

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 48 (1929)

Heft: 3

Artikel: Zur Frage der Verantwortlichkeit des Bankiers bei Raterteilung und Empfehlung von Wertpapieren

Autor: Schulthess, L.

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895843>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 18.05.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Zur Frage der Verantwortlichkeit des Bankiers bei Raterteilung und Empfehlung von Wertpapieren.

Von Dr. L. SCHULTHESS, Brugg.

INHALTSVERZEICHNIS.

Einleitung	283
I. Der Tatbestand	285
II. Die Rechtsfrage	292
III. Das Urteil des Bundesgerichts	316
IV. Die Frage der Verantwortlichkeit der Bank aus dem Verwaltungsverhältnis	332
V. Stellung und Verantwortlichkeit der Banken im modernen Wirtschaftssystem	339

EINLEITUNG.

Während sich in der deutschen Rechtsprechung bezüglich der Frage der Verantwortlichkeit des Bankiers bei Raterteilung und Empfehlung von Wertpapieren auf Grund einer Reihe prinzipieller Entscheide des Reichsgerichts seit langem eine konsequente und strenge Praxis herausgebildet hat, fehlen in der schweizerischen Rechtsprechung bis jetzt alle Präjudizien, die in dieser praktisch wichtigen Frage eine sichere Wegleitung zu geben vermöchten. Wohl hat sich das Bundesgericht unlängst einmal mit der Frage beschäftigt. Doch hat es in dem bezüglichen Entscheid vom 25. Oktober 1927 auf die Einrede der Verjährung abgestellt, die gegenüber dem Ersatzanspruch aus der Raterteilung erhoben wurde und ist auf die materielle Seite der Frage nur in zweiter Linie ganz kurz eingetreten. Es mag sich aber doch gerade an Hand dieses Falles rechtfertigen, einmal die Frage zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen die in analogen Berufsarten, wie derjenigen des Arztes, des Rechtsanwalts und des Auskunftsbureaus, bei sach-

verständigem, fachmännischem Rat zu prästierende Sorgfalt auch vom Bankier zu vertreten ist, was für Gesichtspunkte dabei nach deutschem und schweizerischem Recht in Betracht fallen und inwieweit die Rechtsauffassung, wie sie der deutschen Judikatur zugrunde liegt, auch nach schweizerischem Recht zutreffen mag. Dabei ergeben sich an Hand des genannten Falles noch zwei spezielle, praktisch wichtige Fragen. Einmal: welche Bedeutung bei Beurteilung und Empfehlung von Wertpapieren von seiten einer Bank dem Umstand zukommen mag, dass die Titel nicht nur in der Folge notleidend wurden und der Rat sich als schlecht erwies, sondern das Anleihen schon vorgängig der Raterteilung in der massgebenden Handelspresse eine ungünstige Kritik erfahren hatte; und weiter: wie es sich mit der Verjährung von Ersatzansprüchen verhält, wenn die aus den Titeln sich ergebenden Leistungen wohl eine Zeitlang gewährt werden, die Bonität der Titel jedoch zur Zeit der Raterteilung bereits zweifelhaft war: ob nämlich die Verjährung, wie das Bundesgericht in dem besagten Fall annimmt, schon mit der Raterteilung zu laufen beginnt, auch wenn ein Schaden noch nicht vorhanden ist und ein Ersatzanspruch darum nicht geltend gemacht werden kann oder ob nicht vielmehr, speziell im Fall von Art. 130 OR, das Vorhandensein des Schadens die notwendige Voraussetzung für den Beginn der Verjährung ist, weil eben die Fälligkeit des Ersatzanspruches, mit der bei vertraglichen Ansprüchen die Verjährung zu laufen beginnt, erst mit dem Schaden selber vorhanden sein kann.

Davon soll im nachfolgenden die Rede sein. Wir möchten dabei so vorgehen, dass wir zuerst den Tatbestand des besagten Rechtsfalles kurz wiedergeben, daran anschliessend die sich ergebenden Rechtsfragen und das bundesgerichtliche Urteil selber besprechen und endlich einige allgemeine Gesichtspunkte über Stellung und Mission der Banken und der Handelspresse im modernen Wirtschaftssystem, wie sie sich aus diesem Zu-

sammenhang ergeben und als Folge der wirtschaftlichen Entwicklung auch für Rechtsprechung und Gesetzgebung von täglich wachsender Bedeutung werden, daran knüpfen.

I. Der Tatbestand.

Der Beklagte stand mit einer schweizerischen Grossbank seit Mitte der 90er Jahre in Geschäftsverkehr. Er hatte bei der Bank ein offenes Titeldepot und eine Kontokorrent-Rechnung, in die die Zinsen flossen. Er hat demgemäss auch seine Kapitalanlagen in der Regel durch die Bank besorgen und sich dabei gelegentlich beraten lassen.

Ende Januar 1906 erhielt er von der Bank den Emissionsprospekt eines hypothekarisch sichergestellten, zu 4½% verzinslichen Obligationenanleihens einer Elberfelder Fabrik zugeschickt. Mit einem Begleitschreiben, in dem gesagt war, dass die Bank einen Posten dieses Anleihens übernommen habe und die Obligationen „angesichts des billiger gewordenen Geldstandes und mit Rücksicht auf die gebotenen Garantien als eine vorteilhafte und solide Kapitalanlage“, solange Vorrat, ihren Kunden anbiete. Dabei war auf die vorhandenen Reserven und speziell auch auf die Dividenden der vorausgegangenen Jahre verwiesen, die im Prospekt mit 10, 12½, 18 und zweimal 20% aufgeführt waren mit der Bemerkung, dass die Aussichten für das laufende Jahr wiederum durchaus günstig seien. Ausserdem ging aus dem Prospekt hervor, dass ein prominentes Mitglied des Verwaltungsrates der Bank, das wenige Wochen nachher zum Präsidenten des Verwaltungsrates gewählt wurde, dem Aufsichtsrat jenes Unternehmens angehörte.¹⁾

¹⁾ Die Bank bemerkt in den Akten, dass ihr Verwaltungsratspräsident nicht als Angehöriger der Bank, sondern als Fachmann dem Aufsichtsrat des Unternehmens angehört habe und fügt bei: „Wir messen dem keine wesentliche Bedeutung bei, weder nach der einen noch der andern Seite, möchten es aber doch bemerken.“

Der Beklagte wandte sich um weitere Auskunft über das Unternehmen und die Titel an einen der verantwortlichen Direktoren des Sitzes der Bank, wo er sein Titeldepot hatte und von wo ihm die Offerte zugegangen war. Er suchte ihn zu diesem Zweck persönlich auf seinem Bureau auf. Der Direktor empfahl ihm die Papiere angelegentlich als eine gute und vorteilhafte Kapitalanlage. Er wies dabei speziell noch auf den Umstand hin, dass die Bank selber mit dem Unternehmen in Geschäftsbeziehung stehe und die Mitgliedschaft der genannten, dem Verwaltungsrat der Bank angehörenden Persönlichkeit, die in der betreffenden Branche Fachmann war, im Aufsichtsrat des Unternehmens für die Richtigkeit und Zuverlässigkeit der gemachten Angaben eine vollständige Garantie sein könne. Gestützt auf diese Auskunft zeichnete der Beklagte den Betrag von Mk. 5000. — und erhöhte denselben nachträglich auf spezielle Veranlassung des Direktors noch auf Mk. 10,000. —, indem er das bezügliche Formular zurücknahm und ein anderes ausfüllte. Es durfte angesichts der gegebenen Verumständungen wohl angenommen werden, dass der geäußerten Überzeugung von der Güte und Solidität der empfohlenen Kapitalanlage eine sorgfältige Prüfung der Unterlagen und Verhältnisse zugrunde lag.

Die Entwicklung des Unternehmens hat sich aber in der Folge, und zwar, wie sich herausgestellt hat, schon unmittelbar nach Aufnahme des Anleihens sehr ungünstig gestaltet. Schon das laufende Geschäftsjahr, das Ende Juni 1906, also nur wenige Monate später, abschloss, brachte einen Dividendensturz von 20% auf 7% auf das gleichzeitig mit der Ausgabe des Obligationenanleihens von 2 auf 3 Millionen Mark erhöhte Aktienkapital. Dabei war laut Frankf. Ztg. vom 5. Dezember 1906 diese Dividende nicht einmal verdient, sondern wurde zum grössten Teil aus alten Gewinnresten vorgeschlagen. Der Gewinnvorschlag des Jahres 1905 von Mk. 182,709.— wurde auf Mk. 11,635.— reduziert, unter gleichzeitiger

Verminderung des alten Satzes der Abschreibungen und unter Verzicht des Verwaltungsrates auf die Tantième. Nur das ermöglichte eine Dividende. Von da an kam eine solche überhaupt nicht mehr zur Auszahlung. Es folgten vielmehr Jahre ununterbrochener, gewaltiger Verluste. So betrug der Betriebsverlust für das Jahr 1907/08 Mk. 166,000.—, für das Jahr 1908/09 Mk. 506,619.—, für das Jahr 1911/12 Mk. 656,000.—, und anlässlich der Generalversammlung von 1912 rechnete laut einer Mitteilung der Köln. Ztg. vom 21. Februar 1913 ein Aktionär nach, dass die Verluste von 1906 bis 1912 einschliesslich der Abschreibungen Mk. 4,328,000.—, also durchschnittlich für das Jahr Mk. 700,000.— betragen hätten. Schon 1910 fand eine erste Sanierung statt, die sich aber bald als ganz ungenügend erwies. Im Jahre 1913 erfolgte eine weitere Sanierung, und im Sommer 1914 wurden die Zahlungen eingestellt und der Zinsendienst der Obligationen, der bis dahin, zuerst aus der bestehenden Agioreserve und dann mit Hilfe der durch die Sanierungen neu gewonnenen Mittel, hatte aufrechterhalten werden können, sistiert. Das Unternehmen wurde am 1. Oktober 1914 unter Geschäftsaufsicht gestellt als einzige Alternative neben dem sofortigen Konkurs.

Mit Zirkularschreiben vom Dezember 1914 gab die Bank den Obligationären, die solche Obligationen von ihr gekauft hatten, von der prekären Situation des Unternehmens, von dessen Schwierigkeiten bis dahin, abgesehen von den Mitteilungen in der deutschen Handelspresse, nie etwas verlautet hatte und die im Zirkularschreiben wesentlich mit schlechter Konjunktur, niedrigen Verkaufspreisen und hohen Gestehungskosten begründet wurden, Kenntnis, unter Beifügung eines neuen Sanierungsplanes, bei dem nun auch den Obligationären beträchtliche Opfer zugemutet wurden. Dieses Zirkular ist dem Beklagten Ende 1914 in New York zugekommen. Er lehnte die Zustimmung zum Sanierungsplan, der nicht zur Ausführung kam, ab und ist auch einem spätern,

modifizierten Vorschlag nicht beigetreten. Dagegen wurde er in einer Zuschrift an die Direktion und dann nach seiner Rückkehr aus Amerika, anfangs 1918, in zwei Eingaben an den Verwaltungsrat bei der Bank wegen dieser ihm empfohlenen Kapitalanlage, durch die er zu Verlust gekommen war, vorstellig. Die Bank lehnte aber jede Verpflichtung aus der Empfehlung der Obligationen ab. Infolgedessen löste der Beklagte das Geschäftsverhältnis, indem er sein Titeldepot zurückzog und seinen Kontokorrent liquidierte.

Mit Schreiben vom 15. November 1920 machte die Bank gegenüber dem Beklagten nachträglich aus dem Geschäftsverhältnis noch einen Betrag von Fr. 6643.— geltend, auf Grund von Abhebungen aus einem Kreditbrief auf eine Bank in New York, die der Beklagte in den Jahren 1916 und 1917 gemacht hatte und über die infolge der Kriegswirren die Korrespondenzen der Bank z. T. nicht zugekommen waren, so dass der Beklagte für einen Betrag von \$ 1000.— oder Schw.Fr. 5129.— nicht belastet worden war. Mit Zins, Zinseszins und Kommissionsberechnung ergab sich per 15. November 1920 der genannte Betrag von Fr. 6643.—. Demgegenüber machte der Beklagte die Bank für den ihm aus den Elberfelder Obligationen erwachsenen Schaden verantwortlich. Da die schriftlich und mündlich geführten Vergleichsverhandlungen, bei denen die Bank eine Reduktion ihrer Forderung um Fr. 5000.— anbot, während der Beklagte die Wett-schlagung der beiderseitigen Ansprüche proponierte²⁾, er-

²⁾ Aus den Akten ergibt sich, dass zwecks einer gütlichen Erledigung zuerst der Verwaltungsratspräsident der Bank aus seinen eigenen Mitteln dem Beklagten als Ersatz für ausgefallene Zinsen den Betrag von Fr. 2000.— angeboten hatte, was der Beklagte ablehnte; und dass später die Bank eine Reduktion ihrer Forderung um Fr. 5000.— proponierte. Dabei wollte sie aber diese Reduktion nicht im Sinne eines Vergleichs, bei dem eine streitige Forderung durch gegenseitige Konzessionen aus der Welt geschafft wird, aufgefasst wissen, sondern als eine freiwillige „Zuwendung“ ihrerseits, unter ausdrücklicher Betonung, dass

gebnislos blieben, belangte die Bank im Februar 1926 den Beklagten auf Zahlung des, gestützt auf den Kreditbrief, bezogenen Betrages, der mit Zinsen, Zinseszinsen und Kommissionen nunmehr auf die Summe von Fr. 9402.— angewachsen war. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, indem er den aus seiner Kapitalanlage erlittenen Schaden zur Verrechnung stellte. Er machte geltend, dass die Bank sich bei der Raterteilung und Empfehlung der Titel einer Fahrlässigkeit schuldig gemacht habe, für die sie einzustehen habe. Er stützte sich dabei hauptsächlich auch auf die Tatsache, dass, lange bevor ihm die Obligationen angeboten und empfohlen worden waren, die Emission des Anleihens in der massgebenden Handelspresse, speziell der Frankf. Ztg., scharfe Kritik erfahren hatte.

Über die näheren Verumständungen der Obligationenemission und die von der Frankf. Ztg. daran geübte Kritik sei folgendes ausgeführt:

Das Unternehmen hatte zwei Etablissements: die ursprüngliche Fabrik in Elberfeld und ein neues Etablissement in Zehlendorf bei Berlin, das z. Z. der Anleihe im Bau begriffen war und zu dessen Ausbau nebst Beschaffung weiterer, durch Einführung neuer Artikel nötig gewordener Betriebsmittel die Anleihe hauptsächlich dienen sollte. Der Vorsitzende des Aufsichtsrates war der Berliner Bankier Carl N., von dem und einigen Miteigentümern die Gesellschaft das Terrain für den Neubau in Zehlendorf erworben hatte und dessen Bankfirma auch noch bei einer Reihe anderer Unternehmungen einen bestimmenden und, wie sich in der Folge zeigte, unheilvollen Einfluss ausübte.

Die Ankündigung der neuen Anleihe gab der Frankf. Ztg. Anlass zu einer scharfen Kritik in zwei Artikeln vom 24. Oktober und 17. November 1905, also lange bevor die

damit keinerlei Verpflichtung anerkannt werde „weder rechtlich noch moralisch“. Der Rechtsstreit drehte sich tatsächlich von Anbeginn weit weniger um das finanzielle Interesse, als um die prinzipielle Frage.

Anleihe auf den Markt gebracht wurde. Das Blatt sah darin die Bestätigung der bereits früher von ihm gemachten Wahrnehmung einer überhasteten Ausdehnung und Vermehrung des Kapitals. Es wies darauf hin, dass in Anbetracht der bereits zweimaligen Erhöhung des Aktienkapitals zwecks der Anlage in Zehlendorf der dafür gemachte Kapitalaufwand nunmehr ein ausserordentlich hoher sei. Es erinnerte weiter daran, dass das Unternehmen unter seiner frühern, im Jahr 1899 abgeänderten Firma verschiedene, tiefgreifende Sanierungen durchgemacht hatte und kritisierte scharf die seither befolgte Dividendenpolitik mit der ständig steigenden Dividende von 7,5 auf 10, 12½, 18 und zweimal 20%, die im Widerspruch stehe zu dem fortdauernden starken Kapitalbedarf. Niedrigere Dividenden und Verwendung eines Teils des Gewinns zur Verstärkung der Betriebsmittel wären bei dem starken Geldbedürfnis angezeigt gewesen. Ebenso äusserte das Blatt Zweifel über die Opportunität der Ausübung der Option auf ein benachbartes Terrain, der das Anleihen ebenfalls dienen sollte. In der Tatsache sodann, dass sich bezüglich der Zulassung einer andern Kapitalerhöhung im N.-Konzern zur Börse bei der Berliner Zulassungsstelle Bedenken geltend machten, erblickte die Frankf. Ztg. eine bezeichnende Illustration ihrer eigenen Kritik und den Niederschlag einer Stimmung, die schon seit längerer Zeit hinsichtlich der finanziellen Transaktionen der Firma N. herrsche. Die Zurückhaltung der Zulassungsstelle habe bei allen N.schen Werten beträchtliche Kursrückgänge zur Folge gehabt, und es dürfe erwartet werden, dass die Aktionäre sich in den bevorstehenden Generalversammlungen gegenüber den geplanten Kapitaltransaktionen etwas kritischer als bisher verhalten. Die Generalversammlung der Elberfelder Fabrik biete den Aktionären Gelegenheit, sich über die Verhältnisse des Unternehmens Aufschluss geben zu lassen und Vorsorge zu treffen, dass die Expansionslust der Verwaltung und der hinter ihr stehenden Bankfirma nicht zum Übermass sich steigern.

