

---

**Wolfgang Wiegand**  
Professor für Privatrecht, Privatrechtsgeschichte,  
Bank- und Wirtschaftsrecht an der Universität Bern

## **Rechtsprechungschronik 2000/2001**

Sonderdruck aus

**Aktuelle Rechtsprobleme  
des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz  
Band 10/2001**

Herausgegeben von  
Professor Dr. Peter Nobel

Nicht im Handel



**Stämpfli Verlag AG Bern • 2002**

# Rechtsprechungschronik 2000/2001<sup>1</sup>

VON PROF. WOLFGANG WIEGAND

## Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung .....	165
2. Übernahmerecht .....	166
2.1 TF 2A.394/2000 vom 2. Juli 2001 (Fall Baumgartner) .....	166
2.2 Empfehlung der Schweizerischen Übernahmekommission vom 7. November 2001 in Sachen Crossair. ....	168
3. Entscheide zur Schweizer Amtshilfe .....	169
BGE 127 II 323 vom 3. September 2001 .....	169
BGer 2A.162/2001 vom 10. Juli 2001 .....	169
ATF 127 II 142 vom 9. März 2001 .....	169
BGer 2A.351/2000 vom 5. April 2001 .....	169
BGer 2A.350/2000 vom 9. März 2001 .....	169
BGE 126 II 409 2. Oktober 2000 .....	169
4. BGer 5A.9/2000 vom 22. März 2001 (Staatshaftung) .....	172
5. TF 4C.387/2000 vom 15. März 2001 (Vermögensverwaltung) .....	173
6. ATF 126 III 189 vom 1. Februar 2000 (Darlehen) .....	174
7. TF 4C.234/1999 vom 12. Januar 2000 (Tod des Kontoinhabers) .....	175
8. BGer 5C.172/2000 vom 1. November 2000 (Faustpfand) .....	175
9. BGer 4C.172/2000 vom 28. März 2001 (Anweisung) .....	177
10. Landgericht Augsburg Az. 3 O 4995/00 vom 24. September 2001 (Ad hoc-Publizität) .....	178

## 1. Einleitung

Das Schwergewicht derjenigen Entscheide, die in einem weiteren Sinne als bankrechtlich zu qualifizieren sind, lag im Berichtszeitraum eindeutig in den Bereichen, die man traditionellerweise dem öffentlichen Recht zurechnet. Besonders zahlreich sind die Urteile, die die Amtshilfe betreffen, wobei das Bundesgericht spürbar um eine Ausbalancierung bemüht ist. Von grundsätzlicher Bedeutung ist das erste Urteil zur Anwendung des Übernahmerechts im Fall Baumgartner, der inzwischen wohl Rechtsgeschichte gemacht haben dürfte. Dagegen bewegen sich die privatrechtlichen Urteile eher im üblichen Rahmen. Allein dem Entscheid über den Einwendungsdurchgriff bei einer Anweisung kommt grundsätzliche Bedeutung zu. Von gewisser Relevanz für die Schweiz ist schliesslich das am Ende erwähnte Urteil des Landgerichts Augsburg, in dem erstmals in Deutschland eine Schadenersatzpflicht im Zusammenhang mit den Vorschriften über die Ad hoc-Publizität bejaht wurde.

<sup>1</sup> Bei der Vorbereitung des Vortrags und bei dessen Ausarbeitung hat lic. iur. Corinne Gutknecht, Assistentin am Institut für Bankrecht, einen wesentlichen Beitrag geleistet.

## 2. Übernahmerecht

### 2.1 TF 2A.394/2000 vom 2. Juli 2001 (Fall Baumgartner)

Der Versuch amerikanischer Investoren («Groupe Edelman»), die Baumgartner SA zu übernehmen, hat alle Chancen in die Rechtsgeschichte einzugehen; denn einerseits gehört er zu den variantenreichsten Übernahmemanövern (es ist mit dem hier angezeigten Urteil noch nicht zu Ende gekommen)<sup>2</sup>, zum anderen ist ebendieses Urteil, das erste, in dem das Bundesgericht sich zu der in Art. 32 BEHG<sup>3</sup> statuierten «Pflicht zur Unterbreitung eines Angebots» und deren Konkretisierung in der dazu ergangenen Verordnung der EBK<sup>4</sup> geäußert hat.

Die Groupe Edelman hatte 27% der Aktien der Baumgartner S.A. erworben, ihr war jedoch die Eintragung ins Aktienbuch verweigert worden. Die Groupe Edelman, die im Begriff war die 33<sup>1</sup>/<sub>3</sub>-Quote zu überschreiten, beantragte deshalb eine Befreiung von der Angebotspflicht nach Art. 32 BEHG.

<sup>2</sup> Vgl. zu der weiteren Entwicklung NZZ vom 8.6.01, 16.11.01 und 20.12.01, sowie zum letzten Angebot NZZ vom 22.5.02.

<sup>3</sup> Art. 32 BEHG (BG vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel, Börsengesetz, SR 954.1) bestimmt in Abs. 1 und 2 von Art. 32:

#### **Art. 32 Pflicht zur Unterbreitung des Angebots**

<sup>1</sup> Wer direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Beteiligungspapiere erwirbt und damit zusammen mit den Papieren, die er bereits besitzt, den Grenzwert von 33<sup>1</sup>/<sub>3</sub> Prozent der Stimmrechte einer Zielgesellschaft, ob ausübbar oder nicht, überschreitet, muss ein Angebot unterbreiten für alle kotierten Beteiligungspapiere der Gesellschaft. Die Zielgesellschaften können in ihren Statuten den Grenzwert bis auf 49 Prozent der Stimmrechte anheben.

<sup>2</sup> Die Aufsichtsbehörde kann in berechtigten Fällen Ausnahmen von der Angebotspflicht gewähren, namentlich:

- bei der Übertragung von Stimmrechten innerhalb einer vertraglich oder auf eine andere Weise organisierten Gruppe. Die Gruppe untersteht in diesem Fall der Angebotspflicht nur als Gruppe;
- wenn die Überschreitung aus einer Verringerung der Gesamtzahl der Stimmrechte der Gesellschaft resultiert;
- bei nur vorübergehender Überschreitung des Grenzwertes;
- bei unentgeltlichem Bezug oder bei vorzugsweiser Zeichnung im Rahmen einer Kapitalerhöhung;
- bei Erwerb zu Sanierungszwecken.

<sup>4</sup> BEHV-EBK Börsen und Effektenhandelsverordnung der EBK vom 5. Juni 1997 SR 954.193. Massgeblich sind hier die Art. 32–34:

#### **Art. 32 Pflichtangebot und Bedingungen (Art. 32 Abs. 1, 3 und 6 BEHG)**

<sup>1</sup> ...

<sup>2</sup> Das Pflichtangebot darf ausser aus wichtigen Gründen nicht an Bedingungen geknüpft werden; wichtige Gründe liegen insbesondere vor, wenn:

- ...;
- die zu erwerbenden Beteiligungspapiere kein Stimmrecht verschaffen; oder
- ...

