



Autor	Dieter Zobl
Titel	Zur Morphologie und rechtlichen Qualifikation der Geschäftsverbindung im Bankverkehr
Buchtitel	Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts - Festschrift für Heinz Rey
Jahr	2003
Herausgeber	Heinrich Honsell, Roger Zäch, Wolfgang Portmann, Dieter Zobl
ISBN	978-3-7255-4572-8
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

Zur Morphologie und rechtlichen Qualifikation der Geschäftsverbindung im Bankverkehr

Dieter Zobl*

505

I. Begriff und Wesen der Geschäftsverbindung

1. Begriff

a) Keine Legaldefinition und fehlende Rechtsprechung zum Begriff

Für den Begriff der Geschäftsverbindung besteht im schweizerischen Recht *keine* Legaldefinition. Auch sonst erfährt die Geschäftsverbindung keine gesetzliche Regelung¹. Das Gesetz stellt zwar an verschiedenen Stellen auf das Vorhandensein einer Geschäftsbeziehung ab, konkretisiert diese aber nicht näher. So ist eine Voraussetzung des kaufmännischen Retentionsrechtes nach Art. 895 Abs. 2 ZGB, dass die zu sichernde Forderung aus dem *geschäftlichen Verkehr*² der Parteien, also aus einer Geschäftsbeziehung, herrührt. Auch beim gekreuzten Check³ (Art. 1123 f. OR) ist der Begriff von Bedeutung, da dieser von der bezogenen Bank nur an ihre *Kunden* bezahlt werden darf (Art. 1124 Abs. 1 OR). Bankkunde im Sinne von Art. 1124 OR ist gemäss Bundesgericht jemand, der eine relativ dauerhafte und regelmässige sowie gefestigte und gepflegte *Geschäftsbeziehung* zur Bank unterhält⁴. Lehre und Rechtsprechung stellen zudem bei der Gültigkeitsprüfung genereller Pfandklauseln auf die Geschäftsverbindung ab: Solche sind

* Ich danke Frau lic.iur. Christine Forlin, Assistentin an meinem Lehrstuhl, für die Kontrolle des Textes und der Fussnoten sehr herzlich.

¹ Vgl. Stefan Jacques Schmid, Die Geschäftsbeziehung im schweiz. Bankvertragsrecht, Bern/Stuttgart/Wien 1993, 54.

² Vgl. auch den französischen Text von Art. 895 Abs. 2 ZGB: "relations d'affaires".

³ Dazu BK-Zobl, Berner Kommentar, Das Sachenrecht, Das Fahrnispfand, I. Unterteilband: Syst. Teil und Art. 884-887 ZGB und 2. Unterteilband: Art. 888-906 ZGB, 2. Aufl., Bern 1982 bzw. 1996, Art. 895 N 236 ff.

⁴ BGE 124 III 313 ff., 319; das Vorliegen einer Kontobeziehung allein genügt gemäss BGer nicht.

lediglich zulässig zur Sicherstellung sämtlicher gegenwärtiger und künftiger Forderungen aus einer bestehenden oder in Aussicht genommenen *Geschäftsbeziehung*⁵. Mit dem Begriff der Geschäftsverbindung als solcher hat sich das Bundesgericht indessen nicht näher auseinandergesetzt.

b) Umschreibung des Begriffes in der Doktrin

aa) Nach herrschender *Doktrin* liegt eine Geschäftsverbindung dann vor, wenn zwei Parteien miteinander in rechtsgeschäftlichen Kontakt treten, der nicht lediglich auf die Abwicklung eines Einmalgeschäftes, sondern auf die Geschäftsabwicklung über einen längeren Zeitraum gerichtet ist⁶. Es spielt dabei keine Rolle, ob aufgrund eines einzigen Vertrages (z.B. eines Kontokorrentvertrages) eine Mehrzahl von Transaktionen abgewickelt wird oder mehrere einzelne Verträge verschiedener Art abgeschlossen werden. Das die Geschäftsverbindung begründende Vertragsverhältnis muss zudem ein gewisses *Interessenwahrungselement* enthalten, damit eine Geschäftsverbindung vorliegt.

bb) Oftinger definiert den Begriff der Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde wie folgt: "Eine Geschäftsbeziehung gilt als bestehend, solange für den Kunden ein Kontokorrent-, ein Darlehenskonto oder ein Wertschriftendepot geführt wird. Dabei ist gleichgültig, wenn mit dem Kunden vorübergehend nur auf Kreditorenbasis verkehrt wird. Werden solche Konten und die Depots gesamthaft aufgehoben, ist die Geschäftsbeziehung als unterbrochen zu betrachten"⁷.

cc) Nach anderer Auffassung kann eine Geschäftsverbindung auch ohne gültigen Einzelvertrag bestehen⁸. Es wird dabei der Fall anvisiert, dass der die Geschäftsverbindung begründende Bankvertrag nichtig oder aufgrund von Willensmängeln ungültig ist, die Parteien aber dennoch Leistungen "vertragsgemäss" erbringen oder erbracht haben. In solchen Fällen rechtfertigt es sich, das Verhältnis zwischen den Parteien in gewisser Hinsicht wie eine (gültige) Geschäftsbeziehung, d.h. wie eine auf einem gültigen Bankvertrag beruhende Verbindung, zu behandeln⁹. Die Rechte und Pflichten ergeben sich sodann analog aus dem unwirksamen Bankvertrag. Es liegt dann ein sogen. faktisches Vertragsverhältnis vor¹⁰.

c) Folgerungen

Die gültige Geschäftsbeziehung setzt nach der Lehre den Bestand eines Bankvertrages voraus, der auf eine gewisse Dauer angelegt ist und zwischen den Parteien Interessenwahrungspflichten begründet (z.B. Konto-Beziehung, Kredit, Einlagen,

⁵ BK-Zobl (FN 3), Art. 884 N 469 m.w.N.; BGE 106 II 263 f.

