Öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im schweizerischen Haftungsrecht

Unter besonderer Berücksichtigung des Finanzmarktrechts

DISSERTATION
der Universität St. Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften
sowie Internationale Beziehungen (HSG)
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Matthias Kuert

von

Langenthal (Bern)

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr., Dr. h.c. Ivo Schwander

und

Prof. Dr. Vito Roberto

Dissertation Nr. 4781

Dike Verlag Zürich/St. Gallen 2018

Die Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften sowie Internationale Beziehungen (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St. Gallen, den 22. Mai 2018

Der Rektor:

Prof. Dr. Thomas Bieger

Die gleiche Arbeit ist erschienen als Band 16 der Schriftenreihe «St. Galler Schriften zum Finanzmarktrecht», herausgegeben von Prof. Dr. Urs Bertschinger
ISBN 978-3-03891-058-9

Vorwort

Die Arbeit an der vorliegenden Dissertation hat viel Zeit in Anspruch genommen. Als ich diese vor ungefähr zehn Jahren in Angriff genommen habe, war von einem FIDLEG beispielsweise noch nicht die Rede; der FINMA-Vertriebsbericht 2010, der am Anfang des Gesetzgebungsprojekts stand, war noch Zukunft. Auch das Verfahren bis zur vorliegenden Publikation hat sich in die Länge gezogen, wobei dies – abgesehen von den administrativen Vorgaben – wohlgemerkt allein auf mich zurückzuführen ist.

Es sei mir verziehen, dass sich die Dissertation daher grundsätzlich auf dem Stand November 2016 befindet. In Bezug auf das FIDLEG steht die Arbeit gleichsam grundsätzlich auf dem Stand des Entwurfs des Bundesrats (‹E-FIDLEG›).

Nachgetragen habe ich zum einen die weitere Entwicklung des FIDLEG-Gesetzgebungsverfahrens betreffend die Regelung des Verhältnisses von Zivil- und Aufsichtsrecht bis zur Verabschiedung des Gesetzes im Parlament Mitte Juni 2018 (vgl. insb. die Hinweise ganz am Ende der Arbeit, Rn. 1241 ff.). Zudem habe ich die gemäss bundesrätlichem Entwurf zitierten Nummern bzw. Buchstaben der Bestimmungen mit jenen gemäss dem nunmehr verabschiedeten Gesetz (‹FIDLEG›) ergänzt.

Zum andern habe ich eine Arbeit von BENEDIKT MAURENBRECHER berücksichtigt, die sich ausserordentlich einlässlich zur privatrechtlichen Haftung wegen Verletzungen öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen äussert.*

Gerade weil die Arbeit viel Zeit in Anspruch genommen hat, wäre sie ohne die Unterstützung verschiedenster Personen gar nicht oder jedenfalls nicht in dieser Form zu Stande gekommen. Das gilt vorab für Prof. Ivo Schwander, der die Arbeit von Anfang an bis zum Abschluss begleitete mit der Konsequenz, dass er sich noch Jahre nach seiner Emeritierung damit befasste. Seine zahlreichen Hinweise leisteten einen wesentlichen Beitrag zum Gehalt der Dissertation. Ich danke ihm herzlich. Ferner bedanke ich mich bei Prof. Vito Roberto für die Übernahme des Koreferats sowie die Assistenzzeit, die ich vor Längerem an seinem Lehrstuhl verbringen durfte. Prof. Urs Bertschinger sei sodann für die Aufnahme der Arbeit in seine Schriftenreihe gedankt.

---

* BENEDIKT MAURENBRECHER, Privatrechtliche Haftung für die Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften, in: Weber, Rolf H. et al., Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts – Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2017, 555 ff. (zit.: FS von der Crone).

Auch aus dem Freundes- und Kollegenkreis haben mich zahlreiche Personen unterstützt, gerade anlässlich der Fertigstellung der Arbeit. Ihnen gebührt ebenfalls mein Dank. Namentlich genannt seien Dr. Thomas Forster, der die ganze Arbeit durchgelesen hat, sowie Dr. Stefan Gerster und Dr. André E. Lebrecht von der Kanzlei CMS von Erlach Poncet AG, die mir stets entgegengekommen sind, als es darum ging, Zeit für die Fertigstellung der Dissertation zu finden.

Schliesslich danke ich meinen Liebsten, die – abgesehen von Ihrer Hilfestellung – unter der Arbeit bisweilen auch gelitten haben. Das sind meine Eltern, Beatrice und Simon, deren Unterstützung mein Dissertationsvorhaben erst ermöglicht hat, meine Geschwister, Fabian und Sabine, sowie Caroline. Caroline und meinen Eltern ist die Arbeit gewidmet.

