

Auskehr in der Schweiz, Schadensersatz in Deutschland?

Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens mit Beweislastumkehr in Deutschland stärkt die Verbraucherrechte, gerade in Fragen der Beratung zur Vermögensanlage und nicht offengelegten Innenprovisionen. Die Schweiz kennt dieses harte und deshalb effiziente Instrument nur bei fehlender ärztlicher Aufklärung – bei den Innenprovisionen befasst sich die Schweiz nach wie vor mit Fragen der Auskehr. Nachfolgend richtet sich der Fokus auf die verschiedenen Lösungen und zeigt Alternativen auf.

*Arnold F. Rusch**

WM Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 2012, 440 ff.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	1
I. Problemstellung	1
II. Rechenschaft und Aufklärung.....	2
III. Auskehr	3
1. Erfasste Zahlungen.....	3
2. Verzicht auf Auskehr	4
IV. Schadensersatz	4
V. Kausalitätsvermutung?.....	5
1. „Magenband“, BGE 119 II 456 ff.	5
2. „Swissair“, BGE 120 II 331 ff.	5
3. „Terminoptionen“, BGE 124 III 155 ff.....	5
4. „Prothèse totale“, BGE 133 III 121 ff.	6
5. „Life Cycle Planning“, BGer 4C.68/2007.....	6
6. Entscheide in anderen Gebieten	6
7. Lebenserfahrung und Rückvergütung	7
VI. Perte d'une chance?.....	8
VII. Fazit.....	9

I. Problemstellung

Der *deutsche Bundesgerichtshof* hat entschieden, dass eine Bank im Rahmen der Anlageberatung Rückvergütungen offenlegen muss. Geschieht dies nicht, kann der Bankkunde Schadensersatz verlangen, wobei der Bundesgerichtshof die Kausalität der verletzten Offenlegungspflicht für den Anlageentscheid vermutet, was zu einer Umkehr der Beweislast führt.¹

Lehre und Rechtsprechung in der *Schweiz* haben die Problematik der Rückvergütungen zumeist nur unter dem Titel der Auskehr, d.h. der auftragsrechtlichen Herausgabepflicht nach Art. 400 OR, behan-

* Rechtsanwalt PD Dr. Arnold F. Rusch LL.M. ist Lehrbeauftragter an den Universitäten Zürich und Fribourg. Der Beitrag beruht auf einem Referat anlässlich der BuB-Fachtagung „*Die Vertriebsprovision der Kreditwirtschaft – aktuelle Probleme und Perspektiven*“ vom 24. November 2011 in Frankfurt am Main.

¹ Vgl. BGH, Hinweisbeschluss vom 9. März 2011 - XI ZR 191/10, insb. Rz. 25, 33-35 = BeckRS 2011, 10176.

delt, ohne den Schadensersatz zu thematisieren.² Die nachfolgenden Überlegungen zeigen in einem *ersten Schritt* die Grundlagen von Information, Auskehr und Schadensersatz in der Schweiz. *Zweitens* richtet sich der Fokus auf das Vorliegen einer Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens³ in der Schweiz und deren rechtliche Ausgestaltung. Die Existenz dieser Vermutung und deren Bedeutung für die Beweislast hat für die Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs in den meisten Fällen entscheidendes Gewicht. Der *letzte* Teil widmet sich der Suche nach einer Alternative und findet diese in der *perte d'une chance*.

II. Rechenschaft und Aufklärung

Das Handelsgericht Zürich hat am 19. Mai 2011 entschieden, dass eine beratende⁴ Bank auch über die Zahlung einer allfällig nicht herauszugebenden Vertriebsprovision *auf Verlangen rechenschaftspflichtig* i.S.v. Art. 400 OR sei: „*Es ist wie gesehen unbestritten, dass die Beklagte für den Vertrieb der EYN [Equity Yield Notes] (...) Entschädigungen erhalten hat, (...). Über diese Einnahmen hat die Beklagte im angeführten Sinne Auskunft zu erteilen und Rechenschaft abzulegen. Wie diese Einnahmen begrifflich erfasst werden (als Retrozessionen oder Vertriebsentschädigungen) oder wie sie rechtlich zu qualifizieren sind oder ob sie schliesslich insbesondere der Ablieferungspflicht unterliegen werden, ist dabei nicht entscheidend. Es geht gerade darum, dass der Kläger soll beurteilen können, ob gegenüber der Beklagten und, wenn ja, in welchem Umfang Herausgabeansprüche bestehen. Insofern hat der Beauftragte insbesondere darüber zu informieren, was Bestandteil der ebenfalls in Art. 400 Abs. 1 OR enthaltenen Ablieferungspflicht sein kann, d.h. über Vermögenswerte, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen und die in einem inneren Zusammenhang mit der Auftragsausführung stehen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Zuwendung nach dem Willen des Dritten ausschliesslich dem Beauftragten zugute kommen soll oder nicht (...).*“⁵

Damit ist die Frage der *vorgängigen Aufklärungspflicht*, die sich aus der auftragsrechtlichen Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR ergibt, noch nicht beantwortet. Auch die Herausgabepflicht stellt gemäss Bundesgericht eine Konkretisierung der Treuepflicht dar.⁶ Deshalb ist von einem Gleichlauf von Aufklärung und Herausgabe (d.h. Auskehr, vgl. nachfolgend Ziff. III) auszugehen. Die Tatsache, dass das Bundesgericht einen Verzicht auf die Herausgabe in Kenntnis der Parameter der Provisionszahlung verlangt,⁷ zeigt überdies, dass die Offenlegung *alleine* den Interessenkonflikt noch nicht beseitigen kann.⁸

² Vgl. BGE 132 III 460 ff.; vgl. statt vieler CHK-GEHRER/GIGER, in: Amstutz Marc et al. (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK)*, Zürich 2007, OR 400 N 12 und 17.