#### **Art. 33 Allgemeine Ausnahmen (Art. 32 Abs. 2, 3 und 6 BEHG)**

<sup>1</sup> Die Angebotspflicht entfällt, wenn:

- der Grenzwert im Rahmen einer Sanierung infolge einer zur Verrechnung eines Verlustes durchgeführten Kapitalherabsetzung und umgehenden Kapitalerhöhung überschritten wird;

Die Übernahmekommission [UEK] sowie – nach Beschwerde der Baumgartner S.A. – die EBK hatten dem Antrag entsprochen und der Groupe Edelman eine Ausnahme von der Pflicht gewährt, den Aktionären der Baumgartner AG ein öffentliches Kaufangebot zu unterbreiten. Dies jedenfalls solange, als der Investorengruppe die Stimmübung nicht möglich sei, weil ihr der Eintrag ins Aktienbuch, gestützt auf Art. 9 der Statuten der Baumgartner AG, für Beteiligungen über 3% verweigert werde.

Das Bundesgericht war der Auffassung, dass die Voraussetzungen für eine solche Ausnahme nicht gegeben waren und hob deshalb die Entscheide der Vorinstanzen auf:

1. Zunächst legt das Bundesgericht eingehend die Entstehungsgeschichte und den Zweck der in Art. 32 BEHG statuierten Angebotspflicht dar und setzt sich dann sowohl mit dem Text der von der EBK selbst erlassenen, die Bestimmung des BEHG konkretisierenden Verordnung als auch deren Anwendung im zu beurteilenden Fall auseinander. Dabei sind folgende Argumente wesentlich:

a) *Art. 32 Abs. 2 lit. b BEHV-EBK bildet keine Rechtsgrundlage für Ausnahmen von der Angebotspflicht. Die Vorschrift enthält nur Vorgaben für die Ausgestaltung eines öffentlichen – bedingten – Kaufangebotes (Art. 32 Abs. 2 lit. b Satz 1 BEHV-EBK). Infolgedessen konnte das Bundesgericht wie schon die Vorinstanz die Frage offen lassen, ob Art. 32 Abs. 2 lit. b BEHV-EBK mit Art. 32 Abs. 1 BEHG oder Art. 685d OR vereinbar wäre.*

b) Weiter wurde der Tatbestand von *Art. 34 Abs. 2 lit. a BEHV-EBK als nicht hinreichend nachgewiesen angesehen. Zwar hatten sich die Vorinstanzen nicht direkt auf diese Bestimmung gestützt, sondern eine Situation «analog» jener in Art. 34 Abs. 2 lit. a BEHV-EBK angenommen. Diese Norm lässt eine Ausnahme von der Angebotspflicht zu, wenn der Erwerber die Zielgesellschaft nicht kontrollieren kann, weil eine andere Person oder eine Gruppe*

b. Banken oder Effektenhändler alleine oder als Syndikat im Rahmen einer Emission Beteiligungspapiere fest übernehmen und sich verpflichten, die den Grenzwert übersteigende Anzahl von Beteiligungspapieren innerhalb von drei Monaten ab Überschreitung des Grenzwertes wieder zu veräußern, und die Veräußerung innert dieser Frist auch tatsächlich erfolgt. Die Bankenkommission kann die Frist auf Antrag in begründeten Fällen verlängern.

2 ...

3 ...

#### **Art. 34 Besondere Ausnahmen (Art. 32 Abs. 2 und 6 BEHG)**

<sup>1</sup> In den Fällen nach Artikel 32 Absatz 2 des Gesetzes sowie in weiteren berechtigten Fällen kann ein angebotspflichtiger Erwerber aus wichtigen Gründen von der Pflicht zur Unterbreitung eines Angebots befreit werden.

<sup>2</sup> Als weitere berechnete Fälle nach Artikel 32 Absatz 2 des Gesetzes können insbesondere auch die Fälle gelten, in denen:

a. der Erwerber die Zielgesellschaft nicht kontrollieren kann, weil eine andere Person oder eine Gruppe über einen höheren Stimmenanteil verfügt;

b. ein Mitglied einer organisierten Gruppe nach Artikel 32 Absatz 2 Buchstabe a des Gesetzes auch einzeln den Grenzwert überschreitet; oder

c. ...

3 ...

4 ...

über einen höheren Stimmenanteil verfügt. In casu konnte aber nicht dargelegt werden, dass eine effektive Kontrolle der Unternehmung trotz Überschreitung der 33<sup>1/3</sup>-Quote nicht möglich sei, weil eine weitere Partei eine noch höhere Beteiligung besitzt. Wie sich die effektiven Beziehungen unter den einzelnen Aktionären gestalteten bzw. inwiefern zwei von drei angeblich vorherrschenden Gruppen tatsächlich der Baumgartner AG nahe stehende Aktionäre vereinigten und damit eine Kontrolle durch die Investorengruppe hätten verhindern können, blieb offen. Infolgedessen konnte auch offen bleiben, ob eine analoge Anwendung von Art. 34 Abs. 2 lit. a BEHV-EBK überhaupt möglich wäre.

- c) Schliesslich wurde auch die weitere Begründung der Vorinstanz abgelehnt, wonach eine Ausnahme gerechtfertigt sei, solange nicht die Gesamtheit der Stimmrechte ausgeübt werden könne; das solle sich *generell* aus dem gesamten Regelwerk der Art. 32 Abs. 2 und 34 BEHV-EBK ergeben. Nach Auffassung des Bundesgerichts widerspricht eine solche Ausnahme nicht nur dem Sinn und Zweck von Art. 32 Abs. 1 BEHG, welcher berücksichtigt, dass trotz Vinkulierung gewisse Quoren nicht mehr erreicht werden können, wenn ein wesentlicher Teil der Stimmrechte nicht ausgeübt wird, sondern verletzt insbesondere auch den ausdrücklichen Wortlaut dieser Norm.
2. Von grundsätzlicher Bedeutung ist auch die vom Bundesgericht in einem (offenbar gezielt zu diesem Zweck angelegten) Exkurs enthaltene Feststellung, dass der EBK, auch wenn sie in Übernahmefragen eine Entscheidungskompetenz habe, keine Kompetenz zur Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung zukomme.

## 2.2 Empfehlung der Schweizerischen Übernahmekommission vom 7. November 2001 in Sachen Crossair<sup>5</sup>

Ungeachtet der soeben dargelegten, zu Recht restriktiven Auslegung von Art. 32 Abs. 2 BEHG durch das Bundesgericht hat die Übernahmekommission im Fall Crossair/Swissair wiederum zwei Ausnahmen gewährt:

1. Die Ausgangslage ist bekannt: Wegen der prekären Finanzlage der SAirGroup schloss die SAirLines mit den Banken UBS AG (UBS) und Credit Suisse Group (CSG) am 2. Oktober 2001 einen Kaufvertrag über Crossair-Namenaktien ab, wodurch die UBS 35,88% und die CSG 34,47% der Stimmrechte der Crossair erwarben. Der Vertrag wurde Zug-um-Zug vollzogen, wobei die Namenaktien zwei Treuhändern zu Gesamteigentum übertragen wurden und der Kaufpreis an die SAirLines bezahlt wurde. Es wurden daraufhin zwei Gesuche auf Gewährung einer Ausnahme gemäss Art. 32 BEHG/32–34 BEHV-EBK bei der UEK eingereicht.
2. Das Gesuch der Treuhänder, es sei ihnen eine Ausnahme von der Angebotspflicht gegenüber den Namenaktionären und den Genussscheininhabern der Crossair zu gewähren, hiess die Übernahmekommission gut, gestützt auf Art. 32

<sup>5</sup> Vgl. auch [www.jusletter.ch](http://www.jusletter.ch): Jurius, Kein öffentliches Kaufangebot an Crossair-Aktionäre, in: Jusletter 12. Nov. 2001.