Zürich, im Juli 2018 M. Kuert

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis IX
Literaturverzeichnis XV
Materialienverzeichnis LIII
Kurzzusammenfassung LV
Résumé LVII
Executive Summary LIX

Einleitung 1
I. Vorstellung des Themas 1
II. Vorgehensweise 12

1. Teil: Konzeptionelle Grundlegung 17

1. Kapitel: Zum Phänomen öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Haftungsrecht 19
I. Die Problematik aus unterschiedlicher Perspektive 19
II. Die Struktur der Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im (privaten) Haftungsrecht 27

2. Kapitel: Präzisierung der Verhaltensnormnotion 71
I. Vorbemerkungen / Elementare Beschreibung 71
II. Verhaltensnormen als Normkategorie 73
III. Verhaltensnormen im Haftungstatbestand 83
IV. Fazit 161

2. Teil: Öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im materiellen schweizerischen Haftungsrecht 165

1. Kapitel: Besonderheiten der Haftung für reine Vermögensschäden 167
I. Überblick 167
II. Reine Vermögensschädigungen in freiheitlichen Ordnungen 170
III. Umsetzung im Schweizer Haftungsrecht / Die Bedeutung gesetzlicher und insbesondere öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen 184

2. Kapitel: Vertragsrecht 199
I. Vorbemerkungen 199

II. Doppelnormen 202
III. Anderweitige vertragliche Begründung von Pflichten gemäss öffentlich-rechtlichen Vorschriften....215
IV. Fazit 304

3. Kapitel: Deliktsrecht 325
I. Ausgangslage gemäss vorherrschender Praxis und Doktrin: Die objektive Widerrechtlichkeitstheorie 325
II. Der Verweis im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses gemäss Art. 41 Abs. 1 OR 333
III. Die haftpflichtigen Personen....489
IV. Fazit 533

4. Kapitel: Die Inbezugnahme öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Rahmen weiterer Haftungsgselemente 537
I. Vorbemerkungen 537
II. Verschulden 556
III. Selbstverschulden 564
IV. Haftung juristischer Personen 565
V. Fazit 567

Schluss....569
I. Hinweise zur Auflösung der Beispielfälle 569
II. Ausblick....587

Stichwortverzeichnis....599

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis XV
Materialienverzeichnis LIII
Kurzzusammenfassung LV
Résumé LVII
Executive Summary LIX

Einleitung 1
I. Vorstellung des Themas 1
II. Vorgehensweise 12

1. Teil: Konzeptionelle Grundlegung 17

1. Kapitel: Zum phänomen Öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Haftungsrecht 19
I. Die Problematik aus unterschiedlicher Perspektive 19
1. Perspektive des Schädigers an den Beispielen des Finanzdienstleisters und des Emittenten 19
2. Perspektive des Geschädigten 24
3. Perspektive des Zivilrichters 25
4. Ausblick 25
II. Die Struktur der Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im (privaten) Haftungsrecht 27
1. Vorbemerkungen 27
A. Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht 27
a. Vorbemerkungen (inkl. Darstellungen der Kriterien im Allgemeinen) 27
b. Anwendung der Kriterien 31
c. Fazit 36
B. Weiteres Vorgehen 36
2. Befugnis des Schweizer Zivilrichters zur Anwendung öffentlich-rechtlicher Normen 39
3. Die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung im Allgemeinen 41
4. Präzisierungen betreffend die Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im (privaten) Haftungsrecht im Besonderen 55
5. Fazit 65

2. Kapitel: Präzisierung der Verhaltensnormnotion 71
I. Vorbemerkungen / Elementare Beschreibung....71
II. Verhaltensnormen als Normkategorie....73
1. Verhaltensnormen und Ermächtigungs- sowie Verweisungsnormen....73
2. Verhaltensnormen und Sanktionsnormen 78
III. Verhaltensnormen im Haftungstatbestand 83
1. Vorbemerkungen zur nachfolgenden ‹Skelettierung› des Haftungstatbestands....83
A. Ausgangslage / Erfordernis rechtssystemunabhängiger Begriffe....83
B. Die naturrechtliche Zurechnungslehre 92
C. Exkurs: Zurechnung von Erklärungsverhalten gemäss der naturrechtlichen Zurechnungslehre....97
2. Pflichtverletzung....100
3. Zurechnung zur Tat....103
4. Zurechnung zur Schuld....114
5. Erfolg....122
6. Objektive Zurechnung 126
7. Allgemeine Verteidigungsgründe 130
A. Im Allgemeinen 130
B. Selbstverschulden 132
C. Rechtsgeschäftliches Verhalten des Geschädigten....136
8. Haftung für andere....139
9. Anwendungsbereich gesetzlicher Verhaltensnormen 146
10. Sonderverbindung....149
11. Verhaltensbestimmende und übrige Haftungselemente 157
IV. Fazit 161

