

Schweizer Schriften zum Bankrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dieter Zobl, Prof. Dr. Mario Giovanoli, Prof. Dr. Gérard Hertig

Band 9

Dr. Urs Bertschinger

Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlage- beratung und Verwaltungsaufträgen

B52 134

**Juristische Gesamtbibliothek
der Technischen Hochschule
Darmstadt**

Juristische Gesamtbibliothek TU Darmstadt



57717866



Schulthess Polygraphischer Verlag

INHALTSVERZEICHNIS

| | Seite |
|---|-------|
| LITERATURVERZEICHNIS | xv |
| ABKUERZUNGSVERZEICHNIS | xxxv |
| | |
| I. EINLEITUNG | 1 |
| | |
| II. BEGRIFFLICHE ERFASSUNG VON ANLAGEBERATUNG UND VERMOEGENSVERWALTUNG | 2 |
| 1. Anlageberatung | 2 |
| 1.1. Anlage | 2 |
| 1.2. Anlageberatung | 2 |
| 1.3. Abgrenzung von Auskunft, Rat und Empfehlung | 3 |
| 2. Vermögensverwaltung | 4 |
| | |
| III. RECHTLICHE QUALIFIZIERUNG VON ANLAGEBERATUNG UND VERMOEGENSVERWALTUNG | 7 |
| 1. Einführung | 7 |
| 2. Bankdepot - Aufbewahrung und technische Verwaltung | 8 |
| 2.1. Aufbewahrung | 8 |
| 2.2. Technische Verwaltung | 10 |
| 3. Anlageberatung (ohne Verwaltungsauftrag) | 12 |
| 4. Verwaltungsauftrag | 16 |
| 5. Anlageberatung und Vermögensverwaltung als Werkvertrag? | 18 |
| | |
| IV. DIE SORGFALTSPFLICHTEN DER BANK BEI ANLAGEBERATUNG UND VERMOEGENSVERWALTUNG | 20 |
| 1. Die auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht im allgemeinen und die generelle Sorgfaltspflicht der Banken im besonderen | 20 |
| 1.1. Begriff der Sorgfalt | 20 |
| 1.2. Masstab der Sorgfalt | 20 |

| | | |
|--------|--|----|
| 1.3. | Abgrenzungsprobleme | 33 |
| 1.3.1. | Abgrenzung von Sorgfalt und Treue | 33 |
| 1.3.2. | Abgrenzung von mangelnder Sorgfalt und Verschulden | 35 |
| 2. | Verminderte Sorgfaltspflicht | 37 |
| 2.1. | Gesetzliche Minderung | 37 |
| 2.1.1. | Rechtsgrundlage | 37 |
| 2.1.2. | Die Regel: Haftungsmaß nach der Natur des Geschäftes | 37 |
| 2.1.3. | Ein Anwendungsfall: Fehlender Vorteil | 38 |
| 2.2. | Vertragliche Minderung | 39 |
| 2.2.1. | Diskussion über die Anwendbarkeit von Art. 100 Abs.2 und 101 Abs.3 OR | 39 |
| | a) Allgemeine Anwendbarkeit auf Mandate | 39 |
| | b) Anwendbarkeit auf Banken | 40 |
| | aa) Rechtsprechung | 40 |
| | bb) Auswirkungen auf die erforderliche Sorgfalt der Banken | 41 |
| 2.2.2. | Diligentia quam in suis | 44 |
| 2.2.3. | Besprechung weiterer Freizeichnungsklauseln aus der Bankpraxis | 45 |
| 3. | Spezifische allgemeine Sorgfaltspflichten bei Anlageberatung und Verwaltungsaufträgen | 47 |
| 3.1. | Die Bedeutung der Richtlinien für die Ausübung von Verwaltungsaufträgen | 47 |
| 3.2. | Sorgfaltsstandard bei Anlageberatung und Vermögensverwaltung | 50 |
| 3.2.1. | Vorbemerkungen | 50 |
| 3.2.2. | Geschäfts- bzw. Kundenakquisition | 51 |
| | a) Bankenwerbung | 51 |
| | b) Initiative zum Geschäftsabschluss | 52 |
| | aa) Anlageberatung | 52 |
| | bb) Vermögensverwaltung | 53 |
| | c) Vermeiden eines Uebernahmeverschuldens | 54 |
| | aa) Einführung | 54 |
| | bb) Die Aufklärungspflichten über Bank und Qualifikation des Kundenbetreuers | 55 |
| | cc) Tatbestandsanalyse und Würdigung | 56 |
| | d) Entgeltlichkeit | 60 |
| | aa) Anlageberatung | 60 |
| | bb) Vermögensverwaltung | 61 |
| | aaa) Sorgfaltsmaß | 61 |
| | bbb) Erfolgshonorar | 61 |
| | e) Die Vertragsparteien des Verwaltungs- auftrages (Ziff.3 VA-Richtlinien) | 63 |