Abs. 1 lit. c BEHG, zeitlich begrenzt bis zum 31. Dezember 2001 und unter der Bedingung, dass die Treuhänder die Stimmrechte an der Generalversammlung vom 6. Dezember 2001 nicht ausüben werden. Begründet wurde der Entscheid damit, dass der treuhänderische Erwerb nicht auf die strategische Einflussnahme auf die Gesellschaft ausgerichtet sei, sondern auf das zwischenzeitliche Halten der Titel für UBS und CSG bis zur Bewilligung der Wettbewerbskommission – dies obwohl wie im zuvor besprochenen Entscheid [TF 2A.394/2000] vom Bundesgericht ausdrücklich dargelegt, bereits ein Nichtausüben der Stimmrechte massgeblichen Einfluss auf eine Gesellschaft haben kann. In der Sache ist der Entscheid dennoch zutreffend, wenn es sich nicht um eine auf Dauer angelegte treuhänderische Verwaltung handelt.

3. Das Gesuch der Grossbanken, um eine Ausnahme von der Angebotspflicht, erfüllte hingegen den gesetzlichen Tatbestand von Art. 32 Abs. 2 lit. c BEHG schon deshalb nicht, weil diese während der – zeitlich zwar befristeten – Grenzwertüberschreitung durch ihre Unterstützung einer Kapitalerhöhung am 6. Dezember 2001 massgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft zu nehmen beabsichtigten (was dann ja auch geschehen ist). Dem Gesuch wurde denn auch nicht durch eine extensive Auslegung dieser Ausnahmemöglichkeiten entsprochen, sondern unter Anwendung von Art. 32 Abs. 2 lit. e BEHG. Dazu musste freilich das Tatbestandsmerkmal des Sanierungsbedarfs geschaffen werden. Das geschah durch die Erklärung des Verwaltungsrates der Crossair, der bestätigt, dass die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Übernahme durch die Gesuchsteller sanierungsbedürftig im Sinne von Art. 32 Abs. 2 lit. e BEHG und die ergriffenen Massnahmen geeignet gewesen seien, den Fortbestand der Gesellschaft zu sichern. Dies wurde von der Übernahmekommission akzeptiert. Unter den Auflagen, das unterbreitete Sanierungskonzept umzusetzen, die Grenzwertüberschreitung bis zum 28. Februar 2002 zu begrenzen, die Übernahmekommission über Änderungen zu informieren und die erwähnte Erklärung des Verwaltungsrates zu veröffentlichen, wurde den Banken schliesslich eine Ausnahme gemäss Art. 32 Abs. 2 lit. e BEHG gewährt. Der Entscheid hinterlässt ein ungutes Gefühl; denn für das Publikum kam die Sanierungsbedürftigkeit der Crossair angesichts der vorherigen veröffentlichten Erklärungen aller Beteiligten überraschend. Es ist deshalb zu bedauern, dass der gegen die Entscheidung der Übernahmekommission eingereichte Rekurs zurückgezogen wurde und die EBK darüber nicht mehr entscheiden konnte (oder musste?).

### **3. Entscheide zur Schweizer Amtshilfe**

Aus der Vielzahl von Urteilen zur Schweizer Amtshilfe sind aus den Entscheiden

- BGE 127 II 323 vom 3. September 2001
- BGer 2A.162/2001 vom 10. Juli 2001
- ATF 127 II 142 vom 9. März 2001
- BGer 2A.351/2000 vom 5. April 2001
- BGer 2A.350/2000 vom 9. März 2001 und
- BGE 126 II 409 2. Oktober 2000

einige Elemente besonders hervorzuheben:

1. Teils sehr ausführlich behandelt das Bundesgericht die **Amtshilfeignung** der jeweiligen **ausländischen Behörde** bzw. die Frage, ob die EBK in casu Amtshilfe leisten dürfte<sup>6</sup>. Verlangt wird, dass die EBK die Kontrolle über die herausgegebenen Informationen behält («Prinzip der langen Hand», Art. 38 Abs. 2 lit. c Satz 1 BEHG)<sup>7</sup> und ihre dem Aufsichtszweck entsprechende Verwendung (permitted use) im Ausland wirksam sicherstellt («Spezialitätsprinzip», Art. 38 Abs. 2 lit. a BEHG)<sup>8</sup>.

Die Amtshilfeignung der Behörde im Sinne von Art. 38 Abs. 2 BEHG wird jeweils nur bejaht, sofern eine Überprüfung der *Rechtsstellung der Behörde nach ausländischem Recht* ergibt, dass es sich dabei um eine Behörde handelt, welche mit im öffentlichen Interesse liegenden Aufsichtsaufgaben betraut<sup>9</sup> und zudem an das Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden ist (Art. 38 Abs. 2 lit. b BEHG). Weiter muss sich diese durch eine «best efforts»-Erklärung verpflichten, im Falle einer Weiterleitung von Informationen an andere Behörden alles vorzukehren, damit das Prinzip der langen Hand gewahrt bleibt. Solange der ersuchende Staat diesen Grundsatz tatsächlich beachtet und kein Anhaltspunkt dafür besteht, dass er dies im konkreten Fall nicht tun wird, steht der Gewährung von Amtshilfe nichts entgegen.

2. Ist diese Behörde allenfalls verpflichtet, die übermittelten Informationen an die Strafverfolgungsbehörden weiterzuleiten, will das Bundesgericht die Gewährung der Amtshilfe dennoch nicht grundsätzlich ausschliessen. Da die EBK nach schweizerischem Recht einer ähnlichen Regel unterliegt (Art. 35 Abs. 6 BEHG)<sup>10</sup>, käme es einem Wertungswiderspruch gleich, landesintern eine Anzeigepflicht – mit der damit verbundenen Befreiung vom Amtsgeheimnis – für die EBK vorzusehen, die Gewährung der Amtshilfe ins Ausland aber davon abhängig machen zu wollen, dass die nachsuchende Aufsichtsbehörde ihrerseits gerade keiner solchen Verpflichtung unterliegt<sup>11</sup>.
3. Die Beurteilung der Frage, ob die verlangten Auskünfte für das ausländische Verfahren notwendig oder bloss nützlich sind (**Umfang der Informationen**), ist grundsätzlich dem Ermessen des ersuchenden Staates überlassen. Da sich die verschiedenen Transaktionen äusserlich nicht in verdächtige und unverdächtige aufteilen lassen, ist im Zweifel das Verlangte zu übermitteln. Der ersuchte Staat resp. die EBK muss einzig prüfen, ob genügend Indizien für mögliche Marktverzerrungen vorliegen, um das Amtshilfeersuchen zu rechtfertigen<sup>12</sup>. Eine Ablehnung ist nur möglich bei so genannten «fishing expeditions», wenn die ersuchten Handlungen in keinem Zusammenhang mit allfälligen Störungen des Marktgeschehens stehen und offensichtlich ungeeignet sind, die Untersuchung zu för-

<sup>6</sup> BGer 2A.162/2001 E. 3; ATF 127 II 142 E. 4 S. 145; BGer 2A.350/2000 E. 3; BGE 126 II 409 E. 4.