⁶ Schmid (FN 1), 3; Peter Avancini/Gert M. Iro/Helmut Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht, Bd. I, Wien 1987, N 1/1; Claus-Wilhelm Canaris, Bankvertragsrecht, Erster Teil, 3. Aufl., Berlin/New York 1988, N 1; Christian Ohlroggen, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken (1993) und der allgemeine Bankvertrag, Frankfurt a.M. 1997, 49.

⁷ Unveröffentlichtes Gutachten Oftingers an eine Schweizer Grossbank vom 18. Mai 1970, zitiert in BK-Zobl (FN 3), Art. 884 N 473.

⁸ Schmid (FN 1), 55; Benedikt Maurenbrecher, Die Vereinbarung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, ZSR 1990 I 173 ff., 190 Anm. 82; Canaris (FN 6), N 15.

⁹ Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid/Heinz Rey, Schweiz. Obligationenrecht, Allg. Teil, Bd. I und II, 7. Aufl., Zürich 1998 (zit. nach den Bearbeitern Gauch/Schlupe/Schmid bzw. Gauch/Schlupe/Rey), N 1189.

¹⁰ Zu diesen Fragen vgl. Gauch/Schlupe/Schmid (FN 9), N 1189, 1191 ff.; Dieter Zobl, Die Behandlung der fehlerhaften Personengesellschaft im schweizerischen Recht, in: Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, 471 ff.



Depot)¹¹. Dies steht im Gegensatz zu Einzelgeschäften, insb. Schaltergeschäften, die in einer einmaligen Abwicklungshandlung bestehen, wie z.B. Geldwechsel, Kauf von Reiseschecks etc. Faktisch ist die Geschäftsverbindung somit die Summe der zwischen Bank und Kunde abgeschlossenen Verträge.

2. Begründung

Die Geschäftsbeziehung entsteht nach herrschender Lehre durch Abschluss eines auf eine gewisse Dauer angelegten und Interessenwahrungspflichten begründenden Bankvertrages. Im Vordergrund steht dabei der Abschluss eines Kontokorrentvertrages als Basis einer Geschäftsbeziehung¹². Es ist kaum ein Fall denkbar, in welchem eine Bank ohne eine Kontobeziehung zu einem Kunden mit diesem Geschäfte tätigt, die über eine Einzeltransaktion hinausgehen. Zum Kontokorrentvertrag können - von Anfang an oder später - zusätzliche Bankverträge hinzutreten. In tatsächlicher Hinsicht ist der Abschluss eines Kontokorrentvertrages der Ausgangspunkt zur Begründung einer Bankverbindung.

3. Beendigung

Die Geschäftsbeziehung ist beendet bzw. unterbrochen, wenn sämtliche Konten, Depots und andere Bankbeziehungen eines Kunden mit der Bank aufgehoben sind, d.h. keinerlei vertragliche Beziehungen mehr bestehen¹³. Vorausgesetzt wird somit die Aufhebung sämtlicher Einzelverträge. Eine Aufhebung der Geschäftsverbindung an sich - ohne Auflösung der Einzelverträge - ist nicht möglich.

a) Kündigung

Die Auflösung der entsprechenden Verträge erfolgt in der Regel durch Kündigung. Dabei sind in erster Linie die Aufhebungsvorschriften des Einzelvertrages zu beachten. Soweit auf die Beendigung eines Bankvertrages Auftragsrecht anwendbar ist, kann er zwingend jederzeit ohne Frist gekündigt werden, wenn auch nicht zur Unzeit (Art. 404 OR)¹⁴. Das

508

Bundesgericht erachtet Art. 404 OR auch bei gemischten Verträgen, die neben auftragsrechtlichen noch weitere Elemente enthalten, als zwingend, soweit hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien die Bestimmungen des Auftragsrechtes als sachgerecht erscheinen¹⁵. Im Übrigen halten auch die meisten AGB der Banken ausdrücklich fest, dass die Geschäftsbeziehungen durch die Bank jederzeit nach freiem Ermessen mit sofortiger Wirkung aufgelöst werden können¹⁶.

b) Tod und Handlungsunfähigkeit

Mit dem Tod des Bankkunden endet die Geschäftsbeziehung nur dann, wenn sämtliche der Geschäftsbeziehung zugrundeliegenden Bankverträge durch den Tod des Kunden aufgelöst werden und nicht aufgrund der Universalsukzession auf die Erben übergehen. Soweit Auftragsrecht zur Anwendung gelangt, enden Bankverträge grundsätzlich nicht mit dem Tod des Kunden. Dies ergibt sich gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichtes aus der Natur des Bankgeschäftes¹⁷. In Bezug auf einzelne Geschäfte

¹² Schmid (FN 1), 13; Ohlroggen (FN 6), 42, 235.