| | | |
|--------|--|-----|
| f) | Formfragen | 66 |
| aa) | Formfragen beim Verwaltungsauftrag | 66 |
| aaa) | Formfreiheit gemäss Obligationenrecht - allgemeiner Formzwang gemäss Ziff.2 VA-Richtlinien | 66 |
| bbb) | Besondere schriftliche Aufträge (Ziff.10 VA- und Ziff.2 TOFF-Richtlinien) | 70 |
| bb) | Formfragen bei Options- und Futures- Geschäften | 74 |
| g) | Art und Intensität der Geschäftsbeziehung | 76 |
| | | |
| 3.2.3. | Auftragsanalyse | 79 |
| a) | Die Ausführungsabreden | 79 |
| aa) | "Know Your Customer-Rule" | 79 |
| aaa) | Die Erkundigungspflichten der Bank bei Anlageberatung und Vermögensverwaltung | 79 |
| bbb) | Der erforderliche Datenkranz | 85 |
| ccc) | Die Festlegung der Anlagepolitik | 87 |
| bb) | Die Dokumentationspflicht | 94 |
| b) | Die anlagebezogenen Aufklärungspflichten | 97 |
| aa) | Bei Anlageberatung | 97 |
| aaa) | Die Aufklärungsbedürftigkeit des Kunden | 97 |
| bbb) | Die Aufklärungspflichten bei einigen Anlageinstrumenten | 101 |
| | A) Obligationen | 101 |
| | AA) Anlagezweck | 101 |
| | BB) Spekulationszweck | 102 |
| | B) Aktien | 103 |
| | AA) Anlagezweck | 103 |
| | BB) Spekulationszweck | 104 |
| | C) Treuhandanlagen | 106 |
| | D) Optionen | 108 |
| bb) | Bei Vermögensverwaltung | 112 |
| aaa) | Aufklärungspflichten zwecks Erteilung des Verwaltungsauftrages | 112 |
| bbb) | Aufklärungspflichten im Rahmen der Verwaltungstätigkeit | 112 |
| | A) Idealtypisches Bank-Kunden-Verhältnis | 112 |
| | B) Realtypisches Bank-Kunden-Verhältnis | 113 |
| c) | Weisungen des Kunden | 114 |
| aa) | Weisungsrecht des Kunden und Weisungs- gebundenheit der Bank | 114 |
| bb) | Abgrenzungsprobleme | 119 |
| aaa) | Verbindliche Weisungen versus unverbind- liche Anregungen | 119 |
| bbb) | Weisungen versus Ausführungsabreden | 120 |
| cc) | Weisungswidriges Handeln der Bank | 123 |
| dd) | Unzweckmässige Kundenweisungen | 127 |
| aaa) | Charakterisierung der Unzweckmässigkeit | 127 |
| bbb) | Aufklärungspflichten der Bank bei unzweckmässigen Weisungen | 129 |
| ccc) | Abweichungspflicht der Bank von unzweck- mässigen Weisungen ohne vorgängige Auf- klärung des Kunden? | 132 |
| d) | Fazit: Strikte Anlegerorientierung | 134 |