Und noch einmal, anlässlich der Kotierung der Anleihe an der Börse im Januar 1906, d. h. etwa zehn Tage bevor die Bank die Obligationen offerierte, wiederholte das Blatt unter Hinweis auf die „relativ recht hohe hypothekarische Belastung und starke Überschreitung des Kostenvoranschlages für die neue Anlage von 2,2 auf fast 5 Millionen Mark“ seine Bedenken und Befürchtungen, die dann auch in der wenige Monate später erfolgten Reduktion der Dividende von 20% auf 7%, die zudem nicht einmal verdient war, ihre vollständige Rechtfertigung fanden. In einer Besprechung dieses Resultates und eines erneuten allgemeinen Kursrückganges der N.schen Werte wies die Frankf. Ztg. in einem Artikel vom 15. November 1906 noch weiter darauf hin, dass, wie seit langem bekannt sei, sich die Bank N. Geld in starkem Umfang dadurch zu verschaffen gewusst habe, dass sie bei den ihr nahestehenden Unternehmungen Kapitalerweiterungen veranlasste, die zumeist weit über den Umfang der sichtbaren Bedürfnisse der betreffenden Unternehmungen hinausgegangen seien. Ein Teil des Erlöses sei dann als Guthaben bei der Bank stehengeblieben, wodurch deren verfügbare Mittel vermehrt worden seien. So erkläre sich, dass fast alle N.schen Unternehmungen in den vorausgegangenen Jahren mit wahren Eilzugstempo Kapitalerweiterungen vorgenommen hätten. Es habe sich nun aber gezeigt, ein wie gefährliches Experiment eine solche, auf eine gewaltsame Ausdehnung der betreffenden Unternehmungen hinauslaufende Finanzierungspraxis, die seit Jahr und Tag, namentlich auch von seiten der Frankf. Ztg., scharfe Kritik habe erfahren müssen, nicht nur für das einzelne Unternehmen, sondern auch für die dahinter stehende Bank bilden könne, namentlich wenn durch schönfärberische Empfehlungen und eine falsche Dividendenpolitik der Agiotage Vorschub geleistet worden sei, indem bei einem Rückschlag eben jeder Misserfolg eines Unternehmens auf die andern zurückwirke, wenn es sich um eine bereits zum Sammelnamen wie „N.-Werte“ gewordene Gruppe handle.

Die Frage, die sich ergibt, ist nun also die, ob nicht die Bank und ihr Direktor, angesichts dieser Tatsachen und dieser von so ernsthafter und sachverständiger Seite an der Anleihe geübten Kritik, sich bei der Empfehlung der Titel einer Fahrlässigkeit dadurch schuldig machten, dass sie nach den Grundsätzen, unter denen ein ordentlicher Bankier Rat zu erteilen pflegt, leichtfertig, auf ungenügende Prüfung der Grundlagen ihrer Überzeugung und mangelhafte Einholung und Berücksichtigung der gebotenen Informationen hin, geurteilt haben.

II. Die Rechtsfrage.

1. Nach gemeinrechtlicher Auffassung begründete die Erteilung von Rat und Empfehlung als sog. *mandatum tua gratia* an sich keine Haftung des Raterteilenden. Dieser haftete vielmehr nur, wenn er *dolos* handelte oder sich besonders verpflichtete.

Dem entspricht auch die Bestimmung des § 676 BGB, die von Rat und Empfehlung handelt. Sie lautet:

„Wer einem andern einen Rat oder eine Empfehlung erteilt, ist, unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältnis oder einer unerlaubten Handlung ergebenden Verantwortlichkeit, zum Ersatz des aus der Befolgung des Rates oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet.“

Es besteht also auch nach geltendem deutschem Recht eine Haftung nur nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, d. h. wenn die Raterteilung innerhalb der Rechtsbeziehungen eines Vertragsverhältnisses stattfindet oder wenn der Rat sich als unerlaubte Handlung darstellt. Dabei hat sich aber bezüglich der praktisch wichtigen Frage der Haftung des Bankiers aus Raterteilung und Empfehlung von Wertpapieren in der Rechtsprechung des Reichsgerichts eine Praxis herausgebildet, bei der auf die Eigenart des Effektenhandels und die besondere Stellung des Bankiers zum Kunden, die verlangt, dass der Bankier nicht als Interessengegner, sondern als Vertrauensmann

des Kunden handelt, entscheidendes Gewicht gelegt wird. Nach dieser Praxis haftet der Bankier nach Vertragsgrundsätzen immer dann, wenn sich der Rat oder die Empfehlung als Nebenleistung eines Hauptgeschäftes, eines Kommissions- oder Kaufvertrages über ein Wertpapier, darstellt oder, wenn die Raterteilung innerhalb einer ein Vertrauensverhältnis begründenden, längern Geschäftsverbindung erfolgt ist.

Dieser Auffassung hat sich die Doktrin angeschlossen. Die herrschende Lehre steht ganz auf dem Standpunkt des Reichsgerichts. Soweit die Literatur davon abweicht, ist es mehr nur in der rechtlichen Konstruktion als im Resultat und beschränkt sich im allgemeinen darauf, dass einzelne Publizisten zum Teil etwas andere Wege einschlagen, um zum selben Ziel zu gelangen.

In dem Entscheid des Reichsgerichts vom Jahre 1898 (R.G. 42/125), der für die Auffassung des Rates als Teil des Hauptgeschäftes grundlegend geworden ist, lag der Fall so, dass der Kläger von der beklagten Bankfirma auf angelegentliche Empfehlung hin Aktien eines neugegründeten Industrieunternehmens gekauft hatte und dann, als er zu Verlust kam, die Bankfirma aus der Empfehlung der Papiere auf Schadenersatz belangte, weil die Empfehlung wider besseres Wissen, jedenfalls aber ohne die erforderlichen Grundlagen, also schuldhaft, gewesen sei.

In den Motiven geht das Reichsgericht von dem Satz aus, dass im allgemeinen, abgesehen von Arglist, für Rat und Empfehlung, weil sie an sich keinen Vertragsschluss enthalten, nicht gehaftet wird. Dabei werde aber unterstellt, dass zwischen den Parteien etwas anderes als Rat und Empfehlung nicht vorgefallen sei. Bestehe zwischen ihnen ein anderweitiges Rechtsverhältnis und stehe Rat und Empfehlung damit in Beziehung, so komme weder die Regel der Nichthaftung noch die Ausnahme der ausserkontraktlichen Klage wegen Arglist (*actio doli*) — die ihres subsidiären Charakters wegen nur Platz greift, wenn die widerrechtliche, bössliche Vermögensbeschädigung

nicht in anderer Weise ebensogut ausgleichbar ist — in Frage. Vielmehr müssten die Rechtssätze zur Anwendung gelangen, die für jenes andere Verhältnis gelten. Im Falle eines Kaufgeschäfts, für dessen Abschluss die Raterteilung kausal war, ergäbe sich also bei Arglist der Tatbestand der absichtlichen Irrtumserregung mit den bezüglichlichen Rechtsfolgen aus kontraktlicher Haftung.

Ähnlich verhalte es sich bei Fährlässigkeit. Zwar werde im allgemeinen eine Verantwortung des Verkäufers für Versehen bei einer für den Kaufabschluss kausalen Raterteilung nicht anzunehmen sein. Im vorliegenden Fall falle jedoch in Betracht, dass es sich um den Verkauf von Wertpapieren seitens eines Bankiers an einen Privatmann handle. Es gehöre zum Gewerbe des Bankiers, zinstragende Wertpapiere an das Publikum, das Belegung für seine Kapitalien sucht, abzugeben. Dabei sei Verkehrs-sitte, dass der Bankier den Kunden berate. Dem Privatmann gehen häufig die Kenntnisse ab, die zur Beurteilung der Güte eines Wertpapiers im allgemeinen und im einzelnen Fall erforderlich sind. Vom Bankier werde vorausgesetzt, dass er diese Kenntnis kraft seines Berufes habe oder doch leichter sich verschaffen könne. Er gelte als Sachverständiger, der Kunde als Laie.

Mit dem Kaufgeschäft verbinde sich in diesem Fall die Leistung von Diensten, und die Vorteile, die dem Bankier aus den Geschäftsabschlüssen entstehen, seien zugleich das Entgelt für die Darbietung der Kenntnisse und Erfahrungen des Fachmannes an den minderkundigen Laien. Diese Dienste seien ein Teil des entgeltlichen Geschäfts und wer sie leiste, habe dafür einzustehen, dass er sie ohne Fährlässigkeit leiste. Eine bedingungslose Garantie für die objektive Richtigkeit des Rates werde damit in der Regel zwar nicht übernommen. Wofür aber eingestanden werde, sei, dass der Bankier bei der Raterteilung nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns ausser acht setze, dass also namentlich seine positiven Äusserungen auf einer sorgfältigen Prüfung der Umstände

und Verhältnisse beruhen, auf die ein sachverständiger Beurteiler Wert lege. Eine Fahrlässigkeit, bei der diese Sorgfalt ausser acht gelassen werde, mache den Bankier dem abkaufenden Kunden gegenüber, der seinem Rat vertraut habe, für den entstandenen Schaden verantwortlich.

Diesen Rechtsgedanken, dass der Bankkaufmann in solchen Fällen der Raterteilung in Verbindung mit einem Kauf- oder Kommissionsgeschäft über Wertpapiere nach den das Hauptgeschäft beherrschenden Grundsätzen für fahrlässig falschen Rat haftet, ist heute in der deutschen Rechtsprechung anerkannten Rechts. Der Rat oder die Empfehlung gilt als „unselbständige Nebenverpflichtung zu der vertraglichen Hauptverpflichtung“, als „eine von dem Hauptgeschäft mitumfasste und bestimmte Nebenleistung“, als „integrierender Teil des als ein zusammenhängendes Ganzes zu betrachtenden Geschäftes“ (R.G. 67/394, Jur. Wochenschr. 1905/502, 1910/808). Gegenüber dem erhobenen Einwand, dass die Erteilung des Rates bereits vor der Begründung des Vertragsverhältnisses resp. Abschlusses des Kommissions- oder Kaufgeschäfts erfolge, wird vom Reichsgericht in einer Entscheidung (Jur. Wochenschr. 1911/809) ausgeführt, dass die Raterteilung zwar zum voraus, aber doch mit Rücksicht und in der Hoffnung auf das Zustandekommen des Kaufvertrages erfolgt sei und nach dem Willen der Beteiligten als Erfüllung eines Teils der dem Käufer obliegenden Vertragsleistung gelten soll. Das treffe speziell beim Bankier zu, wo die Beratung Verkehrssitte sei und der Kunde erwarten dürfe, dass seinem selbstverständlichen Verlangen nach Erteilung von Rat durch einen Fachmann, der Bankier, der nach der Verkehrssitte den Kunden berät, entsprechen werde. „Der Kunde“, so wird ausgeführt, „will regelmässig nicht nur die Anschaffung eines Wertpapiers, sondern auch einen darauf bezüglichen, sachverständigen Rat, und der Bankier will ihm gegen das im Kaufpreis liegende Entgelt nicht nur das Papier ver-

schaffen, sondern auch seinen sachverständigen Rat erteilen.“

In diesem nach den Verhältnissen zu unterstellenden Willen der Parteien betr. die Unterordnung von Rat und Empfehlung unter das prinzipale Rechtsverhältnis liegt offenbar das rechtlich entscheidende Moment. Wesentlich ist, dass der Kunde, wenn er sich vom Bankier über die Güte von Wertpapieren beraten lässt, den Bankier als „objektiven Sachverständigen anspricht, der sein, des Kunden Interesse wahrnimmt und nicht wie irgendein Händler seine Ware anpreist, um für sich selbst Vorteile zu erzielen“, und anderseits der Bankier das weiss und, wenn er den Rat erteilt, ihn nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 242 BGB) in diesem Sinne gibt, so dass die Ratsleistung als eine beiderseits im Rahmen der Verkaufsleistung gewollte und gewährte zu betrachten ist.

Ob diese Unterstellung, dass der Bankier aus der Rolle des blossen Verkaufslustigen heraustritt und einen sachverständigen Rat erteilt, zutrifft, wird im einzelnen Fall festzustellen sein, im regelmässigen Kundengeschäft aber fast immer ohne weiteres angenommen werden dürfen (v. Ziegler, Monatsschr. f. Handelsr. u. Bankw. 1912 S. 6).

Der andere Gesichtspunkt, aus dem die Rechtsprechung des Reichsgerichts eine vertragliche Haftung des Bankiers für fahrlässig falschen Rat herleitet, ist eine dauernde Geschäftsverbindung zwischen den Beteiligten, innerhalb der der Rat erteilt wird, vorausgesetzt, dass die Raterteilung in den Rahmen dieser Geschäftsverbindung fällt.

In dem hier noch nach dem gemeinen Recht beurteilten, aber auch für das neue Recht grundlegend gewordenen Fall (R.G. 27/119) hatte der Kunde, der mit der beklagten Bankfirma in regelmässigem Geschäftsverkehr stand, auf Grund einer Raterteilung Wertpapiere, Aktien eines Unternehmens, in dessen Verwaltungsrat die Bankfirma

vertreten war, gekauft und einen Teil dieser Papiere durch den beratenden Bankier, einen andern Teil durch eine dritte Bank anschaffen lassen. Als die Dividende dauernd fiel, verkaufte der Kläger, um wenigstens einen Teil des Kapitals zu retten, die Papiere und belangte die Bankfirma auf Schadenersatz.

Das Reichsgericht statuierte in beiden Fällen, also auch da, wo der Kunde von einer dritten Bank kaufte und der Rat sich nicht als Nebenverpflichtung zum Hauptgeschäft, sondern als ein isolierter, selbständiger Rat darstellt, eine vertragliche Haftung auf Grund der bestehenden Geschäftsverbindung.

In den Motiven wird ausgeführt, dass wenn auch eine Geschäftsverbindung an sich zunächst nichts anderes sei als zufälligerweise ein Nebeneinanderbestehen von Geschäften, welche diese Personen miteinander abgeschlossen haben und einander gegenüber erfüllen, so bilde sich durch die häufige geschäftliche Berührung und die Kenntnis, dass es für beide Teile vorteilhaft sei, einander entgegenzukommen, ein „Vertrauensverhältnis aus, in welchem die Wahrung von Treu und Glauben in erhöhtem Masse und in weiterem Umfang als im Verkehr zwischen einander fremd gegenüberstehenden Personen zur notwendigen Übung werde“. Nicht nur der Abschluss und die Erfüllung der einzelnen Geschäfte, sondern die ganze Geschäftsverbindung werde von Treu und Glauben beherrscht und die besondern, sich daraus ergebenden Verpflichtungen auch auf Empfehlungen und Auskunfts-erteilungen innerhalb des Rahmens der Geschäftsverbindung übertragen. „Vorgänge,“ so wird ausgeführt, „welche unter Fremden an sich indifferent sein würden, werden wie Rechtsgeschäfte bzw. als solche behandelt. Der Geschäftsfreund empfängt die Mitteilung des Geschäftsfreundes in der Überzeugung, dass diesen bei der Erteilung derselben kein Verschulden trifft, bzw. dass er für ein begangenes Versehen haftbar sei, und der andere Geschäftsfreund weiss, dass der erstere seine Mitteilungen in diesem

Sinne auffasst und dass er sie in Treu und Glauben so auffassen darf. Der Geschäftsfreund wird dadurch nicht verpflichtet, eine Auskunft zu geben, gibt er sie aber, so unterwirft er sich damit der bestehenden Auffassung.“³⁾

Auch hier ist die Doktrin im allgemeinen dem Reichsgericht gefolgt, wenn auch z. T. nicht ganz ohne Bedenken. Weniger hinsichtlich des Resultats, das als sachentsprechend und billig erachtet wird, als bezüglich der rechtlichen Konstruktion. Während nach der Auffassung des Reichsgerichts, an der es in konstanter Praxis festgehalten hat, und ebenso von manchen Autoren (Staub, § 349 Anm. 18; Düringer-Hachenburg, § 384 Anm. 12) die Geschäftsverbindung gewissermassen als quasikontraktliche Grundlage der Verpflichtung zu sorgfältiger Raterteilung angesehen wird, erblicken andere — u. E. schärfer — das entscheidende Moment darin, dass die Raterteilung hier eben stillschweigend im Sinne eines Vertragsschlusses erfolgt (v. Ziegler a. a. O. S. 30).⁴⁾ Der Kunde betrachtet den Bankier, mit dem er in regelmässiger Geschäftsverbin-

³⁾ Eine ähnliche Überlegung findet sich übrigens auch in der französischen Rechtsprechung bezüglich der Haftung des Notars, der anlässlich der Vornahme rechtsgeschäftlicher Akte bei Erteilung oder Unterlassung von Ratschlägen (*conseils donnés et conseils omis*) in der Regel nur für grobes Verschulden (*faute grave*) haftet. Die Verantwortlichkeit ist aber strenger im Falle ständiger Geschäftsbeziehungen zu dem Klienten: „La responsabilité du notaire est d'ailleurs plus stricte, si la partie qu'il a négligée d'éclairer est un client habituel, parce que, en ce cas, il est en quelque sorte son mandataire tacite (Dalloz, Répertoire pratique p. 383 ff. spez. No. 484).“

⁴⁾ Ähnlich sagt Oertmann (Komm. z. B.G.B. § 676), dass das Vertrauensverhältnis gemäss dem aus den Parteizwecken mittelst Beurteilung nach Treu und Glauben zu entnehmenden, vermutlichen Parteiwillen eine stillschweigend übernommene Sorgfaltspflicht bei Erteilung der einzelnen Auskünfte und Raterteilungen begründe. Auch, meint er, könne mit Recht in derartigen Fällen mit Rücksicht auf die sich aus der Geschäftsverbindung ergebenden Vorteile der Rat als in wirtschaftlichem Sinne entgeltlich erteilt bezeichnet werden.

dung steht und dem er seine laufenden Gelder und oft auch seine Papiere anvertraut, als seinen Vertrauensmann und Sachverständigen. Er empfängt darum auch den Rat als im Sinne dieses Vertrauensverhältnisses nach bestem Wissen und Können erteilt, und der Bankier, der das nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte weiss, unterwirft sich dieser Auffassung, wenn er den Rat erteilt. Damit ist derselbe eben auch der bei andern in die Geschäftsverbindung fallenden Rechtsgeschäften zu prästierenden Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns (§ 347 H.G.B.) unterworfen.⁵⁾

Das Ergebnis ist somit das, dass nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und nach der herrschenden Doktrin bei Raterteilung und Empfehlung von Wertpapieren von seiten des Bankiers nach Vertragsgrundsätzen immer dann gehaftet wird, wenn der Rat sich als eine Nebenverpflichtung eines Kaufs- oder Kommissionsgeschäftes darstellt oder wenn ein isolierter, selbständiger Rat, der selber den Vertragsinhalt ausmacht, vom Bankier innerhalb einer Geschäftsverbindung dem Kunden erteilt wird. Endlich ist eine vertragliche Haftung nach allgemeiner Auffassung immer auch dann anzunehmen, wenn der Rat gegen Entgelt gegeben wird; denn das Entgelt ist immer ein sicheres Zeichen für die rechtsgeschäftliche Absicht. Die Erteilung des Rates gegen Entgelt wird aber beim Bankier eine Ausnahme sein und wohl nur dann vorkommen, wenn die Raterteilung und Einholung

⁵⁾ Bezüglich der rechtlichen Natur einer solch isolierten Raterteilung, wo der Rat der Haupt- oder einzige Gegenstand des Vertragsverhältnisses ist, gehen die Meinungen auseinander. Da der Bankier in der Regel für seinen Rat ein rechtliches Entgelt nicht bezieht, den Rat vielmehr im Rechtssinne unentgeltlich erteilt, wird ein solcher Rat unter den Begriff des Auftrags zu subsumieren sein. Im Ausnahmefall eines Entgeltes würde das Rechtsverhältnis wohl unter die Bestimmungen des Dienstvertrages fallen. Für die Bemessung der zu prästierenden Sorgfalt oder die Frage der Verjährung ist das irrelevant.

der bezüglichen Informationen, wie das bei weniger bekannten, überseeischen Papieren etwa der Fall sein mag, mit besonderer Mühewaltung verbunden ist. Im alltäglichen, gewöhnlichen Geschäft lässt sich der Bankier seinen Rat nicht bezahlen. Sein Gewerbe besteht aus Kauf und Verkauf von Wertpapieren und deren kommissionsweiser Vermittlung und in diesem Zusammenhang gehört die Raterteilung zu seinen Berufsgeschäften. Die Entschädigung, die er erhält, ist aber nicht ein Entgelt im rechtlichen Sinn, sondern ergibt sich erst aus den wirtschaftlichen Vorteilen, die ihm aus den einzelnen Geschäften oder der Geschäftsverbindung erwachsen.