³ Zu diesem Begriff BGH, Hinweisbeschluss vom 9. März 2011 - XI ZR 191/10, Rz. 34 = BeckRS 2011, 10176.

⁴ Die Bank hat vorliegend zwar keinen formellen Anlageberatungsvertrag geschlossen, ist aber durch entsprechende Empfehlungen in die konkludente Anlageberatung sozusagen hineingerutscht, vgl. Urteil HGer ZH HG090121 vom 19. Mai 2011, E. 2.2.4.

⁵ Urteil HGer ZH HG090121 vom 19. Mai 2011, E. 8.2.

⁶ Vgl. Urteil BGer 4A_266/2010, E. 2.3.: „*Die Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR lässt sich darüber hinaus als Konkretisierung der Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR verstehen (...). Die Ablieferungspflicht garantiert die Einhaltung der Treuepflicht und stellt insofern eine präventive Massnahme zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers dar, indem sie der Gefahr begegnet, der Beauftragte könnte sich aufgrund der Zuwendung eines Dritten veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen (...).*“ und E. 2.5.: „*Eine Pflicht, den Kunden im Hinblick auf eine Verzichtserklärung unaufgefordert über den Umstand der zufließenden Retrozessionen zu informieren, der für diesen angesichts der damit verbundenen Gefahr von Interessenkonflikten zweifellos von Bedeutung ist, folgt bei der Ausführung des Auftrags aus der Treuepflicht des Beauftragten (...), ergibt sich jedoch bereits vor Abschluss des Vertrags aus dessen vorvertraglicher Aufklärungspflicht (...). Inwieweit eine aktive Aufklärung erforderlich ist, damit die Kenntnis des Auftraggebers hinsichtlich der Retrozessionen für einen Verzicht ausreicht, ist im Einzelfall zu bestimmen, wobei auch der Geschäftserfahrung des Auftraggebers Rechnung zu tragen ist (...).*“; vgl. BGE 115 II 62 ff., 65.

⁷ Vgl. Urteil BGer 4A_266/2010, E. 2.4.

⁸ A. M. HADING WALTHER, Sind Vertriebsvergütungen von Emittenten an Kreditinstitute geschäftsbesorgungsrechtlich an den Kunden herauszugeben? ZIP 2008, 529 ff., 535 f. für das deutsche Recht.

III. Auskehr

1. Erfasste Zahlungen

Die Anlageberatung als Tätigwerden im fremden Interesse gehört zum Auftrag gemäss Art. 394 OR.⁹ [WM 2012, 440/441] Den Beauftragten trifft genau wie in Deutschland (§ 667 BGB) eine Ablieferungspflicht (Art. 400 Abs. 1 OR).¹⁰ Diese Ablieferungspflicht umfasst Gegenstände und Vermögenswerte aller Art, die der Beauftragte im Rahmen der Ausführung oder Erfüllung des Auftrags erhalten oder geschaffen hat.¹¹ Der Beauftragte darf behalten, was er lediglich *bei Gelegenheit* der Auftragsausführung erhalten hat. Erforderlich ist folglich ein *innerer Zusammenhang* zur Auftragsausführung.¹² Mit Bezug auf Bankgeschäfte sind dies Rabatte, Provisionen, Schmiergelder, Retrozessionen, kick-backs und finder's fees.¹³ In der Schweiz ist der Begriff der *Retrozession* besonders geläufig. Das Bundesgericht wendet diese Rechtsprechung indes nur auf externe Vermögensverwalter an. Erst kürzlich hat die *strafrechtliche* Abteilung des Bundesgerichts entschieden, dass *Bestandespfegekommissionen* für die Vertriebsleistung einer Depotbank nicht unter die Retrozessionsrechtsprechung fallen.¹⁴ Der Interessenkonflikt ist mit dieser rein technischen Unterscheidung aber nicht vom Tisch.¹⁵ Die Ausrichtung von Bestandespfegekommissionen ist frei vereinbar, richtet sich auch nach dem *Erfolg* beim Vertrieb und häufig nach einem *Anteil der Verwaltungskommission, abhängig vom Volumen der gehaltenen Anteile*.¹⁶ Somit fällt diese Zahlung streng genommen – weil sie dem Kunden

⁹ Vgl. Urteil BGer 4A_168/2008, E. 2.3; vgl. Urteil BGer 4C.27/2003, E. 3.2.2.

¹⁰ Art. 400 Abs. 1 OR: „Der Beauftragte ist schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten.“

¹¹ Vgl. CHK-GEHRER/GIGER (FN 2), OR 400 N 12.

¹² Vgl. BGE 132 III 460 ff., 464.

¹³ Vgl. BGE 132 III 460 ff., 464; vgl. Urteil BGer 4C.125/2002, E. 3.1.

¹⁴ Vgl. Urteil BGer 6B_223/2010, E. 3.4.5: „Im Unterschied zu Retrozessionen sind sog. Bestandespfegekommissionen vom erwähnten Bundesgerichtsentscheid (BGE 132 III 460) nicht betroffen. Viele Fondsanbieter (...) delegieren den Vertrieb ihrer Produkte an sog. Vertriebsträger. Im klassischen Fall übernehmen vornehmlich Universal- oder Vermögensverwaltungs-Banken diese Funktion (...). Zwischen der Depotbank (der ACH.) und dem Produktanbieter (der ALN.) besteht ein Vertriebsvertrag. Der Kunde schliesst mit der Depotbank den üblichen Konto-Depotvertrag und allenfalls einen Vermögensverwaltungs- oder Anlageberatungsvertrag ab. Keine vertragliche Beziehung hingegen besteht zwischen dem Kunden und dem Produktanbieter. Im Unterschied zu den Retrozessionen erhält die Depotbank für den Vertrieb von Produkten eine Bestandespfegekommission oder Vertriebsentschädigung vom Produktanbieter, also vorliegend die Bank ACH. (bei welcher der Beschwerdegegner angestellt war) von der ALN. (...). Es besteht keine rechtlich relevante Verknüpfung zwischen dem Auftrag des Kunden zum Kauf von Fondsanteilen (vorliegend von strukturierten Produkten) und den eingenommenen Vertriebsentschädigungen der Bank. Dies ist auch die ausschlaggebende Unterscheidung zu den Retrozessionen, welche unabhängige Vermögensverwalter von den Banken kassieren. Bestandespfegekommissionen werden der Depotbank nicht aufgrund des Auftragsverhältnisses zwischen Kunde und Depotbank bezahlt, sondern für Dienstleistungen (vorliegend strukturierte Produkte), die gegenüber dem Produktanbieter (ALN.) erbracht werden (...).“; anders Urteil des Obergerichts Zürich vom 13.1.2012, LB090076 (innerer Zusammenhang bei Zahlungen von konzernfremden Gesellschaften teilweise bejaht); in Deutschland behandelt diese Thematik HADDING (FN 8), ZIP 2008, 529 ff., mit weiteren Hinweisen.