<sup>7</sup> BGE 127 II 323 E. 2; BGer 2A.162/2001 E. 2; ATF 127 II 142 E. 6b = Pra 2001 Nr. 127; BGer 2A.350/2000; BGE 126 II 409 E. 6b/bb S. 417.

<sup>8</sup> BGE 127 II 323 E. 2; BGer 2A.162/2001 E. 2; BGer 2A.350/2000 E. 2.

<sup>9</sup> Ausführlich BGer 2A.162/2001 E. 3.

<sup>10</sup> BGE 127 II 142 E. 6c S. 148; 126 II 409 E. 4b/aa S. 412 f., bestätigt in BGE 127 II 323; BGer 2A.162/2001; BGer 2A.350/2000.

<sup>11</sup> BGE 126 II 409 E. 4b/aa S. 41, mit Hinweisen.

<sup>12</sup> BGE 127 II 142 E. 5a.

dem, sodass das Ersuchen als Vorwand für reine Beweisaufsuchung erscheint<sup>13</sup>.

4.a. In der *Regel* schreibt die Rechtsprechung hinsichtlich der Bewilligung zur Weiterleitung der in Amtshilfe gelieferten Informationen an die Strafverfolgungsbehörden ein **zweistufiges Verfahren** vor<sup>14</sup>: Es ist in einer *ersten Phase* grundsätzlich Sache der ersuchenden ausländischen Aufsichtsbehörde abzuklären, ob aufsichtsrechtlich relevante Bestimmungen verletzt worden sein könnten und ob allenfalls Anlass besteht, die Strafbehörden zu informieren<sup>15</sup>. In diesem Fall kann bzw. muss sie die EBK diesbezüglich um ihre Zustimmung zur Weiterleitung angehen. Die Weiterreichung an Strafbehörden ist untersagt, soweit die Rechtshilfe in Strafsachen ausgeschlossen wäre. Die EBK entscheidet hierüber in einer *zweiten Phase* im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Justiz (Art. 38 Abs. 2 lit. c Sätze 2 und 3 BEHG i.V.m. Art. 7 Abs. 6a der Änderung vom 28. Juni 2000 der Organisationsverordnung für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement; AS 2000 1850).

4.b. *Ausnahmsweise* wird jedoch die so genannte **spontane Amtshilfe**<sup>16</sup> zugelassen: Sind die aufsichtsrechtlichen Ermittlungen im Empfängerstaat bereits bei Einreichung des Amtshilfegesuchs genügend fortgeschritten und zeichnet sich gestützt darauf schon in diesem Zeitpunkt eine allfällige Notwendigkeit der Weiterleitung an einen Zweitempfänger ab, kann die EBK ihre Zustimmung hierzu (soweit die materiellen Voraussetzungen der internationalen Rechtshilfe grundsätzlich gewahrt und die für die Weiterleitung erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind) direkt und sofort, d.h. bereits unmittelbar im Amtshilfeentscheid selber erteilen – auch ohne ausdrückliches Gesuch der ausländischen Behörde, aber immer im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Justiz<sup>17</sup>. Die Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz ist dabei den Betroffenen künftig offen zu legen<sup>18</sup>. Bei diesem Vorgehen sind indessen höhere Anforderungen an die für die Weiterleitung erforderlichen Voraussetzungen zu stellen als bei der «gewöhnlichen» Amtshilfe. Neben auffälligen Börsengeschäften und Kursvariationen in einem verdächtigen Zeitraum bedarf es zusätzlicher Elemente, die strafrechtlich relevante Vorgänge als wahrscheinlich erscheinen lassen. Fehlen solche, muss die EBK (vorerst) von der spontanen Amtshilfe absehen.

5. Erstmals wurde in BGE 127 II 323 die Frage entschieden, **welcher Natur die Angaben** über einen **selbstständigen Vermögensverwalter** sind, der im Namen des Bankkunden dessen Portefeuille frei bewirtschaftet. Im Sinne der Doktrin wurden entsprechende Informationen als kundenbezogen behandelt und ein schutzwürdiges Interesse an einem förmlichen Übermittlungsverfahren wurde bejaht (E. 3b).

6. Damit ein **Bankkunde als unbeteiligter Dritter** im Sinne von Art. 38 Abs. 3 BEHG gelten kann, verlangt das Bundesgericht, dass für die EBK aus den Bankunterlagen ersichtlich werden muss, wer die Investitionsentscheide trifft

<sup>13</sup> BGE 127 II 142 E. 5a; 2A.350/2000 E. 3b/aa; 126 II 409 E.5; 2A.353/2000 E. 3b/aa.

<sup>14</sup> BGE 126 II 162/2001 E. 5b; 2A.350/2000 I E. 4a/aa; BGE 126 II 409 ff.

<sup>15</sup> BGE 126 II 409 E. 5b/aa mit Hinweisen und 6b/cc.

<sup>16</sup> Vgl. im Übrigen zur «spontanen» Amtshilfe: BGE 126 II 409 E. 6c/aa mit Hinweisen.

<sup>17</sup> ATF 127 II 142 E. 8c; BGE 126 II 409 E. 6h/cc.

<sup>18</sup> 2A.162/2001 E. 5a/bb; BGE 127 II 142 E. 3d.

und hierfür die amtsihlferechtliche Verantwortung trägt. Schafft der Bankkunde keine klaren Verhältnisse, hat er die sich hieraus ergebenden Folgen zu tragen<sup>19</sup>. Eine Weiterleitung von kundenbezogenen Daten kann jedoch unzulässig sein, wenn ein klarer und unzweideutiger (schriftlicher) Vermögensverwaltungsaufrag belegt, dass der Kunde, über dessen Konto die verdächtigen Transaktionen abgewickelt wurden, die Verantwortung hierfür abgegeben hat und keine anderen Umstände darauf hinwiesen, dass er in irgendeiner Form dennoch an den umstrittenen Geschäften selber beteiligt gewesen sein könnte<sup>20</sup>.

**Zusammenfassend** lässt sich sagen, dass das Bundesgericht in einer ersten Phase die EBK in ihrer grosszügigen Gewährung der Amtshilfe geschützt hat, während es in den letzten Entscheiden, insbesondere bezüglich der Weiterleitung an Strafbehörden, zu einer restriktiveren Handhabung übergegangen ist. Für die Zukunft obliegt es den Behörden, im Interesse des Finanzplatzes Schweiz, in dieser Sache (unter Beachtung des Bankgeheimnisses) einen gangbaren Weg zu finden, ohne durch eine allzu starke Einschränkung der Rechtshilfefähigkeit die Integration der Schweiz in die internationalen Wertpapiermärkte aufs Spiel zu setzen.