¹³ Gutachten Oftinger (FN 7).

¹⁴ Der zwingende Charakter von Art. 404 OR ist in der Lehre umstritten, wird jedoch vom Bundesgericht bejaht: BGE 115 II 464. Dazu eingehend Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl., Bern 2001, 313 ff. mit eingehender Kritik der Rechtsprechung.

¹⁵ BGE 115 II 464. Dazu Honsell (FN 14), 314 m.w.B.

¹⁶ Dazu etwa Christian Thalmann, Die Bedeutung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im schweizerischen Bankverkehr, in: Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Schriftenreihe zum Konsumentenschutz Bd. 5, Zürich 1982, 125 ff., 150.

¹⁷ Art. 405 Abs. 1 OR; BGE 101 II 117; Honsell (FN 14), 317.

ist dies zudem meist in den entsprechenden Vertragsformularen und Reglementen ausdrücklich vorgesehen¹⁸. Eine entsprechende Regelung gilt auch für den Eintritt der Handlungsunfähigkeit¹⁹.

II. Rechtsnatur der Geschäftsverbindung

Die Rechtsnatur der Geschäftsverbindung ist äusserst umstritten. Der Bogen der verschiedenen in der Doktrin vertretenen Auffassungen reicht vom allgemeinen Bankvertrag über ein gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflichten bis zu einem bloss tatsächlichen, aber immerhin vertrauensbegründenden Tatbestand. Dabei ist bei allen Varianten unbestritten, dass es sich bei der Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunde wesensmässig zunächst um *ein tatsächliches Verhältnis* handelt, welches sich daraus ergibt, dass die Parteien über längere Zeit miteinander in rechtsgeschäftlichem Kontakt stehen²⁰. Umstritten ist aber - wie oben angedeutet - die rechtliche Qualifikation dieses Verhältnisses, nämlich die Frage, ob der Geschäftsverbindung als solcher neben den abgeschlossenen Einzelverträgen eine *selbständige rechtliche Bedeutung* zukommt und wenn ja, welche. Diese Fragen sollen im Folgenden näher untersucht werden.

509

1. Die Lehre vom "Allgemeinen Bankvertrag"

a) Begriff

Die Lehre vom Allgemeinen Bankvertrag wurde in Deutschland anfangs des 20. Jahrhunderts begründet²¹. Man versteht darunter einen mit der Eröffnung einer Bankbeziehung begründeten Rahmenvertrag²², in welchem die AGB für die bestehenden und künftigen Einzelverträge vereinbart werden²³. Daneben soll die *Bankverbindung als Vertrauensverhältnis* vertraglich verankert werden, woraus zahlreiche Nebenpflichten (insb. Interessenwahrungspflichten sowie allgemeine Schutz- und Verhaltenspflichten) abgeleitet werden²⁴. Zudem begründet der allgemeine Bankvertrag eine *Abschlusspflicht* der Bank bezüglich "neutralen", d.h. für die Bank nicht risikobehafteter Geschäfte (Effekten-, Einlagen-, Giro- und Depotgeschäft), und verpflichtet die Bank zur *Gleichbehandlung* ihrer Kunden²⁵. Die deutsche Lehre ist sich aber bis heute über das Vorhandensein und die Modalitäten dieser Vertragsform uneinig²⁶. So ist z.B. umstritten, in welchem Zeitpunkt der allgemeine Bankvertrag zustande kommt. Nach einigen Autoren soll dies bereits mit der Anbahnung von Geschäftsbeziehungen, also vor dem Abschluss eines eigentlichen Bankvertrages, der Fall sein²⁷.

¹⁸ Art. 405 Abs. 1 OR.

¹⁹ Art. 405 Abs. 1 OR; dazu auch Honsell (FN 14), 317.

²⁰ Schmid (FN 1), 3; Maurenbrecher (FN 8), 190; zur analogen Situation beim kaufmännischen Retentionsrecht vgl. BK-Zobl (FN 3), Art. 895 N 214, 238.

²¹ Überblick über die historische Entwicklung bei Hans-Ulrich Fuchs, Zur Lehre vom allgemeinen Bankvertrag, Frankfurt a.M./Bern 1982, 8 m.w.N.; Hinweise bei Klaus J. Hopt, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, München 1975, 393.

²² Zur neueren Dogmatik betr. Rahmenverträge vgl. Hans Caspar von der Crone, Rahmenverträge, Zürich 1993; Rolf H. Weber, Rahmenverträge als Mittel zur rechtlichen Ordnung langfristiger Geschäftsbeziehungen, ZSR 1987 I 401 ff.

²³ Einzelheiten dazu bei Herbert Schönle, Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl., München 1976, 26 ff.; Fuchs (FN 21), passim; Hopt (FN 21), 393 ff.; Maurenbrecher (FN 8), 191 Anm. 87.

²⁴ Maurenbrecher (FN 8), 191 Anm. 87.

²⁵ Herbert Schimansky/Hermann-Josef Bunte/Hans-Jürgen Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Bd. I, München 1997, § 1 N 30; Maurenbrecher (FN 8), 191 Anm. 87.