¹⁵ Vgl. ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, Rechtsprechungschronik 2009/2010 (Teil 1), recht 2011, 97 f.: „Wie in jedem Fall, in dem ein Mittler sowohl vom Anbieter wie vom Abnehmer für eine Transaktion bezahlt wird, bleibt eine alleinige Wahrung der Interessen des Abnehmers durch den Mittler naives Wunschenken. Abhilfe schafft auch hier nur Transparenz: Dem Kunden ist die Bruttoperformance seiner Produkte offenzulegen - d. h. deren Ergebnis vor Abzug der Kosten und Gebühren und der Anteil der Vertriebsentschädigung der Bank an diesen Posten. Punkt Rechenschaftspflicht muss damit BGE 132 III 460 auch für Vertriebsträger gelten, die gleichzeitig im Auftrag der Endkunden tätig sind.“; vgl. ebenso kritisch im deutschen Recht KRÜGER, in: EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN, Handelsgesetzbuch, Band II, 2. A. München 2009, HGB 384 N 26 zur Effektenkommission, der die Offenlegung und die Auskehr fordert; den möglichen Interessenkonflikt verharmlost hingegen JUTZI THOMAS, Der öffentliche Vertrieb von kollektiven Kapitalanlagen - Illustration am Beispiel des vertraglichen Anlagefonds, recht 2011, 60 ff., 75.

¹⁶ Vgl. JUTZI (FN 15), recht 2011, 74: „Als Bemessungsgrundlage hat sich in der Praxis durchgesetzt, dem Vertriebsträger einen Anteil der der Fondsleitung zugeflossenen Verwaltungskommission zu bezahlen. Dieser Anteil wiederum ist abhängig vom Volumen der von der Bank gehaltenen Anteile und der Fondskategorie (...) sowie von der Platzierungskraft der Bank,

nicht vorerst belastet wird und somit nicht an den Vertriebsträger *zurückfliesst* – nicht unter die Definition des *kickback*.¹⁷ Der bei der Beratung bestehende Interessenkonflikt, den Art. 400 OR gerade verhindern will,¹⁸ ist aufgrund der Umsatzabhängigkeit der Bemessung dennoch manifest. Je mehr Titel die Bank an die von ihr beratenen Klienten verkauft, desto höher sind die Kommissionen. Auch ein innerer Zusammenhang zur Auftragsausführung und zur Beratung des Bankkunden ist damit zumindest indirekt erstellt. Damit ergibt sich eine starke Beschneidung der Anlegerrechte, die sich überdies nur auf eine wenig verständliche und damit im Alltag untaugliche Unterscheidung stützt.

2. Verzicht auf Auskehr

Die Bedeutung von Art. 400 Abs. 1 OR geht über vermögensrechtliche Interessen hinaus und stellt eine wichtige Vorkehr gegen Interessenkonflikte dar.¹⁹ Der Verzicht ist zwar möglich, muss deshalb aber deutlich erfolgen, im Wissen um die Bedeutung, die Parameter und die ungefähre Höhe der Zahlungen.²⁰

IV. Schadensersatz

Der Schadensersatzanspruch beruht auf der verletzten Offenlegungs- oder Aufklärungspflicht (Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR). Die Prüfung der einzelnen Voraussetzungen bildet Gegenstand der nachfolgenden Erwägungen.

Die Pflicht zur Offenlegung der Rückvergütungen beruht auf der in Art. 398 Abs. 2 OR statuierten *Sorgfalts- und Treuepflicht*.²¹ Nicht offengelegte Rückvergütungen sind in der Anlageberatung und Vermögensverwaltung gefährlich, weil sie beim Beauftragten Fehlanreize auslösen können. Es besteht konkret die Gefahr, dass der Bankkunde nicht mehr die optimale Beratung oder Vermögensverwaltung erhält, sondern diejenige, die dem Beauftragten höchste Provisionen sichert. Auf- [WM 2012, 441/442] grund dieser Bedeutung und Gefahr muss der Beauftragte Rückvergütungen offenlegen.²²

welche sich im vereinbarten Entschädigungssatz ausdrückt.“; vgl. JAEGER RAPHAEL/HAUTLE THOMAS, Retrozessionen versus Bestandespfegekommissionen im Vermögensverwaltungsgeschäft, Anwaltsrevue 2008, 437 ff., 440: „Ein Teil dieser Gebühren wird dem Vertriebsträger für das Platzieren der Fondsanteile, das Bereitstellen von Vertriebskanälen oder das Erstellen von Vertriebsmaterialien (Prospekte etc.) als Bestandespfegekommission oder Vertriebsentschädigung vergütet.“; vgl. MEYER PHILIPPE, Retrozessionen, Finder's Fees und Vertriebsentschädigungen im Schweizerischen Bankgeschäft - Status aus zivilrechtlicher und aufsichtsrechtlicher Optik 5 Jahre nach BGE 132 III 460, SZW 2011, 184 ff., 186: „Typisch sind ferner Bestandespfegekommissionen. Diese werden der Verwaltungskommission (Management Fee) belastet, welche jährlich vom Fondsvermögen abgeht - und damit nicht direkt dem Anleger belastet wird - und welche die Kosten decken soll, die durch die Leitung, die Administration und den Vertrieb des kollektiven Fondsvermögens entstehen. Bemessen werden Bestandespfegekommissionen dadurch, dass der Anteil der Verwaltungskommission, welcher an den Vertriebsträger weitergereicht wird (zumeist ein Prozentsatz), multipliziert wird mit dem Durchschnittswert der in den Depots der Bank liegenden Anteile derjenigen Fondsprodukte, welche durch die Vertriebsvereinbarung gedeckt sind.“