#### 4. BGer 5A.9/2000 vom 22. März 2001 (Staatshaftung)

Im Fall der am 12. Juni 1995 Konkurs gegangenen Häberle Invest & Treuhand AG (HIT AG) mit Sitz in Luzern hatten Gläubiger nach Renditeversprechungen von 10–12% Zins rund 43 Mio. CHF in die HIT AG investiert und in der Folge bis auf eine Konkursdividende von 2% verloren. Durch Klagen auf Schadenersatz aus Staatshaftung wegen Verletzung ihrer Aufsichtspflichten durch die EBK im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VG<sup>21</sup> versuchten sie schliesslich, einen Teil ihrer Ausfälle wiederzuerlangen.

1. Die EBK hatte im August 1993 erstmals von der HIT AG die Einreichung von Unterlagen verlangt, für welche sie sich im September schliesslich auch bedankt hatte. Diese Unterlagen, wie auch das Protokoll einer Sitzung mit dem Verwaltungsrat der HIT AG im November 1993, sind bei der EBK nicht mehr auffindbar.
  - a) Die Beschwerdeführer gingen davon aus, dass die HIT AG bereits aufgrund ihres Prospektes von der EBK dem Bankengesetz hätte unterstellt und liquidiert werden müssen. Gestützt auf die erhaltenen Auskünfte und die Besprechung vom November 1993 habe die EBK zusätzliche Kenntnisse über das Geschäftsgebahren der HIT AG erworben. Sie habe insbesondere um eine erhebliche Gefährdung der Anlegerinteressen gewusst. Mit ihrer Untätigkeit und der nicht korrekten Aktenführung habe die EBK zum Schutze der Bankgläubiger bestehende Normen verletzt. Damit sei die Widerrechtlichkeit nach Art. 3 Abs. 1 VG gegeben und der geltend gemachte Schaden von rund 20 Mio. CHF deshalb (seit Januar 1994) entstanden, weil die EBK bis Ende 1993 nicht reagiert habe.

<sup>19</sup> BGer 2A.350/2000 E. 3c.

<sup>20</sup> BGer 2A.351/2000 E. 3c/aa.

<sup>21</sup> Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten, Verantwortlichkeitsgesetz: SR 170.32.

- b) Das Bundesgericht verneinte ebendiesen Kausalzusammenhang und liess daher auch offen, ob die Aufsichtspflichten der EBK Drittschutzpflichten seien, deren Vernachlässigung eine Widerrechtlichkeit nach sich ziehen würde.
2. Für die Praxis von Bedeutung ist die Prüfung der Kausalität, welche das Bundesgericht in casu vornahm, insbesondere für zukünftige Fälle im Zusammenhang mit fehlerhaften oder unterlassenen Informationen, wenn Informations- und Aufklärungspflichten bestehen.
- a) Das Bundesgericht bestätigte hier zunächst die in BGE 115 II 440 aufgestellte These, bei Unterlassung sei eine natürliche Kausalität nicht denkbar, sondern vielmehr immer im Sinne einer Feststellung der hypothetischen Kausalität die Annahme zu treffen, dass der Schaden bei rechtmässigem Handeln nicht eingetreten wäre. Dabei sei bereits bei der Feststellung dieses Zusammenhangs die Adäquanz zu prüfen, also auf die «allgemeine Lebenserfahrung» abzustellen, welche hier gesteigert wird zur Vermutung des aufklärungsgemässen Verhaltens<sup>22</sup>.
- b) Im Folgenden hielt sich das Bundesgericht aber nicht an das eben aufgestellte Konzept, sondern verneinte nur die natürliche Kausalität, indem es feststellte, dass die EBK vor Ende 1993 aufgrund faktischer Schranken – und weil ein allzu forsches Vorgehen dem Gläubigerschutz zuwiderlaufen würde – gar nicht hätte eingreifen können.

Dennoch ist für die Zukunft zu erwarten, dass in Unterlassungsfällen das Bundesgericht untersuchen wird, ob wertungsmässig die Kausalität nach der allgemeinen Lebenserfahrung gegeben und deshalb die Vermutung des aufklärungsgemässen Verhaltens begründet sei.

## 5. TF 4C.387/2000 vom 15. März 2001 (Vermögensverwaltung)

Nachdem ein externer Vermögensverwalter wiederholt Instruktionen erteilt hatte, welche gegen die Interessen seiner Kunden verstiessen («ordres désastreux pour les clients»), weigerte sich deren Depotbank, diese Anordnungen weiter auszuführen. Hierauf verklagte der Vermögensverwalter die Bank auf rund 1.6 Mio. CHF gestützt auf Art. 41 OR, wegen der Weigerung, die Weisungen auszuführen und wegen rechtswidriger Einmischung ins Bankkundenverhältnis.

Da ein reiner Vermögensschaden aus Delikt geltend gemacht wurde, jedoch weder ersichtlich war, gegen welche Schutznorm die Bank verstossen haben könnte, noch dass sie treulos gehandelt hätte, wies das Bundesgericht die Klage ab und verzichtete auf die Überprüfung der weiteren Voraussetzungen gemäss Art. 41 OR.

Das Bundesgericht legte zudem dar, dass dem Vermögensverwalter als Mandatarn und direktem Stellvertreter seiner Kunden keine Parteistellung in ebendiesem Bankkundenverhältnis zukomme, weshalb er nicht legitimiert sei, gestützt auf Art. 425 Abs. 1 i.V.m. Art. 398 Abs. 1 i.V.m. Art. 321a Abs. 1 OR wegen der Weige-

<sup>22</sup> Vgl. dazu etwa WIEGAND, Haftung der Kontrolleure, in: WIEGAND (Hg.), Konsequenzen aus der Krise, Berner Bankrechtstag Band 2 (1995), 93, 130 f. und 134 zur Haftung der EBK.

rung der Bank, seine Instruktionen auszuführen, eine Vertragsverletzung geltend zu machen.

Der Feststellung, dass die Erteilung von Aufträgen – im Namen und auf Rechnung des Kunden – keine vertragliche Bindung zwischen Bank und Vermögensverwalter entstehen lässt, ist zuzustimmen. Die Schlussfolgerung, dass überhaupt keine vertragliche Verbindung zwischen Bank und externem Vermögensverwalter bestehe (E. 2c), wurde aber zu Recht kritisiert<sup>23</sup>, existieren doch in der Praxis häufig vertragliche Verbindungen zwischen Bank und Vermögensverwalter. Da der Anwalt des Klägers aber keine Verletzung eines solchen Vertrages, sondern lediglich deliktische Ansprüche geltend gemacht hat, bleibt weiterhin offen, ob gestützt auf derartige – oft diskret gehandhabte – Vereinbarungen bzw. aus Art. 398 Abs. 1 i.V.m. Art. 321a und Art. 398 Abs. 2 OR die Bank verpflichtet wäre, entsprechende Instruktionen eines Vermögensverwalters auszuführen.