Und nun noch ein Wort über die Haftung aus unerlaubter Handlung, die, wie im gemeinen Recht, immer da eingreift, wo eine Haftung aus Vertrag nicht gegeben ist. Hier kommt für das geltende deutsche Recht nach allgemeiner Auffassung meist nur die Haftung für vorsätzlich falsche Raterteilung im Sinne von § 826 BGB (vorsätzliche Schädigung in einer wider die guten Sitten verstossenden Weise) in Betracht. Wohl kennt auch das deutsche Recht eine Haftung für ausserkontraktliche fahrlässige Schädigung und § 823 Abs. 1 nennt ausdrücklich die also geschützten Rechtsgüter. Bei der falschen Raterteilung handelt es sich aber um eine allgemeine Vermögensschädigung, und das Vermögen als solches ist nicht ein im Sinn dieses Paragraphen geschütztes „Recht“.

Ob und inwiefern der Umstand, dass also nach geltendem deutschem Recht im ausservertraglichen Verhältnis in der Regel nur für vorsätzlich falsche Raterteilung gehaftet wird, für die Annahme einer Haftung nach Vertragsgrundsätzen, wie sie die deutsche Rechtsprechung entwickelt hat, von Einfluss gewesen ist, mag dahingestellt bleiben. Wesentlich ist, dass die Rechtswissenschaft sich der Praxis angeschlossen hat und auch diejenigen Stimmen der Literatur, die an der rechtlichen Konstruktion Kritik üben, nur auf einem andern Weg versuchen, zum selben

Ziel zu gelangen.⁶⁾ In seltener Einmütigkeit herrscht darin Übereinstimmung, dass ohne eine strenge Haftung des Bankiers auch für Fahrlässigkeit bei Raterteilung und Empfehlung von Wertpapieren aus Gründen des wirtschaftlichen Bedürfnisses und der Erfordernisse des modernen Geschäftslebens nicht auszukommen ist und dass die Haftung mit Rücksicht auf die Vorteile, die sich für den Bankier aus der Raterteilung ergeben und die mit das Motiv derselben sind, die Haftung auch als durchaus billig erachtet werden muss.

2. Was nun das schweizerische Recht anbelangt, so enthält es über Rat und Empfehlung keinerlei Vorschrift. Es fehlt an einer speziellen, gesetzlichen Ordnung des Verhältnisses. Eine Haftung des Bankiers tritt also auch hier nur nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ein: auf Grund eines Vertragsverhältnisses oder aus unerlaubter Handlung. Die Frage ist also auch hier die, wann bei der Beratung durch den Bankier ein Vertragsverhältnis anzunehmen ist und inwieweit die Gesichtspunkte der deutschen Rechtsprechung auch bei uns zutreffen mögen.⁷⁾

⁶⁾ So vertritt Kammergerichtsrat Brand (D.Jur.Ztg. 1912, Nr. 12) die Auffassung, dass es sich bei der Raterteilung durch den Bankier in Ausübung seiner handlungsgewerblichen Tätigkeit um ein auftragsähnliches Beratungsverhältnis handle, aus dem der Bankier immer nach Vertragsgrundsätzen hafte. Es wäre also nach diesem Autor in der Raterteilung selber ein Vertragsverhältnis zu erblicken. — Von anderer Seite wird das Verhältnis so aufgefasst, dass wenn in Fällen, in denen wie beim Bankier die gewerbliche Tätigkeit die Raterteilung umschliesst, ein Rat verlangt wird, darin der Antrag zum Abschluss eines Vertrages auf Raterteilung liege. Der Dritte sei dabei stets der Auffassung, dass es sich hier um eine geschäftliche und in den Bereich des Rechts fallende Tätigkeit handle. Sein Verhalten sei daher nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als rechtsgeschäftlicher Antrag auszulegen, den der Bankier durch Erteilung des Rates annehme und zugleich erfülle (Schmidt-Rimpler im Handbuch des Handelsrechts Bd. 5 I. Abt. I. Hälfte S. 737 ff.).

⁷⁾ In einem Urteil vom Jahre 1895 (Revue der Gerichtspraxis Bd. XIV Nr. 45) führt das Bundesgericht aus, dass in der Erteilung

Dabei fällt in Betracht, dass nach Art. 1 ZGB da wo das Gesetz für ein Verhältnis keinerlei Vorschrift enthält und auch kein Gewohnheitsrecht besteht, der Richter nach der Regel entscheiden soll, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. „Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.“ Diese Regel des Gesetzgebers ergibt sich im wesentlichen aus der Natur der Sache, den Erfordernissen des Verkehrslebens, den wohlabgewogenen beiderseitigen Interessen der Parteien, sowie dem öffentlichen Gefühl und der allgemeinen ethischen Auffassung, wobei es offenbar den Verhältnissen entspricht und im Interesse des Bankiers selber liegen muss, dass er als Vertrauensmann und nicht als Interessengegner seiner Kunden und des Publikums aufgefasst wird. Es sind das also gerade die Gesichtspunkte, die für die deutsche Rechtsprechung bestimmend gewesen sind und die in Verbindung mit dem Grundsatz des § 242, „wonach der Schuldner seine Leistung so zu bewirken hat, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“, auch die deutsche Rechtswissenschaft als wesentlich und entscheidend anerkannt hat. Der zugrundeliegende Rechtsgedanke muss darum, wenigstens in seiner allgemeinen, auf eine strenge Haftung des Bankiers gerichteten Tendenz, auch

einer Auskunft oder Empfehlung, insofern sie nicht in Ausübung eines hierauf gerichteten Gewerbes oder überhaupt gegen Entgelt geschieht, der Wille, eine vertragliche Verpflichtung zu übernehmen, nicht erblickt werden kann, eine Haftung für schädigende Folgen in einem solchen Fall vielmehr nur insoweit besteht, als die Empfehlung den Tatbestand einer unerlaubten Handlung im Sinne des Art. 50 resp. jetzt 41 OR in sich enthält. — Umgekehrt ist also eine vertragliche Haftung dann anzunehmen, wenn Rat und Empfehlung gegen Entgelt oder in Ausübung eines hierauf gerichteten Gewerbes erteilt werden.

Ebenso nimmt Hafner Art. 392 Anm. 2 OR unter Hinweis auf die deutsche Rechtsprechung eine vertragliche Haftung an: „wenn die Erteilung von Auskunft oder Empfehlung in Ausübung eines hierauf gerichteten Gewerbes oder überhaupt gegen Entgelt oder sonst innerhalb eines Vertragsverhältnisses geschieht.“

für den schweizerischen Richter wegleitend sein. Um so mehr als der Grundsatz von Treu und Glauben in der Vertragserfüllung im schweizerischen Recht besonders eindringlich betont und in Art. 2 ZGB an die Spitze des Gesetzes gestellt wird.

In einem Punkt unterscheidet sich nun allerdings das schweizerische Recht vom deutschen: in der Frage der ausservertraglichen Haftbarkeit bei Rat und Empfehlung. Während, wie wir gesehen, nach geltendem deutschem Recht ausservertraglich zumeist nur für vorsätzlich zugefügten Schaden gehaftet wird, statuiert das Obligationenrecht (Art. 41 ff.) im Anschluss an das französische Recht die Haftung für jeden absichtlich oder fahrlässig ausserkontraktlich zugefügten Schaden. Und zwar besteht die Haftung nicht nur für grobe, sondern für jede Art von Fahrlässigkeit. Wiewohl die Schädigung infolge der Befolgung des Rates erst durch einen Willensentschluss des Beratenen selber herbeigeführt wird, schliesst das doch die widerrechtliche Schädigung nicht aus, sofern nur die Empfehlung für den Entschluss des Beratenen kausal war. Darin liegt der Unterschied zu der direkten fahrlässigen Beschädigung eines Rechtsgutes oder Rechtes, wie sie § 823 Abs. 1 BGB auf Grund des Tatbestandes der *lex Aquilia* und ihrer Erweiterungen zur Voraussetzung hat.

Wenn nun aber auch die Interessen des Beratenen nach Schw.OR bei ausserkontraktlicher Raterteilung in weitergehendem Masse geschützt sind, ist es doch auch hier wichtig, scharf zu unterscheiden, ob ein vertraglicher oder ausservertraglicher Rat vorliegt; denn danach regeln sich die Fragen der Verjährung und der Beweislast. Auch haftet die Bank für kontraktliches Verschulden ihrer Angestellten unbedingt, während ihr bei ausservertraglichem Handeln der Exkulpationsbeweis nach Art. 55 OR zusteht. Überdies mag das Moment des vertraglichen oder ausservertraglichen Charakters des Rates im einzelnen Fall doch auch bei der Bemessung der zu prästierenden Sorgfalt mit in Betracht fallen. Wenn auch prinzipiell kontrakt-

lich und ausserkontraktlich in gleicher Weise für jede Sorgfalt gehaftet wird, so wird doch auf Grund einer vertraglichen Bindung gemäss Art. 328 Abs. 3 OR, dessen Bestimmungen für alle Vertragsverhältnisse zutreffend sind und der für das Mass der anzuwendenden Sorgfalt ausdrücklich auf den Bildungsgrad und die Fachkenntnisse, die verlangt werden, abstellt, eine derart sorgfältige Prüfung der Unterlagen und Verhältnisse erwartet werden dürfen, wie sie im ausservertraglichen Verhältnis nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden kann.⁸⁾

3. Überträgt man nun den im vorgehenden entwickelten Rechtsgedanken auf den vorliegenden Fall, so ist klar, dass es sich hier um eine vertragliche Raterteilung gehandelt hat. Die Auskunft über die von der Bank dem Kunden angebotenen und verkauften Titel stellt sich als eine vom Hauptgeschäft mitumfasste Nebenverpflichtung dar und beurteilt sich demgemäss nach den Regeln des zugrundeliegenden Kaufvertrages. Auch der Gesichtspunkt eines besondern Vertrauensverhältnisses, wie es sich auf Grund einer jahrelangen Geschäftsverbindung ergibt, trifft zu. Aber ganz davon abgesehen, kann es sich u. E. hier schon nach den besondern Umständen

⁸⁾ Über das Mass ausserkontraktlicher Haftung sagt das bereits angezogene Urteil des Bundesgerichts (*Revue der Gerichtspraxis* Bd. XIV Nr. 45), dass natürlich für nur gelegentliche Äusserungen in der Konversation, auf welche überhaupt ein verständiger Mann nicht als auf verlässliche Zusicherungen abzustellen pflegt, nicht gehaftet wird, dass aber auch bei zwar geschäftlichen, aber ausserhalb eines Vertragsverhältnisses erteilten Empfehlungen der Empfänger wissen muss, dass er nicht darauf rechnen kann, dass der Erteiler der Empfehlung besonders sorgfältige Nachforschungen nach den Verhältnissen angestellt habe, dass er vielmehr nur verlangen und erwarten kann, dass die Empfehlung in guten Treuen und nicht leichtfertig erteilt werde, dass der Aussteller der Empfehlung ihm dasjenige, was er weiss, loyal, ohne Retizenz und Rückhalt mitteile und nicht leichtfertig und ohne alle Prüfung der Dinge positiv Dinge versichere, von deren Wahrheit er nicht selbst überzeugt ist oder bei nur einigem Nachdenken nicht überzeugt sein kann.

des Falles nur um einen vertraglichen Rat gehandelt haben. Wenn eine Bank einem Kunden Titel anträgt und er persönlich den verantwortlichen Direktor um Auskunft darüber angeht, so darf doch wohl bei der Auskunfterteilung ohne weiteres ein Verpflichtungswille auf seiten des um Raterteilung angegangenen Direktors angenommen werden. Es liegt auf der Hand, dass es sich hier nicht um eine Empfehlung im Sinne einer den Interessen des Verkäufers dienenden Anpreisung, wie sie irgendein Händler vornehmen mag, wenn er seine Ware loswerden will, sondern eines im Interesse des Kunden zu erteilenden, sachverständigen Rates gehandelt hat. Das allein kann die Auffassung sein, in der unter solchen Umständen die Auskunft verlangt und nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erteilt wird. Und selbst, wenn ein Vertragsverhältnis verneint werden wollte, würde die Sache hier doch so liegen, dass von dem Bankier, wenn er den Rat erteilt, erwartet wird, dass er ihn gewissenhaft erteilt und von dem Gedanken beherrscht ist, dem ratsuchenden Kunden zu dienen.

Vorausgesetzt nun, dass die in solchem Fall bei der Raterteilung obliegende Sorgfalt wirklich angewendet wurde, ist es schwer verständlich, dass sich dabei nicht ähnliche Bedenken geltend gemacht haben sollen, wie sie die Frankf. Ztg. zu ihrer scharfen Kritik veranlasst haben. Der gegebene Gewährsmann war ja das eigene Verwaltungsratsmitglied, das dem Aufsichtsrat des Unternehmens angehörte. Man konnte also die Informationen aus erster Quelle beziehen. Und die Empfehlung der Titel unter Hinweis auf die bisherigen hohen Dividenden erscheint angesichts der Tatsache, dass die Dividende wenige Monate nachher von 20% auf 7% fiel und auch in diesem stark reduzierten Betrag nicht einmal verdient war, nur so erklärlich, dass man es eben bei der Prüfung der Verhältnisse und Einholung der Informationen an der obliegenden Sorgfalt fehlen liess. Gerade mit Rücksicht auf die bestehende geschäftliche Verbindung durfte die

grösste Gewissenhaftigkeit in der Auskunfterteilung erwartet und gefordert werden.

Die Frage, die sich ergibt, stellt sich aber auch noch in anderer Weise:

Ob die Artikelserie der Frankf. Ztg. der Bank und ihrem Direktor bekannt war, ist nicht festgestellt. Für den Fall, dass sie davon Kenntnis hatten, müsste die vorbehaltlose Empfehlung der Titel als Arglist erscheinen. Selbst die Entschuldigung, dass man durch die Kritik in der eigenen Überzeugung von der Güte der Titel nicht erschüttert worden sei, würde die Bank nicht durchaus exkulpieren. Es könnte das höchstens die Verneinung der Arglist, nicht aber der Fahrlässigkeit rechtfertigen. Die Sorgfaltspflicht verlangte, dass dem Kunden davon Mitteilung gemacht wurde, da die Kritik geeignet war, seinen Entschluss entscheidend zu beeinflussen — es sei denn, dass der Beweis hätte erbracht werden können, dass eine sorgfältige Prüfung der Verhältnisse die absolute Unbegründetheit der Kritik ergeben habe, ein Beweis, der hier angesichts der nachfolgenden Ereignisse schlechterdings ausgeschlossen war.

Wie aber verhält es sich, wenn die Artikel der Bank und ihrem Direktor nicht bekannt waren? Die Vertragspflicht des Bankkaufmanns geht nach der deutschen Rechtsprechung dahin, den Kunden auf die Bedenken gegen die Sicherheit eines Papiers aufmerksam zu machen, soweit sie ihm bekannt sind oder bekannt sein müssen (Kommentar der R.G.R. § 676 Z. 2 lit. d). Solche Bedenken sind z. B. fragwürdige Gründungsvorgänge oder zweifelhafter Ruf der Leiter des Unternehmens. Es können aber auch Börsengerüchte und Mitteilungen der Presse dazu gehören. Lässt sich nun nicht sagen, dass der verantwortliche Direktor einer schweizerischen Grossbank wissen muss, was über deutsche Papiere, die sein Institut erwirbt, um sie den Kunden anzutragen und über die auf Befragen Auskunft zu geben, zu seinen speziellen Obliegenheiten gehört, in der Frankf. Ztg. steht, zumal wenn

die Papiere nur in Deutschland und nicht auch in der Schweiz kotiert sind und darum das Frankfurter Blatt die gegebene Informationsquelle ist? Muss er sich nicht von Berufs wegen darüber informieren oder informieren lassen, wenn er Anspruch erheben will, die ihm bei der Raterteilung als Bankfachmann obliegende Sorgfalt der Prüfung und Information wirklich erfüllt zu haben? Die Autorität der Frankf. Ztg. als führendes Handelsblatt ist heute weit über Deutschlands Grenzen hinaus anerkannt. Sie besitzt in ihrem Handelsteil eine Art Monopolstellung, und es darf ohne weiteres angenommen werden, dass auch jede grössere Schweizerbank sich über ihre Handels- und Finanznachrichten orientiert und über Mitteilungen betreffend Unternehmungen oder Finanzoperationen, an denen sie selber irgendwie interessiert ist, ein Dossier führt. Bei der Entwicklung, die das kapitalistische Wirtschaftssystem heute genommen hat, ist die ernsthafte Handelspresse als Kontrollorgan der Öffentlichkeit ein Faktor geworden, den eine grosse Bank nicht unbeachtet lassen darf oder sich darüber hinwegsetzen kann, ohne dass sie sich eben unter Umständen einer Verletzung der ihr beruflich obliegenden Sorgfaltspflicht schuldig macht. Davon wird bei Besprechung des bundesgerichtlichen Urteils ausführlicher die Rede sein.