2. Teil: Öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im materiellen Schweizerischen Haftungsrecht 165

1. Kapitel: Besonderheiten der Haftung für reine Vermögensschäden....167
I. Überblick 167
II. Reine Vermögensschädigungen in freiheitlichen Ordnungen 170
III. Umsetzung im Schweizer Haftungsrecht / Die Bedeutung gesetzlicher und insbesondere öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen....184

2. Kapitel: Vertragsrecht 199
I. Vorbemerkungen 199
II. Doppelnormen 202
III. Anderweitige vertragliche Begründung von Pflichten gemäss öffentlich-rechtlichen Vorschriften....215
1. Vorbemerkungen 215

2. Auslegung / Ergänzung von Willenserklärungen ... 221
A. Auslegung von Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip ... 221
a. Einleitung ... 221
b. Kriterien der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip im Hinblick auf die vertragliche Übernahme öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen ... 232
c. Operationalisierung der Kriterien ... 240
d. Exkurs: Zurechnung von Erklärungsverhalten gemäss Schweizer Recht ... 264
B. Begründung von Nebenpflichten aufgrund von an den Richter gerichteten Ermächtigungsnormen, insbesondere dem Grundsatz von Treu und Glauben ... 269
a. Vorbemerkungen ... 269
b. Grundsatz von Treu und Glauben ... 274
c. Verkehrssitten ... 296
d. Richterliche Rechtsfortbildung ... 299
IV. Fazit ... 304
1. Die Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen gemäss schweizerischem Vertragsrecht ... 304
2. Exkurs 1: Separate Vertrauenshaftung? ... 310
3. Exkurs 2: Einordnung der Sorgfaltspflichtverletzung im auftragsrechtlichen Haftungstatbestand ... 319

3. Kapitel: Deliktsrecht ... 325
I. Ausgangslage gemäss vorherrschender Praxis und Doktrin: Die objektive Widerrechtlichkeitstheorie ... 325
II. Der Verweis im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses gemäss Art. 41 Abs. 1 OR ... 333
1. Vorbemerkungen ... 333
2. Charakterisierung des Verweisungsgehalts ... 337
3. Zwischenhalt: Übersicht über die Anforderungen an eine Schutznorm ... 346
4. Implikationen der Charakterisierung des Verweisungsgehalts ... 350
A. Verweis auf Verhaltensnormen ... 350
a. Im Allgemeinen ... 350
b. Zur Bedeutung der verwaltungsrechtlichen Sanktionen im Besonderen ... 355
B. Bestimmtheitserfordernis ... 361
C. Auslegung öffentlich-rechtlicher Schutznormen ... 365
D. Exkurs: Ungeschriebene Normen und private Regelwerke als Schutznormen ... 367
5. Individualschutzzweck ... 380
6. Weitere Anforderungen an eine Schutznorm? ... 390
A. Tragbarkeit einer Haftung im Licht des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems ... 391
B. Strafbewehrung und Vorsatzdogma ... 403

7. Reichweite des Verweises (relevante ausserprivatrechtliche Haftungselemente) 414
A. Vorbemerkungen 414
B. Anwendungsbereich der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen 423
a. Im Allgemeinen 423
b. Im Besonderen: Der materiell-rechtliche Verweis auf ausländische Schutznormen im Rahmen des schweizerischen internationalen Haftungsrechts 429
C. Verschulden 447
a. Vorbemerkung: Redaktionelle Trennung von Verhaltens- und Sanktionsnormen 447
b. Schwere Aufsichtsrechtsverletzung und andere aufsichtsrechtliche Verschuldensmerkmale 450
c. Subjektiver Tatbestand (Strafrecht) 455
aa) Vorbemerkungen 455
bb) Vorsatz 457
cc) Fahrlässigkeit 463
dd) Weitere besondere subjektive Tatbestandsmerkmale 467
d. Schuld 469
D. Allgemeine Verteidigungsgründe 473
E. Kausalität, Schaden und objektive Strafbarkeitsbedingungen 478
8. Gegenstand des Verweises (relevante Stufe[-n] des Haftungstatbestands) 479
III. Die haftpflichtigen Personen 489
1. Vorbemerkungen 489
2. Adressierung von Schutznormen an natürliche Personen 492
A. Vorbemerkungen 492
B. Art. 29 StGB 495
C. Strafvorschriften in aufsichtsrechtlichen Erlassen 497
D. Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG 499
3. Haftung juristischer Personen 501
A. Vorbemerkungen 501
B. Organe 508
C. Hilfspersonen 513
4. Teilnehmer 531
IV. Fazit 533

