende Strategieänderung mit Frau Bachmann vereinbart worden wäre.

c) *Fazit*

Die Y AG hat vorliegend die gebührende Sorgfalt nicht erfüllt, da sie die vereinbarte Anlagestrategie nicht konsequent und anhaltend umgesetzt hat.

### **3. Schadensberechnung (B.3.3)**

Nach dem allgemeinen Schadensbegriff, wie er in der Praxis des Bundesgerichts verwendet wird, ist der Schaden eine unfreiwillige Vermögensverminderung, die in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen kann. Er entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.<sup>70</sup> Dieser Schadensbegriff muss im Einzelfall konkretisiert werden, um brauchbare Kriterien für die Schadensberechnung zu erhalten.<sup>71</sup>

Im Rahmen eines Vermögensverwaltungsvertrages sind zwei Besonderheiten zu beachten. Erstens ist bei der Vermögensverwaltung nicht das Gesamtvermögen des Anlegers/Bankkunden betroffen. Deshalb ist für die Schadensberechnung lediglich das im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrags übergebene Vermögen massgebend. Zweitens ist zu differenzieren, ob die Schädigung allgemein durch Verfolgung einer pflichtwidrigen Anlagestrategie oder durch pflichtwidrige Einzelanlagen entstanden ist.<sup>72</sup> Im ersten Fall ist auf das gesamte zur Verwaltung übergebene Vermögen abzustellen, während beim zweiten Fall nur diejenigen Teile des übergebenen Vermögens in Betracht

---

<sup>70</sup> BGE 132 III 359 E. 4 S. 366; *Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger*, OR AT II, Rz. 2848.

<sup>71</sup> BGer Urteil 4A\_364/2013 vom 5. März 2014 E. 7.1 m.w.H; BGer Urteil 4C.158/2006 vom 10. November 2006 E. 4.3.

<sup>72</sup> BGer Urteil 4A\_364/2013 vom 5. März 2014 E. 7.1; BGer Urteil 4C.158/2006 vom 10. November 2006 E. 4.3; *Gutzwiller*, AJP 2000, S. 63.

zu ziehen sind, welche für die pflichtwidrigen Anlagen eingesetzt wurden.<sup>73</sup>

Pflichtwidrige Anlageentscheide im Rahmen eines Vermögensverwaltungsvertrages sind als Schlechtleistung gemäss Art. 97 OR zu qualifizieren. Bei einem daraus resultierenden Schaden ist das positive Vertragsinteresse zu ersetzen. Die Schadensberechnung bei Vermögensverwaltungsverträgen erfolgt durch den Vergleich zwischen dem tatsächlichen Stand des verwalteten Vermögens und dem hypothetischen Stand des Vermögens, welcher bestünde, wenn es in der gleichen Zeitspanne unter Beachtung der vertraglichen Sorgfaltspflichten verwaltet worden wäre.<sup>74</sup> Mit anderen Worten werden die Verminderung des Vermögens (*damnum emergens*) sowie der entgangene Gewinn (*lucrum cessans*) ermittelt.<sup>75</sup> Bei dieser sog. Vergleichshypothese wird das tatsächliche Portfolio mit einem ordnungsgemäss verwalteten Vergleichsportfolio eines durchschnittlich erfolgreichen Vermögensverwalters in der gleichen Zeitspanne verglichen.<sup>76</sup>

Der Schaden kann in diesen Konstellationen nicht genau berechnet, sondern nur nach Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt werden,<sup>77</sup> wobei die geschädigte Partei die für die Schätzung des Schadens notwendigen Grundlagen einzubringen hat.<sup>78</sup>

Massgeblicher Zeitpunkt für Berechnung des Schadens beim Vermögensverwaltungsvertrag ist die Kündigung des Vertrages.<sup>79</sup> Sollte es zum Prozess kommen, ohne dass die Vertragsbeziehung beendet wurde, so ist der Zeitpunkt der Klageeinreichung massgebend.<sup>80</sup> Insbesondere kann die beklagte Partei daher nicht geltend machen, das Depot oder der Anlageposten hätte sich mit Zeitablauf wieder erholt.<sup>81</sup>

---

<sup>73</sup> BGer Urteil 4A\_364/2013 vom 5. März 2014 E. 7.1; BGer Urteil 4C.158/2006 vom 10. November 2006 E. 4.3; *Gutzwiller*, AJP 2000, S. 63.

<sup>74</sup> BGer Urteil 4A\_548/2013 vom 31. März 2014 E. 4.3; BGer Urteil 4A\_364/2013 vom 5. März 2014 E. 7.1; BGer Urteil 4A\_481/2012 vom 14. Dezember 2012 E. 3; BGer Urteil 4C.18/2004 vom 3. Dezember 2004 E. 2.1.

<sup>75</sup> Vgl. BGer Urteil 4A\_364/2013 vom 5. März 2014 E. 7.2; siehe auch *Gutzwiller*, SJZ 101 (2005), S. 361.

<sup>76</sup> BGer Urteil 4A\_364/2013 vom 5. März 2014 E. 7.1; *Gross*, AJP 2006, S. 165.

<sup>77</sup> BGer Urteil 4A\_364/2013 vom 5. März 2014 E. 7.1; *Gutzwiller*, AJP 2000, S. 63 f.

<sup>78</sup> BGer Urteil 4A\_481/2012 vom 14. Dezember 2012 E. 4.

<sup>79</sup> BGer Urteil 4A\_548/2013 vom 31. März 2014 E. 4.3; BGer Urteil 4A\_364/2013 vom 5. März 2014 E. 8.1.

<sup>80</sup> *Gutzwiller*, SJZ 101 (2005), S. 363.

<sup>81</sup> BGer Urteil 4A\_364/2013 vom 5. März 2014 E. 11.1; *Pachmann/von der Crone*, SZW 2005, S. 153.

Eine Subsumtion ist gemäss Aufgabenstellung nicht erforderlich, da dazu die Angaben im Sachverhalt fehlen. Ebenfalls wurden keine Ausführungen zu einer allfälligen Reduktion des Schadenersatzes im Zusammenhang mit der Schadenminderungspflicht verlangt.

#### **4. Fazit**

Frau Bachmann wird in casu in materieller Hinsicht mit ihrer Schadenersatzklage wohl Erfolg haben, da die zwischen Juli und Ende September 2014 getätigten Aktienkäufe und -verkäufe nicht als genehmigt anzusehen sind und die Bank Y AG durch Abweichen von der vereinbarten Anlagestrategie die ihr obliegende Sorgfaltspflicht nicht gebührend erfüllt hat, wobei Frau Bachmann daraus ein Schaden entstanden ist.