4. Die bisherigen Erörterungen der Frage [der Verantwortlichkeit des Bankiers bei Raterteilung und Empfehlung von Wertpapieren beruhen letzten Endes auf dem Grundgedanken, dass der Bankier der Vertrauensmann und nicht der Interessengegner seiner Kunden ist, dass er seinen Vorteil mit seinen Kunden und nicht gegen seine Kunden sucht. Es bleibt nun noch ein Wort zu sagen über die Einwendungen, die im Falle der Ablehnung der Haftung geltend gemacht werden mögen. Erst aus der Gegenüberstellung der verschiedenen Gesichtspunkte ergibt sich ein klares Bild von der Tragweite und praktischen Bedeutung der schwierigen Frage.

Im vorliegenden Fall wurde die Haftung mit der

Begründung abgelehnt, dass der verantwortliche Direktor bei der Empfehlung der Titel in gutem Glauben gehandelt habe und darum sowohl nach deutschem wie nach schweizerischem Recht eine Haftung selbst dann nicht vorliege, wenn dieser gute Glaube auf einer Fahrlässigkeit bei der Urteilsbildung beruhen sollte. Die Begründung dieses Standpunktes wird in einer andern Auslegung des § 676 BGB gesucht und für das schweizerische Recht aus Art. 672 OR hergeleitet. Über § 676 BGB wird nämlich folgendes ausgeführt:

„Ausser dem selbstverständlichen Verantwortlichkeitsfall eines Deliktes, d. h. der bösgläubigen Raterteilung nimmt das deutsche Recht noch einen Haftbarkeitsfall an aus Vertrag; aber aus einem Vertrag zur Erteilung von Rat, nicht einem Vertrag, der sich gar nicht auf Raterteilung bezieht, sondern auf etwas Drittes. Der Vertrag muss ein Vertrag auf Ratgebung sein, mit andern Worten auf Raterteilung gegen Entgelt (Beispiele: Auskunftsbureau, Anwalt, Arzt oder andere Sachverständige, die gegen Honorar es tun). Wird jemand gebeten, ohne Entgelt es zu tun, so müsste, damit er über bösgläubigen Rat hinaus verantwortlich würde, zuerst noch ein Vertrag auf Raterteilung geschaffen, d. h. ihm vom Fragenden gesagt werden, er erachte ihn für seinen Rat verantwortlich, und die Folge wäre dann natürlich keine andere als die, dass der Gefragte die Raterteilung alsbald ablehnen würde.“

Diese Interpretation auf den Bankier angewendet, wäre die Meinung also die, dass er zwar natürlich für Arglist haftet, für Fahrlässigkeit aber nur im Falle eines speziell auf Raterteilung gerichteten Vertrages. Die praktische Konsequenz dieser Auffassung aber wäre, dass er in der Regel für Fahrlässigkeit nicht einzustehen hätte, weil das Bestehen eines eigentlichen Beratungsvertrages beim Bankier gerade so eine Ausnahme ist, wie die Raterteilung gegen Entgelt. Für diese enge Interpretation gibt der Wortlaut des Gesetzes keinen Anhalt. Es ist

nicht gesagt, dass das die Haftung für Fahrlässigkeit begründende Vertragsverhältnis nur ein solch spezieller Vertrag auf Raterteilung sein könne. Und jedenfalls widerspricht diese Interpretation, wie wir gesehen haben, der Auffassung von Doktrin und Praxis. Das Reichsgericht unterscheidet ausdrücklich den Vertrag auf Raterteilung und nennt als Hauptfälle den Beratungsvertrag mit einem Anwalt und den Auskunftsvertrag mit einem Auskunftsbureau, und den Vertrag mit Rat- oder Auskunfterteilung, als dessen Hauptfall es eben die Raterteilung durch den Bankier nennt (Komm. der R.G.R. 6. Aufl. § 676 Z. 2 lit. b und c).⁹⁾

Das entspricht auch ganz allgemein dem Wesen der Sache und dem Bedürfnis des modernen Verkehrs. Der Bankier ist in finanziellen Angelegenheiten Sachverständiger par excellence, und seine bezügliche Raterteilung fällt in den Bereich der Dienste, deren Leistung man von ihm erwartet, ganz ebenso wie die Raterteilung in medizinischen Fragen vom Arzt und in juristischen vom Rechtsanwalt erwartet wird. Warum er dabei, während er in prominenter Weise im Dienste der privaten und öffentlichen volkswirtschaftlichen Interessen steht, nicht derselben Verantwortlichkeit unterworfen sein sollte, wie jene andern, analogen Berufsarten, zu deren Berufsgeschäften die Raterteilung gehört, ist nicht einzusehen und kann von ihm

⁹⁾ In einem Urteil des RG.s vom 3. Juli 1911 wird speziell betont, dass die Vertragspflicht bei der Raterteilung gemäss § 676 BGB als selbständige, durch Abschluss eines lediglich auf Raterteilung gerichteten Vertrages begründet werden könne, dass sie aber auch die unselbständige Nebenverpflichtung zu einer vertraglichen Hauptverpflichtung bilden könne. Eine solche Nebenverpflichtung werde von der Rechtsprechung insbesondere beim Bankier, der seinem Kunden den Ankauf eines Wertpapiers angeraten und ihn dadurch zum Ankauf bestimmt habe, angenommen, weil mit einem derartigen Kaufgeschäfte die Erteilung des Rats als notwendiger Bestandteil der Gesamtleistung des Verkäufers regelmässig verbunden sei (Monatsschr. f. Handelsr. u. Bankw. 21. Jahrg. S. 79).

selber im Interesse seiner volkswirtschaftlichen Mission und geschäftlichen Stellung vernünftigerweise auch nicht beansprucht werden.

Wie bezüglich des deutschen Rechts wird nun aber, gestützt auf Art. 672 OR, auch nach schweizerischem Recht eine weitgehende Entlastung des Bankiers bei Auskunft und Raterteilung gegenüber andern analogen Berufsarten nachzuweisen gesucht. Er soll auf Grund dieses Artikels nur für wissentliche Unrichtigkeit, nicht aber für Fahrlässigkeit einzustehen haben. Wir müssen auch darauf noch kurz eintreten. Einmal weil das aargauische Obergericht in seinem Urteil vom 22. April 1927 auf die diesbezüglich geltendgemachten Gesichtspunkte abstellt, und sodann darum, weil, wenn die dem genannten Artikel gegebene Interpretation der Ausdruck einer in Bankkreisen bestehenden Auffassung sein sollte, die Frage sich im vorliegenden Fall nicht erschöpft, sondern darüber hinaus, schon mit Rücksicht auf die im Wurfe liegende Revision des Aktienrechts, von allgemeiner prinzipieller Bedeutung ist. Es handelt sich auch hier letzten Endes eben darum, ob das Verhältnis zwischen Banken und ihrer Kundschaft und im weitern Sinn dem Publikum als ein Vertrauensverhältnis oder ein Verhältnis divergierender Interessen aufgefasst wird.

Art. 672 OR bestimmt, dass jeder, der bei einer Aktien- oder Obligationen-Emission tätig gewesen ist, denjenigen, die solche Aktien oder Obligationen erworben haben, für Schadenersatz haftet, wenn er wissentlich in Prospekten oder Zirkularen unwahre Angaben gemacht oder verbreitet hat.

Über die Bedeutung dieses Artikels wird nun folgendes ausgeführt:

„In der Schweiz besitzen wir, schon früher als Deutschland den § 676 seines BGB, nämlich seit unserm Obligationenrecht von 1883, über die Frage der Haftung aus Rat und Empfehlung auch eine besondere Vor-

schrift, nicht für jeden Ratschlag, aber für bestimmte Vorgänge, nämlich für die Empfehlung bei der Ausgabe von Aktien oder von Anleihen der Aktiengesellschaften. Es ist dies die Bestimmung des Art. 672 OR. Er beschränkt sich auf die Emissionstätigkeit der Gesellschaften und Banken, lautet dann aber viel präziser, deutlicher und entlastender als jetzt § 676 des deutschen BGB. Er macht die an der Emission Teilnehmenden nur verantwortlich für wissentliche Unrichtigkeiten, für unwissentliche nicht.

Bei Art. 672 (wie auch dem ihm vorangehenden Art. 671 OR) hat die Rücksicht auf ein besonderes Vertragsverhältnis, das über wissentlich unrichtigen Rat hinaus verpflichtet, nicht Raum: er behandelt die Tätigkeit der Gesellschaftsbehörden und ihrer Banken bei Emissionen schlechtweg und ist ja vor allem auch für die Organe der emittierenden Gesellschaften selber aufgestellt, für welche doch die Annahme eines allgemeinen, zu besonderer Sorgfalt verpflichtenden Vertragsverhältnisses mit den zeichnenden Aktionären und Obligationären, wie es das deutsche Reichsgericht bei Rat und Empfehlung allgemein sich konstruierte, am nächsten läge. Aber die Art. 671 und 672 erklären ausdrücklich, auch für sie, diese Organe, bestehe den einzelnen Aktionären und Obligationären gegenüber eine Haftung nur bei wissentlich unwahren Angaben in Prospekten und Zirkularen, für blosse Fahrlässigkeit also nicht, und es ist Art. 41 Abs. 1 OR, soweit er von blosser Fahrlässigkeit spricht, durch das „wissentlich“ in den Artikeln 671 und 672 als ausgeschaltet zu betrachten, d. h. vom Bundesgericht ihm die Bedeutung gegeben worden, dass die Haftung auch schon für Fahrlässigkeit gemäss Art. 41 OR in der Spezialbestimmung des Art. 671 und des Art. 672 auf eine Haftung für Raterteilung gegen besseres Wissen, also absichtliche Irreführung reduziert werde“ (Entscheidg. Bd. 21 S.565f. Bd. 31, 2 S. 279 f. usw.).

Daran ist vorerst soviel richtig, dass Art. 672 nach der bundesgerichtlichen Praxis eine Spezialbestimmung deliktischer Natur ist und die darin normierte Haftung der allgemeinen Norm des Art. 41 OR vorgeht. Die Haftung für Fahrlässigkeit gemäss Art. 41 wird für den ausdrücklichen Fall des Art. 672 auf das „Wissen“ reduziert. Es wird für „wissentlich“, nicht aber für „fahrlässig“ falsche Angaben in Prospekten oder Zirkularen gehaftet.

Dagegen ist u. E. nicht richtig und kann nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, die Norm dieser ganz singulären Bestimmung, die sich ausdrücklich auf Angaben in Prospekten und Zirkularen bei Anlass von Emissionen beschränkt, allgemein auf den Fall der Haftung des Bankiers gegenüber seinem Kunden für Rat und Empfehlung anwenden und so durch Modifikation der allgemeinen Haftungsgrundsätze für den Bankier einen weniger strengen Masstab der Verantwortlichkeit aufstellen zu wollen als für den Arzt, den Rechtsanwalt, den Bauleiter, den Vermögensverwalter oder die Auskunftfei, die alle nach der bundesgerichtlichen Praxis gemäss den allgemeinen Haftungsgrundsätzen für Fahrlässigkeit bei Rat und Auskunfterteilung einzustehen haben (vgl. Fick, Noten 18, 25, 55, 56 und 111—114 zu Art. 398 OR). Wenn argumentiert werden will, dass bei Art. 672 die Rücksicht auf ein besonderes Vertragsverhältnis, das über wissentlich unrichtigen Rat hinaus verpflichtet, nicht Raum habe, so liegen u. E. die Dinge gerade umgekehrt. Wo eine Raterteilung auf Grund eines ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertragsschlusses vorliegt, worüber der Richter im einzelnen Fall zu entscheiden hat, kann Art. 672 nicht in Betracht kommen, weil es sich um ganz verschiedene Tatbestände handelt. Wie für den Aktionär oder Obligationär, der beim Aktien- oder Obligationenkauf vom betreffenden Emittenten geschädigt wurde, nicht die Klage aus Art. 672, sondern die Kontraktsklage aus Kauf zur Anwendung gelangt (Bachmann, Kommentar, Note 2 zu Art. 672), so ist auch der Ersatzanspruch aus einem

vertraglichen Rat mit der Kontraktsklage geltend zu machen.

Und davon abgesehen, kann Art. 672 jedenfalls immer nur dann Platz greifen, wenn es sich um unwahre Angaben handelt, die in Prospekten oder Zirkularen, nicht aber in anderer Weise, z. B. mündlich, gemacht worden sind und wenn der Schädiger bei der Emission selber mitgewirkt hat. Wo eine dieser Voraussetzungen fehlt, kommt auch die Anwendung des Artikels nicht in Frage. Es handelt sich hier um eine Sondervorschrift über Prospekthaftung, die als solche auf ihren besonders umschriebenen Tatbestand beschränkt bleiben muss und einer ausdehnenden Auslegung nicht fähig ist.¹⁰⁾ Im vorliegenden Fall schrieb nun die Bank in den Rechtschriften selber ausdrücklich: „Bei der Emission und dem Prospekt der Elberfelder Gesellschaft hat die Bank nicht mitgewirkt. Sie zeichnete eine Partie für sich zur Weiterbegebung und empfahl sie ihren Kunden, den Prospekt der Gesellschaft beilegend, als gute Kapitalanlage“; und in ihrer Zuschrift von Ende Januar 1906, mit der die Obligationen angeboten wurden, heisst es: „Durch Übernahme eines Postens dieses Anleihe sind wir in der Lage, soweit Vorrat reicht, die Obligationen zum Preise von 102.50 zu offerieren und gewärtigen gerne Ihre baldige Bestellung.“

Die Bank handelte also weder selber als Emissionsbank, noch als Zeichnungsstelle im Namen der Emissionsbank, sondern selbständig in eigenem Namen. Was für das Rechtsverhältnis relevant ist, ist nicht der beigelegte Prospekt, sondern die über ihrer eigenen Unterschrift erfolgte Empfehlung der Obligationen in ihrer Zuschrift und weiter ganz speziell die Auskunfterteilung und Empfehlung durch ihren verantwortlichen Direktor. Es handelte sich beim Erwerb der Obligationen um ein Kaufgeschäft mit der Bank und bei der Empfehlung um eine Raterteilung im Zusammenhang mit diesem Kaufgeschäft, wobei gerade

¹⁰⁾ Vgl. auch RG Bd. 80 S. 196 ff., spez. S. 205.

so gehaftet wurde, wie wenn es sich um irgendein anderes Papier als das im Prospekt genannte gehandelt hätte. Überdies mag auch noch darauf hingewiesen werden, dass das Verhältnis zwischen einem Erwerber von Aktien oder Obligationen auf Grund eines Prospektes, vielleicht in einer Zeitung, und irgendeinem, der bei der Emission mitgewirkt hat und dem der Erwerber im übrigen vollständig fremd gegenübersteht — es haftet ja jeder, der dabei tätig war —, doch schon an sich ein ganz anderes, weiteres, loseres ist als das Verhältnis des Bankiers zu seinem Kunden, das auf besonderem Vertrauen beruht. Die Konstruktion als Vertragsverhältnis ist hier von vornherein ausgeschlossen. Und da ist es gewiss interessant, dass in dem Moment, da die Verschärfung der Prospekthaftung als eine der wichtigen Neuerungen der im Wurfe liegenden Revision des Aktienrechts vorgesehen ist und im allgemeinen Interesse als notwendig empfunden wird — es soll ja künftig auch im Fall von Art. 672 wie 671 nicht nur für Wissen, sondern auch für Fahrlässigkeit gehaftet werden —, der Versuch gemacht wird, die bisherigen, weniger strengen Bestimmungen der Prospekthaftung auf das nach seiner ganzen Natur und den Erfordernissen des Verkehrs anerkannt strengere Haftungsverhältnis des Bankiers bei Raterteilung und Empfehlung von Wertpapieren zu übertragen und in Anwendung zu bringen.

Von besonderer, praktischer Bedeutung aber ist es, wenn speziell auch im Zusammenhang mit dem Geschäft der Vermögensverwaltung die Haftung für Fahrlässigkeit bei der Raterteilung von der Bank abgelehnt wird. Sie schreibt darüber: „Und nun erst der Titelverkehr der Banken! Da ist die richtige, allein mögliche Auffassung für jeden mit diesem Verkehr Vertrauten sicherlich die, und ohne weiteres die, dass Empfehlung und Rat die Banken oder ihre Beamten nur verpflichten, wenn sie sie gegen Treu und Glauben, gegen besseres Wissen abgeben.“ Das schweizerische Publikum hat ein Interesse daran und ein

Recht darauf, zu wissen, ob das eine vereinzelte Auffassung ist oder ob dieser, eine Haftung für Fahrlässigkeit durchaus ablehnende Standpunkt der Ausfluss einer bei der schweizerischen Bankwelt allgemein vorhandenen Auffassung ist.

Die Grossbanken haben heute das Geschäft der Vermögensverwaltung, das früher vielfach in den Händen von Privatbankiers und privaten Vermögensverwaltern lag, in weitgehendem Mass an sich gezogen und sind angelegentlich bemüht, auch diesen Geschäftszweig zu entwickeln und auszudehnen. In der Regel handelt es sich dabei um einen Depotvertrag und ein Kontokorrentverhältnis, und das Interesse, das die Banken daran haben, besteht weniger in der Provision, die meist nicht sehr hoch ist, als in den Vorteilen aus Kauf, Verkauf und kommissionsweiser Vermittlung von Wertpapieren und den damit verbundenen Kommissionen und Kontokorrentzinsen. Dabei werden nicht nur, wenn die Rückzahlung eines im Depot liegenden Wertpapiers in Aussicht steht, von der Bank jeweils zum voraus Offerten für die Wiederanlage gemacht, sondern oft auch sonst dem Kunden der Verkauf eines Titels und die Anschaffung eines andern empfohlen. Die Entwicklung dieses Geschäfts ist aber nur denkbar, wenn die Banken dabei im Interesse ihrer Kunden als deren sachverständige Berater handeln. Wenn sie dagegen nur ihren eigenen Vorteil verfolgen und die Verantwortung ablehnen wollten, so hätte das Publikum mit der Verdrängung der privaten Vermögensverwalter, denen die Banken auf Grund ihrer finanziellen Stellung und der bei ihnen vorausgesetzten Sachkenntnis das Geschäft aus den Händen genommen haben, einen schlechten Tausch gemacht und allen Grund, sich der von ihnen entwickelten Aktivität gegenüber skeptisch und reserviert zu verhalten. Schon das Ansehen und das wohlverstandene Interesse der Banken sollten davor bewahren, mit spitzfindigen Gesetzesinterpretationen die These vertreten zu wollen, dass die Banken anders als andere berufsmässige Berater nur für wissentlich falsche Angaben und absichtliche Irreführung

haften und der Schaden aus fahrlässigen Raterteilungen und Empfehlungen von Wertpapieren, selbst im Zusammenhang mit dem Geschäft der Vermögensverwaltung, von den Kunden und dem Publikum zu tragen sei.

