

Schweizerisches
Bundesgericht, Urteil vom
21. November 2012, BGer.
4A_295/2012 -
Kommissionsrecht -
Selbsteintritt.

2.7.2.9. Auftragsrecht / Mandat

(4) Kommissionsrecht. Selbsteintritt. Beweislast.

Bundesgericht, I. Zivilabteilung, Urteil vom 21. November 2012 i.S. X. c. *Bank Z AG* (BGer 4A_295/2012) (amtliche Publikation vorgesehen).



OLIVER ARTER

lic. iur., TEP, Rechtsanwalt, Zürich

I. Sachverhalt

«A. X. war seit längerer Zeit Kunde der damaligen Bank Y. (Y.) und heutigen Bank Z., Filiale A. Am 28. Juni 1996 kaufte er 4'500 Namenaktien der W. AG von der Y. zum Preis von je 9.25 Franken, insgesamt für einen Betrag von 42'120.45 Franken (einschliesslich Kommission und Gebühren). Am 21. Januar 1997 wurde der Konkurs über die W. AG eröffnet. X. geht davon aus, dass die Y. beim Verkauf von Aktien der W. AG ab Februar 1996 sein Vertrauen missbraucht hat.

B.B.a Mit Klage vom 5. März 2002 beantragte X. (Kläger) dem Bezirksgericht Hinwil die Verurteilung der (damaligen) Y. (Beklagte) zur Bezahlung von 42'120.45 Franken zuzüglich Zins zu 5% seit dem 3. Juli 1996, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

Mit Urteil vom 13. Juli 2010 wies das Bezirksgericht die Klage vollumfänglich ab.

B.b Dagegen erhob der Kläger Berufung am Obergericht des Kantons Zürich. Mit Urteil vom 12. April 2012 wies das Obergericht die Berufung ab. Es ging davon aus, dass bei einem Verkauf von Aktien der W. AG aus Eigenbeständen der Y. am 28. Juli 1996 von einer Treuwidrigkeit und damit von einem Verstoss gegen Art. 398 Abs. 2 OR auszugehen wäre, hielt aber den dem Kläger auferlegten Beweis einer Lieferung aus Eigenbeständen nicht für erbracht.

C. Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 18. Mai 2012 liess X. (Beschwerdeführer) die Aufhebung des obergerichtlichen Urteils beantragen und seine vor dem Bezirksgericht Hinwil gestellten Rechtsbegehren erneuern. Mit Vernehmlassung vom 17. Januar 2012 liess die Bank Z. (Beschwerdegegnerin) Abweisung der Beschwerde beantragen. Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung. Die Parteien reichten Replik und Duplik ein.»

II. Aus den Erwägungen

«1. Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist [...].

1.1 Die Beschwerde richtet sich gegen einen verfahrensabschliessenden Rechtsmittelentscheid eines oberen kantonalen Gerichts (Art. 90 BGG i.V.m. Art. 75 BGG). Sie ist [...] innert der Beschwerdefrist (Art. 100 BGG) von der mit ihren Rechtsbegehren unterlegenen Partei (Art. 76 Abs. 1 BGG) eingereicht worden. Bei der Streitsache handelt es sich um eine Zivilsache (Art. 72 BGG) mit einem Streitwert von über 30'000 Franken (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Auf die Beschwerde ist unter Vorbehalt einer rechtsgenügenden Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG) einzutreten.

1.2 Mit der Beschwerde in Zivilsachen kann u.a. die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Bundesverfassungsrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG; [...]). Nicht zu den in Art. 95 BGG vorgesehenen Rügegründen gehört hingegen die Verletzung der kantonalen Zivilprozessordnung, deren Anwendung und Auslegung das Bundesgericht einzig unter dem Blickwinkel eines Verstosses gegen Bundesrecht oder gegen Bundesverfassungsrecht beurteilen kann [...]. Auf das Verfahren vor der Vorinstanz fand die nunmehr aufgehobene Zivilprozessordnung des Kantons Zürich Anwendung. Soweit die Verletzung von Normen des kantonalen Zivilprozessrechts gerügt wird, ist in der Beschwerdeschrift mithin darzutun, dass dabei auch ein Verstoß gegen Bundes- oder Bundesverfassungsrecht vorliegt [...].

1.3 Das Bundesgericht wendet das Recht zwar von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG [...]). Unter Berücksichtigung der Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 2 BGG) prüft es dabei aber nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden [...].

2. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, die er in der Missachtung der Begründungspflicht durch die Vorinstanz erblickt. Das Obergericht habe zwar angenommen, die Beschwerdegegnerin hätte beim Verkauf der Aktien aus dem Eigenbestand eine Treuepflichtverletzung begangen; es habe aber nicht begründet, weshalb – wie der Beschwerdeführer im kantonalen Verfahren gehörig behauptet habe – eine Treuepflichtverletzung nicht auch dann anzunehmen wäre, wenn die Beschwerdegegnerin die Aktien über die Börse bezogen hätte. Die Frage sei rechtserheblich, weil die Vorinstanz zum Schluss gelangt sei, die Beschwerdegegnerin habe die Aktien nicht aus ihren eigenen Beständen verkauft. Der Beschwerde-

führer räumt allerdings selber ein, dass die Vorinstanz auf die Rechtsfrage doch – wenn auch nur am Rande – eingegangen sei. Die Frage kann indessen offen bleiben, falls die Feststellung der Vorinstanz, die Beschwerdegegnerin habe die Aktien nicht aus ihrem Eigenbestand verkauft, sich als rechtsfehlerhaft erweist.

3. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe den Sachverhalt willkürlich und in Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften, insbesondere Art. 8 ZGB, insofern unrichtig festgestellt, als sie davon ausging, die Beschwerdegegnerin habe die dem Beschwerdeführer verkauften Aktien über die Börse beschafft.

3.1 Die erste Instanz hat dem Kläger (Beschwerdeführer) den Beweis dafür aufgelegt, dass er 4'500 Namenaktien der W. AG aus Eigenbeständen der damaligen Y. erworben habe. Als einziges Beweismittel hat der Kläger eine von der Y. erstellte Wertschriftenabrechnung vom 28. Juni 1996 eingereicht. In dieser erklärte die Y., sie habe die Aktien dem Beschwerdeführer «aufgrund der Statuten und Usanzen der Zürcher Effektenbörse als Selbstkontrahent» verkauft. Beide kantonale Instanzen hielten diese Urkunde nicht für geeignet, die Herkunft der Aktien zu beweisen. Die Vorinstanz erwog, die Wertschriftenabrechnung besage lediglich, dass die Y. den Auftrag aufgrund der Statuten und Usanzen der Zürcher Effektenbörse als «Selbstkontrahent» ausgeführt habe. Das genüge angesichts der Bestreitungen der Beklagten nicht für den Nachweis, dass die Y. die an den Kläger verkauften Aktien der W. AG aus den Eigenbeständen bezogen habe. Bezüglich dieser Frage ging die Vorinstanz mithin zulasten des Klägers von Beweislosigkeit aus.

3.2 Demgegenüber vertritt der Beschwerdeführer die Ansicht, die Beschwerdegegnerin trage die Beweislast für ihre Behauptung, wonach die an den Kläger verkauften Aktien über die Börse gekauft worden seien, weil sie aus diesem Umstand für sich Rechte im Sinne von Art. 8 ZGB ableiten wolle.

3.3 Nach Art. 8 ZGB hat, wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Beim Kommissionsvertrag wird die Beweislastgrundregel des Art. 8 ZGB durch eine gesetzliche Vermutung ergänzt: Bei Kommissionen zum Einkauf von Wertpapieren, die einen Börsenpreis haben, ist die Kommissionärin, wenn der Kommittent nicht etwas anderes bestimmt hat, befugt, die Wertpapiere, die sie einkaufen soll, als Verkäuferin selbst zu liefern (Art. 436 Abs. 1 OR). Meldet die Kommissionärin in den Fällen, wo der Eintritt als Eigenhändlerin zugestanden ist, die Ausführung des Auftrages, ohne eine andere Person als Verkäuferin namhaft zu machen, so ist anzuneh-

men, dass sie selbst die Verpflichtung einer Verkäuferin auf sich genommen habe (Art. 437 OR).

3.4 Die Vorinstanz erwog, es sei in Wertschriftenabrechnungen häufig auch dann von einem Selbsteintritt, von «Selbstkontrahent», die Rede, wenn der Auftrag über die Börse abgewickelt wurde. Die Behauptung der Beklagten, dass von einem unechten Selbsteintritt auszugehen sei und die fraglichen Aktien an der Börse erworben wurden, sei daher mit der vom Kläger eingereichten Wertschriftenabrechnung nicht widerlegt.