¹⁷ Vgl. die Argumentation in BGH, Hinweisbeschluss vom 9. März 2011, XI ZR 191/10 = BeckRS 2011, 10176, Rz. 23: „Aufklärungspflichtige Rückvergütungen liegen dagegen, wie der Senat zuletzt formuliert hat, nur dann vor, wenn Teile der Ausgabeaufschläge oder Verwaltungsgebühren, die der Kunde über die Bank an die Gesellschaft zahlt, hinter seinem Rücken an die beratende Bank umsatzabhängig zurückfliessen, so dass diese ein für den Kunden nicht erkennbares besonderes Interesse hat, gerade diese Beteiligung zu empfehlen (...).“ In Rz. 24 hat der BGH jedoch festgehalten, dass die Quelle der Rückvergütung keine Rolle spielt.

¹⁸ Vgl. die Wertungen bei NÄNNI MATTHIAS/VON DER CRONE HANS CASPAR, Rückvergütungen im Recht der unabhängigen Vermögensverwaltung, SZW 2006, 377 ff., 379 f.

¹⁹ Vgl. NÄNNI/VON DER CRONE (FN 18), SZW 2006, 378, 384; vgl. BGE 132 III 460 ff., 466; vgl. Urteil BGer 4A_266/2010, E. 2.4.

²⁰ Vgl. BGE 132 III 460 ff., 465 f. und noch deutlicher in Urteil BGer 4A_266/2010, E. 2.4.

²¹ Vgl. EMMENEGGER SUSAN, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Schweizerische Bankrechtstagung 2007, Anlagerecht, Bern 2007, 59 ff., 71; vgl. BGE 115 II 62 ff., 65; vgl. Urteil BGer 4C.186/1999, E. 2a.

²² Vgl. EMMENEGGER (FN 21), 92.

Den Beauftragten muss an der Pflichtverletzung ein *Verschulden* treffen. Dieses wird widerlegbar vermutet (Art. 97 Abs. 1 OR).²³ Der Bankkunde hat sodann Anspruch auf Ersatz des *Schadens* im Umfang des positiven Interesses. Dieser soll ihn so stellen, wie er ohne die betreffenden Geschäfte stünde.²⁴ Erforderlich sind überdies eine natürliche und adäquate *Kausalität* zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden. Bei der fehlenden Aufklärung über die Innenprovision als Unterlassung beurteilt sich der Kausalzusammenhang nach dem hypothetischen Kausalverlauf. Es geht um die Frage, ob sich der Schaden auch bei Vornahme der unterlassenen Handlung ereignet hätte.²⁵ Auf den Beweis der Kausalität richtet sich der Fokus der nachfolgenden Überlegungen.

V. Kausalitätsvermutung?

Das relevante Beweismass für die Kausalität ist die überwiegende Wahrscheinlichkeit.²⁶ Die Beweislast liegt beim Auftraggeber, da er daraus Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Das Bundesgericht hat in ähnlichen Bereichen Beweiserleichterungen bejaht. Worauf gilt es bei den nachfolgend dargelegten Entscheiden zu achten? Zu einer *Beweislastumkehr* kommt es nur bei fehlender Aufklärung im Rahmen ärztlicher Eingriffe. Eine *Beweislasterleichterung* kommt generell nur in Frage, wenn entsprechende Lebenserfahrungssätze bestehen.

1. „Magenband“, BGE 119 II 456 ff.

Eine Patientin liess sich ein Magenband einsetzen. Vorgängig fragte sie den Arzt, ob die Krankenkasse den Eingriff übernehme, was dieser fälschlicherweise bejahte. Das Bundesgericht bejahte die Kausalität der falschen Antwort zur Operation alleine aufgrund der Chronologie und der Lebenserfahrung. Es beurteilte bei ärztlichen Eingriffen die *ökonomische Aufklärung* weniger streng²⁷ und hielt am Rande fest, dass selbst bei richtiger Aufklärung und *analoger* Anwendung der Beweislastumkehr eine Zustimmung nicht der Lebenserfahrung entspreche.²⁸

2. „Swissair“, BGE 120 II 331 ff.

Das Bundesgericht bejahte gestützt auf die Lebenserfahrung im Swissair-Entscheid die Kausalität vertrauenserweckender, der Konzernmutter zurechenbarer Werbeaussagen für einen Vertragsschluss mit der Konzerntochter IGR: „*Hätte die Klägerin die wahre Sachlage gekannt, so hätte sie – wie gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung angenommen werden muss – von der Weiterführung des Vertrages mit der IGR abgesehen und die Rückzahlung ihrer Einlage verlangt. Das Fehlverhalten der Beklagten war deshalb für den Schaden kausal, den die Klägerin dadurch erlitten hat, dass sie weiterhin Vertragspartnerin der IGR geblieben und in deren Konkurs zu Verlust gekommen ist.*“²⁹

3. „Terminoptionen“, BGE 124 III 155 ff.