Es wäre zu wünschen, dass speziell auch die Schweizerische Bankiervereinigung, die ja in einer Eingabe an die Expertenkommission für die Revision des Aktienrechts einer Verschärfung der Verantwortlichkeit im allgemeinen zugestimmt hat, sich zu dieser praktisch so wichtigen Frage aussprechen würde.

III. Das Urteil des Bundesgerichts.

Die Ende Februar 1926 angehobene Klage der Bank ging auf Zahlung des gestützt auf den Kreditbrief in den Jahren 1916/17 bezogenen Betrages von Fr. 5129.— samt Zinsen, Zinseszinsen und Kommissionen bis Ende Juni 1925, zusammen Fr. 9402.— nebst 6½% Zins und ¼% Quartalkommission seit 1. Juli 1925.

Das Bundesgericht hat in seinem Urteil vom 25. Oktober 1927 (EBG 53², 336 — in französischer Übersetzung im Bulletin juridique et financier der Union financière de Genève, 1928 No. 12) — die eingeklagte Forderung auf Fr. 5129.— nebst Zins seit 1. September 1920 herabgesetzt. In Gutheissung des Standpunktes, dass die kontokorrentmässige Berechnung von Kommission, Zins und Zinseszins auf volle zehn Jahre zurück nicht berechtigt sei. Dieser erste Teil des Urteils, der sich ausschliesslich mit dem Wesen des Kontokorrents beschäftigt, interessiert hier nicht weiter. Im zweiten Teil sodann wird die Frage erörtert, ob die Schadenersatzforderung aus der Empfehlung der Elberfelder Obligationen, die der klägerischen Forderung kompensationsweise gegenübergestellt wurde, begründet war. Dabei fallen zwei Momente in Betracht: die Frage der Verjährung und die Frage der materiellen Begründetheit.

1. Die Verjährungsfrage steht an sich in keinem direkten Zusammenhang mit der Erörterung der Verantwortlichkeit des Bankiers bei Raterteilung und Empfehlung

von Wertpapieren, wie sie Gegenstand dieser Abhandlung ist. Sie ist aber doch gerade hier darum von Bedeutung, weil der Schaden aus einem schlechten Rat bei Empfehlung von Wertpapieren in der Regel nicht schon zur Zeit der Raterteilung in Erscheinung tritt. Zumal bei Obligationen wird meistens — es müsste sich denn um ganz krasse Fälle handeln — längere Zeit vergehen, bevor sie wirklich notleidend werden. Wo nicht von vornherein eine hoffnungslose Situation vorliegt, wird ja immer versucht werden, das Unternehmen durch Sanierungen, bei denen vorerst die Aktionäre die Kosten zu bestreiten haben, lebensfähig zu erhalten. In solchen Fällen aber ist für den Ersatzanspruch aus der Raterteilung die Frage von grosser, praktischer Bedeutung, ob seine Verjährung schon mit der Raterteilung oder erst mit dem Zeitpunkt, wo die Papiere notleidend geworden sind, zu laufen begonnen hat.

Im vorliegenden Fall, wo der Ersatzanspruch zur Verrechnung gestellt worden ist, ergeben sich diesbezüglich folgende Überlegungen: Nach Art. 120 Abs. 3 OR kann eine verjährte Forderung zur Verrechnung gebracht werden, wenn sie zur Zeit, wo sie mit der andern Forderung verrechnet werden konnte, noch nicht verjährt war. Die Frage ist also die, ob die Schadenersatzforderung am 17. Februar 1916, als die erste Abhebung aus dem Kreditbrief stattfand, bereits verjährt war. Und das beantwortet sich aus der weitem Frage, wann die Verjährung zu laufen begonnen hat: Ende Januar 1906 mit der Erteilung des Rates oder im Jahre 1914 mit Entstehung des Schadens durch Sistierung des Zinsendienstes. Das Urteil des Bundesgerichts stellt sich auf den Standpunkt, dass die Verjährung Ende Januar 1906 begonnen habe und die Verjährungsfrist, gleichgültig, ob es sich um eine Verpflichtung aus Vertrag oder aus ausservertraglichem Handeln gehandelt habe, unmittelbar vor Entstehung der Gegenforderung abgelaufen gewesen sei. Wie verhält es sich damit?

Im Fall eines vertraglichen Anspruchs — und um einen solchen handelte es sich u. E. hier — begann die Verjährung gemäss Art. 130 OR mit der „Fälligkeit der Forderung“.¹¹⁾ Eine Forderung kann nun unter Umständen fällig sein schon im Zeitpunkt ihrer Entstehung, so z. B. bei einem unbefristeten Depositum, wo die zur Verwahrung hingeebene Sache vom Deponenten vom Moment der Hingabe an zurückverlangt werden kann. Aber eine Forderung kann nicht fällig werden, bevor sie entstanden ist. Die Fälligkeit einer Forderung setzt den Bestand der Forderung voraus. Und das Entstehen einer Schadenersatzforderung hat den Schaden zur Voraussetzung. Der Schaden aber ist hier im Jahre 1914 mit der Sistierung des Zinsendienstes entstanden und nicht vorher. Der Rat selber bedeutete noch nicht den Schaden. Er war erst die Ursachsetzung des Schadens. Er brauchte nicht notwendig zum Schaden selber zu führen. Das hing von den Umständen ab. Auch wenn ein bereits drohender Schaden angenommen werden wollte, so wäre damit die Fälligkeit der Forderung noch nicht vorhanden; denn der erst drohende Schaden erzeugt noch keinen Schadenersatzanspruch (E.B.G. 24² 100 Erw. 3). Der Schaden, der ersetzt werden soll, muss eingetreten, also gegenwärtiger Schaden sein; wegen bloss drohendem Schaden kann kein Ersatz zugesprochen werden (Becker Art. 97 Anm. 17 OR; E.B.G. 29² 131 Erw. 4).

Aber auch schon eine mehr nur praktische Erwägung muss zum gleichen Ergebnis führen. Der Beklagte hatte aus den Obligationen einen doppelten Anspruch: den Anspruch auf die Zinsen und den Anspruch auf die vertragsmässige Rückzahlung des Kapitals. Solange die Zinsen

¹¹⁾ Das alte OR Art. 146 sagte mit der „Fälligkeit des Anspruchs“, das deutsche Recht § 198 BGB spricht von der „Entstehung des Anspruchs“, was alles dasselbe bedeutet. Eine Forderung ist fällig und ein Anspruch ist entstanden, wenn sie geltend gemacht werden können, d. h. wenn das Tun oder Lassen, das ihren Inhalt ausmacht, verlangt werden kann.

gezahlt wurden und die Rückzahlung des Kapitals nicht in Frage gestellt war, war sein Anspruch befriedigt. Er hatte gar keine Möglichkeit zu klagen. Worauf sollte er klagen? Er war ja nicht geschädigt, er hatte alles, was er aus den Obligationen beanspruchen konnte. Es kann darum auch aus diesem Gesichtspunkt die Verjährung erst im Jahre 1914 mit Eintritt des Schadens durch Sistierung des Zinsendienstes und nicht vorher zu laufen begonnen haben. Die gegenteilige Auffassung hätte zur Folge, dass der Geschädigte um sein gutes Recht der Geltendmachung seines Ersatzanspruches gebracht würde. Klagt er, bevor der Schaden da ist, so wird er abgewiesen, weil er nicht geschädigt ist; klagt er nicht, so verjährt seine Forderung. Es muss ein Anspruch vorhanden und seine Geltendmachung objektiv möglich sein, damit die Verjährung zu laufen beginnt. Auch bei der bedingten und befristeten Forderung läuft ja die Verjährung erst vom Eintritt der Bedingung oder des Termins an, weil eben vor diesem Zeitpunkt die Geltendmachung der Forderung nicht möglich ist. Und diese praktische Erwägung scheint uns auch noch darum Beachtung zu verdienen, weil die Verjährungsfrist von 10 Jahren gegenüber andern Verjährungsfristen, z. B. der 30jährigen des gemeinen, des deutschen und des französischen Rechts, eine relativ kurze ist.

In Erw. 3 b führt nun das bundesgerichtliche Urteil folgendes aus: „Geht man davon aus, die Bank habe sich vertraglich verpflichtet, dem Beklagten bezüglich Anschaffung der Obligationen nach bestem Wissen Rat zu erteilen, so hat sie diese Vertragspflicht im Januar 1906 mit der Empfehlung der Papiere erfüllt, nach der Behauptung des Beklagten indessen ungehörig, weil der Rat schlecht war. Wie der Erfüllungsanspruch, so war in diesem Zeitpunkt auch der Ersatzanspruch wegen nicht gehöriger Erfüllung fällig, da er lediglich ein Surrogat des erstern ist und daher dessen rechtliches Schicksal teilt, also insbesondere auch der gleichen Verjährung

unterliegt; Schadenersatz kann mithin nur solange verlangt werden, als die Erfüllung selbst (vgl. Oser, Vorbem. zu Art. 97 ff. OR N. 4 b; Becker, N. 3 zu Art. 97 OR; B.G.E. 20 S. 1022, Erw. 4).“

Das Bundesgericht überträgt hier ein Argument aus einem frühern Entscheid, auf den auch die beiden zitierten Kommentarstellen Bezug haben, auf den vorliegenden Tatbestand. Die beiden Fälle liegen aber ganz verschieden. In jenem Fall handelte es sich um eine Schadenersatzforderung aus Nichterfüllung eines Darlehensversprechens, deren Begründetheit durch richterliches Urteil festgestellt worden war. Dabei wurde entschieden, dass sie gleich wie der Anspruch auf Aushändigung des Darlehens selber der kurzen, sechsmonatlichen Verjährung unterliege (Art. 315 OR, 331 aOR), weil sie nur das Surrogat des Erfüllungsanspruches sei. Die Wirkung des richterlichen Erkenntnisses sei nicht etwa die gewesen, dass dadurch eine neue — die zehnjährige — Verjährung erzeugt worden sei, sondern sie habe lediglich in der Unterbrechung der begonnenen, kurzen Verjährung bestanden, die mit dem Entscheid von neuem zu laufen begonnen habe (Art. 138 Abs. 1 OR, 157 aOR). Der Rechtsgrund des klägerischen Anspruchs müsse nach wie vor in dem Darlehensversprechen und nicht etwa in dem richterlichen Entscheid über die Verbindlichkeit desselben gefunden werden. — Das ist offenbar zutreffend; aber es ist nicht die Frage im vorliegenden Fall. Es fragt sich hier nicht, ob der Ersatzanspruch der gleichen oder einer andern Verjährung unterliege als der Erfüllungsanspruch — es kommt nur die ordentliche Verjährung von zehn Jahren in Betracht —, sondern die Frage ist, wann der Ersatzanspruch entstanden ist, wann er fällig war und wann demgemäss die Verjährung zu laufen begann. Wenn nun das bundesgerichtliche Urteil ihn entstehen lässt und fällig erklärt, bevor überhaupt ein Schaden vorhanden war, so ist das, wie wir schon eingangs dargelegt haben, logischerweise undenkbar. Und auch die Formel vom „Ersatzanspruch als Surrogat

des Erfüllungsanspruchs“, die mit Bezug auf ein ganz anderes Verhältnis geprägt worden ist, hilft nicht über diesen Widerspruch hinweg.

Aus allen diesen Erwägungen ergibt sich, dass die Schadenersatzforderung aus der Empfehlung der Obligationen, sofern es sich um einen vertraglichen Anspruch handelt, im Jahre 1916, als die beiden Forderungen sich kompensationsweise gegenüberstanden, nicht verjährt war und dass die Auffassung des Bundesgerichts, es könne die Frage nach der vertraglichen oder ausservertraglichen Natur des Anspruchs unerörtert bleiben, weil die Verjährung im einen wie im andern Fall eingetreten gewesen sei, nicht zutrifft. Es ist zu bedauern, dass das Urteil sich über diese auch noch in anderer Hinsicht wichtige Frage nicht ausspricht, um so mehr als bei der Beratung die Meinungen über die Natur der Forderung, wie auch über die Frage der Verjährung, geteilt waren.¹²⁾

¹²⁾ Ebenso unhaltbar ist die Begründung im obergerichtlichen Urteil, wenn gesagt wird, dass auch im Fall einer vertraglichen Schuld die Verjährung „mit der die Haftung begründenden Handlung des Vertreters der Bank zu laufen begonnen hätte und darum längstens im Jahre 1916 eingetreten wäre“. Das steht in Widerspruch zum klaren Wortlaut des Art. 130 OR, der die Verjährung ausdrücklich „mit der Fälligkeit der Forderung“ beginnen lässt. — Es muss sich hier ganz offenbar um ein Versehen handeln; denn welches auch die Überlegung des Richters sein möchte, so dürfte er nicht eine positive Gesetzesvorschrift einfach beiseiteschieben und sich auch über die fundamentale Voraussetzung jeder Anspruchsverjährung, dass die Geltendmachung der Forderung objektiv möglich sein muss, hinwegsetzen. Die Frage, ob und inwieweit es in einem solchen Fall eventuell von Bedeutung sein mag, wenn der Schaden erst nach Jahren eintritt, ist eine rein materielle Frage.

Im weitem verstösst es auch gegen die prozessualen Grundsätze, wenn, ohne dass irgendwie Beweis erhoben worden wäre, einfach gesagt wird: „Es ist nicht bewiesen, dass jener Rat im Januar 1906 unrichtig war und bei pflichtgemässer Sorgfalt überhaupt nicht erteilt werden durfte“; wie es auch willkürlich zu sein scheint, wenn unter Hinweis auf Art. 672 OR, der, wie wir glauben gezeigt zu haben, hier ganz ausser Betracht fällt, der

Es bleibt nun noch ein Wort zu sagen über die einjährige Verjährung im Fall eines Ersatzanspruchs aus unerlaubter Handlung, die mit dem Tage beginnt, wo der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen erhält. Diese Kenntnis erhielt der Beklagte im Dezember 1914 in New York durch das Zirkularschreiben der Bank und die Verjährung der Ersatzforderung war also, wie das bundesgerichtliche Urteil ausführt, am 17. Januar 1916, wo die erste Abhebung aus dem Kreditbrief stattfand, verjährt.

Diese Verjährung ist nun aber eine überaus kurze, und es liegt auf der Hand, wie wichtig es unter Umständen ist, scharf zu unterscheiden, ob der Ersatzanspruch aus der Raterteilung vertraglicher Natur ist oder sich als unerlaubte Handlung darstellt, ob also die eine oder andere Verjährung Platz greift. Das auch schon darum, weil die Verhältnisse bei den in Betracht kommenden Fragen oft kompliziert sind und es für den Geschädigten meist nicht leicht ist, Einblick zu erlangen und die zur Geltendmachung seines Anspruchs nötigen Unterlagen zu beschaffen. Auch wird eine gütliche Erledigung, die im Interesse der Beteiligten und des allgemeinen Vertrauens in solchen Fällen ja immer wünschenswert ist, durch die Notwendigkeit rechtlicher Schritte innerhalb so kurzer Zeit nicht gefördert und unter Umständen direkt verunmöglicht.

Im vorliegenden Fall erhielt der Beklagte das Zirkularschreiben der Bank in Amerika im Dezember 1914, also mitten im Krieg. Die Beschaffung irgendwelcher weiterer Informationen als derjenigen, die die Bank selber zu geben für gut fand, war gänzlich ausgeschlossen. Zudem ist, wie sich aus den Akten ergibt, ein Teil der bezüglichen Korrespondenz infolge der Kriegswirren verloren gegangen. Und weil nun der Beklagte unter diesen Verumständungen

Nichtbeachtung oder Nichtkenntnis der warnenden Artikel der Frankf. Ztg. die Bedeutung für die Beurteilung der Verschuldensfrage kurzerhand abgesprochen wird.

nicht innerhalb Jahresfrist rechtlich gegen die Bank, mit der er zwei Jahrzehnte lang in Verkehr gestanden hatte, vorging, verjährte seine Forderung.

Ob dieses Ergebnis den Intentionen des Gesetzgebers bei Aufstellung der Verjährungsbestimmungen entspricht, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls aber darf in einem solchen Fall daran erinnert werden, dass, wenn der Gesetzgeber im Institut der Verjährung die heilende Macht der Zeit anerkennt und mit dem Gewicht der Jahre gegenüber dem Recht den tatsächlichen Zustand massgebend werden lässt, doch anderseits die Verjährung vom Richter nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden darf, sondern eine bezügliche Willenserklärung des Schuldners in Form der Verjährungseinrede nötig ist, weil es eben dem Schuldner überlassen sein soll, ob er, wie v. Tuhr es ausdrückt, „seine Freisprechung dem moralisch nicht immer unbedenklichen Mittel der Verjährung verdanken will“.