3.5 Der Beschwerdeführer rügt, es könne nicht Sache des Klägers sein, die Entlastungsbehauptung der Beklagten, wonach von einem unechten Selbsteintritt auszugehen sei, zu widerlegen.

3.5.1 Der Gesetzeswortlaut von Art. 437 OR unterscheidet nicht zwischen einem echten und einem unechten Selbsteintritt, sondern knüpft schlicht an den Inhalt der Ausführungsmeldung des Kommissärs an. Teilt dieser die Ausführung des Auftrages mit, ohne eine andere Person als Verkäufer zu nennen, so ist der Eintritt als Eigenhändler i.S.v. Art. 436 Abs. 1 OR anzunehmen bzw. – ausweislich des Randtitels zu Art. 437 OR – zu vermuten. Dies gilt in den Fällen, wo der Eintritt als Eigenhändler zugestanden ist, was gemäss Art. 436 Abs. 1 OR u.a. zutrifft, wenn, wie im vorliegenden Fall, der Auftrag den Einkauf von Wertpapieren betrifft, die einen Börsenpreis haben, und der Kommittent nicht etwas anderes bestimmt hat. Diesfalls ist der Kommissionär befugt, statt die Wertpapiere bei einem Dritten einzukaufen, diese selbst als Verkäufer zu liefern.

3.5.2 In der Lehre ist die Ansicht anzutreffen, dass zu unterscheiden sei, ob der Kommissionär dem Kommittenten die Ausführung des Geschäfts ohne Bezeichnung der Gegenpartei meldet, bevor er überhaupt ein Drittgeschäft abgeschlossen [...] oder aber nachdem er mit einem Dritten das Erwerbsgeschäft abgeschlossen hat [...]. Im zweiten Fall soll Art. 437 OR nicht zur Anwendung kommen, weil mit dem Abschluss des Drittgeschäfts das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs untergegangen sei. Wäre dem nicht so, könnte der Kommissionär je nach Marktpreisentwicklung den Selbsteintritt erklären bzw. darauf verzichten und so die guten Geschäfte für sich behalten, die schlechten jedoch an den Kommittenten weitergeben [...].

3.5.3 Der Gesetzeswortlaut bietet für eine solche Unterscheidung keine Stütze. In jedem Falle aber hätte diese den Zweck, den Kommittenten vor der Auswirkung des latenten Interessenkonflikts des Eigenhändlers zu schützen. Auf den vorliegenden Fall übertragen, würde sie das Gegenteil bewirken: Dem Kommittenten würde in der Frage, ob überhaupt ein Selbsteintritt vorliege, das Beweisrisiko zugeschoben. Die Frage kann indessen offen bleiben,

weil im vorliegenden Fall nicht die Preisgestaltung strittig ist, sondern die Herkunft der von der Beschwerdegegnerin gelieferten Aktien. Indem sich die Beschwerdegegnerin in ihrer Wertschriftenabrechnung bezüglich der Ausführung des Auftrages als Selbstkontrahentin bezeichnete, ohne eine andere Person als Verkäuferin zu nennen, löste sie die Vermutung aus, sie habe als Kommissionärin im Sinne von Art. 437 i.V.m. 436 Abs. 1 OR von der Befugnis Gebrauch gemacht, auf den Einkauf der Aktien, die sie einkaufen sollte, bei einem Dritten zu verzichten, weil sie entsprechende Wertpapiere bereits in ihrem Eigentum hatte [...]. Die Vermutung ist widerlegbar [...]; die Beweislast der Widerlegung durch Nachweis eines Börsenkaufs trägt aber die Beschwerdegegnerin als Kommissionärin [...]. Indem die Vorinstanz die Beweislast bezüglich der Beschaffungsweise der Aktien dem Beschwerdeführer auferlegte, verletzte sie Art. 436 Abs. 1 und 437 OR i.V.m. Art. 8 ZGB.

4. Die Beschwerde erweist sich damit als begründet. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung unter Berücksichtigung der korrekten Beweislastverteilung zurückzuweisen. Diesem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdegegnerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).»