²⁶ Befürwortet wird der allgemeine Bankvertrag u.a. von Schimansky/Bunte/Lwowski (FN 25), § 2 N 1 ff., abgelehnt dagegen z.B. von Canaris (FN 6), N 2 ff.

²⁷ Vgl. die Übersicht bei Fuchs (FN 21), 23 Anm. 2.

b) Vor- und Nachteile des allgemeinen Bankvertrages

Der Vorteil des allgemeinen Bankvertrages besteht insbesondere darin, dass für sämtliche geschäftlichen Kontakte zwischen Bank und Kunde eine *einheitliche vertragliche Haftungsgrundlage* besteht. So könnte z.B. eine Haftung der Bank für Ratschläge und Auskünfte, die nicht direkt mit einem Einzelgeschäft in Beziehung stehen, auf Vertrag gestützt werden²⁸. Es wäre dann nicht notwendig, zur Haftung aus culpa in contrahendo, zur Deliktshaftung aus Art. 41 OR oder gar zur Vertrauenshaftung Zuflucht zu nehmen. Dieses einheitliche vertragliche Haftungsregime wäre insbesondere für den Bankkunden von Vorteil. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass diese allgemeine Haftungsgrundlage ohne grosse praktische Relevanz bleibt, da in den meisten Haftungsfällen eine Vertragsverletzung durch die Bank bezüglich eines Einzelvertrages zur Diskussion steht.

Die Bejahung des allgemeinen Bankvertrages würde andererseits dazu führen, dass für die Bank ein Zwang zum Abschluss von "neutralen Geschäften" mit ihren Kunden bestünde, was einem *Kontrahierungszwang* gleichkommt und wofür - solange der Wettbewerb

510

spielt - kein Bedürfnis besteht²⁹. Soweit die Bank willkürlich und in gegen Treu und Glauben verstossender Weise einem Kunden den Abschluss eines "neutralen" Geschäftes verweigert und dem Kunden daraus Schaden entsteht, haftet die Bank auch ohne die Annahme eines "allgemeinen Bankvertrages" allenfalls aus Vertrauenshaftung³⁰.

c) Der allgemeine Bankvertrag in der schweizerischen Doktrin und Rechtsprechung

aa) Lehre und Rechtsprechung

Die herrschende Lehre in der Schweiz lehnt die Figur des allgemeinen Bankvertrages mehrheitlich ab³¹. Nur vereinzelt wird postuliert, den allgemeinen Bankvertrag "auch für das schweizerische Bankrecht fruchtbar zu machen"³². Das Bundesgericht vertritt beiläufig die Ansicht, die Aufklärungspflicht der Bank gegenüber dem Kunden leite sich dogmatisch entweder aus einem sogenannten allgemeinen Bankvertrag oder aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht her³³. Weitere Ausführungen oder gar eine Auseinandersetzung mit der schweizerischen Lehre erfolgen im erwähnten Präjudiz indessen nicht. Die Aufklärungspflicht der Bank wird überdies hauptsächlich auf das Vertrauensverhältnis zwischen Bank und Kunde zurückgeführt und im beurteilten Fall für einen Kreditvertrag mit Bezug auf das zu

²⁸ Vgl. Weber (FN 22), 417.

²⁹ Gl.M. Avancini/Iro/Koziol (FN 6), 4.

³⁰ Siehe dazu unten, II.4.

³¹ Kleiner (FN 11), 274; Maurenbrecher (FN 8), 190 Anm. 87; Peter Nobel, Überblick über die neuere bankenrechtliche Rechtsprechung im Zivilrecht, in: Peter Nobel (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bern 1994, 154 ff., 158 f.; Heinz Reichwein, Fragen des Bankrechts, insb. Sorgfaltspflichten, SAG 1987 18 ff., 21; Roth (FN 11), 15 f.; Herbert Schönle, La responsabilité des banques pour renseignements financiers inexacts, in: Festschrift für Deschenaux, Fribourg 1977, 387, 399; ders. (FN 23), 26; Peter Wettstein, Home Banking, Die Beziehungen zwischen Kunde und Bank aus juristischer Perspektive, Diss. Zürich 1989 = SSHW Nr. 117, 45 ff.; Daniel Guggenheim, Die Verträge der schweiz. Bankpraxis, Zürich 1986, 11; a.M. Klaus J. Hopt, Rechtsprobleme der Anlageberatung und der Vermögensverwaltung der Schweizer Banken, in: Beiträge zum schweiz. Bankenrecht, hrsg. von R. von Graffenried, Bern 1987, 135 ff., 142; Wolfgang Wiegand, Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der AGB-Problematik, in: Aktuelle Probleme im Bankrecht, BTJP 1993 129 ff., 134 f.; Schmid (FN 1), 108 ff.

³² Wiegand (FN 31), 135; Hopt (FN 31), 142; Schmid (FN 1), passim und 186.