2. In materieller Hinsicht führt das bundesgerichtliche Urteil folgendes aus: „Materiell müsste übrigens die Schadenersatzpflicht des Klägers in Übereinstimmung mit der Vorinstanz verneint werden, da Direktor X. ein auch nur leichtes Verschulden — das grundsätzlich zur Haftbarmachung der Bank für die schädigenden Folgen der Raterteilung aus Vertrag oder aus Art. 41 OR genügen würde (B.G.E. II 267 ff.) — nicht zur Last gelegt werden kann. Die Verpflichtung der Bank, dem Beklagten eine gute Kapitalanlage anzuraten, konnte nicht die Bedeutung haben, dass sie ihrem Klienten etwa schlechthin für die unbedingte Sicherheit der empfohlenen Titel zu haften hätte, sondern erschöpfte sich darin, die von einem Sachverständigen zu erwartende Kenntnis und Sorgfalt aufzubieten und diese Diligenzpflicht hat Direktor X. nicht verletzt. Er durfte diese Industripapiere, mit denen erfahrungsgemäss erhöhte Risiken verbunden sind — worüber sich auch der Beklagte klar sein musste —, im Januar 1906 als gute Kapitalanlage empfehlen: während acht Jahren sind dieselben regelmässig verzinst worden. Die erst im

Jahre 1914 eingetretene ungünstige Wendung der Dinge war für ihn nicht voraussehbar.“

Dazu mag vorerst bemerkt werden, dass, nachdem das Bundesgericht auf die Verjährung abgestellt hat, eine Veranlassung, auf die materielle Seite der Frage einzutreten, eigentlich nicht vorhanden war. Wenn es das aber doch tun wollte, hätte es, so halten wir dafür, diese wichtige und eminent praktische Frage auch wirklich eingehend prüfen und erörtern müssen. Ob Herr Direktor X. seine Diligenzpflicht verletzt hat oder nicht, das war ja gerade die Frage des Rechtsstreites, die mit ein paar apodiktischen Sätzen nicht beantwortet ist. Wenn gesagt wird, dass er im Jahre 1906 die erst im Jahre 1914 eingetretene, ungünstige Wendung der Dinge nicht habe voraussehen können, so macht diese Argumentation doch einen grossen und ganz unmotivierten Sprung über all das hinweg, was sich zwischen 1906 und 1914 zugetragen hat. Im Jahre 1914 ist der Schaden eingetreten, aber die „ungünstige Wendung der Dinge“, die in ihrer Auswirkung zu diesem Schaden führte, trat ja schon unmittelbar nach der Emission in Erscheinung und war dem Unternehmen, wie sich aus der Kritik der Frankf. Ztg. und den nachfolgenden Ereignissen ergab, schon vor der Emission inhärent. Sie äusserte sich unmittelbar nachher im Ausbleiben der Dividenden und dann im weiteren Verlauf in den grossen Verlusten und hoffnungslosen Reorganisationen, deren erste bereits im Jahre 1910 stattfand. Dass die Obligationenzinsen während einer Anzahl von Jahren gezahlt wurden, beweist nichts dagegen; denn auch sie waren ja nicht verdient, sondern wurden zusammen mit den jährlichen Verlusten zuerst aus der bestehenden Agioreserve und nachher aus den durch die Reorganisationen vom Jahre 1910 und 1913 gewonnenen neuen Mitteln bezahlt. Die Obligationenzinsen hätten zum mindesten verdient sein müssen, damit ihre Ausrichtung als ein Entlastungsmoment angesprochen werden könnte. Zumal auch die Agioreserve selber das Resultat von zwei

Aktienemissionen war, die in der Presse ebenfalls Kritik erfahren hatten.

Die Frage ist also nicht die, ob Herr Direktor X. im Jahre 1906 voraussehen konnte, was im Jahre 1914 passieren würde, sondern ob er bei sorgfältiger Prüfung und Information die ungünstige Wendung hätte voraussehen können, die unmittelbar nachher einsetzte und deren innere Ursachen bereits vorhanden waren. Entscheidend ist, ob zur Zeit der Raterteilung das Papier bereits den Keim seines spätern Schicksals in sich trug und ob das bei sorgfältiger Prüfung zu erkennen war, wobei eben die Mitgliedschaft des Verwaltungsratsmitgliedes der Bank im Aufsichtsrat des Unternehmens und die Kritik der Frankf. Ztg. massgebend ins Gewicht fallen müssen. Wenn im obergerichtlichen Urteil ausgeführt wird, es dürfe angenommen werden, dass die direkte Empfehlung durch Herrn Direktor X. nicht allein für den Entschluss des Beklagten bestimmend gewesen sei, sondern offenbar auch die wahre Mitteilung, dass Herr Y. dem Aufsichtsrat angehörte, da erfahrungsgemäss auf solche persönliche Beziehungen einer bekannten, vertrauenswürdigen und selbst beteiligten Person zu einem sonst ausser dem Gesichtskreis des Geldgebers liegenden Unternehmens sehr grosses Gewicht gelegt werde, so werden damit zwei Punkte berührt, die in der Tat für die Beurteilung der Verantwortlichkeitsfrage stark ins Gewicht fallen. Einmal die Tatsache, dass der Kunde in einem solchen Fall weitgehend, wenn nicht ausschliesslich, auf die Auskunft seiner Bank angewiesen ist, und sodann, dass er dabei naturgemäss auf solche persönliche Beziehungen der Bank abstellt und abstellen darf. Wenn aber das obergerichtliche Urteil daraus eine Entlastung der Bank folgert, so ist das eine ganz unverständliche Konklusion. Das Gegenteil trifft zu. Je näher die Bank den Verhältnissen steht und je kompetenter sie darum zur Erteilung des Rates ist, desto grösser sind die Anforderungen, die an ihre Sorgfaltspflicht und Gewissenhaftigkeit gestellt werden. So hat das Reichsgericht in

einem Fall, wo die beratende Bank im Aufsichtsrat des fraglichen Unternehmens vertreten war (R.G. 27/119) den strengsten Massstab angelegt, wiewohl die Raterteilung von der Bank sehr vorsichtig abgefasst war.¹³⁾

¹³⁾ Wenn eine Bank dem Kunden nur Tatsachenmaterial, wie Prospekte, Bilanzen, Geschäftsberichte etc. unterbreitet oder ihn auf persönliche oder geschäftliche Beziehungen des Unternehmens, die für dessen Beurteilung von Belang sein mögen, hinweist, es dabei aber dem Kunden überlässt, seine eigenen Schlüsse hinsichtlich der Opportunität einer Geldanlage zu ziehen, so haftet sie natürlich nur für die Richtigkeit der dem Kunden gegebenen Unterlagen. Wenn sie aber diese Unterlagen selber interpretiert und dem Kunden, wie das in der Regel der Fall sein wird, ihre Ansicht und Überzeugung von der Vorteilhaftigkeit des Geschäftes kundgibt, so haftet sie für Sorgfalt bei ihrer Urteilsbildung und Raterteilung. Der Umstand, dass im vorliegenden Fall Herr Direktor X., und mit ihm der Kunde, auf die Mitgliedschaft des Verwaltungsratspräsidenten der Bank im Aufsichtsrat des Unternehmens Wert legte, dispensierte ihn nicht von der Pflicht, den Kunden auch auf das andere wichtige Moment, die warnende Kritik der Frankf. Ztg., die ihm als Fachmann bekannt sein musste, hinzuweisen. — Es ist auch ohne weiteres klar, dass nicht nur der Direktor bei der Raterteilung es an pflichtgemässer Sorgfalt hat fehlen lassen, sondern auch der Verwaltungsratspräsident, wenn er die Bank veranlasste, diese Obligationen ihren Kunden anzutragen und zu empfehlen. Er musste als Aufsichtsratsmitglied des Unternehmens bei auch nur einiger Sorgfalt in der Ausübung seiner bezüglichen Pflichten wissen, dass es eine Täuschung war, wenn im Prospekt auf die hohen Dividenden der vorausgegangenen Jahre hingewiesen wurde mit der Bemerkung: „Im laufenden Jahr sind die Aussichten wiederum durchaus günstig“, während sich beim Jahresabschluss — wenige Monate später — herausstellte, dass eine Dividende überhaupt nicht verdient war. Für die Verletzung der Sorgfaltspflicht von seiten des Direktors haftet die Bank dem Kunden rechtlich, beim Verwaltungsratspräsidenten könnte wohl nur eine moralische Verantwortlichkeit der Bank dem Kunden gegenüber in Frage kommen. Wenn aber auch die Bank ihren Direktor auf Kosten ihres Verwaltungsratspräsidenten, auf dessen Persönlichkeit er bei seiner Raterteilung sehr verständlicherweise abgestellt habe, exkulpieren wollte, so wäre damit die Frage der Verantwortlichkeit nur vom Gebiet des formellen Rechts auf das der Geschäftsethik und der Geschäftspolitik hinübergeleitet, welche Gesichtspunkte für eine

Es bleibt nun noch ein Wort zu sagen zu der Bemerkung des Bundesgerichts, dass es sich um „Industriepapiere“ gehandelt habe, mit denen erfahrungsgemäss erhöhte Risiken verbunden seien, worüber auch der Beklagte sich habe klar sein müssen. Da muss in erster Linie daran erinnert werden, dass ja die Bank selber, die vor allem darüber zu urteilen berufen war, die Titel als „sichere Kapitalanlage“ angeboten und empfohlen hat. Und wenn anderseits auch vom Kunden die Überlegung verlangt werden darf, dass mit verschiedenen Kategorien von Wertpapieren — Staats-, Bank- oder Industriepapiere — unter Umständen eine verschiedene Sicherheit verbunden ist, so kann doch nicht allgemein gesagt werden — zumal nach den Erfahrungen, die auch die Inhaber von Staats- und Bankpapieren im Krieg gemacht haben —, dass Industriepapiere heute von vornherein von der Qualifikation einer sichern Anlage ausgeschlossen sind und der Kunde, wenn er solche auf Anraten des Bankiers erwirbt, das Risiko selber zu tragen hätte. Gerade über Industriepapiere wird bei der heutigen Gestaltung des Effektenmarktes Rat und Auskunft des Bankiers häufig nachgesucht werden, und bei den Entscheidungen des Reichsgerichts, die für die Rechtsprechung massgebend geworden sind, handelt es sich in der Regel um Industrieaktien. Jedenfalls könnte eine Entbindung von der Ersatzpflicht oder eine Ermässigung derselben aus dem Gesichtspunkt eines Mitverschuldens des Kunden (Art. 44 OR) nicht allgemein von der Zugehörigkeit des Papieres zu dieser oder jener Kategorie, sondern nur von den Verumständungen des einzelnen Falles abhängig gemacht werden. Dabei muss im vorliegenden Fall noch darauf hingewiesen werden, dass es sich ja nicht um Aktien handelte, bei denen die Absicht auf baldigen, gewinnbringenden Verkauf gerichtet war, sondern um ein festverzinsliches, hypothekarisch

grosse Bank nicht weniger schwer, und oft sogar schwerer, als die rein formelle Rechtsfrage ins Gewicht fallen müssen (vgl. darüber auch Anm. 15).

sichergestelltes Anlagepapier, das als Kapitalanlage dienen sollte.

Hätte der Beklagte Aktien statt Obligationen des Unternehmens gekauft, so könnte — jedenfalls nach der deutschen Praxis — unter den gegebenen Verumständungen, angesichts des unmittelbar nachher eingetretenen Dividendensturzes, über die Haftung der Bank kein Zweifel sein. Soll nun die Haftung deshalb ausgeschlossen sein, weil zwar die schädigenden Ursachen auch hinsichtlich der Obligationen zur Zeit der Raterteilung bereits vorhanden waren und sich nur in diesem Fall naturgemäss etwas langsamer auswirkten, d. h. die Obligationenzinse eine Zeitlang gezahlt werden konnten, wiewohl sie nicht verdient waren?

Besonders auffallend ist nun aber, dass das Urteil mit keinem Wort die Frage berührt, die ja die eigentliche Frage des Rechtsstreites war, ob Herr Direktor X. angesichts der warnenden Artikel der Frankf. Ztg., die den Akten beilagen und im Tatbestand des Urteils erwähnt werden, die Papiere empfehlen durfte, ohne die ihm obliegende Sorgfalt zu verletzen: mit andern Worten, ob er nicht als Direktor einer grossen Bank von diesen Artikeln unterrichtet sein musste, wenn er Anspruch erheben will, die ihm obliegende Diligenzpflicht wirklich erfüllt zu haben. Darüber wäre eine Meinungsäusserung der höchsten gerichtlichen Instanz überaus wertvoll gewesen; denn die Frage ist über den vorliegenden Fall hinaus von prinzipieller Bedeutung. Sie beschlägt die Stellung und Tätigkeit der Handelspresse, deren Kontrolle und Kritik im heutigen Wirtschaftssystem den Interessen und dem Schutz des Publikums dient und nicht mehr entbehrt werden kann.

Es handelt sich hier um Verhältnisse, die in den letzten Jahrzehnten grosse Veränderungen erfahren haben. Die rapide Entwicklung des Bankgeschäfts hat den Banken neue Funktionen und vermehrte Verantwortlichkeiten gebracht. Gleichzeitig hat die ernsthafte Handelspresse

eine Bedeutung erhalten, die ihr früher nicht zukam. Daraus ergeben sich auch neue Rechtsfragen, bei deren Beurteilung die Bedeutung eines Entscheides der oberstgerichtlichen Instanz — wie einmal ein Mitglied des Bundesgerichts selber es ausgesprochen hat — ebenso sehr in den Motiven liegt, die die Praxis schaffen, als im Dispositiv, das den einzelnen Fall entscheidet. Zumal in Fällen, wo das Gesetz dem Richter die stolze Stellung des Gesetzgebers zuerkennt. Dass die Bedeutung der Handelspresse vermehrtes Gewicht erhält, wenn aus der Beachtung oder Nichtbeachtung ihrer Mitteilungen und ihrer Kritik sich unter Umständen rechtliche Konsequenzen ergeben können, liegt auf der Hand. Dass ihr Einfluss geschwächt wird, wenn man sie einfach unbeachtet lassen darf oder sich darüber hinwegsetzen kann, ist ebenso gewiss. Wann und inwieweit ihr aber eine über die rein informatorische Funktion hinausgehende Bedeutung zuerkannt werden mag, gehört zu den Fragen, die sich nicht gesetzlich regulieren lassen, sondern eben von der Rechtsprechung im einzelnen Fall nach Voraussetzung und Wirkung aus den Auffassungen und Erfordernissen des modernen Wirtschaftslebens heraus zu entscheiden sind.

Dass es dabei nicht immer leicht ist, die Grenzen zu ziehen und nicht allen Elementen der Handelspresse dieselbe Bedeutung zuerkannt werden kann, braucht nicht besonders betont zu werden. Es gehört eben auch das zur Würdigung der Verumständungen des einzelnen Falls. Tatsache aber ist, dass heute eine Reihe von Organen besteht, die durch den Ernst und die Sachkenntnis, mit denen sie sich ihrer wichtigen Aufgabe widmen, sowie die Unabhängigkeit, die sie dabei bewiesen haben, sich in verschiedenen Ländern eine autoritative Stellung geschaffen haben. Dass dazu in Deutschland und über seine Grenzen hinaus die Frankf. Ztg. gehört, ist allgemein anerkannt. Darum war auch die Frage berechtigt, ob nicht die scharfe Kritik, die sie in einer Artikelserie an der besagten Obligationenemission geübt hat, zu den Momenten gehörte, auf

die bei der Raterteilung hingewiesen werden musste, wenn, wie die deutsche Rechtsprechung sagt, die Verpflichtung des Bankkaufmanns dahin geht, den Kunden auf die Bedenken gegen die Sicherheit des Papieres aufmerksam zu machen, soweit sie ihm bekannt sind oder bekannt sein müssen. Es ist zu bedauern, dass das Bundesgericht, trotzdem es auf die materielle Würdigung des Falles eingetreten ist, auch darauf keinerlei Antwort gegeben hat.

Die neuen Rechtsfragen, wie sie sich als Folge der wirtschaftlichen Wandlungen der letzten Jahrzehnte ergeben, können nicht einfach nach alten Vorbildern gelöst werden. Es bedarf einer neuen Einstellung der Rechtsprechung. Und sie ist um so dringender, je komplizierter sich die wirtschaftlichen Verhältnisse gestalten und je schwieriger es darum wird, sie in allen ihren Erscheinungen gesetzgeberisch zu erfassen. So hat auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts in der Frage der Verantwortlichkeit des Bankiers bei Raterteilung und Empfehlung von Wertpapieren das Gesetz aus den praktischen Bedürfnissen des Lebens heraus interpretiert und ergänzt und damit die Zustimmung der Rechtswissenschaft gefunden.¹⁴⁾

¹⁴⁾ Bezüglich der unter Umständen weittragenden praktischen Bedeutung prinzipieller gerichtlicher Entscheide mag noch auf ein Urteil des Reichsgerichts vom 11. Oktober 1912 (R.G. 80 196 ff.) hingewiesen werden, in dem eine Emissionsbank haftbar erklärt wurde, weil sie es unterlassen hatte, eine so sorgfältige Prüfung der ihr von einem Unternehmen überlassenen Prospektunterlagen vorzunehmen, dass sie die Unrichtigkeit der ihr als Materialien für den Prospekt gegebenen Bilanzziffern hätte erkennen müssen. — Die „Frankf. Ztg.“ vom 31. Juli 1913 schrieb dazu: „Eine besondere Bedeutung kommt dem Fall übrigens nicht so sehr wegen der wenig beträchtlichen Höhe der in Betracht kommenden Entschädigungssumme zu, als hauptsächlich im Hinblick auf die recht zahlreichen und komplizierten Fragen der Emissionsgebarung, die zum Teil bei dieser Gelegenheit zur Erörterung und Entscheidung der höchsten Instanz gebracht worden sind. Es gehört hieher insbesondere die Frage nach der Pflicht des Emissionshauses zur sorgfältigen Prüfung der von der Aktiengesellschaft den Emissionshäusern vorgelegten Prospektunterlagen. Die Angelegenheit hat im übrigen schon zu Konse-

Welch wichtige Rolle der Rechtsprechung heute in der Entwicklung des Rechtes zukommt, ist übrigens unlängst auch in den Reden des Reichsjustizministers und des neuen Reichsgerichtspräsidenten anlässlich dessen Amtseinführung trefflich zum Ausdruck gebracht worden. Unsere Zeit habe erkannt, so wurde ausgeführt, dass es einer weiten Freiheit des richterlichen Ermessens bedürfe, damit der Richter der Fülle der Erscheinungen des Lebens gerecht werden könne und nicht summum jus zur summa injuria werde. Dabei sei es der Richter, der die unvermeidlichen Mängel der Gesetze aufdecke und in dessen Entscheiden sich zeige, wo ein Gesetz durch die kulturelle oder wirtschaftliche Entwicklung überholt sei. Während ihm die Aufgabe erwachse, die Lücken zu schliessen und das Gesetz der neuen Entwicklung anzupassen, sei er zugleich Lehrmeister, Wegweiser und Wegbereiter der Gesetzgebung.