III. Bemerkungen

1. Problemaufriss

Gegenstand vorliegenden Urteils ist, wer – der Kommittent (so die Vorinstanz) oder der Kommissionär – im Streitfall zu beweisen hat, ob der Kommissionär die Abwicklung eines Kommissionsvertrages beim Effektenhandel über *eigene Bestände* oder durch *Kauf der Titel über den Markt* abgewickelt hatte. Relevant ist dies im vorliegenden Fall, weil die Vorinstanz annahm, dass ein Verkauf von Aktien aus dem Eigenbestand wohl eine Treuepflichtverletzung darstellen würde.

2. Der Kommissionsvertrag

Gemäss Art. 425 Abs. 1 OR ist Einkaufs- oder Verkaufskommissionär, wer gegen eine Kommissionsgebühr (Provision) in *eigenem Namen für Rechnung eines anderen* (des Kommittenten) den Einkauf oder Verkauf von *beweglichen Sachen* oder *Wertpapieren* übernimmt. Für das Kommissionsverhältnis kommen subsidiär die Vorschriften über den Auftrag, insbesondere die Sorgfalts- und Treuepflichten (Art. 398 OR), die Pflicht zur Rechenschaftsablage (Art. 400 OR), der Forderungsübergang (Art. 401 OR) oder das jederzeitige Beendigungsrecht (Art. 404 OR) zur Anwendung (Art. 425 Abs. 2 OR).

3. Effektenhandel als Anwendungsfall des Kommissionsgeschäfts

Wichtigster Anwendungsfall des Kommissionsgeschäfts ist der Effektenhandel. Neben dem gesetzlich umschriebenen Anwendungsbereich, welcher «bewegliche Sachen» und «Wertpapiere» (zum Begriff des Wertpapiers vgl. Art. 965 OR) erwähnt (Art. 425 Abs. 1 OR), werden auch der Kauf und Verkauf von Effekten, also vereinheitlichten und zum massenweisen Handel geeigneten Wertpapieren, nicht verkündeten Rechten mit gleicher Funktion (*Wertrechte*, vgl. Art. 973c OR) und *Derivat*en (Art. 2 lit. a BEHG) umfasst (vgl. RENATO COSTANTINI, Effektenkommission heute, Eine Übersicht nach Inkrafttreten des neuen Wertpapierrechts [BEG/HWpÜ], SJZ 2013, 25 ff.).

Erteilt ein Kunde einen Kauf- oder Verkaufsauftrag für Effekten, handelt der Kommissionär als *indirekter Stellvertreter* und schliesst in eigenem Namen, aber für Rechnung des Kunden, einen Kauf- oder Verkaufsvertrag mit einer Gegenpartei (zum Ganzen DIETER ZOBL/STEFAN KRAMER, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich/Basel/Genf 2004, N 1215 ff.). Der Kommissionsvertrag zwischen Kunde und Kommissionär wird geprägt durch (I) die *auftragsrechtliche Sorgfalts- und Treuepflicht* (Art. 425 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 398 OR) sowie die spezifische Anzeigepflicht (Art. 426 OR) bei der Kommissionsausführung, (II) die *Auskunfts- und Abrechnungspflicht* sowie die *Ablieferungspflicht* (Art. 400 OR, vgl. dazu mit Hinweisen zur neusten Rechtsprechung OLIVER ARTER/TENZIN DAHORTSANG, Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 17. April 2012, BGer 4A_688/2011, AJP/PJA 2012, 1154 ff.), (III) die Pflicht, dem Kunden den *effektiv erzielten Preis abzurechnen*, dies auch wenn bei einem limitierten Auftrag mit Preisvorgabe ein Mehrerlös erzielt wird (Art. 428 Abs. 3 OR) und (IV) den Anspruch auf Provision (sog. *Courtage*) bei vollständiger Ausführung (Art. 432 Abs. 1 OR; zur Verwirkung des Provisionsanspruchs vgl. Art. 433 Abs. 1 OR) (vgl. ZOBL/KRAMER, a.a.O., N 1215 ff., HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 9. A., Bern 2010, 454).