³³ Praxis 1998 Nr. 155.



finanzierende Projekt ausdrücklich verneint³⁴. Aus dem mehr beiläufigen Hinweis auf den allgemeinen Bankvertrag kann keineswegs geschlossen werden, das Bundesgericht habe damit die Rechtsfigur des allgemeinen Bankvertrages vorbehaltlos übernommen.

bb) Stellungnahme: Ablehnung des "allgemeinen Bankvertrages" für die Schweiz

Die Anhänger des allgemeinen Bankvertrages argumentieren, dass bei der 'Aufnahme rechtsgeschäftlicher Beziehungen zwischen Bank und Kunde der beidseitige Wille bestehe, eine vom Einzelvertrag unabhängige "vertragliche Grundbeziehung" zu begründen³⁵. Dieser Wille der Bank manifestiere sich in der Vereinbarung der AGB.

Dies trifft indessen nicht zu: Bei der Begründung einer Geschäftsbeziehung mittels Abschlusses eines oder mehrerer Bankverträge bezieht sich sowohl der Wille des Kunden

511

als auch derjenige der Bank einzig auf die konkret abgeschlossenen Verträge und nicht auf eine "vertragliche Grundbeziehung", die über die konkreten Verträge hinausgeht³⁶. Während in der Präambel der deutschen AGB festgehalten wird, dass die Bank "ihren Kunden ihre Geschäftseinrichtungen zur Erledigung verschiedenartigster Aufträge zur Verfügung" stellt³⁷, fehlt in den standardisierten AGB der Schweizer Banken ein solcher Hinweis. Selbst wenn beide Parteien eine gewisse Erwartungshaltung in Bezug auf künftige Geschäfte haben mögen³⁸, reicht dies nicht aus, einen darüber hinausgehenden Vertragsschluss zu konstruieren. Erwartungshaltungen begründen keine Verträge. Auch die erstmalige Vereinbarung der AGB bei Abschluss des ersten Bankvertrages begründet keine vom Einzelvertrag unabhängige vertragliche Grundbeziehung im Sinne eines allgemeinen Bankvertrages, auch wenn die AGB für künftig abzuschliessende Bankverträge gelten sollen³⁹. In diesem Fall liegt ein aus den Klauseln der AGB bestehender Geschäftsverbindungsvertrag vor, der die Abwicklungsmodalitäten und weitere Einzelheiten für künftige Einzelverträge regelt⁴⁰. Dies reicht allerdings für die Annahme eines darüber hinausgehenden allgemeinen Bankvertrages mit Kontrahierungspflicht nicht aus⁴¹. Auf den Geschäftsverbindungsvertrag ist später einzutreten⁴².

cc) Folgerungen

Die Vereinbarung von AGB stellt in der Schweiz keine genügende Grundlage dar, welche die Annahme eines "allgemeinen Bankvertrages" rechtfertigen würde. Unabhängig von der Vereinbarung der AGB fehlt den Parteien bei der Begründung der Geschäftsbeziehung der Geschäftswille zum Abschluss eines weitergehenden "allgemeinen Bankvertrages".

34 Praxis 1998 Nr. 155.

35 Wiegand (FN 31), 134 m.w.N.

36 Fortunat Bertheau, Die Haftung der Kreditgeberbank gegenüber dem Kreditnehmer, Diss. Zürich 1997 = SSBR Nr. 48, 18.

37 Vgl. etwa Schönle (FN 23), 26; dazu Schmid (FN 1), 112.

38 Schmid (FN 1), 110.

39 Vgl. dazu hinten, II.2.

40 Dazu nachstehend II.2.; ZK-Jäggi, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Allg. Einleitung, Vorbem. vor Art. 1 OR und Kommentar zu Art. 1-17 OR, Zürich 1973, Art. 1 N 444; von der Crone (FN 22), 250.

41 Vgl. Canaris (FN 6), N 10.

42 Vgl. hinten, II.2.

2. Der Geschäftsverbindungsvertrag

a) Begriff

In der Literatur wird auch die Auffassung vertreten, dass die Beziehung zwischen Bank und Kunde von einem Geschäftsverbindungsvertrag im Sinne einer *Normenvereinbarung* beherrscht werde⁴³. Darunter ist ein Rahmenvertrag zu verstehen, der die Modalitäten des gegenseitigen geschäftlichen Verkehrs regelt⁴⁴. Im Vordergrund steht dabei die Vereinbarung der AGB bei der ersten Kontoeröffnung, wobei der in den AGB geregelte Kontokorrentvertrag

512

Bestandteil der Rahmenvereinbarung bildet⁴⁵. Die antizipierte Vereinbarung von AGB ohne gleichzeitigen Abschluss eines Einzelvertrages wird in der Literatur zwar als zulässig betrachtet⁴⁶, kommt in der Bankpraxis aber nicht vor; dessen ungeachtet wird diese Möglichkeit in Deutschland in § 2 II AGBG ausdrücklich vorgesehen⁴⁷. Die rechtliche Bedeutung der Normenvereinbarung besteht vor allem darin, dass die AGB unabhängig vom Einzelvertrag bestehen können und dass sie bei späteren Einzelvertragsabschlüssen nicht mehr speziell vereinbart werden müssen⁴⁸. Vielmehr erhalten sie dann rechtsgeschäftliche Wirkung, wenn der zukünftige Vertrag, als dessen Bestandteil sie gedacht sind, geschlossen wird⁴⁹. Sie bilden dann sogen. *leges contractus*⁵⁰. Die Ungültigkeit eines Einzelvertrages hat keinen Einfluss auf die Gültigkeit des Geschäftsverbindungsvertrages⁵¹.