Das gerade aber ist auch die Auffassung, von der der schweizerische Gesetzgeber ausgegangen ist und die er als einen der fundamentalen Gedanken des neuen Rechts im Gesetz selber niedergelegt hat, wenn er weitgehend auf das richterliche Ermessen und die freie Würdigung der Umstände abstellt und in Art. 1 ZGB den Richter unter Umständen selber zum Gesetzgeber macht. Wir haben aber nur dann ein Recht darauf, uns des fortschrittlichen Geistes unseres Rechts zu rühmen und uns dazu von andern beglückwünschen zu lassen, wenn er nicht nur im Gesetz, sondern auch in der Rechtsprechung zum Ausdruck kommt, und so, wie es Wille und Meinung des Gesetzgebers war, unter Vermeidung von Willkür, aber unter Loslösung von Buchstabenauslegung und formaljuristischer Logik, dem wirklichen, dem „richtigen Recht“ zum Durchbruch verholfen wird.

quenzen für die Emissionssitten geführt. Unzweifelhaft wird jetzt sorgfältiger, als das früher in manchen Fällen geschehen sein mag, die Situation der Aktienunternehmungen von den Emissionshäusern nachgeprüft.“

IV. Die Frage der Verantwortlichkeit der Bank aus dem Verwaltungsverhältnis.

In einer Korrespondenz über den vorliegenden Rechtsfall in den Neuen Zürcher Nachrichten vom 29. Oktober 1927, die u. W. aus dem Bundesgericht selber stammte, wurde, wie das bereits auch vom Referenten in der Beratung geschehen war, die Frage aufgeworfen, ob nicht aus dem Verwaltungsverhältnis eine Haftung der Bank hätte abgeleitet werden können. Der bezügliche Passus lautet: „Fraglich wäre gewesen, ob aus einem etwa abgeschlossenen Verwaltungsgeschäft über die Wertpapiere nicht die Verpflichtung der Bank hätte abgeleitet werden können, dem Kunden Mitteilung zu machen über Verhältnisse, welche die Sicherheit der Anleihe im Laufe der Zeit in Frage gestellt hätten. Ein solches Geschäft sei aber nicht behauptet worden.“

Wir müssen auch darauf noch kurz eintreten und vorerst die Verhältnisse skizzieren, aus denen sich die Frage ergibt.

Die von der Frankf. Ztg. anlässlich der Obligationenemission und des unmittelbar darauf folgenden Dividendensturzes an der von der Firma N. bei ihren Tochterunternehmungen befolgten Finanzierungspraxis geübte Kritik nahm in der Folge angesichts der jährlich wachsenden Verluste immer schärfere Formen an. Auch andere Organe der grossen Handelspresse liessen sich kritisch vernehmen. So schrieb das Berliner Tagblatt am 30. September 1910 anlässlich der ersten Sanierung des Unternehmens, dass die vorgeschlagenen Massnahmen ganz ungenügend seien. Die Verpflichtungen des Unternehmens betrügen ohne die Obligationenschuld mindestens 3 Millionen Mark und die Unterbilanz würde bei einer den Verhältnissen angepassten Bewertung der Anlagen noch viel grösser sein. Es bedürfe ganz gewaltiger Mittel, um die „seit Jahren in Verfall befindliche Gesellschaft“ wieder lebensfähig zu machen und es könne den Aktionären nur

der dringende Rat gegeben werden, sehr sorgfältig zu prüfen, ob es sich lohne, neues Geld in das Unternehmen zu stecken. Zur gleichen Zeit, am 27. Oktober 1910, berichtete die Frankf. Ztg. von allerlei Manipulationen innerhalb des N.-Konzerns, die im Zusammenhang standen mit der Rückzahlung eines Teils der aus Terrainverkäufen und Terrainspekulationen herrührenden, über 1 Million Mark betragenden Schulden der Elberfelder-Fabrik an die Firma N. Der Betrag wurde schliesslich von einem Konsortium aufgebracht, dem auch Herr Y., Mitglied des Aufsichtsrates des Unternehmens und Präsident des Verwaltungsrates der klägerischen Bank, angehörte, während ein anderes Unternehmen des N.-Konzerns für den auf ihn entfallenden Anteil an dem Kredit Bürgschaft leistete. Die Frankf. Ztg. übte Kritik an diesen Vorgängen und Interessenverquikungen und verlangte Auskunft darüber, ob noch andere derartige Garantien bestünden.

Im folgenden Jahr 1911 ist dann das Bankhaus Carl N. jämmerlich zusammengebrochen. Den Anstoss gab ein Artikel der Frankf. Ztg. vom 2. November 1910, „Geschäftspolitik im N-Konzern“. Er enthielt ein zusammenfassendes Bild der bei der Firma und ihren Tochterunternehmen geübten Praktiken, die sich über eine lange Reihe von Jahren hinzogen und in Gründungen, Expansionen, Kapitalerhöhungen, Terrainspekulationen und Transaktionen aller Art bestanden, wobei der Bankfirma dank einer geschickten Propaganda immer wieder neues Geld zugeführt wurde, während von den Gründungen nur die ihr Leben fristeten, die der Firma noch rechtzeitig entwunden werden konnten. In einer weitem kritischen Besprechung vom 8. März 1911 schrieb die Frankf. Ztg., dass die bedauerliche Angelegenheit für Börse und Bankwelt keine Überraschung biete. Es handle sich dabei nicht um einen in neuerer Zeit eingetretenen Schaden, sondern um ein seit langem falsches Geschäftssystem. Urteilsfähige weite Kreise hätten sehr frühzeitig jede Verbindung mit der Firma abgelehnt und ebenso früh-

zeitig hätte namentlich auch in der Frankf. Ztg. die öffentliche Mahnung eingesetzt, den Geschäften und Anerbietungen der Firma mit Zurückhaltung und Kritik gegenüberzustehen. N. habe seine Unternehmungen als Geldquellen und spekulative Verdienstmöglichkeiten benützt und mit ihnen und ihren Kapitalien förmliche Kartenhäuser aufgebaut. Der Artikel spricht von den überstürzten Kapitalerhöhungen und Obligationenausgaben, der wilden Agiotage und Kurstreiberei an der Börse, den sinnlos hohen Dividenden, die bei den Aktien-Emissionen grosse Agio-vorteile ermöglichten, womit der Bank neue Mittel zugeführt wurden, während völlige Dividendenlosigkeit und verlustreiche Rekonstruktionen die fast regelmässige Folge waren. Die ganze Bankwelt betrachte die Beseitigung der Firma als eine Art Erleichterung; sie sei in gewissem Umfang als ein Reinigungsakt in der deutschen Bankwelt anzusehen. In hohem Grade bedauerlich sei nur, dass der Einfluss der öffentlichen Kritik nicht in so fein verteilte Kanäle dringen könne, wie es nötig wäre, um das Publikum vor weitergehenden Schädigungen zu bewahren.

Bezeichnend für die Verhältnisse war ferner auch eine Meldung im Berliner Tagblatt vom 18. September 1911, wonach die Privatvilla N.s mit Hypotheken von über 2½ Millionen Mark belastet war und Herr Y., Präsident des Verwaltungsrates der klägerischen Bank, auf Grund einer Hypothek im dritten Rang im Betrag von 520,000 Mark die Versteigerung beantragt hatte.

Im Jahre 1913 erfolgte eine neue Sanierung der Elberfelder-Fabrik, da die Unterbilanz vom 30. Juni dieses Jahres wieder auf Mk. 1,789,000.— angewachsen war, und im Sommer 1914 wurden die Zahlungen eingestellt. Die Frankf. Ztg. vom 5. und vom 24. November 1914 sprach von den geradezu ungeheuerlichen Zuständen der Gesellschaft und von „der unwahrhaften Art und Weise, wie bei diesem Unternehmen seit Jahr und Tag gewirtschaftet wurde und die wesentlich schuld ist an der ganzen Misere, in der es jetzt steckt“. Und im Berliner Börsen-

kurier vom 15. Juni 1915 wurde den Obligationären an-
geraten, auf keinerlei Sanierungsvorschläge einzutreten.
Das Unternehmen biete keinerlei Gewähr einer möglichen
Gesundung. Nur die Liquidation könne den an der Ver-
waltung unbeteiligten und für den erfolglosen Betrieb
nicht verantwortlichen Obligationären einigermaßen zu
ihrem Recht verhelfen.

Das sind ganz kurz die Tatsachen, auf Grund deren
die Frage aufgeworfen wurde, ob die Bank nicht verpflich-
tet gewesen wäre, dem Kunden von den Verhältnissen
Mitteilung zu machen. Es ergeben sich dabei folgende
Überlegungen: Der Beklagte hatte nach übereinstimmen-
der Darstellung der Parteien seit Mitte der 90er Jahre bei
der Bank ein Verwaltungsdepot, in dem sich auch die
Elberfelder-Obligationen während all den Jahren des
Niedergangs der Gesellschaft befanden. Ein solches
Depot bedingt die Verpflichtung der Verwahrung der
Papiere, verbunden mit gewissen Verwaltungshandlungen
im Interesse des Kunden. Was zu diesen Verwaltungsakten
gehört, unterliegt der Vereinbarung. In der Regel verpflich-
tet sich die Bank zur Einlösung der Zins- und Dividenden-
coupons und zur Überwachung der Ziehungen und Kündi-
gungen. Zu weitem Massnahmen, z. B. Geltendmachung
der Bezugsrechte auf neue Aktien, ist sie weder verpflichtet
noch berechtigt. Doch wird vorausgesetzt, dass sie den
Kunden benachrichtige und seine Weisung einhole.

Obwohl es sich also beim Wertpapierdepotgeschäft
um eine gewisse Interessenwahrung für den Klienten
handelt, wird doch andererseits von den Banken eine
Bonitätsgarantie für die deponierten Werttitel nicht
übernommen. Es liegt das nicht im Zweck des Verhält-
nisses und wäre auch praktisch kaum durchführbar. Es
ist also die Haftung jedenfalls nicht die gleiche wie bei
Raterteilung und Empfehlung, wo der Bankier weiss,
dass der Kunde den Erwerb von bestimmten Wertpapieren
von seiner Auskunft abhängig macht. Welches sind denn
aber die Gesichtspunkte, die im vorliegenden Fall die Frage

einer Haftung aus dem Verwaltungsverhältnis doch aufwerfen liessen? Waren sie rechtlicher oder vielleicht mehr nur moralischer Natur?

Wenn eine Bank einem Kunden Titel anbietet und er sie auf ihre Empfehlung hin erwirbt und in sein Depot legt, und wenn die Bank diese Titel jahrelang in Verwaltung hat, während das Unternehmen, dessen Aufsichtsrat der Verwaltungsratspräsident der Bank angehört, offensichtlich dem Ruin zusteuert, so ist das Verhältnis der Bank gegenüber dem Kunden mit Bezug auf diese Titel offenbar nicht ganz dasselbe, wie hinsichtlich anderer Papiere, die sie für ihn verwahrt und verwaltet, die sie ihm aber weder selber verkauft noch empfohlen hat. Es besteht hier auf seiten der Bank zum mindesten eine gewisse moralische Verantwortlichkeit. Und es ergibt sich für sie eine noch vermehrte Sorgfaltspflicht in der Wahrnehmung der Interessen des Kunden, wenn derselbe, wie das hier in den beiden letzten Jahren vor dem Zusammenbruch des Unternehmens der Fall war, überseeisch abwesend und also nicht im Fall ist, selber über seine Interessen zu wachen. Ob aber damit auch eine rechtliche Pflicht der Bank begründet wird, dem Kunden Mitteilung zu machen von Verhältnissen, die die Bonität der Papiere in Frage stellen und ob im Fall der Unterlassung die Bank haftbar gemacht werden kann, ist eine Rechtsfrage, die wir nicht ohne weiteres mit Ja oder Nein beantworten möchten, da sie u. E. weniger liquid ist als die Frage der Verantwortlichkeit aus der Empfehlung der Papiere.

Einfacher liegen die Dinge mit Rücksicht auf die ebenfalls unbestrittene Tatsache, dass der Beklagte noch im Jahr 1911 sich bei der Bank nach den in Berlin kotierten Titeln erkundigte und die Antwort erhielt, sie seien zuletzt zu 98% gehandelt worden. Wenn das an sich vielleicht auch zutreffen mochte — die Bankfirma N. hat bis zu ihrem Zusammenbruch für die Papiere ihrer Tochterunternehmen und speziell auch die Elberfelder-Obligationen (Frankf. Ztg. vom 8. Dezember 1910) eine in-

tensive und weitreichende Propaganda entfaltet —, so war doch die Mitteilung in dieser Form geeignet, beim Kunden eine unrichtige Vorstellung von den Verhältnissen zu erwecken. Eine sorgfältige Antwort verlangte, dass der Kunde auf die Schwierigkeiten aufmerksam gemacht wurde, mit denen das Unternehmen seit Jahren zu kämpfen hatte und die, nachdem sie bereits zu einer ersten Sanierung geführt hatten, die Sicherheit der Anleihe in Frage stellten. Das Verschweigen von wesentlichen Tatsachen bei der Auskunfterteilung — zumal unter Verhältnissen, wie sie hier vorlagen — oder ihre fahrlässige Unvollständigkeit oder Lückenhaftigkeit begründen dieselbe Verantwortlichkeit wie absichtlich oder fahrlässig unrichtige Angaben. Hier handelte es sich um eine rechtliche Sorgfaltspflicht, und es ist dabei wesentlich, dass, aus welchem Gesichtspunkt sie immer abgeleitet werden mag, die Frage der Verjährung des Ersatzanspruches ausser Betracht fällt.

Warum das Bundesgericht auch diese, von ihm selber aufgeworfene Frage der Haftung aus dem Verwaltungsverhältnis unbeantwortet gelassen hat, ist in dem Urteil nicht gesagt. Wenn auch der Beklagte seinen Anspruch aus der Empfehlung der Papiere ableitete, so hatte das Bundesgericht u. E. nach dem Grundsatz „jura novit curia“ doch die Möglichkeit, dem Tatbestand auch eine andere rechtliche Würdigung zu geben. Es kann ja von sich aus eine Gesetzesbestimmung in Anwendung bringen, die von der Partei gar nicht angerufen worden ist und z. B. eine Klage aus Kauf als Darlehensklage beurteilen. ¹ „Es kommt“, sagt Weiss (Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen S. 167 ff.), „einzig darauf an, ob das tatsächliche Fundament zur Anwendung des Rechtssatzes erschöpfend gegeben sei.“¹⁵⁾

¹⁵⁾ Zum Schluss mag noch bemerkt werden, dass die Bank, die im vorliegenden Fall jede Verpflichtung, „rechtlich oder moralisch“, ablehnte, in einem andern Fall, wo die Rollen und Interessen umgekehrt lagen, den entgegengesetzten Standpunkt eingenommen hat. Die Sachlage war dort die, dass eine deutsche

Es bleibt nun noch mit einigen Ausführungen auf die Auffassung der amerikanischen Rechtsprechung und Literatur hinzuweisen, die sich mit der Stellung der Banken, sowie ihren rechtlichen und besonders ihren geschäftsethischen Pflichten im heutigen Wirtschaftssystem ebenfalls eingehend beschäftigt haben. Davon soll kurz in einem letzten Abschnitt die Rede sein.

Handelsgesellschaft einer der Bank affilierten und mit ihr durch einen Gestionsvertrag verbundenen, schweizerischen Gesellschaft im Jahre 1910 einen bedeutenden Posten Aktien einer mit ihr eng verbundenen andern deutschen Gesellschaft verkauft und dabei bezüglich der Güte derselben und der zu erwartenden Dividenden unter Hinweis auf die bestehenden Reserven, überseeischen Interessen und bisherigen Dividenden Versicherungen gegeben hatte. Als dann diese Aktien durch den Krieg in Mitleidenschaft gezogen wurden, verlangten die Bank und die ihr affiliierte Gesellschaft Schadenersatz und belegten ihren Anspruch mit einem Rechtsgutachten, das die Begründetheit der Forderung schon allein auf Grund der Bestimmungen über zugesicherte Eigenschaften einer Kaufsache als gegeben erklärte. „The Swiss-law“, so wird darin ausgeführt, „obliges the seller without further agreement to guarantee that the object, he sold, has the qualities which the seller assured, it had, hence for example, the simple assurance of the seller that the sold shares had certain receipts and a certain value would be sufficient in order to establish the liability of the seller for the difference between the value of the shares and the value he assured, they had, and for the difference between the dividends, actually received, and the dividends he assured, would be paid.“ Im weitem werden die gegebenen Versicherungen im Sinne einer Garantie interpretiert — wiewohl in der anlässlich des Verkaufs der Aktien im Jahre 1910 gewechselten Korrespondenz von einer Garantie mit keinem Wort die Rede ist — und daraus gefolgert, dass nach schweizerischem Recht eine „gültige, bindende und erzwingbare Versicherung“ — valid, binding and enforcible obligation — bestanden habe. — Die Frage war von Bedeutung in dem 1926/27 vor den New Yorker Geschwornen gegen zwei hohe amerikanischen Funktionäre durchgeführten Verfahren, in dessen Verlauf alle die auf die Frage der Schadenersatzverpflichtung Bezug habenden Dokumente produziert wurden. Es handelte sich dabei darum, ob ein sehr bedeutender, der obgenannten deutschen Handelsgesellschaft gehörender Betrag, der von den amerikanischen Behörden als feindliches Eigentum

V. Stellung und Verantwortlichkeit der Banken im modernen Wirtschaftssystem.

Die in den bisherigen Ausführungen besprochene Verantwortlichkeit der Banken auf einem speziellen Gebiet ihrer gewerblichen Tätigkeit ergibt sich mit aus ihrer Stellung und Verantwortlichkeit im modernen Wirtschaftssystem überhaupt. Diese kann nicht leicht knapper und schärfer umschrieben werden, als es der oberste Gerichtshof des Staates Kansas (Kansas Supreme Court) in einem Entscheid getan hat, worin ausgeführt wird:

sequestriert worden war und von dem behauptet wurde, dass er als Schadenersatz aus der genannten Verpflichtung kurz vor Amerikas Eintritt in den Krieg an die Bank und die ihr affilierte Schweizerische Gesellschaft abgetreten worden sei, zu Recht oder Unrecht an dieselben herausgegeben wurde. Dabei wurde gegenüber Zweifeln, die bezüglich der dem Anspruch und dem Rechtsgutachten unterliegenden Tatsachen und den gezogenen Schlussfolgerungen geäußert wurden, in den Verhandlungen (S. 650 ff. des offiziellen Protokolls) noch besonders betont, dass in einem solchen Fall die Frage der Verantwortlichkeit aus gegebenen Versicherungen über die Güte von verkauften Wertpapieren eben nicht allein aus rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen sei, sondern dass es sich dabei ebensosehr um die „moralische Verpflichtung“ und die Befolgung einer „guten Geschäftspolitik“ handle. Die Anerkennung oder Nichtanerkennung einer Verpflichtung aus derart gegebenen Versicherungen sei für ein seriöses Unternehmen vor allem auch eine Frage von „credit and standing, moral obligations, good business policy and business desirability“ (S. 679 des Protokolls).