## 6. ATF 126 III 189 vom 1. Februar 2000 (Darlehen)<sup>24</sup>

a) A liess dem C im Rahmen der Gründung einer einfachen Gesellschaft einen Betrag von 124 500 CHF und einen weiteren Betrag von 16 000 CHF. Bei der ersten Darlehenshingabe wurde auch ein Vertrag von den Parteien unterzeichnet, wobei der ebenfalls unterzeichnete Vertragsanhang Zinsen mit dem Zinssatz der Hypotheken im zweiten Rang vorsah. «actuellement 8,5%». Bei der zweiten Auszahlung wurde ein ebenfalls gehörig unterzeichneter Vertragsanhang abgeschlossen, der Zinsen mit dem Zinssatz der zweitrangigen Hypotheken von «gegenwärtig 6%» vorsah. Da C weder Kapital noch Zinsen bezahlte, leitete A die Betreibung ein und erhielt die provisorische Rechtsöffnung, worauf C Aberkennungsklage erhob und schliesslich Berufung zum Bundesgericht einreichte mit dem Antrag, es sei zu entscheiden, dass er für die Zeit vor der Fälligkeit der Darlehen keinen Zins schulde, sondern erst nach diesem Zeitpunkt und zwar einen Verzugszins von 5%.

b) Der Vertragsschluss war unbestritten, aber das Bundesgericht war an die Tatsachenfeststellung der Vorinstanz gebunden, dass der Zinssatz von Hypotheken im zweiten Rang, der während der Dauer der Darlehensverträge galt, nicht bewiesen wurde. Zwar kannte man die Zinssätze bei Vertragsschluss, nicht aber Änderungen zwischen den beiden Daten und die Entwicklung nach dem zweiten Datum, sodass eine Berechnung des Zinses gestützt auf diese beiden Zahlen unmöglich war. Das Bundesgericht hatte daher lediglich die Folgen der **Beweislosigkeit** festzustellen.

Kann derzufolge der Darleiher die Zinshöhe nicht im Sinne von Art. 8 ZGB nachweisen, steht aber fest, dass die Zahlung von Zinsen vereinbart wurde, so würde der Ausschluss jeglichen Zinses der Abmachung der beiden Parteien offensichtlich widersprechen. Daher legte das Bundesgericht (unter Verweis auf BGE 121 III 176) in ergänzender Anwendung von Art. 73 Abs. 1 OR den Zinssatz auf 5% pro Jahr fest – eine Regelung, die angesichts des derzeitigen Zinsniveaus manchen Darlehensgläubiger plötzlich dazu verleiten könnte, den vereinbarten Zins zu «vergessen».

<sup>23</sup> THÉVENOZ, SZW 4/2000, 197 mit weiteren Hinweisen.

<sup>24</sup> Pra 8/2000 Nr. 119 S. 702 ff.; WIEGAND, ZBJV 2002, 350.

## **7. TF 4C.234/1999 vom 12. Januar 2000<sup>25</sup> (Tod des Kontoinhabers)**

Der Tod des Kontoinhabers hat für die Bank (wie auch für Effektenhändler) einen Kundenwechsel zur Folge. Sie wird zur Beauftragten der Erben und hat – selbst wenn sie deren Identität nicht kennt – ihnen gegenüber Sorgfalts- und Treuepflichten, welche noch gesteigert werden, sobald ihr der Tod des bisherigen Kontoinhabers bekannt wird.

Im vorliegenden Entscheid zählte das Bundesgericht hierzu auch die Wahrung der Interessen von Erben, welche nichts von der Existenz eines Bevollmächtigten kraft Vollmacht über den Tod hinaus gewusst hatten und dessen Vertretene sie durch Universalsukzession geworden waren. Ein solcher Vertreter, welcher vor dem Tod des Kontoinhabers nicht in Erscheinung getreten war, versuchte nun im vorliegenden Fall, nach dessen Ableben die gesamte Habe abzuheben.

Braucht sich die Bank im Prinzip nicht um die interne Beziehung zwischen ihrem Kunden und dessen Vertreter zu kümmern, war sie nach richtiger Auffassung des Bundesgerichts in casu doch verpflichtet, sich nach der Existenz allfälliger Erben zu erkundigen, um deren Interessen Rechnung tragen zu können. Denn die Vertretungsmacht endet dort, wo die Vollmacht offensichtlich – also für Dritte feststellbar – missbraucht wird wie hier zur Umgehung einer Erbrechtsnorm zu Lasten der Erben.

Unterlässt es die Bank in einer solchen Situation, die Existenz allfälliger Erben ausfindig zu machen und deren Verhältnis zum Vertreter abzuklären, kann sie aus Verletzung ihrer Sorgfalts- und Treuepflichten haftbar werden. Der Vertreter haftet nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag (OR 423).

## **8. BGer 5C.172/2000 vom 1. November 2000 (Faustpfand)**

Die O.A. Corp. verpfändete der Bank Z zur Sicherung eines Kredites 165 Orientteppiche mit einem geschätzten Liquidationswert von 1 121 000 CHF, lagernd in einem mit Doppelschloss versehenen Separatverschlag. Nach Kündigung des Kredites forderte die Bank Z die Begleichung der Restschuld oder die Aushändigung des zweiten Schlüssels zum Lager der verpfändeten Teppiche.

Im gleichen Zeitraum bestritt Z.M., ein weiterer Gläubiger der O.A. Corp., dass gültig ein Faustpfandreht begründet worden sei, und erwirkte über dieselben 165 Orientteppiche einen Arrest, welchen er mit einer Betreibung prosequierte. Nach Meinung von Z.M. fehlte für die Begründung eines Faustpfandrehts die in Art. 884 Abs. 1 ZGB verlangte elementare Voraussetzung der Besitzesübertragung der Pfandsache auf den Gläubiger, weil der Verpfänderin nicht wie in Art. 884 Abs. 3 ZGB verlangt, die ausschliessliche Gewalt über die Pfandsache entzogen worden sei.

1. Gemäss Art. 922 Abs. 1 ZGB braucht es für die Besitzübertragung entweder die Übergabe der Sache selbst oder aber die Übergabe der Mittel, die dem Empfänger die Gewalt über die Sache verschaffen. In casu verfügten Verpfänderin und

<sup>25</sup> Vgl. auch SJ 2000 I 423.

Gläubigerin je über einen speziell gefertigten Schlüssel zum Separatverschlag, der sich nur mit Hilfe beider Schlüssel öffnen liess. Da die Pfandgeberin so keine ausschliessliche Gewalt mehr über die Pfandsache hatte, genügte dieser Mitverschluss, um der Bank Z einen genügenden Raumgewahrsam zu vermitteln.