4. Kapitel: Die Inbezugnahme öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Rahmen weiterer Haftungselemente 537
I. Vorbemerkungen 537
1. Allgemein / Charakterisierung der Inbezugnahme 537
2. Besonders: Die Inbezugnahme ausländischer öffentlicher Verhaltensnormen im Rahmen des schweizerischen internationalen Haftungsrechts 542
II. Verschulden 556

III. Selbstverschulden ... 564
IV. Haftung juristischer Personen ... 565
V. Fazit ... 567

Schluss ... 569
I. Hinweise zur Auflösung der Beispielfälle ... 569
1. Vorbemerkungen ... 569
2. Anlageberatungsfall ... 569
3. Ad hoc-Publizitätsfall ... 575
4. Geldwäschereifall ... 584
II. Ausblick ... 587
1. Vorbemerkungen ... 587
2. Die Haftung für reine Vermögensschäden in einer Zusammenschau von Vertrags- und Deliktsrecht ... 587
3. Die haftungsrechtliche Situation unter der Geltung des zukünftigen FIDLEG ... 591

Stichwortverzeichnis ... 599

Literaturverzeichnis

ABEGGLEN, SANDRO, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft, Bern 1995 (zit.: Aufklärungspflichten)

ABEGGLEN, SANDRO, «Point of Sale»-Aufklärung und Produkttransparenz – die Informationspflichten beim Anlagegeschäft der Banken, in: Isler, Peter R. / Cerutti, Romeo (Hrsg.), Europa Institut Zürich Vermögensverwaltung II, Zürich 2009, 61 ff. (zit.: in: Vermögensverwaltung II)

ABEGGLEN, SANDRO / HOCHSTRASSER, THOMAS, FIDLEG – Was kommt gemäss Botschaft des Bundesrates auf die Finanzdienstleister zu?, SJZ 2016, 369 ff. (zit.: SJZ 2016)

AEBI-MÜLLER, REGINA E. / HAUSHERR HEINZ, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2016

ADOMEIT, KLAUS, Betreuung durch Zivilrecht, in: Wiegand, Wolfgang / Koller, Thomas / Walter, Hans Peter (Hrsg.), Tradition mit Weitsicht – Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Bern / Zürich 2009, 1 ff. (zit.: FS Bucher)

ADOMEIT, KLAUS, Zivilrechtstheorie und Zivilrechtsdogmatik – mit einem Beitrag zur Theorie der subjektiven Rechte, in: Albert, Hans et al. (Hrsg.), Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft, Düsseldorf 1972 (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 2), 503 ff. (zit.: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1972)

ADOMEIT, KLAUS / HÄHNCHEN, SUSANNE, Rechtstheorie für Studierende, 6. Aufl., Heidelberg et al. 2012

AEPLI, VIKTOR, Zum Verschuldensmassstab bei der Haftung für reinen Vermögensschaden nach Art. 41 OR, SJZ 1997, 405 ff. (zit.: SJZ 1997)

AFFOLTER-EIJSTEN, HEIDI, Die Absicht im Strafrecht – unter besonderer Berücksichtigung des Willensmomentes und des Motives, Zürich 1983

AICHELE, ALEXANDER, Von der Fiktion zur Abstraktion – Nikolaus Hieronymus Gundling über mögliche Urteilssubjekte anhand seiner Auseinandersetzung mit Dadino Alteserras Begriff der persona ficta, ARSP 2010, 516 ff. (zit.: ARSP 2010)

ALBERT, HANS, Wertfreiheit als methodisches Prinzip – Zur Frage der Notwendigkeit einer normativen Sozialwissenschaft, in: Topitsch, Ernst (Hrsg.), Logik der Sozialwissenschaften, Köln/Berlin 1965, 183 ff.

AMONN, KURT / WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013

AMSTUTZ, MARC ET AL. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit.: AUTOR, CHK)

AMSTUTZ, MARC / REINERT, MANI, Basler Kommentar – Kartellgesetz, Basel 2010 (zit.: AUTOR, BSK-KG)

ANEX, JEAN, L'intérêt négatif, sa nature et son étendue, Lausanne 1977

APPEL, IVO, Rechtsgüterschutz durch Strafrecht?, KritV 1999, 278 ff. (zit.: KritV 1999)

ARNET, RUTH, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, Bern 2007

ASSMANN, HEINZ-DIETER / SCHNEIDER, UWE H. (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz – Kommentar, 6. Aufl., Köln 2012 (zit.: AUTOR, in: Assmann/Schneider)

ASSMANN, HEINZ-DIETER / SCHÜTZE, ROLF A. (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl., München 2007 (zit.: AUTOR, in: Hb. KapitalanlageR, 3. Aufl.)