Sollte man nicht erwarten dürfen, dass das, was eine Bank in einem Fall so angelegentlich für sich selber in Anspruch nimmt, sie auch in einem andern, wo die Interessen umgekehrt liegen, ihren Kunden gegenüber anerkennen würde? Und ist nicht schon die Tatsache der Möglichkeit so verschiedener Auffassungen Beweis genug, dass hier im Gesetz offensichtlich eine Lücke besteht, die durch die Rechtsprechung oder, wenn sie sich dazu nicht entschliessen kann, durch den Gesetzgeber selber ausgefüllt werden muss, damit nicht das Recht und schliesslich mit ihm auch die Moral, auf der es beruht und die wiederum von ihm gestützt werden soll, Schiffbruch leiden?

„Banken sind die unentbehrlichen Vermittler, durch die Industrie, Handel und Verkehr aller zivilisierten Länder heute betrieben werden. Der Bankier ist der allgemeine Agent, über dessen Ladentisch der Austausch von Angebot und Nachfrage letzten Endes bewirkt wird. Das Kapital, das er investiert hat, und der Ertrag, den es ihm abwirft, sind verschwindend an Bedeutung gegenüber den Vorteilen, die die Gesellschaft im allgemeinen von einer guten Führung des Bankgeschäftes hat, während die schlimmen Konsequenzen einer ungesunden Führung sich zwischen dem Bankier und der Allgemeinheit in gleicher Weise verteilen. Das Bankgeschäft hat aufgehört, wenn es das jemals war, ein rein privates Geschäft zu sein, wie das Geschäft des Kaufmanns, und es muss bei Erlass diesbezüglicher gesetzgeberischer Vorschriften in Betracht gezogen werden, dass ein grosses öffentliches Interesse damit verbunden ist. Die allgemeine Kundschaft, die der Bankier sucht und erhält, ist derart, dass er im vollen Sinn des Wortes der Vertrauensmann für die finanziellen Angelegenheiten des ganzen Volkes geworden ist.“¹⁶⁾

Das ist gewiss bei uns gerade so zutreffend wie in Amerika, und daraus ergibt sich auch der besondere ethische Masstab, der auf das Bankgeschäft, das auf Vertrauen aufgebaut ist und vom Vertrauen getragen werden muss, angewendet wird. Die Banken sollen der Geschäftswelt ein Vorbild und dem Publikum ein Berater sein. Welche Bedeutung einer hohen Geschäftsethik heute in der kommerziellen Gemeinschaft zukommt, hat ein Bankier selber, Francis H. Sisson, der Vizepräsident der Guaranty Trust Company, eindrucksvoll gesagt, wenn er in der Nachkriegszeit in einem Vortrag ausführte: „In dieser schwierigen Zeit ist es noch wichtiger als in normalen Zeiten, die höchste Geschäftsethik zu

¹⁶⁾ F. Lee Major, *The Duties, Responsibilities and Liabilities of Bankdirektors* (Verwaltungsratsmitglieder von Banken), S. 2 (The Macmillan Company 1925).

bewahren. Unsere ganze kommerzielle Struktur beruht auf vertraglicher Grundlage, die ihrerseits auf feierlichen, moralischen Verpflichtungen ruht, und wir können es uns nicht gestatten, die Stabilität dieser Struktur zu schwächen, indem wir zugeben, dass ihr eigentlicher Eckstein gelockert oder verschlechtert werde. Es ist heute so wahr wie je, dass der Charakter die beste Basis des Kredites ist.“¹⁷⁾

Wenn der Richter die Aufgabe hat, das Gesetz auf die Lebensverhältnisse anzuwenden, so ist es Sache des Tribunals der Öffentlichkeit, sie nach den Gesetzen der Ethik zu beurteilen. Und diese Kontrolle der Öffentlichkeit ist im heutigen Geschäftsleben um so dringender, als es angesichts der Grösse und Kompliziertheit der wirtschaftlichen Probleme immer schwieriger wird, alle Verhältnisse zu formulieren und gesetzgeberisch zu erfassen. Das Charakteristische des modernen Wirtschaftssystems ist die gewaltige Kapitalanhäufung in mächtigen Korporationen, und die damit verbundene Machtkonzentration und Entpersönlichung des Geschäftslebens bergen die Gefahr in sich, dass der moderne Geschäftsmann in der Verfolgung seiner Geschäftsinteressen leicht den sozialen Schaden übersieht, der vielleicht mit den von ihm befolgten Methoden verbunden ist. Die Fälle sind keineswegs selten, wo Persönlichkeiten in leitender und verantwortungsvoller Stellung, deren Privatleben einwandfrei ist, zur Erreichung geschäftlicher Ziele Wege einschlagen, die mit dem anerkannten Standard von Geschäftsmoral und Geschäftintegrität nicht vereinbar sind.

Aus diesen Verhältnissen und Erfahrungen heraus sind schon im Jahre 1908 an der Universität Yale eine Anzahl Vorlesungen veranstaltet worden, in denen kompetente Persönlichkeiten der Wissenschaft und der Praxis über das Thema „Morals in Modern Business“ gesprochen haben und die ein Versuch waren, in der neuen Ordnung der Dinge für einige Hauptzweige des Geschäftslebens

¹⁷⁾ The Annalist vom 7. März 1921.

einen „moralischen Standard“ zu formulieren. Eine dieser Vorlesungen handelt speziell von „Morals in Credit and Banking“, und die Hauptgedanken lassen sich etwa folgendermassen zusammenfassen: „Ein Bankier präsentiert dem Publikum seine finanzielle und moralische Verantwortlichkeit, sein Kapital, seinen Charakter und fordert es auf, mit ihm Geschäfte zu machen. Er ersucht es, ihm Kredit zu geben, Vertrauen zu haben in seine Ehrlichkeit und Geschicklichkeit und ihm seine Gelder anzuvertrauen. Er hat weniger Entschuldigung und mehr Gelegenheit als andere, Unrecht zu tun, und Banken sollten darum nach einem höhern Standard als dem des gewöhnlichen Geschäftsmannes beurteilt und gegebenenfalls schärfer verurteilt werden. Indem die Banken ein gutes Beispiel geben, stärken sie ihre Position und ihre Forderung gleichen Gebarens von seiten ihrer Kunden. Ihre Aufgabe ist es, den moralischen Ton des Ganzen zu heben und die moralische Verpflichtung ihrerseits hat unter Umständen geradezu die Kraft des Gesetzes.“

Indem ebenfalls darauf hingewiesen wird, ein wie verhältnismässig kleiner Teil der einer Bank zur Verfügung stehenden Mittel, die ihre Macht ausmachen, von den Aktionären und ein wie grosser in den ihnen anvertrauten Geldern vom Publikum kommt, werden die Banken in hervorragendem Masse „öffentliche Institutionen“ genannt, von deren Geschäftsführung das Wohl und der Fortschritt der ganzen, nationalen Gemeinschaft, deren Kreditstruktur auf den Bankinteressen aufgebaut ist, in hohem Masse abhängt. „Ihre leitenden Persönlichkeiten“, so wird ausgeführt, „unterhalten Vertrauensbeziehungen zum Publikum von höchstem Charakter, und sie sollten darum in ihren Handlungen nach höchstem Standard beurteilt werden.“¹⁸⁾

Wie sehr das Bankgeschäft öffentlichen Charakter hat und ein öffentliches Interesse damit verbunden ist, kommt, wie viele Beispiele zeigen, schon darin zum

¹⁸⁾ *Morals in Modern Business*, Yale University Press 1909.

Ausdruck, dass ein Geldinstitut, das in Schwierigkeiten geraten ist, heute nicht einfach wie irgendein anderes Geschäft nach dem Paragraphen des Konkursgesetzes seinem Schicksal überlassen wird. Man sucht vielmehr Mittel und Wege, ihm zu helfen und es in einer gemeinsamen Aktion zu halten und zu stützen. Das damit verbundene öffentliche Interesse ist zu gross, als dass man es einfach fallenlassen könnte.

Anderseits aber muss angesichts dieser wichtigen und verantwortungsvollen Mission und Stellung der Banken schon ihr eigenes Interesse verlangen, dass nicht durch Betonung des nackten Machtstandpunktes jenen Tendenzen Vorschub geleistet wird, die geneigt sind, alles, was in unsern Institutionen unrichtig oder schädlich oder verbesserungsbedürftig sein mag, mit den Worten „Bank und Bankinteressen“ zu identifizieren.

Der Krieg und die wirtschaftlichen und moralischen Erschütterungen, die er im Gefolge hatte, haben diesen Fragen neue und vermehrte Aktualität gebracht und sie zum allgemeinen Diskussionsthema gemacht. So hat unlängst auch Owen D. Young, der Präsident der General Electric Company und Vorsitzende der Pariser Reparationskonferenz, von der Kanzel des bekannten amerikanischen Kanzelredners Dr. Fosdick über das Thema gesprochen: „What is right in business?“ und Roy A. Young, der Vorsitzende des Federal Reserve Board, hat „The Banker's Responsibility“ als Thema seiner Ansprache an der letzten Tagung der amerikanischen Bankiervereinigung gewählt. Wenn, wie er sagt, nichts im Wirtschaftsleben des Landes dem weitreichenden Einfluss der Tätigkeit der Banken auch nur annähernd gleichkommt, so ergibt sich daraus naturgemäss auch die Grösse ihrer Verantwortlichkeit, nicht nur gegenüber den Aktionären, sondern auch gegenüber den Kunden und der Gesamtheit, aus der die Mittel kommen, die ihre Macht ausmachen.

Man ist heute im allgemeinen darüber einig, dass die moderne wirtschaftliche Entwicklung auch eine vermehrte

Kontrolle notwendig macht, und die Frage ist nur: wieviel mehr und in welchen Formen. Dieses schwierige Problem, speziell die Frage der Zweckmässigkeit und des mutmasslichen Erfolges gesetzgeberischer Massnahmen, liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit. Wohl aber kann auf Grund der gemachten Ausführungen gesagt werden, dass eine hochstehende, unabhängige und sich ihrer Aufgabe bewusste Handelspresse, in Verbindung mit einer strengen Gesetzesauffassung und Judikatur, die notwendige Voraussetzung ist für die Schaffung der Garantie, die in einem hochentwickelten Bankgewissen besteht. Dass daneben die Stellung, die die Bankwelt selber zu diesen Fragen einnimmt, von entscheidender Bedeutung ist, braucht nicht besonders betont zu werden. Auch hier ist Amerika vorgegangen, indem die Kansas State Bankers Association im Jahre 1924 einen Code of Ethics angenommen hat, in dem die „essential standards of conduct“ für den Bankier niedergelegt sind. Darin heisst es am Schluss, gleichsam als der Gesichtspunkt, von dem alles andere getragen wird: „Ein gewisses noblesse oblige, ein ehrenhaftes und generöses Gebaren vor Gott und den Menschen liegt allen denen ob, die den Namen und das Abzeichen des Bankierberufs tragen.“ Unter noblesse oblige versteht man die Verpflichtung, die auf denjenigen ruht, die überlegen sind an Macht oder Mitteln, an Stellung oder Rang, kurzum an irgendwelchen Vorteilen, die sie vor andern voraushaben. Und diese Überlegenheit kommt nirgends schärfer zum Ausdruck als im Verhältnis einer grossen Bank zu ihren Kunden, die ihr ihre Interessen anvertrauen.

Ohne die Frage der Opportunität gesetzgeberischer Eingriffe im Bankwesen hier erörtern zu wollen, mag darüber doch zum Schluss kurz folgendes bemerkt werden: Wir stehen vor der Tatsache, dass in Deutschland, dank der den Bedürfnissen des modernen Verkehrs angepassten Rechtsprechung des Reichsgerichts, sich seit langem eine

strenge und konsequente Praxis bezüglich der Verantwortlichkeit des Bankiers bei Raterteilung und Empfehlung von Wertpapieren herausgebildet hat; dass in Frankreich soeben von der Kammer einstimmig ein Gesetz angenommen worden ist, durch das der Bankierberuf infolge mannigfacher, böser Vorkommnisse im Bankwesen einer Reglementierung unterstellt wird, wobei in der Beratung vielfach die Notwendigkeit weiterer Massnahmen zum Schutz des Sparkapitals betont wurde; dass in Amerika, wo das Spiel der wirtschaftlichen Kräfte im allgemeinen noch ungehemmter ist als anderwärts, in den verschiedensten Kundgebungen massgebender Instanzen des Wirtschaftslebens selber gegenüber den Gefahren einer Verflachung der Geschäftsmoral die rechtliche und moralische Verantwortlichkeit der Banken im heutigen Wirtschaftssystem hervorgehoben wurde und der oberste Gerichtshof des Staates Kansas in einem Entscheid das grosse öffentliche Interesse, das mit dem Bankgeschäft verbunden ist und bei Erlass bezüglicher, gesetzgeberischer Vorschriften in Betracht gezogen werden müsse, betont hat; und dass in England, wo eine Arbeiterregierung zur Macht gelangt ist, deren Politik eo ipso in allen diesen Fragen eine verschärfte Aufsicht des Staates verlangen muss, auch der Liberalismus seinen einstigen Standpunkt des laissez-faire und eines ungehemmten Individualismus gegen die Anerkennung der Notwendigkeit einer vermehrten, den neuen Verhältnissen angepassten Kontrolle vertauscht hat. Ist da nicht vielleicht doch auch bei uns der Zeitpunkt gekommen, da auf dem Gebiete des Bankwesens, speziell in der Frage der Verantwortlichkeit des Bankiers, auf Grund schon früher und wieder in neuester Zeit gemachter Erfahrungen etwas Wirksames geschehen sollte, das über platonische Redensarten hinausgeht? Die Frage ist nicht neu. Schon im Jahre 1914 hat Herr Nationalrat Dr. Meyer in einem Vortrag in der Statistisch-volkswirtschaftlichen Gesellschaft in Zürich „Zur Frage eines eidgenössischen Bankgesetzes“ (Schweizer Zeitfragen

Heft 42) die Frage einer gesetzlichen Regelung des Bankwesens auf dem Wege der Revision des Aktienrechts oder der Spezialgesetzgebung zur Diskussion gestellt und im Jahre 1915 auch in der Dezember-Session des Nationalrates eine Anregung gemacht zur Neuordnung des schweizerischen Börsenwesens im Interesse und zum Schutz des anlagesuchenden Publikums. Daran anschliessend hat sodann in einer im Mai 1916 in der „N.Z.Z.“ erschienenen Artikelserie ein Jurist und Bankfachmann die Frage der „Verantwortlichkeit des Bankiers bei Einführung bzw. Empfehlung von ausländischen Wertpapieren“ in sachkundiger und tiefgründiger Weise erörtert, dabei scharf die Methoden kritisiert, die bei Einführung und Empfehlung von Wertpapieren oft angewendet würden, wobei das Publikum mangels von Verantwortlichkeitsbewusstsein von seiten der Banken zu Schaden komme, und der Meinung Ausdruck gegeben, dass ihnen bei uns durch eine „vielfach laxe Gesetzesauffassung“ Vorschub geleistet werde. Wir wollen mit der Konklusion seiner Erörterungen, der wir voll und ganz beistimmen, unsere eigenen Ausführungen über die aufgeworfene Verantwortlichkeitsfrage schliessen: „Was dringend nottut, das ist eine strenge, zweck- und sachentsprechende Interpretierung der bereits bestehenden Normen, eine strikte, volle, schon von Art. 1 ZGB geforderte Anwendung der geltenden Rechtssätze, sowie nötigenfalls Bestimmungen über verschärfte Auffassung der in den gesetzlichen und rechtlichen Normen niedergelegten Rechtsgrundsätze und eine Verschärfung des Verantwortlichkeitsgefühls. Es ist merkwürdig und bemühend, wie in gewissen schweizerischen Kreisen selbst bei gravierendem Material nicht selten Regressansprüchen Schwierigkeiten mit allen möglichen und unmöglichen Einwendungen gemacht werden, während z. B. in Deutschland solche durchschnittlich glatt im Interesse der Geschädigten erledigt werden.“

Es ist zu wünschen, dass diesen Verantwortlichkeitsfragen in der parlamentarischen Beratung der Revision des

Aktienrechtes besondere Aufmerksamkeit geschenkt werde und dass auch die schweizerische Bankiervereinigung, auf die in einem Artikel „Schutz des Sparkapitals“ (Basler Nachrichten vom 8./9. Juni 1929) hingewiesen wird, sich derselben im Interesse des Bankgewerbes sowohl wie des Vertrauens zwischen Banken und Publikum weiter annehmen möchte. Wenn die Banken sich bisan im allgemeinen gegenüber gesetzgeberischen Massnahmen behufs einer schärfern Kontrolle ablehnend verhalten haben, so ist es vor allem an ihnen, dafür besorgt zu sein, dass nicht durch Vorkommnisse und Auffassungen, die mit den Interessen der Allgemeinheit unvereinbar sind, solchen Bestimmungen gerufen wird. Auch muss man sich darüber klar werden, dass die Bedeutung dieser Verantwortlichkeitsfragen für die Allgemeinheit sich in ihrer rechtlichen und geschäftsethischen Seite nicht erschöpft. Die sozialen und politischen Rückwirkungen könnten nicht ausbleiben, wenn an den Stellen, wo die wirtschaftliche Macht heute in bisan nicht dagewesenem Mass konzentriert ist, man nicht auch die Konsequenz der sich daraus ergebenden, vermehrten Verantwortlichkeit anerkennen wollte und warnende Stimmen von einem schwellenden Machtbewusstsein übertönen liesse.