Gestützt auf den Magenband- und den Swissair-Entscheid bejahte das Bundesgericht wiederum aufgrund der Lebenserfahrung die Kausalität der unterlassenen Aufklärung über Verlustrisiken bei Terminoptionen: „*Es geht um einen hypothetischen Kausalverlauf, für den nach den Erfahrungen des*

²³ Vgl. KÄLIN OLIVER, Entlastung und Exkulpation nach Art. 97 Abs. 1 OR, AJP 2007, 1339 ff., 1340, mit weiteren Hinweisen. Er lässt die Frage offen, ob es sich um eine Vermutung oder eine Beweislastregel handelt.

²⁴ Vgl. BGE 124 III 155 ff., 166: „*Entsprechend den Ausführungen zur Kausalität ist der Kläger schadenersatzmäßig so zu stellen, als ob er sich nicht auf die Optionsgeschäfte mit der Beklagten eingelassen hätte (...). Der Kläger hat deshalb Anspruch auf Ersatz des gesamten Anlagebetrages, wie die Vorinstanz im Ergebnis zu Recht angenommen hat, wozu auch die von der Beklagten verrechneten Kommissionen gehören (...).*“

²⁵ Vgl. BGE 124 III 155 ff., 165; vgl. BGE 132 III 715 ff., 718 f.

²⁶ Vgl. BGE 124 III 155 ff., 165.

²⁷ Vgl. BGE 119 II 456 ff., 460 f.

²⁸ Vgl. BGE 119 II 456 ff., 462 f.

²⁹ BGE 120 II 331 ff., 341.

Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit sprechen muss (...). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben, da nach allgemeiner Lebenserfahrung anzunehmen ist, dass sich der Kläger nicht auf die Spekulationsgeschäfte mit der Beklagten eingelassen hätte, wenn er von ihr ausreichend aufgeklärt worden wäre. Auf eine entsprechende Überlegung hat das Bundesgericht in zwei neueren Entscheiden abgestellt, in denen es einerseits um die Aufklärungspflicht des Arztes aus Vertrag und anderseits um jene der Konzern-Muttergesellschaft aus dem Vertrauen in das Konzernverhalten ging (...).³⁰

4. „Prothèsé totale“, BGE 133 III 121 ff.

Einzig im Arzthaftungsrecht kommt es zu einer Beweislastumkehr. Den Arzt trifft in ständiger Rechtsprechung die Beweislast, dass er richtig aufgeklärt hat oder dass der nicht aufgeklärte Patient in die Behandlung bei richtiger Aufklärung auch eingewilligt hätte.³¹ Die unterschiedliche Behandlung dieses Aufklärungsfehlers lässt sich mit der Widerrechtlichkeit des Eingriffs ohne Aufklärung begründen. Klärt der Arzt nicht über die Risiken des Eingriffs auf, begeht er eine Körperverletzung, verletzt die Persönlichkeit und haftet für alle Folgen, auch wenn er den Eingriff *lege artis* vorgenommen hat.³²

5. „Life Cycle Planning“, BGer 4C.68/2007

Die Bank mahnte einen Anleger nicht ab, obwohl die gewählte Anlagestrategie für seine Bedürfnisse zu riskant war. Bei der Beurteilung der Kausalität ging das Handelsgericht davon aus, dass sich nicht mehr ermitteln lasse, welche Anlagestrategie der Anleger im Fall einer gebotenen Risikowarnung seitens der Bank gewählt hätte. Das Bundesgericht schützte die Erwägungen des Handelsgerichts zur Lebenserfahrung, die allerdings auch *diverse Optionen* des Anlegers aufzeigte: „*Mit der Annahme, der Kläger hätte wegen seines unbestritten hohen Risikowillens auch bei gehöriger Abmahnung durch die Beklagte an seiner unausgewogenen Anlagestrategie festgehalten, sei grösste Zurückhaltung zu üben. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass der Kläger seine kreditfinanzierte Aktienstrategie nicht, zumindest nicht im bisherigen Umfang beibehalten hätte, wenn er an- [WM 2012, 442/443] lässlich der Erstellung des "Life Cycle Plannings" über die Risiken aufgeklärt worden wäre, die einer solchen Strategie mit Bezug auf die Sicherung von Pension und Lebenshaltung immanent seien. Die unterbliebene Abmahnung durch die Beklagte müsse deshalb nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung als Ursache für den geltend gemachten Schaden des Klägers angesehen werden.*“³³

6. Entscheide in anderen Gebieten

Auch die notwendige Kausalität von *Zusicherungen* über Eigenschaften einer Kaufsache (Art. 197 Abs. 1 OR) beurteilt sich nach der Lebenserfahrung. So bejahte das Bundesgericht die Kausalität einer Zusicherung über die Anzahl gefahrener Kilometer und der Bruttogeschossfläche einer gekauften oder gemieteten Wohnung.³⁴ Beim Beweis der subjektiven Wesentlichkeit beim *Grundlagenirrtum* (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) hat sich aufgrund einer Vermutung ein Automatismus herausgebildet, der von der objektiven Wesentlichkeit auf die subjektive Wesentlichkeit schliesst.³⁵ Auch bei der absichtlichen Täuschung (Art. 28 Abs. 1 OR) trifft die Beweislast der Kausalität der Täuschung zum Vertragschluss den Getäuschten. Hat er aber die Täuschungshandlung nachgewiesen, spricht „im allgemei-

³⁰ BGE 124 III 155 ff., 165 f.

³¹ BGE 133 III 121 ff., 129 f., bestätigt in Urteil BGer 4A_485/2009, E. 1.3.

³² Vgl. ABEGGLEIN SANDRO, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft, Diss. Bern 1995, 35 f.

³³ Urteil BGer 4C.68/2007, E. 8.2., vgl. auch E. 8.3, 9.2.; vgl. auch BGE 132 III 715 ff., 722, das die Beweislastumkehr explizit ablehnt.