b) Stellungnahme

Es trifft zu, dass der Konto/Kontokorrent-Vertrag die Basis jeder Bankverbindung darstellt⁵². Da die meisten späteren Bankgeschäfte über ein Konto des Kunden abgewickelt werden, ist der Kontokorrentvertrag gewissermassen der Grundvertrag der Geschäftsverbindung, der mit weiteren Bankverträgen in einer Wechselbeziehung steht⁵³. Fast alle Bankgeschäfte setzen zu ihrer Abwicklung den Bestand eines Kontos voraus. Mit dem Abschluss des Erstvertrages werden gleichzeitig auch die AGB sowie allfällige weitere, der Geschäftsabwicklung dienende Grundsätze übernommen, welche auch für alle später zu schliessenden Einzelverträge gelten sollen⁵⁴. In diesem Sinne kann sehr wohl von einem Geschäftsverbindungsvertrag gesprochen werden⁵⁵. Im Gegensatz zum allgemeinen Bankvertrag ergeben sich bei diesem Modell keinerlei Pflichten der Bank zum Abschluss weiterer Einzelverträge. Einziger Inhalt des vom

⁴³ Grundlegend hierfür Ludwig Raiser, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hamburg 1935, insb. 137 f.; Maurenbrecher (FN 8), 192 ff.; ZK-Jäggi (FN 40), Art. 1 N 444.

⁴⁴ Canaris (FN 6), N 10; Maurenbrecher (FN 8), 191 m.w.B.; Schmid (FN 1), 88; Weber (FN 22), 414 f., 416; Kleiner (FN 11), 274.

⁴⁵ Kleiner (FN 11), 274; Maurenbrecher (FN 8), 192.

⁴⁶ Maurenbrecher (FN 8), 185.

⁴⁷ Vgl. die Hinweise bei Maurenbrecher (FN 8), 185.

⁴⁸ Raiser (FN 43), 136.

⁴⁹ So Kleiner (FN 11), 274.

⁵⁰ So Kleiner (FN 11), 274.

⁵¹ Raiser (FN 43), 137 f.

⁵² Vgl. vom, I.2.

⁵³ Bertheau (FN 36), 14 m.w.N.

⁵⁴ Vgl. in diesem Sinne auch Peter Forstmoser, *Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre Bedeutung im Bankverkehr*, in: *Rechtsprobleme der Bankpraxis*, hrsg. von P. Forstmoser, *Bankwirtschaftliche Forschungen* Bd. 36, Bern/Stuttgart 1976, 11 ff., insb. 12.

⁵⁵ Gl.M. Avancini/Iro/Koziol (FN 6), 5.

Einzelvertrag zu unterscheidenden Geschäftsverbindungsvertrages ist die Vereinbarung der AGB, die für gegenwärtige und künftige Einzelvertragsabschlüsse gelten⁵⁶.

513

3. Die Lehre vom gesetzlichen Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht

a) Begriff

Canaris lehnt den Vertragscharakter der Geschäftsverbindung und damit auch den allgemeinen Bankvertrag sowie den Geschäftsverbindungsvertrag ab, nimmt aber dafür ein *gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht als Grundlage einer Vertrauenshaftung* an⁵⁷. Er beruft sich dabei in erster Linie auf die grundlegende Arbeit von Ludwig Raiser über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen⁵⁸. Dieser erblickt in der Geschäftsbeziehung "ein Rechtsverhältnis, sogar ein Schuldverhältnis", das nicht durch "Rechtsgeschäft entstanden ist"; vielmehr handelt es sich dabei nach Raiser um eine "ausservertragliche Sonderverbindung von derselben Art wie die Vertragsverhandlungen, welche die Grundlage der Haftung bei culpa in contrahendo bilden."⁵⁹ Die Dogmatik hat daraus den Begriff des "Schuldverhältnisses ohne primäre Leistungspflicht" kreiert⁶⁰. Eine allfällige Schadenersatzpflicht beruht dann auf einer Haftung kraft Gesetzes und nicht kraft Rechtsgeschäftes, aber doch immerhin auf einer solchen kraft rechtsgeschäftlichen Kontakts oder kraft Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr⁶¹. Dieses Schuldverhältnis sei vom Bestehen einzelner Bankverträge unabhängig⁶².

b) Rechtsfolgen

Das Konzept des gesetzlichen Schuldverhältnisses ohne primäre Leistungspflicht auferlegt den Parteien zahlreiche und umfassende Schutzpflichten, insbesondere Geheimhaltungs- und Auskunftspflichten sowie Beratungs-, Aufklärungs- und Mitteilungspflichten, aber auch sonstige Verhaltenspflichten, wie Treue-, Überwachungs- und Organisationspflichten⁶³. Im Einzelfall wird die Auffassung vertreten, dass die Bank sogar zum Abschluss von Bankverträgen verpflichtet sein könne, vor allem dann, wenn diese mit bereits bestehenden Verträgen in einem engen Zusammenhang stehen⁶⁴.

Verletzt die Bank diese Pflichten, führt dies nach dieser Auffassung zu einer vertragsähnlichen Haftung, wobei grundsätzlich das negative, ausnahmsweise aber auch das positive Interesse zu ersetzen ist⁶⁵.