4. Selbsteintritt

4.1. Zulässigkeit und gesetzliche Vermutung

Bei Kommissionsgeschäften zum Einkauf oder Verkauf von Waren, Wechseln und anderen Effekten, welche einen *Börsen- oder Marktpreis* haben (dies ist bei Effekten gegeben, wenn ein regelmässiger Handel besteht und zum Zeitpunkt des Selbsteintritts tatsächlich Geld- und Briefkurse gestellt werden; vgl. ZOBL/KRAMER, a.a.O., N 1226), ist der Kommissionär, sofern der Kommittent nicht etwas anderes bestimmt hat, befugt, als Eigenhändler (vgl. Art. 3 Abs. 1

BEHV) das Gut, das er einkaufen soll, als Verkäufer selbst zu liefern oder das Gut, das er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten (Art. 436 Abs. 1 OR). Bei diesem sog. Selbsteintritt handelt der Kommissionär *in eigenem Namen und auf eigene Rechnung*. Meldet der Kommissionär in Fällen, wo der Eintritt als Eigenhändler zulässig ist, die Ausführung des Auftrages, ohne eine andere Person als Käufer oder Verkäufer namhaft zu machen, ist aufgrund gesetzlicher Vermutung anzunehmen, dass er selbst die Verpflichtung eines Käufers oder Verkäufers auf sich genommen hat (Art. 437 OR).

4.2. Arten des Selbsteintritts

Praktisch werden zwei Arten des Selbsteintritts unterschieden: (I) der echte Selbsteintritt, bei welchem der Effektenhändler Effekten aus *Nostrobeständen* liefert oder auf diese übernimmt, und (II) der technische Selbsteintritt, bei welchem der Effektenhändler reziproke Kundenaufträge intern kompensiert oder bei börslichen Transaktionen den Abschluss meldet, ohne die Gegenpartei zu nennen (Art. 437 OR) (so ZOBL/KRAMER, a.a.O., N 1225).

4.3. Durchführung von Effekientransaktionen

Effektenhändler haben Effekientransaktionen an einem allgemein anerkannten, geeigneten und für eine ordentliche Durchführung der Transaktion Gewähr bietenden Ausführungsplatz zu tätigen (Art. 5 Abs. 1 Verhaltensregeln der Schweizerischen Bankiervereinigung für Effektenhändler bei der Durchführung des Effektenhandelsgeschäfts 2008). Der Selbsteintritt ist nur zulässig, wenn dieser nicht zum Nachteil des Kunden geschieht (Art. 5 Abs. 2 Verhaltensregeln der Schweizerischen Bankiervereinigung für Effektenhändler bei der Durchführung des Effektenhandelsgeschäfts 2008).

Im Falle eines Selbsteintritts ist der Kommissionär verpflichtet, den zur Zeit der Ausführung des Auftrages geltenden Börsen- oder Marktpreis in Rechnung zu stellen, und berechtigt, die gewöhnliche Provision und die bei Kommissionsgeschäften regelmässig vorkommenden Unkosten zu berechnen (Art. 436 Abs. 2 OR; für Effekientgeschäfte vgl. zudem N 13 ff. zu Art. 5 Verhaltensregeln der Schweizerischen Bankiervereinigung für Effektenhändler bei der Durchführung des Effektenhandelsgeschäfts 2008). Unter aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten (vgl. Art. 11 lit. b BEHG) hat der Effektenhändler zudem sicherzustellen, dass Kundenaufträge in zeitlicher, preislicher und örtlicher Hinsicht (sog. *Best Execution*) bestmöglichst ausgeführt werden (vgl. ZOBL/KRAMER, a.a.O., N 1225 ff.).

4.4. Rechtliche Qualifikation

Erklärt der Effektenhändler den Selbsteintritt, wandelt sich das Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Kunden

von einem Kommissionsverhältnis zu einem gemischten Verhältnis mit kaufrechtlichen und auftrags-/kommissionsrechtlichen Elementen (vgl. Art. 436 Abs. 3 OR sowie ZOBL/KRAMER, a.a.O., N 1231 ff. m.w.H.).

5. Sorgfalts- und Treuepflichten bei Effektingeschäften

5.1. Informationspflicht nach Art. 11 BEHG

Bei Effektingeschäften hat der Effektenhändler gegenüber seinen Kunden eine Informationspflicht und deshalb auf die mit einer *bestimmten Geschäftsart* verbundenen Risiken hinzuweisen (Art. 11 Abs. 1 BEHG). Bei der Wahrnehmung der Informationspflicht sind die Geschäftserfahrenheit und die fachlichen Kenntnisse der Kunden zu berücksichtigen (Art. 11 Abs. 2 BEHG).