AST, STEPHAN, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik – Eine Systematisierung von Normarten und deren Nutzen für Fragen der Erfolgszurechnung, insbesondere die Abgrenzung des Begehungs- und Unterlassungsdelikts, Berlin 2010

AUER, MARIETTA, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit – Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens, Tübingen 2005 (zit.: Materialisierung)

AUER, MARIETTA, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, Tübingen 2014 (zit.: Privatrechtlicher Diskurs)

ATIYAH, PATRICK S., Contract and Fair Exchange, U. Toronto L.J. 1985, 1 ff. (zit.: U. Toronto L.J. 1985)

BACHMANN, GREGOR, Anmerkung (BGH vom 13.12.2011), JZ 2012, 578 ff. (zit.: JZ 2012)

BACKHAUS, RALPH, Ethik und Recht in Cicero, de officiis 3.12.50 ff., in: Kern, Bernd-Rüdiger et al. (Hrsg.), Humaniora. Medizin – Recht – Geschichte, Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, Berlin / Heidelberg 2006, 3 ff.

BAKER, MCKENZIE (Hrsg.), Fusionsgesetz – Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, 2. Aufl., Bern 2015 (zit.: AUTOR, SHK-FusG)

VON BAR, CHRISTIAN, Gemeineuropäisches Deliktsrecht – Erster Band – Die Kernbereiche des Deliktsrechts, seine Angleichung in Europa und seine Einbettung in die Gesamtrechtsordnungen, München 1996 (zit.: Gemeineuropäisches Deliktsrecht I)

VON BAR, CHRISTIAN, Gemeineuropäisches Deliktsrecht – Zweiter Band – Schaden und Schadenersatz, Haftung für und ohne eigenes Fehlverhalten, Kausalität und Verteidigungsgründe, München 1999 (zit.: Gemeineuropäisches Deliktsrecht II)

BARNIKOL, MICHAEL, Die Schutzinstrumente des schweizerischen Konsumkreditrechts, Bern 2014

BÄRTSCHI, HARALD, Verabsolutierte Relativität – Die Rechtsstellung des Dritten im Umfeld von Verträgen, Zürich 2009

BASSENGE, PETER ET AL., Palandt – Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Aufl., München 2016 (zit.: AUTOR, in: Palandt)

BATIFFOL, HENRI, Aspects philosophiques du droit international privé, Paris 1956 (zit.: Aspects philosophiques)

BAUMS, THEODOR, Haftung für Verrichtungsgehilfen nach deutschem und schweizerischem Recht, in: Lessmann, Herbert / Grossfeld, Bernhard / Vollmer, Lothar (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Lukes zum 65. Geburtstag, 1989, 623 ff. (zit.: FS Lukes)

BEGUIN, NICOLAS / UNTERNAEHRER, OLIVIER, Transit de fonds d'origine criminelle – responsabilité civile de la banque – Quelques commentaires et réflexions sur l'ATF 133 III 323, AJP 2007, 1105 ff. (zit.: AJP 2007)

BEHREND, JÜRGEN, Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkls und Hans Kelsens, Berlin 1977

BEHRENDS, OKKO, Tiberius Gracchus und die Juristen seiner Zeit – die römische Jurisprudenz gegenüber der Staatskrise des Jahres 133 v. Chr., in: Luig, Klaus / Liebs, Detlef (Hrsg.), Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition – Symposium aus Anlass des 70. Geburtstages von Franz Wieacker, Ebelsbach am Main 1980, 25 ff.

BELSER, EVA MARIA, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Freiburg 2000 (zit.: Freiheit)

BELSER, EVA MARIA, Warum die Reichen immer reicher werden – und was der Staat damit zu tun hat, in: Belser, Eva Maria / Waldmann, Bernhard (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat?, Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, 431ff. (zit.: FS Hänni)

BENICKE, CHRISTOPH, Wertpapiervermögensverwaltung, Tübingen 2006

BERGER, BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008 (zit.: Allgemeines Schuldrecht)

BERGER, BERNHARD, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung – dargestellt anhand der Informationspflicht des Effektenhändlers, Bern 2000 (zit.: Verhaltenspflichten)

BERGER, BERNHARD / MOSER, MARTIN, Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft – zur Haftungsgrundlage und zu den Grenzen von Aufklärungspflichten, AJP 1999, 541 ff. (zit.: AJP 1999)

BERNI, MARKUS / LIVSCHITZ, MARK, Rechtsfolgen mangelhaften Compliance Managements, in: Berni, Markus / Kellerhals, Andreas (Hrsg.), Internationales Handelsrecht III: Compliance Management als juristische Kernfunktion im Unternehmen, Zürich / Basel / Genf 2009, 123 ff.