Z.M. machte aber geltend, dass es der Verpfänderin ohne weiteres möglich sei, durch zwei Belüftungsöffnungen des Verschlages, die sich ca. 2 m über dem Boden befänden und Abmessungen von je 52×39 cm aufwiesen, zu den verpfändeten Teppichen vorzudringen und diese einzeln gerollt aus dem Verschlag herauszuschaffen. Sie habe daher die Verfügungsgewalt im Sinne von Art. 884 Abs. 3 ZGB behalten, und die Vorinstanz habe zu Unrecht die Existenz eines gültigen Faustpfandrechts bejaht.

2. Das Bundesgericht dagegen bejahte wie schon die Vorinstanz die Voraussetzungen für ein Faustpfandrecht im Sinne von Art. 884 ff. ZGB: So sei von keiner Partei die Gültigkeit des Verpflichtungsgeschäftes in Abrede gestellt worden, welches als Teil eines Darlehensvertrages in Form eines Pfandbestellungsvertrages abgeschlossen worden war, um die Kreditsumme von rund 5,5 Mio. CHF zu sichern. Weiter sei das Warenlager als Sachgesamtheit ein geeignetes Pfandobjekt, da es verwertbar und mit Übertragung respektive Lagerung im Separatverschlag und Verschaffung des Raumgewahrsams hinreichend individualisiert worden sei.

Das streitige Verfügungsgeschäft – die Übergabe der Schlüssel – hingegen sei weder ein untauglicher Symbolakt noch eine reine Formsache gewesen<sup>26</sup>. Die Verfügungsgewalt hätte die O.A. Corp. durch ein von Z.M. beschriebenes Vorgehen höchstens von neuem erlangt, sicher aber nicht im Sinne von Art. 884 Abs. 3 ZGB behalten können. Dies wäre nur zu bejahen, wenn weiterhin ein jederzeitiger und normaler Zugang zum Lager gewährt bliebe, wie beispielsweise in BGE 58 III 125, wo das Haupttor zu einem Holzlager gar nicht richtig verschliessbar war und seitliche Zugänge und Bodenöffnungen existierten, die schon bisher regelmässig zur Bedienung des Lagers benutzt worden waren. In casu sei aber die Zugriffsmöglichkeit der Verpfänderin ernsthaft ausgeschaltet worden, zumal das Eindringen durch die Belüftungsöffnungen nur unter Überwindung nennenswerter Hindernisse, wie namentlich die Grösse der Belüftungsöffnungen und die notwendige Zuhilfenahme einer Leiter, möglich gewesen wäre.

3. Der Entscheid konkretisiert damit nicht nur den Mitverschluss, sondern ist auch vor dem rechtspolitischen Hintergrund eines unzureichenden Mobiliarsachen- und Kreditsicherungsrechtes in der Schweiz zu sehen. So hält das Bundesgericht fest: «Würden auch entfernte Möglichkeiten des Zugriffs auf die Pfandobjekte als Beibehaltung der ausschliesslichen Sachherrschaft des Verpfänders qualifiziert, so würde der Pfandgläubiger der Willkür des Verpfänders ausgesetzt und damit das Institut des Faustpfandrechts denaturiert<sup>27</sup>.» Damit bringt es die Ratio der zu Recht vorgenommenen Auslegung des Art. 884 ZGB – den Pfandgläubiger zu schützen und daher keine überzogenen Anforderungen an den Faustpfandbesitz zu stellen – zum Ausdruck.

<sup>26</sup> Vgl. auch BGE 58 III 125 und das Urteil des Appellationshofes Bern vom 3.7.1923 (in: ZBJV 60, 279 und SJZ 21, 125).

<sup>27</sup> Vgl. E. 2c.

Damit Fälle wie der vorliegende, der leider die Realität widerspiegelt, in Zukunft dem akademischen Unterricht vorbehalten bleiben, ist erneut daran zu erinnern, dass eine Reform des Rechts der Mobiliarsicherheiten dringend geboten ist<sup>28</sup>.

## 9. BGer 4C.172/2000 vom 28. März 2001 (Anweisung)

Die Beverley Overseas SA klagte als Zessionarin der Intersystems Inc. (welche ihrerseits 1992 der Republik Kroatien Waffen verkauft hatte) gegen die Privredna Banka Zagreb auf Erfüllung der «Promissory Note», eines Zahlungsverprechens, welches diese für die Republik Kroatien abgegeben hatte.

1. Ob der Erklärungsgehalt der «Promissory Note» einer beweisabstrakten Schuldanerkennung (Art. 17 OR), einer Bankgarantie, einem Schuldbeitritt oder einem Anweisungsakzept entspricht, liess das Bundesgericht wie schon die Vorinstanz offen.

Der Waffenverkauf hatte gegen das vom UN-Sicherheitsrat für das gesamte Gebiet des ehemaligen Jugoslawien erlassene Waffenembargo verstossen. Für die Prüfung, ob sich die Beklagte allenfalls auf Rechts- oder Sittenwidrigkeit dieses Grundgeschäftes berufen könne, welche auf die «Promissory Note» durchschlagen könnte, und ob sich nicht die Klägerin, Beverley Overseas SA, rechtsmissbräuchlich auf den Ausschluss von Einreden aus dem Valutaverhältnis berufen hatte, ging das Bundesgericht von einem *Anweisungsverhältnis* im Sinne von Art. 466 ff. OR aus. Dies deshalb, weil von allen einseitigen Zahlungsverpflichtungen im schweizerischen Privatrecht eine vorbehaltlos angenommene Anweisung die stärkste *Abstraktion* von bzw. Nichtakzessorietät zur zugrunde liegenden Schuld bewirkt.

2. Von diesem Ansatz ausgehend prüft das Bundesgericht sodann, ob der gemäss Art. 468 Abs. 1 OR entstandene Ausschluss jeglicher Einreden aus dem Valutaverhältnis absolut gelte oder ob und inwiefern er eine Einschränkung erfahren könne. Dazu stellte es auf den Normzweck ab, den es in zwei Aspekten sieht: Zum einen soll der Trennungsgrundsatz, wonach überweisungsfremde Einreden *ex iure tertii* ausgeschlossen sein sollen, konkretisiert und zum andern das Vertrauen auf das unbedingte Zahlungsverprechen und damit die Rechtssicherheit im internationalen Zahlungsverkehr geschützt werden. Da in der Regel aber mit der Anweisung nach dem Willen der Vertragsparteien nicht an Erfüllung statt sondern erfüllungshalber geleistet werde, sei die angenommene Anweisung noch nicht mit einer bereits erfolgten Zahlung gleichzusetzen. Vielmehr trete der Angewiesene vergleichbar einem Erfüllungsgehilfen zur Zahlungsverpflichtung des Anweisenden hinzu. Damit sei trotz der Trennung der Vertragsbeziehungen der Angewiesene am Valutaverhältnis nicht völlig unbeteiligt.