Art. 11 BEHG bietet keine rechtliche Grundlage für eine Informationspflicht des Effektenhändlers über *konkrete Effektenhandelstransaktionen* (BGE 133 III 97 ff., 99 f. E. 5.1 und E. 5.3). Ebenso ist ein Effektenhändler nach Art. 11 BEHG nicht verpflichtet, die finanziellen Verhältnisse des Kunden zu erforschen und zu beurteilen, ob eine Transaktion für einen bestimmten Kunden geeignet ist (sog. *Suitability-Prüfung*) (so BGE 133 III 97 ff., 101 f. E. 5.4; vgl. zum Ganzen OLIVER ARTER, Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 3. Februar 2012, BGer 4A_525/2011, AJP/PJA 2012, 1316 ff., 1322).

Da es in casu um konkrete Effektingeschäfte geht, ist Art. 11 BEHG nicht einschlägig.

5.2. Vertragsrechtliche Sorgfalts- und Treuepflicht

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist bezüglich der *vertragsrechtlichen* Sorgfalts- und Treuepflicht der Bank bei der Abwicklung von Börsengeschäften für Kunden zwischen drei verschiedenen Vertragsbeziehungen zu unterscheiden: der *Vermögensverwaltung*, der *Anlageberatung* und der *bloßen Konto-/Depot-Beziehung* (so BGE 133 III 97 ff., 102 E. 7.1). In vorliegendem Fall war unbestritten, dass weder ein Vermögensverwaltungsvertrag noch ein *schriftlicher* Anlageberatungsvertrag vorlag.

Führt eine Bank nur (punktuell) Börsengeschäfte für den Kunden aus (execution-only-Beziehung/reine Konto-Depot-Beziehung), ist sie nicht zu einer generellen Interessenwahrung verpflichtet (BGE 133 III 97 ff., 102 E. 7.2). «Sorgfalts- und Treuepflichten, welche die Bank zu einer weitergehenden Interessenwahrung verpflichten, bestehen gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei reinen Konto-/Depot-Beziehungen ausnahmsweise in drei Fällen: (1) Der Kunde *verlangt Aufklärung oder Beratung* im Vorfeld einer geplanten Transaktion; (2) eine Bank muss bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen, dass der Kunde eine bestimmte, mit der Anlage verbundene *Gefahr nicht*

erkannt hat; (3) zwischen der Bank und dem Kunden hat sich in einer andauernden Geschäftsbeziehung ein *besonderes Vertrauensverhältnis* entwickelt, aus welchem der Kunde nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten darf» (so ARTER, a.a.O., 1323 m.w.H. sowie BGE 133 III 97 ff., 103 E.7.1.2.).

Wie die vorinstanzlichen Erwägungen zeigen, wurde der Kläger zu denjenigen Kunden gezählt, für welche die Bank nur punktuell Börsengeschäfte abgewickelt hatte, weshalb keine Pflicht zur generellen Interessenwahrung des in Börsengeschäften nicht völlig unerfahrenen Klägers bestand, sondern dieser nur auf Verlangen aufzuklären und zu beraten war (Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Urteil vom 12. April 2012, Geschäfts-Nr.: LB100068-O/U.doc, 3 d) aa), 22). Weiter hatte das Beweisverfahren ergeben, dass dem Kläger der Nachweis dafür misslang, dass der Kundenberater der beklagten Bank die fraglichen Aktien dem Kläger ausdrücklich zum Kauf empfohlen hatte (Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Urteil vom 12. April 2012, Geschäfts-Nr.: LB100068-O/U.doc, 3 d) bb), 26). Aus diesem Grund wurde kein Verhalten der beklagten Bank erstellt, welches eine Haftung für den vom Kläger erlittenen Verlust aus einer Pflicht zur Interessenwahrung bei einer reinen Konto-/Depot-Beziehung begründen könnte (Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Urteil vom 12. April 2012, Geschäfts-Nr.: LB100068-O/U.doc, 3 e), 26). Ein konkludenter Anlageberatungsvertrag lag somit ebenfalls nicht vor.

5.3. Sorgfalt- und Treuepflichten bei Verkauf von Aktien aus Eigenbeständen

Für das Verständnis vorliegenden Urteils ist kurz auf fall-spezifische Hintergründe einzugehen. Hierfür ist das Verhältnis der beklagten Bank zur Gesellschaft, deren Aktien der Kläger erworben hatte, entscheidend.