³⁴ Vgl. Urteil BGer 4A_417/2007, E. 5.5. und 5.6., mit weiteren Hinweisen.

³⁵ Vgl. SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. A., Bern 2009, N 37.25; vgl. KOLLY GILBERT, Der Grundlagenirrtum nach Art. 24 OR: Rechtsprechung des Bundesgerichts, Diss. Fribourg 1978, Zürich 1978, N 149, der aber in N 166 ff. auch diverse Entscheide zitiert, in denen es die subjektive Wesentlichkeit verneint hat.

nen“ eine Vermutung für den Kausalzusammenhang. Wiederum handelt es sich nicht um eine *Beweislastumkehr*, sondern um eine *tatsächliche Vermutung*, die nicht unreflektiert greift.³⁶

In einer *strafrechtlichen Beurteilung* gingen die Gerichte von der Kausalität der Nichtoffenlegung der *besonders hohen Provision* aufgrund der Lebenserfahrung aus, erwähnten aber mehrere Handlungsoptionen des nicht informierten Kunden: „*Im Zusammenhang mit der Kausalität der Täuschung für die Vermögensdisposition nimmt das Obergericht an, nach allgemeiner Lebenserfahrung sei davon auszugehen, dass die Investoren ihre Einzahlungen entweder gar nicht oder zumindest nicht zu den in den einzelnen Verträgen genannten Bedingungen geleistet hätten, wenn sie Kenntnis von den verdeckten Kommissionen, dem Ausmass der verheimlichten Zahlungsströme sowie dem Umstand der Kundenbelastung gehabt hätten (...). Der Schluss des Obergerichts, die Kunden hätten die Geschäfte nicht abgeschlossen, wenn ihnen bewusst gewesen wäre, dass sie dafür mehr bezahlt haben, als ihnen vorgegaukelt wurde, ist jedenfalls nicht unhaltbar. Dass für die Anleger im vorliegenden Fall wie in jedem spekulativen Geschäft die eigenen Gewinnerwartungen im Vordergrund stehen, ändert daran nichts. Dies gilt insbesondere, wenn die Gewinnerwartungen durch verdeckte Zahlungen geschrägt werden. (...). Dasselbe gilt auch für den vom Beschwerdeführer beanstandeten Schluss, die Annahme, dass die A. AG bereit gewesen sei einen derart hohen Anteil ihrer Gewinne abzugeben, ohne sich dafür im Rahmen der Preisgestaltung bei den Kunden schadlos zu halten, sei auch aus allgemeinen Überlegungen lebensfremd (...).*“³⁷

Die fehlende Aufklärung dürfte häufig nicht der einzige ausschlaggebende Faktor für die Anlageentscheidung sein. So verhielt es sich in einem Fall, der zur Nichtaufklärung über Rückvergütungen recht vergleichbar ist. Es ging um den Kauf von SAirGroup-Obligationen. Die notleidende SAirGroup verkündete die Verfügbarkeit eines Milliardenkredits. Die Käufer behaupteten, dass die unrichtige Ankündigung für ihren Kaufentscheid entscheidend gewesen sei. Die Vorinstanz verneinte die natürliche Kausalität, weil für den Kauf ein ganzes Bild von Argumenten gesprochen habe, in dem die Offenlegung von Schwierigkeiten bei der Kreditbeschaffung oder die Unterlassung der Kreditankündigung nur ein Mosaiksteinchen darstelle.³⁸ Die Vermutung greift somit keineswegs unreflektiert ein, sondern nur dann, wenn tatsächlich entsprechende Lebenserfahrungssätze existieren.

7. Lebenserfahrung und Rückvergütung

Der deutsche Bundesgerichtshof bejaht bei nicht offengelegten Rückvergütungen das Vorliegen nur *eines einzigen aufklärungsrichtigen Verhaltens*.³⁹ Dies stellt die Grundlage für die Anwendung der Vermutung mit Beweislastumkehr dar.⁴⁰ Die oben dargelegte Schweizer Rechtsprechung zeigt, dass es nicht zu einer Beweislastumkehr kommt, sondern lediglich zur Beurteilung nach der Lebenserfahrung. Es ist eine tatsächliche Vermutung, die die Möglichkeit zum Gegenbeweis schafft.⁴¹ Dieser Unterschied ist relevant. In Deutschland erklärt sich die Beweislastumkehr aus der Überlegung der Beweis-

³⁶ Vgl. BK-SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar, Band VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, Unterteilband 1b, Art. 23-31 OR, Bern 1995, OR 28 N 171; vgl. CHK-KUT/SCHNYDER (FN 2), OR 28 N 18; vgl. auch Urteil BGer 4A_70/2011, E. 4. zu den ähnlichen Kriterien zur Beurteilung der Gültigkeit eines Gewährleistungsausschlusses bei arglistig verschwiegenen Mängeln.

³⁷ Urteil BGer 6P.144/2005, E. 3.5.

³⁸ Vgl. Urteil BGer 4C.70/2005, E. 3.2.2 ff.; vgl. die ähnlichen Überlegungen in einem Fall zur *culpa in contrahendo* im Urteil BGer 5C.45/2004, E. 2.2.2.

³⁹ Vgl. BGH, Beschluss vom 19. Juli 2011 - XI ZR 191/10, insb. Rz. 33-35 = BeckRS 2011, 10176.

⁴⁰ Zu den verschiedenen Varianten MEDICUS DIETER, Aufklärungsrichtiges Verhalten, in: Lobinger Thomas (Hrsg.), Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, Tübingen 2010, 619 ff., 620-623.