⁵⁶ Gl.M. Avancini/Iro/Koziol (FN 6), 5.

⁵⁷ Betreffend Einzelheiten vgl. Canaris (FN 6), N 12 ff.

⁵⁸ Canaris (FN 6), N 12.

⁵⁹ Raiser (FN 43), 135.

⁶⁰ Canaris (FN 6), N 12 m.w.B.

⁶¹ Canaris (FN 6), N 14 ff.

⁶² Ohlroggen (FN 6), 190.

⁶³ Ohlroggen (FN 6), 190; Canaris (FN 6), N 15.

⁶⁴ Canaris (FN 6), N 9.

⁶⁵ Canaris (FN 6), N 15 ff., insbesondere N 29 und 34 f.

c) Beurteilung nach schweizerischem Recht

aa) Ablehnung des "gesetzlichen Schuldverhältnisses ohne primäre Leistungspflicht"

Nach der hier vertretenen Auffassung entsteht eine Geschäftsverbindung erst durch Abschluss mindestens eines Bankvertrages. Sofern sich Probleme in der Erfüllung eines Vertrages ergeben, bleibt für die Annahme eines "gesetzlichen Schuldverhältnisses" kein

514

Raum. Die Haupt- und die sich aus Treu und Glauben ergebenden Nebenpflichten der Parteien sind durch die der Geschäftsbeziehung zugrunde liegenden Verträge bestimmt. Die Annahme eines "gesetzlichen Schuldverhältnisses" erweist sich als überflüssig⁶⁶.

Für Rechtshandlungen, die ausserhalb eines bestehenden oder ohne Vorliegens eines Vertragsverhältnisses vorgenommen werden, gilt Folgendes: Im Vordergrund steht dabei die Erteilung von Rat und Auskünften, die nicht unmittelbar mit dem bestehenden Vertragsverhältnis zusammenhängen. Für diese Fälle kann sich eine Haftung entweder aus culpa in contrahendo oder aus der auf Art. 2 ZGB abgestützten Vertrauenshaftung ergeben. Diese Haftung basiert gerade *nicht* auf der Geschäftsverbindung als "gesetzlichem Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht", sondern auf dem allgemeinen Grundsatz von *Treu und Glauben*. Die bestehende Geschäftsverbindung ist hier lediglich die Grundlage gesteigerten Vertrauens und nicht die Basis eines "gesetzlichen Schuldverhältnisses". Diese Haftung wird noch näher zu behandeln sein⁶⁷. Eine derartige Vertrauenshaftung weist zwar durchaus Ähnlichkeit mit dem gesetzlichen Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht auf, ist indessen nicht identisch und auferlegt den Parteien nicht derart weitgehende Pflichten, wie dies für das gesetzliche Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht postuliert wird.

bb) Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat sich bisher mit dem gesetzlichen Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht nicht eingehend auseinandergesetzt. Allerdings hat es in jenem Entscheid, in welchem auch der allgemeine Bankvertrag als mögliche Haftungsgrundlage erwähnt wurde, beiläufig festgehalten, dass Aufklärungspflichten der Bank, soweit sie nicht direkt Vertragsinhalt bilden und damit Hauptleistungspflichten darstellen, als Nebenpflichten gelten, die u.a. aus einem Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht hergeleitet werden könnten⁶⁸.

4. Die Geschäftsverbindung als tatsächliches Verhältnis und vertrauensbegründender Tatbestand

a) Geschäftsverbindung als tatsächliches Verhältnis

Nach diesem Konzept ist die Geschäftsverbindung zunächst nichts anderes als die Tatsache, dass die Bank mit einem Kunden einen bestimmten Bankvertrag als Einzelvertrag abgeschlossen hat, welcher ein Dauerschuldverhältnis mit Interessenwahrungspflichten begründet⁶⁹. Diese Tatsache bewirke zwischen den Parteien kein von diesem Einzelvertrag unabhängiges Rechtsverhältnis, welches diesen

⁶⁶ Gl.M. Hans Merz, Die privatrechtliche Rechtsprechung des BGer 1986, ZBJV 1988 190 ff., 217; a.M. BK-Kramer, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allg. Bestimmungen, Allg. Einleitung in das schweiz. Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986, Allg. Einleitung N 139 ff.

⁶⁷ Siehe unten, II.4.

⁶⁸ Praxis 1998 Nr. 155.

⁶⁹ Vgl. die Hinweise bei Ohlroggen (FN 6), 51 ff.

weitergehende Rechte und Pflichten auferlege⁷⁰. Die Übernahme weiterer Pflichten - wie beim allgemeinen Bankvertrag postuliert - würde nach dieser Lehrmeinung nicht dem Willen der Parteien entsprechen

515

und fände damit keinen rechtlichen Rückhalt. Dagegen begründe die Geschäftsverbindung zwischen den Parteien eine verstärkte Vertrauensstellung, was Rechtsfolgen nach sich ziehen könne.