- a) Diese Argumentation ist insofern widersprüchlich, als der Angewiesene nach dem Anweisungsakzept anders als ein Erfüllungsgehilfe gegenüber dem An-

<sup>28</sup> Dazu zuletzt eingehend BERGER, Registrierung von Mobiliarsicherheiten – Vorschläge zur Reform des Kreditsicherungsrechts, ZBJV 2002, 197, sowie das Reformprojekt von UNCITRAL «Secured Transactions», zu finden unter <http://www.uncitral.org>.

weisungsempfänger selber verpflichtet wird. Weiter ist der Angewiesene – unter Vorbehalt von Art. 468 Abs. 2 OR – grundsätzlich auch nicht verpflichtet, der Anweisung Folge zu leisten. Damit ist der Angewiesene aber in Bezug auf das Valutaverhältnis nicht als Person im Lager der Vertragspartnerin bzw. der Anweisenden beteiligt, sondern nimmt im Rahmen des Drei-Personen-Verhältnisses eine eigenständige Stellung ausserhalb des Valutaverhältnisses ein. Das Motiv der bundesgerichtlichen Auslegung indes ist klar: Die Abstraktheit der Anweisung soll nicht in jedem Fall vor den Folgen von Rechts- und Sittenwidrigkeit schützen.

b) Das Bundesgericht legt im Folgenden die wesentlichen Kriterien dar, unter denen die herrschende Lehre und Rechtsprechung einen Einwendungsdurchgriff gestützt auf den Einwand des Rechtsmissbrauchs zulassen. Dies ist dann der Fall, wenn im Zeitpunkt, da der Anweisungsempfänger die Zahlung vom Angewiesenen fordert, erstens ein schwerer Mangel im Valutaverhältnis (namentlich bei Widerrechtlichkeit oder einem klaren Verstoß gegen die guten Sitten) vorliegt, der zweitens rechtlich offensichtlich und drittens sofort liquide beweisbar sein muss.

3. Da sich die Parteien mittels gültiger Rechtswahl gemäss Art. 116 IPRG schweizerischem Recht unterstellt hatten und daher das missachtete UN-Waffenembargo nicht zur gewählten Rechtsordnung gehörte und zugleich kein Verstoß gegen das damals geltende Kriegsmaterialgesetz (aKMG, AS 1973 I 108 ff.) vorlag, verneinte das Bundesgericht im Folgenden die *Widerrechtlichkeit*.

Weil aber abgesehen von der Rechtswahl und dem Gerichtsstand des Arrests kein Bezug zur Schweiz ersichtlich war, stellte das Gericht zusätzlich auf die universelle öffentliche Ordnung ab, zu der auch der Grundsatz des Gewaltverzichts gehört, welcher als ethisch höchstehender Wert allen Kulturstaaten gemeinsam sei. Waffen- oder Kriegsmateriallieferungen in Gebiete, in denen ein bewaffneter Konflikt herrscht oder auszubrechen droht, verletze diesen Grundsatz und daher auch die universelle öffentliche Ordnung. Wegen der daraus rechtlich evidenten *Sittenwidrigkeit* und der nach Art. 20 Abs. 1 OR folgenden absoluten Nichtigkeit des Grundgeschäfts wurde infolgedessen mittels Rechtsmissbrauchsverbot die Berufung auf Abstraktheit ausgeschlossen und die Voraussetzung für einen Einwendungsdurchgriff bejaht.

## **10. Landgericht Augsburg Az. 3 O 4995/00 vom 24. September 2001 (Ad hoc-Publizität)**

Als Abschluss verdient ein kürzlich in Deutschland vom Landesgericht Augsburg gefällter Entscheid Aufnahme in dieser Chronik:

1. Erstmals wurde hier einem Aktionär eines am Neuen Markt kotierten Unternehmens Schadenersatz wegen falscher Ad hoc-Mitteilungen zugesprochen<sup>29</sup>. Durch wahrheitswidrige Bekanntgabe eines Auftragsvolumens von 55 Mio. DM (anstelle des tatsächlichen Volumens von 9 Mio. DM) bei einem Vorjahresum-

<sup>29</sup> Vgl. [www.jusletter.ch](http://www.jusletter.ch) vom 28.9.2001, *Jurius*, Beeinflussung des Aktienkurses durch bewusste Falschmeldung und ihre juristische Konsequenzen.

satz von 22 Mio. DM wurden bewusst falsche Angaben über Umstände gemacht, die für die Bewertung von Aktien erheblich sind. Wird das Urteil in weiteren Instanzen nicht aufgehoben, steht dem Kläger ein Schadenersatzanspruch in der Höhe des damaligen Kaufpreises nebst Zinsen gegen Rückerstattung der – inzwischen wertlosen – Aktien zu.

Als Anspruchsgrundlagen wurden vom Kläger § 400 AktG, § 88 Börsengesetz, § 15 WpHG und § 3 UWG i.V.m. § 823 Abs. 2 (welcher Art. 41 Abs. 1 OR entspricht) und § 826 BGB (welcher Art. 41 Abs. 2 OR entspricht) geltend gemacht.

2. Eine Sensation wäre es gewesen, hätte das Gericht nicht – wie im Urteil geschehen – den Anspruch ausschliesslich auf § 88 Börsengesetz i.V.m. § 823 Abs. 2 und § 826 BGB gestützt und damit simples Deliktsrecht angewendet, sondern § 15 des WpHG herangezogen, welcher unserem Art. 8 BEHG i.V.m. Art. 72 KR<sup>30</sup> entspricht.
  - a) Da sich Art. 72 KR an § 15 WpHG orientiert und die Erläuterungen der Zulassungsstelle gestützt auf ein Gutachten festhalten, dass eine Haftung für die Verletzung der Pflichten zur Ad hoc-Publizität nicht ausgeschlossen werden könne<sup>31</sup>, wäre ein entsprechender Entscheid wohl nicht ohne Einfluss auf die künftige Auslegung von Art. 72 KR geblieben.
  - b) Zu betonen ist, dass in der Schweiz eine Anwendung von Art. 41 Abs. 2 OR wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung (wie dies das deutsche Gericht gestützt auf § 826 BGB getan hat) nicht möglich wäre, da Art. 41 Abs. 2 OR viel enger interpretiert wird: Die h.L. will Art. 41 Abs. 2 OR nur ausnahmsweise und mit grösster Zurückhaltung anwenden (vgl. auch BGE 95 III 83, 92), sodass damit praktisch nur noch die Schikane erfasst wird, also Fälle, in denen es dem Schädiger ausschliesslich oder primär darauf ankommt, den andern zu schädigen<sup>32</sup>.
  - c) Einziger Ansatzpunkt, um Schäden aus fehlerhaften oder unterlassenen Ad hoc-Mitteilungen geltend machen zu können, bleibt damit für die Schweiz Art. 8 BEHG i.V.m. Art. 72 KR i.V.m. Art. 41 Abs. 1 OR. Bis zu einem konkreten Klagefall bleibt jedoch weiterhin die Frage offen, ob hier ein Schutzgesetz vorliegt oder nicht<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Kotierungsreglement der Schweizer Börse SWX Swiss Exchange vom 24. Januar 1996.

<sup>31</sup> Zulassungsstelle: Erläuterungen zur Ad hoc-Publizität, 19.

<sup>32</sup> HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, § 7 N 1 und 9; vgl. auch BGE 95 III 83, 92.

<sup>33</sup> Dazu eingehend WIEGAND, Ad hoc-Publizität und Schadenersatz, in: Festgabe für Jean Paul Chapuis (1998), 143 ff.