⁴¹ Vgl. CHK-GÖKSU (FN 2), ZGB 8 N 18; das Bundesgericht lässt offen, ob eine Beweislastumkehr passend wäre, vgl. BGE 124 III 155 ff., 166: „*Die deutsche Rechtsprechung, auf die in der schweizerischen Literatur zum Teil Bezug genommen wird, geht vom Grundsatz aus, dass derjenige, der vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt, dafür beweispflichtig ist, dass der Schaden auch eingetreten wäre, wenn er sich pflichtgemäß verhalten hätte (...). Ob eine solche Beweislastverteilung bzw. Beweislastumkehr auch für das schweizerische Recht in Betracht zu ziehen ist (...), braucht hier nicht geprüft zu werden, da keine Umstände festgestellt oder geltend gemacht sind, welche darauf hindeuten würden, dass der Kläger die Geldbeträge der Beklagten auch dann zur Verfügung gestellt hätte, wenn sie ihrer Aufklärungspflicht nachgekommen wäre.*“; vgl. dazu ABEGGLEN (FN 32), 107 ff.

schwierigkeit und dem Schutzzweck der Aufklärungspflicht.⁴² In der Schweiz hilft die tatsächliche Vermutung aufgrund der Lebenserfahrung. Aufgrund der Lebenserfahrung mag man indes nur den klaren Entscheiden zustimmen. Die Nichtaufklärung über die Rückvergütung gehört nicht unbedingt dazu, denn sie ist meist gering und – wie oben beim Fall der SAirGroup-Obligationen⁴³ – nur ein Mosaiksteinchen in der ganzen [WM 2012, 443/444] Entscheidung.⁴⁴ Gut möglich ist, dass der Bankkunde nach richtiger Aufklärung das Geschäft unverändert gewünscht hätte oder lediglich die Auskehr der Provisionen verlangt oder das übrige Honorar des Beauftragten angesichts der Provisionen gekürzt hätte.⁴⁵ Die Lebenserfahrung würde einzig dafür sprechen, die Kausalität der Provision für die *Spesenreiterei* oder bei aussergewöhnlicher Höhe zu begründen.⁴⁶ Denkbar wäre allerdings, dass der Bankkunde bei Aufklärung über die aggregierten Zahlungen – und nicht bloss über die im Einzelfall eingennommene Provision – den Interessenkonflikt der Bank anders einschätzen und die vorgeschlagene Investition nicht tätigen würde. Sprechen gleich gewichtige Erfahrungssätze für und gegen den Anlageentscheid, so haftet der Beauftragte nach Schweizer Recht grundsätzlich nicht, weil er die Beweislast nicht trägt.⁴⁷ In diesem Kontext muss man auch die Folgen beachten. Folge der deutschen Beweislastumkehr ist, dass die Bankkunden über den Schadensersatz *de facto* in den Genuss einer auf die verlustbringenden Geschäfte beschränkten Rückabwicklung kommen. Dieser Druck sorgt für Bewegung in der Bankenwelt. Dies spricht für die harte, abschreckende und deshalb effiziente Erziehungsmaßnahme der Beweislastumkehr zur Steuerung des Verhaltens. Der Verdacht liegt aber nahe, dass insbesondere *reuige Spekulanten* sich auf die Aufklärungspflicht besinnen, mithin die Bank auch noch das Investitionsrisiko tragen muss.⁴⁸

VI. Perte d'une chance?

Die Beweislastumkehr irritiert wegen ihrer Starrheit. Sie hat sicher einen wirkungsvollen Erziehungs-Effekt, berücksichtigt aber nicht, dass bei Rückvergütungen die dazu passenden Lebenserfahrungssätze nicht unbedingt vorliegen und auch dann keine eindeutige Antwort geben.⁴⁹ Die deutsche Beweislastumkehr schiesst damit übers Ziel hinaus. Ebenso irritierend ist die Schweizer Lösung, wenn wegen fehlender Lebenserfahrungssätze ausser der Auskehr – sofern diese überhaupt offen steht – gar keine Sanktion erfolgt. Vielleicht hätte der Bankkunde sogar auf die Auskehr verzichtet. Auch hier sind eine Differenzierung und ein Kompromiss denkbar, in dem man fragt, was dem nicht aufgeklärten Bankkunden wirklich entgeht. Es ist nämlich häufig lediglich die Möglichkeit, es sich anders zu überlegen.

⁴² Vgl. CANARIS CLAUS-WILHELM, Die Vermutung „aufklärungsrichtigen Verhaltens“ und ihre Grundlagen, in: Häuser Franz et al. (Hrsg.), Festschrift für Walter Hadding, Berlin 2004, 3 ff., 5 f.; vgl. BGH, Urteil vom 5. Juli 1973 - VII ZR 12/73 in NJW 1973, 1688 ff., 1689.

⁴³ Vgl. die Angaben in FN 38.

⁴⁴ Vgl. EMMENEGGER (FN 21), 95: „Diesbezüglich könnte man vorbringen, dass angesichts der weiten Verbreitung die Kunden solche Retrozessionszahlungen vermuten und die überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass sie die Geschäftsbeziehung dennoch eingegangen wären bzw. sie nicht beendet hätten. Die höchstrichterliche Antwort auf dieses Argument steht noch aus. Man sollte allerdings im Blick behalten, dass das Bundesgericht sich im Retro-Entscheid dezidiert dagegen ausgesprochen hat, aus der allgemeinen Verbreitung der Einbehaltung von Retrozessionen einen Ortsgebrauch abzuleiten und so dieser verpönten Praxis das Legitimitätsiegel zu verleihen. Es ist daher zu vermuten, dass es auch im vorliegenden Kontext solchen Argumenten mit Skepsis begegnet.“; die Relevanz auch kleiner Zahlungen bejahend OLG Köln, Urteil vom 20. Februar 2002, WM 2003, 338 ff., 340 f. und BGH, Hinweisbeschluss vom 9. März 2011, XI ZR 191/10 = BeckRS 2011, 10176, Rz. 34; vgl. zur Beweislastumkehr bei nicht offengelegten Rückvergütungen besonders kritisch MEDICUS (FN 40), FS Picker, 625 f.