Das Bundesgericht hatte in einem Urteil vom 2. Februar 2002 die Beurteilung der damaligen Eidgenössischen Bankkommission geschützt, wonach das Verhalten der auch vorliegend beklagten Bank gegen Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG verstossen habe und davon auszugehen war, dass die Bank mit dem Verkauf von Aktien aus den *Eigenbeständen* eine Treuwidrigkeit begangen hatte, weil sie Aktien verkaufte, obwohl sie sich bewusst sein musste, dass ein *erhebliches kursrelevantes Informationsgefälle* zwischen ihr und denjenigen Kreisen bestand, die die Aktien tatsächlich kauften (vgl. dazu BGer, Urteil vom 2. Februar 2000, 2A.230/1999 sowie Erwägung 4 des Urteils, veröffentlicht in Eidgenössische Bankkommission, Bulletin 40/2000, 37 ff.). Entsprechend hat das Obergericht Zürich nun ausgeführt, dass es sich von selbst verstehe, dass bei einem Verkauf der hier in Frage stehenden Aktien aus den Eigenbeständen der

Bank von einer *Treuwidrigkeit* dieser und damit von einem *Verstoss gegen Art. 398 Abs. 2 OR* auszugehen wäre (Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Urteil vom 12. April 2012, Geschäfts-Nr.: LB100068-O/U.doc, 2 d) aa), 15). Unter diesem Gesichtspunkt wird klar, weshalb es für den Kläger entscheidend ist, ob der Auftrag zum Erwerb von Aktien durch den Kommissionär über eigene Bestände oder durch Kauf der Titel auf dem Markt abgewickelt wurde und wer hierfür beweispflichtig ist.

5.4. Beweislast

Zur Thematik der Beweislast hat das Bundesgericht ausgeführt, dass sich die beklagte Bank in ihrer Wertschriftenabrechnung bezüglich der Ausführung des Auftrages als *Selbstkontrahent* bezeichnete, ohne eine andere Person als Verkäufer zu nennen, und damit die *widerlegbare Vermutung* auslöste, sie habe als Kommissionär (Art. 437 OR i.V.m. Art. 436 Abs. 1 OR) von der Befugnis Gebrauch gemacht, auf den Einkauf der Aktien bei einem Dritten zu verzichten, weil entsprechende Wertpapiere bereits im Eigenbestand vorhanden waren. *Beweispflichtig* für die Widerlegung der Vermutung des Selbsteintritts durch Nachweis eines Börsenkaufs ist der *Kommissionär*. Dieser Beweis sollte – zumindest unter der aktuellen Börsen- und Effektesetzgebung – einfach zu führen sein, weil ein Effektenhändler in einem Journal die eingegangenen Aufträge und die von ihm getätigten Geschäfte mit allen Angaben, die für deren Nachvollzug und für die Beaufsichtigung seiner Tätigkeit erforderlich sind, aufzuzeichnen hat (Art. 15 Abs. 1 BEHG) und zu diesen Angaben auch gehört, wer bei Effektentransaktionen Gegenpartei ist (Art. 1 Abs. 3 lit. e BEHV-FINMA).

This publication may qualify as “Attorney Advertising” requiring notice in some jurisdictions. Prior results do not guarantee a similar outcome.

This publication is for general information purposes only, and not intended to constitute legal or other professional advice, and should not be relied on or treated as a substitute for specific advice relevant to particular circumstances. Consequently, this publication should not be relied upon for specific legal and/or tax advice, only be used as a guide to potential legal and/or tax issues and you should seek additional information and advice from legal counsel.

An offer to provide a free consultation, or an actual consultation, in person or by phone, signing up for, or attending, seminars and or workshops does not create an attorney-client relationship. An attorney-client relationship is only formed by a signed written agreement.

Oliver Arter accepts no responsibility for any loss which may arise from reliance on information or materials in this publication.

No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise without the prior permission of Oliver Arter.

If you do not wish to receive e-mails from Oliver Arter and want to be removed from the electronic mailing list, please reply to the e-mail with “remove” in the subject heading.

**Oliver Arter, Consultant, Attorney at law, Bellerivestrasse 201, 8034 Zurich, Switzerland,
Tel.: 0041 44 386 60 00, Email: oarter@froriep.ch**