b) Folgerung: Geschäftsverbindung als Vertrauenstatbestand

aa) Primär ergeben sich die Rechte und Pflichten der Parteien aus ihrem vertraglichen Verhältnis. Dazu gehören nicht nur die Hauptpflichten, sondern auch zahlreiche Nebenpflichten, insbesondere Schutzpflichten⁷¹, deren Verletzung eine positive Vertragsverletzung darstellen kann⁷². Die Frage, ob im Einzelfall von der Verletzung einer aus einem Einzelvertrag abzuleitenden Schutzpflicht gesprochen werden kann oder ob der zu beurteilende Sachverhalt mit dem Einzelvertrag nicht mehr konnex ist, bedarf der individuellen Beurteilung.

bb) Es sind somit Fälle denkbar, in welchen ein Bankkunde zu Schaden kommt, ohne dass sich das schädigende Ereignis auf eine positive Vertragsverletzung hinsichtlich eines Einzelvertrages stützen lässt. Als Beispiel sei eine fehlerhafte Kreditauskunft genannt, welche die Bank einem Kunden über einen Dritten erteilt⁷³. In solchen Fällen könnte m.E. von einem selbständigen Auftragsverhältnis ausgegangen werden, womit die Haftungsproblematik gelöst wäre⁷⁴. Von diesem an sich dogmatisch vertretbaren Konzept, das zu klaren Lösungen führen würde, wird indessen in der Rechtsprechung kein Gebrauch gemacht.

Statt dessen wird in solchen Fällen von einem besonderen, aus der faktischen Geschäftsbeziehung folgenden Vertrauensverhältnis ausgegangen, welches den Vertragsparteien erhöhte Schutzpflichten auferlegt⁷⁵. Man spricht von einer sogen. Sonderverbindung⁷⁶; eine solche liegt vor, wenn die Beteiligten - ausserhalb eines schon oder noch bestehenden Vertragsverhältnisses - rechtlich in besonderer Nähe stehen, wobei sie einander gegenseitig Vertrauen gewähren und Vertrauen in Anspruch nehmen. Die Sonderverbindung unterscheidet sich somit von der deliktsrechtlichen Konstellation des zufälligen und ungewollten Zusammenpralls beliebiger Personen⁷⁷. Aus dieser Sonderverbindung als Vertrauenstatbestand ergeben sich gestützt auf Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) Schutz- und Aufklärungspflichten. Diese sind auch in jenem gegenseitigen Verkehr zu beachten, der nicht direkt auf einer einzelvertraglichen Grundlage beruht.

Wird dieses Vertrauen einer Partei verletzt, führt dies zu einer Haftung aus culpa in contrahendo oder aus erwecktem und enttäuschten Vertrauen (Vertrauenshaftung)⁷⁸.

516

⁷⁰ Vgl. Ohlroggen (FN 6), 51.

⁷¹ Überblick über mögliche Schutzpflichten bei Gauch/Schluemp/Rey (FN 9), N 2609.

⁷² Vgl. Gauch/Schluemp/Rey (FN 9), N 2608 ff.; Ohlroggen (FN 6), 52.

⁷³ ZK-Baumann, Zürcher Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch, Einleitung, 1. Teilband, Art. 1-7 ZGB, Zürich 1998, Art. 2 N 135.

⁷⁴ Das Bundesgericht nimmt einen Auftragskonsens nur dann an, wenn die Raterteilung entgeltlich und gewerbsmässig erfolgt, vgl. BGE 112 II 350, 111 II 473.

⁷⁵ Vgl. Ohlroggen (FN 6), 53 m.w.B.

⁷⁶ BGE 120 II 336; BGer, Urteil vom 21.6.2002, 4C.82/2002; vgl. dazu Gauch/Schluemp/Schmid (FN 9), N 982 f.; Heinz Rey, Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 231 ff.

⁷⁷ BGer, Urteil vom 21.6.2002, 4C.82/2002.

⁷⁸ Zur Kritik der Vertrauenshaftung vgl. etwa Heinrich Honsell, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2000, 52 ff. mit Hinweisen auf die zahlreiche weitere Literatur.

Ratschläge könnte in einem solchen Fall entweder aus culpa in contrahendo oder aus der Vertrauenshaftung hergeleitet werden. Zu prüfen wäre auch eine mögliche Haftung aus positiver Vertragsverletzung bezüglich eines Einzelvertrages; letzteres aber unabhängig davon, wie man die Geschäftsverbindung rechtlich qualifiziert.

Das Resultat des vorstehenden Befundes besteht somit darin, dass die Geschäftsbeziehung zwar als Geschäftsverbindungsvertrag qualifiziert werden kann. Haftungsmässig lässt sich daraus aber nichts ableiten. Die Haftung der Bank beurteilt sich entweder nach dem verletzten Einzelvertrag oder dann nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo bzw. der Vertrauenshaftung, indem zwischen Bank und Kunde eine Sonderverbindung anzunehmen ist, die einen Vertrauenstatbestand begründet. Eleganter wäre es aber wohl, in allen Fällen der Auskunft- und Raterteilung von einem eigenständigen Auskunfts- bzw. Raterteilungsvertrag auszugehen, womit die vertragliche Haftung gegeben wäre. Damit könnten viele Probleme, mit denen man sich schwer tut, vermieden werden. Es ist erstaunlich, dass man sich zur generellen vertragsrechtlichen Einordnung der Auskunft- oder Raterteilung und damit zur Annahme einer einheitlichen vertraglichen Haftung derart querlegt.