⁴⁵ Vgl. Urteil BGer 6P.144/2005, E. 3.5. (wörtliches Zitat ob FN 37); zu allen denkbaren Alternativen des Bankkunden und deren Wahrscheinlichkeit vgl. CASPER MATTHIAS, Aufklärung über Rückvergütungen: Zwischen Rechtsfortbildung und Verbotsirrtum, ZIP 2009, 2409 ff., 2416 f.

⁴⁶ In diesem Fall hätte der Bankkunde rechtzeitig die Auskehr verlangt, was den Anreiz zur Spesenreiterei nimmt; vgl. zur Einschränkung der Kausalität auf besonders hohe Rückvergütungen CASPER (FN 45), ZIP 2009, 2417.

⁴⁷ Vgl. CANARIS (FN 42), 10 zu den Unterschieden zwischen Beweislastumkehr und Anscheinsbeweis.

⁴⁸ Vgl. MEDICUS (FN 40), FS Picker, 626; vgl. CANARIS (FN 42), 19; vgl. CASPER (FN 45), ZIP 2009, 2417.

⁴⁹ Dazu eingehend CASPER (FN 45), ZIP 2009, 2416 f.

Der überlegenswerte französische Ansatz der *perte d'une chance* (Verlust einer Möglichkeit) findet in solchen Fällen ein ideales Anwendungsfeld. Wer sich bei richtiger Aufklärung mit einer Wahrscheinlichkeit von 55% gegen die schadensverursachende Variante entschieden hätte, bekommt auch nur Schadensersatz zu 55%. Die Möglichkeit, es sich anderes zu überlegen, ist mit anderen Worten 55% des Schadens wert. Die fehlende Aufklärung verhält sich mit absoluter Sicherheit kausal zum Verlust dieser Möglichkeit.⁵⁰ Das Bundesgericht lehnt diesen Ansatz explizit ab, praktiziert ihn aber unter anderem Titel, während kantonale Gerichte ihn schon gewinnbringend eingesetzt haben.⁵¹ Die gesetzliche Grundlage zur Berücksichtigung der Theorie der *perte d'une chance* dürfte in vielen Fällen in der Möglichkeit liegen, einen ziffernmässig nicht nachweisbaren Schaden zu schätzen (Art. 42 Abs. 2 OR)⁵² oder ein Mitverschulden der nicht aufgeklärten Person zu berücksichtigen (Art. 44 Abs. 1 OR).⁵³ Die Lösungen in der Schweiz und in Deutschland sind gar nicht so weit von diesem Ergebnis entfernt – die deutsche Rechtsprechung bewertet diese Chance derzeit mit 100%, indem sie eine Beweislastumkehr vorsieht. Die Schweizer Rechtsprechung misst der verlorenen Chance *keinen Wert* bei, indem sie die Beweislast bei der nicht aufgeklärten Person belässt und auch keine entsprechenden Lebenserfahrungssätze kennt. Angesichts dieser Extreme ist Platz für eine differenzierende und wertende Schätzung des Werts dieser Chance – im Wissen, dass eine Aufklärungspflicht, ein Interessenkonflikt, ein Verschulden und Beweisprobleme bestehen, aber auch unter Berücksichtigung, dass die Offenlegung der Provision möglicherweise am Anlageentscheid nichts geändert hätte.

VII. Fazit

Somit verbleiben vier mögliche Reaktionen der Rechtsprechung auf die fehlende Offenlegung der Rückvergütungen: Bejaht man *erstens* wie in Deutschland die Beweislastumkehr, erhält der Bankkunde undifferenziert Schadensersatz, auch wenn er diesen nur als reuiger Spekulant begehrt. Die Schweizer Lösung ohne Beweislastumkehr führt de facto *zweitens* dazu, dass nur die Auskehr offen steht, was auch nicht uneingeschränkt der Fall ist. Keine der Lösungen wird der Interessenlage wirklich gerecht. Eine Differenzierung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit kommt deshalb *drittens* als vermittelnde Lösung in Frage. Die Theorie der *perte d'une chance* erweist sich für diese Zwecke als ideal. Ohne diese ist die Beweislastumkehr oder *viertens* die Vermutung unter Bejahung entsprechender Lebenserfahrungssätze notwendig, weil verletzte Aufklärungspflichten sonst de facto ohne Sanktion bleiben.

⁵⁰ Vgl. MÜLLER CHRISTOPH, La perte d'une chance, Diss. Neuenburg 2002 = Etudes de droit suisse. Nouvelle série; Heft 666, Bern 2002, N 339 ff. („*vraie théorie*“); vgl. BK-BREHM ROLAND, Band VI, 1. Abteilung, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Art. 41-61 OR, 3. A. Bern 2006, OR 42 N 56a.

⁵¹ Vgl. Urteil BGer 4A_61/2007, E. 4.2; vgl. ZR 88 (1989) Nr. 66, 209 ff. (Kausalität schon mit 60% bejaht, aber den Schadensersatzanspruch gekürzt); vgl. LANDOLT HARDY, Perte d'une chance - verlorene oder vertane Chance? HAVE 2008, 68 ff., der auf S. 70 f. korrekt darauf hinweist, dass der vom Bundesgericht anerkannte immaterielle Schaden wegen vereitelter Heiratsaussichten und der Erschwerungsschaden nichts anderes als Anwendungen der *perte d'une chance* darstellen (vgl. Urteil BGer 4C.234/2006, E. 4.3.); vgl. auch die weiteren Beispiele bei MÜLLER (FN 50), N 356.

⁵² Vgl. die Situation im Urteil BGer 4C.68/2007, B, mit Reduktion gestützt auf Art. 44 Abs. 1 OR in E. 12; vgl. MÜLLER (FN 50), N 353 und BK-BREHM (FN 50), OR 42 N 56a.

⁵³ Vgl. LANDOLT (FN 51), HAVE 2008, 71.