| | | |
|--------|---|-----|
| e) | Das Selbstverschulden des Kunden | 136 |
| aa) | Einführung | 136 |
| bb) | Das Selbstverschulden bei der Auftrags- analyse | 137 |
| 3.2.4. | Planung der Auftragserfüllung | 139 |
| a) | Die notwendigen personellen Ressourcen . | 139 |
| b) | Die erforderliche Informationsquantität und -qualität | 142 |
| aa) | Die Sorgfaltspflichten der Bank | 142 |
| aaa) | Der massgebliche Betrachtungszeitpunkt . | 142 |
| bbb) | Gebot der Rechtzeitigkeit | 143 |
| ccc) | Gebot der Wahrheit | 143 |
| ddd) | Gebot der Vollständigkeit | 149 |
| | A) "Statisches" Vollständigkeitsgebot und Gebot der Klarheit | 149 |
| | B) "Dynamisches" Vollständigkeitsgebot . | 157 |
| bb) | Das Selbstverschulden des Kunden | 158 |
| aaa) | Bei Anlageberatung | 158 |
| bbb) | Bei Vermögensverwaltung | 162 |
| | A) Idealtypisches Bank-Kunden-Verhältnis | 162 |
| | B) Realtypisches Bank-Kunden-Verhältnis | 162 |
| c) | Die richtige Methode der Wertpapier- analyse | 162 |
| d) | Die Beachtung der wichtigsten Anlage- prinzipien | 163 |
| aa) | Bei Vermögensverwaltung | 163 |
| bb) | Bei Anlageberatung | 170 |
| e) | Die Kreditfinanzierung von Vermögens- anlagen | 171 |
| aa) | Kreditart und Rechtsgrundlage | 171 |
| bb) | Aufklärungspflichten der Bank bei kreditierter Vermögensanlage | 172 |
| cc) | Kreditfinanzierung bei Vermögens- verwaltung (Ziff.15 VA-Richtlinien) . . | 173 |
| aaa) | Die Sorgfaltspflichten der Bank bei der Kreditgewährung und -benützung | 173 |
| bbb) | Die Sorgfaltspflichten der Bank bei der Kreditkündigung | 177 |
| dd) | Kreditfinanzierung bei Anlageberatung . | 180 |
| ee) | Das Selbstverschulden des Kunden bei kreditierter Vermögensanlage | 181 |
| f) | Die angemessene Bankorganisation (Ziff.4 VA-Richtlinien) | 182 |
| 3.2.5. | Auftragsausführung | 192 |
| a) | Die Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung | 192 |
| b) | Die Sorgfaltspflichten der Bank bei Vermögensverwaltung | 192 |
| aa) | Portefeuille-Verwaltung durch die Bank . | 192 |
| bb) | Portefeuille-Verwaltung durch einen externen Vermögensverwalter | 194 |
| 3.2.6. | Kontrolle | 198 |
| a) | Kontrollmechanismen bankbetrieblicher Natur | 198 |
| aa) | Das bankinterne Kontrollsystem | 198 |

| | | |
|----------|--|-----|
| bb) | Kontrollmechanismen zwischen Bank und Kunde | 202 |
| aaa) | Die Kontrollfunktion des Kunden | 202 |
| bbb) | Depotauszüge und Performance-Reports | 203 |
| ccc) | Banklagernde Korrespondenz | 212 |
| ddd) | Periodische Kontaktaufnahme durch die Bank | 219 |
| b) | Performance als Kontrollgrösse? | 221 |
| 3.2.7. | Die Sorgfaltspflichten der Bank bei veränderten Verhältnissen | 223 |
| a) | Die Sorgfaltspflichten bei Anlageberatung | 223 |
| aa) | Vor Ausführung der Transaktion | 223 |
| bb) | Nach Ausführung der Transaktion | 224 |
| b) | Die Sorgfaltspflichten bei Vermögensverwaltung | 226 |
| aa) | Idealtypisches Bank-Kunden-Verhältnis | 226 |
| bb) | Realtypisches Bank-Kunden-Verhältnis | 228 |
| V. | ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK | 229 |
| ANHAENGE | | |
| (1) | Richtlinien und Kommentar für die Ausübung von Verwaltungsaufträgen an die Bank der Schweizerischen Bankiervereinigung (August 1990) | 230 |
| (2) | Richtlinien und Kommentar für den Handel mit Traded Options und Financial Futures der Schweizerischen Bankiervereinigung (September 1990) | 237 |
| (3) | Fragetabelle "Degree of importance of investment objectives" | 253 |
| (4) | Bankinternen Weisung "Produkte-/ Sortimentspolitik" | 255 |
| (5) | Beilage zu Zirkular Nr.6595 der Schweizerischen Bankiervereinigung vom 23. Aug. 1990: Vergleich der Zulässigkeit derivativer Instrumente nach altem (April 1986) und revidiertem Text (Aug. 1990) der VA-Richtlinien | 257 |