BERTSCHINGER, URS, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999 (zit.: Arbeitsteilung)

BETTI, EMILIO, Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre, in: Kunkel, Wolfgang et al. (Hrsg.), Festschrift für Ernst Rabel, Bd. 2, Tübingen 1954, 79 ff. (zit.: FS Rabel)

BETTSCHART SÉBASTIEN / CONUS DAMIEN, Responsabilité d'une banque pour son directeur adjoint – Commentaire des arrêts du Tribunal fédéral 4A_544/2008 du 10 février 2009, 4A_48/2009 et 4A_50/2009 du 26 mars 2009, GesKR 2009, 389 ff. (zit.: GesKR 2009)

BEULKER, JETTE, Die Eingriffsnormenproblematik im internationalen Schiedsverfahren – Parallelen und Besonderheiten im Vergleich zur staatlichen Gerichtsbarkeit, Tübingen 2005

BIERI, RETO, Sittenwidrige Schädigung nach Art. 41 Abs. 2 – «Mauerblümchen»-Bestimmung des Haftpflichtrechts, AJP 2008, 549 ff. (zit.: AJP 2008)

BIRNBACHER DIETER, Tun und Unterlassen, Stuttgart 1995

BISTRITZKI, WALTER, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des Paragraphen 823 Abs. 2 BGB, München 1981

BLÖSER, CLAUDIA, Zurechnung bei Kant – zum Zusammenhang von Personen und Handlung bei Kants praktischer Philosophie, Berlin 2014

BÖCKLI, PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009

BOEHMER, GUSTAV, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung I – Das bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung, Tübingen 1950

BOROWSKI, MARTIN, Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl, in: Paulson, Stanley L. / Stolleis, Michael (Hrsg.), Hans Kelsen – Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, 122 ff.

BÖSCH, RENÉ ET AL. (Hrsg.), Basler Kommentar – Kollektivanlagengesetz, 2. Aufl., Basel 2015 (zit.: AUTOR, BSK-KAG)

BOSSHARD ERICH, Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Zürich 1988

BRAIDI, GUILLAUME, L'individu en droit de la surveillance financière, Zürich 2016

BRAUN, JOHANN, Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert – Die Rückkehr der Gerechtigkeit, München 2001

BRIDGE, MICHAEL, The Sale of Goods, Oxford 2014

BRÜGGEMEIER, GERT, Deliktsrecht – Hand- und Lehrbuch, Baden-Baden 1986 (zit.: Deliktsrecht)

BRÜGGEMEIER, GERT, Unternehmenshaftung – Enterprise Liability – eine europäische Perspektive?, HAVE 2004, 162 ff. (zit.: HAVE 2004)

BUCHER, ANDREAS (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) / Convention de Lugano (CL), Basel 2011 (zit.: AUTOR, CR-LDIP)

BUCHER, EUGEN, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen – Bemerkungen zu den Erscheinungsformen dispositiver Rechtssätze, in: Rechts-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg (Hrsg.), Festgabe für Henri Deschenaux zum 70. Geburtstag, Freiburg 1977, 249 ff. (zit.: FS Deschenaux)

BUCHER, EUGEN, Der Einfluss des französischen Code Civil auf das Obligationenrecht, in: Caroni, Pio (Hrsg.), Das Obligationenrecht 1883–1983 – Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des schweizerischen Obligationenrechts, Bern / Stuttgart 1984, 139 ff. (zit.: Einfluss)

BUCHER, EUGEN, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, ZSR 1983 II, 251 ff. (zit.: ZSR 1983 II)

BUCHER, EUGEN, Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Zürich 1988 (zit.: OR AT)

BUCHER, EUGEN, «Schuldverhältnis» des BGB: ein Terminus – drei Begriffe, in: Ders. et al., Norm und Wirkung – Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern / München 2005, 93 ff. (zit.: FS Wiegand)

BUCHER, EUGEN, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965 (zit.: Subjektives Recht)

BÜCHLER, BENJAMIN / VON DER CRONE, HANS CASPAR, Die Zulässigkeit statutarischer Schiedsklauseln – Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009 i.S. X. AG (Beschwerdeführerin) gegen A (Beschwerdegegnerin), SZW 2010, 258 ff. (zit.: SZW 2010)

BÜHLER, CHRISTOPH, Regulierung im Bereich der Corporate Governance, Zürich / St. Gallen 2009

BÜHLER, SIMON / VON DER CRONE, HANS CASPAR, Trennung zwischen dem Zivilverfahren und dem Verfahren der Finanzmarktaufsicht, SZW 2013, 563 ff. (zit.: SZW 2013)

BULLINGER, MARTIN, Die Selbstermächtigung zum Erlass von Rechtsvorschriften – Studien über ein Kuriosum der Staatspraxis, Heidelberg 1958

BURG, BÉNÉDICT / VON DER CRONE, HANS CASPAR, Vertrauenshaftung im Konzern – Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 i.S. A-Bank AG, B-Bank, C-Bank, D-Bank, E-Bank GmbH (Beschwerdeführerinnen) gegen F-Bank AG (Beschwerdegegnerin), SZW 2010, 417 ff. (zit.: SZW 2010)

BURCKHARDT, CARL CHRISTOPH, Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht, ZSR 1903, 469 ff. (zit.: C. BURCKHARDT, ZSR 1903).

BURCKHARDT, WALTHER, Methode und System des Rechts – Mit Beispielen, Zürich 1936 (zit.: W. BURCKHARDT, Methode)

BURCKHARDT, WALTHER, Über die Allgemeingültigkeit des internationalen Privatrechts, in: Juristische Fakultät der Universität Bern (Hrsg.), Festgabe für Eugen Huber zum siebzigsten Geburtstag, Bern 1919, 263 ff. (zit.: W. BURCKHARDT, FS Huber)

BURCKHARDT WALTHER, Kriminalpolitische Anforderungen an das schweizerische Zivilgesetzbuch, ZStrR 1902, 233 ff. (zit.: W. BURCKHARDT, ZStrR 1902)

VON BÜREN, ROLAND / WALTER, HANS PETER, Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2007, ZBJV 2008, 675 ff. (zit.: ZBJV 2008)

BÜRGI, WOLF, Ursprung und Bedeutung der Begriffe «Treu und Glauben» und «Billigkeit» im schweizerischen Zivilrecht, Bern 1939

BURROWS, ANDREW (Hrsg.), English Private Law, 3. Aufl., Oxford 2013 (zit.: AUTOR, in: Burrows)

BUXBAUM, RICHARD M., Die private Klage als Mittel zur Durchsetzung wirtschaftspolitischer Rechtsnormen, Karlsruhe 1972

BYDLINSKI, FRANZ, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien 1991 (zit.: Juristische Methodenlehre)

BYDLINSKI, FRANZ, Die Grundlagen des Vertragsrechts im Meinungsstreit, BJM 1982, 1 ff. (zit.: BJM 1982)

BYRD, SHARON B. / HRUSCHKA, JOACHIM, Kant's Doctrine of Right – A Commentary, Cambridge 2010

CANARIS, CLAUS-WILHELM, Ansprüche wegen positiver Forderungsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen – Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, JZ 1965, 475 ff. (zit.: JZ 1965)

CANARIS, CLAUS-WILHELM, Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, in: Ders. / Diederichsen, Uwe (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, 27 ff. (zit.: FS Larenz)

CANARIS, CLAUS-WILHELM, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin 1983 (zit.: Systemdenken)

CANARIS, CLAUS-WILHELM, Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Ders. et al. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. I, München 2000, 129 ff. (zit.: FS 50 Jahre BGH)

CARONI, PIO, Das «demokratische Privatrecht» des Zivilgesetzbuches – A. Menger und E. Huber zum Wesen eines sozialen Privatrechts, in: Rechts-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg (Hrsg.), Festgabe für Henri Deschenaux zum 70. Geburtstag, Freiburg 1977, 37 ff. (zit.: FS Deschenaux)

CARTIER, MICHAEL, Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Eschen (FL) 2007

CASSANI, URSULA, Infraction sociale, responsabilité individuelle – De la tête, des organes et des petites mains, in: Berthoud, Frédéric (Hrsg.), La responsabilité pénale du fait d'autrui – Travaux de la Journée d'étude du 30 novembre 2001, Lausanne 2002, 65 ff. (zit.: Infraction sociale)

CASSANI, URSULA, La protection pénale du patrimoine – Autonomie et détermination par le droit civil, Lausanne 1988 (zit.: protection pénale)

CASSANI, URSULA, Sur qui tombe le couperet du droit pénal? – responsabilité personnelle, responsabilité hiérarchique et responsabilité de l'entreprise, in: Thévenoz, Luc et al. (Hrsg.), Journée 2008 de droit bancaire et financier, Genf 2009, 53 ff. (zit.: Jdbf 2008)

CAVIN, PIERRE, La douzième session de la conférence de la Haye de droit international privé, Première partie, SJIR 1972, 44 ff. (zit.: SJIR 1972)

CHAMMARTIN, CATHERINE / VON DER CRONE, HANS CASPAR, Kausalität in der Prospekthaftung, SZW 2006, 452 ff. (zit.: SZW 2006)

CHAPPUIS, BENÔIT, La notion d'illicéité civile à la lumière de l'illicéité pénale – Réflexions sur la responsabilité civile du blanchisseur d'argent par négligence SJ 2000 II, 304 ff. (zit.: SJ 2000 II)

CHAPUIS, OLIVIER, Die Haftung wegen Ausbleibens der Erfüllung im Sinne von Art. 97 Abs. 1. OR – ein Begriff im Wandel?, AJP 2005, 653 ff. (zit.: AJP 2005)

CHAPUIS, OLIVIER, Responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat – le régime de responsabilité applicable à la violation des devoirs accessoires découlant d'un contrat et notamment à la violation des devoirs de protection, Basel 2005 (zit.: Responsabilité et devoirs accessoires)

CHAUDET, FRANÇOIS, L'obligation de diligence du banquier en droit privé, ZSR 1994 II, 1 ff. (zit.: ZSR 1994 II)

COMES, HEINRICH, Der rechtsfreie Raum – Zur Frage der normativen Grenzen des Rechts, Berlin, 1976

CONTRATTO, FRANCA, Das Anlegerleitbild im Wandel der Zeiten, in: Zobl, Dieter et al. (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich 2013, 47 ff.

CONINX, ANNA, Der entschuldigende Notstand zwischen Unrecht und Schuld, ZStrR 2013, 113 ff. (zit.: ZstrR 2013)

CONRAD HARI, AURÉLIE, Le blanchiment d'argent par omission – Quelques réflexions découlant de l'ATF 136 IV 188, SZW 2012, 361 ff. (zit.: SZW 2012)

CORBOZ, BERNARD, La réception du contrat par le juge – la qualification, l'interprétation et le complètement, in: Bellanger, François / Chaix, François / Chappuis, Christine (Hrsg.), Le Contrat dans tous ses états, Bern 2004, 269 ff.

VON DER CRONE, HANS CASPAR, Aktienrecht, Bern 2014 (zit.: Aktienrecht)

VON DER CRONE, HANS CASPAR / HOFFMANN-NOWOTNY, URS H., Wertungsparallelität und Interessenausgleich im Irrtumsrecht, SJZ 2008, 53 ff. (zit.: SJZ 2008)

VON DER CRONE, HANS CASPAR / WALTER , MARIA, Konzernerklärung und Konzernverantwortung, SZW 2001, 53 ff. (zit.: SJZ 2001)

CZIUPKA, JOHANNES, Dispositives Vertragsrecht – Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster, Tübingen 2010

DAENIKER, DANIEL, Thesen zur Haftung für Ad hoc-Publizität, GesKR 2006, 139 ff. (zit.: GesKR 2006)

DAENIKER, DANIEL / WALLER, STEFAN, Kapitalmarktsbezogene Informationspflichten und Haftung, in: Weber, Rolf H. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003, 55 ff. (zit.: Kapitalmarktbezogene Informationspflichten)

DASSER, FELIX / OBERHAMMER, PAUL (Hrsg.), Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ), 2. Aufl., Bern 2011 (zit.: AUTOR, SHK-LugÜ)

DERENDINGER, PETER, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, Freiburg 1988

DEUTSCH, ERWIN, Die Fahrlässigkeit als Ausserachtlassung der äusseren und inneren Sorgfalt, JZ 1988, 993 ff. (zit.: JZ 1988)

DEUTSCH, ERWIN, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Köln et al. 1996 (zit.: Allgemeines Haftungsrecht)

DEUTSCH, ERWIN, Haftungsrecht – Erster Band: Allgemeine Lehren, Köln et al. 1976 (zit.: Haftungsrecht I)

DEUTSCH, ERWIN, Schutzgesetze aus dem Strafrecht in § 823 Abs. 2 BGB, VersR 2004, 137 ff. (zit.: VersR 2004)

DICEY, ALBERT VENN / MORRIS, JOHN HUMPHREY CARLILE / COLLINS, LAWRENCE, The conflict of laws, 15. Aufl., London 2012

DIECKMANN, ANDREAS, Öffentlich-rechtliche Normen im Vertragsrecht, AcP 2013, 1 ff.

DONATSCH, ANDREAS ET AL., StGB Kommentar – Schweizerisches Strafgesetzbuch mit JStG, Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG sowie weiteren Erlassen, 19. Aufl., Zürich 2013 (zit.: AUTOR, OFK-StGB)

DONATSCH, ANDREAS / HANSJAKOB, THOMAS / LIEBER, VIKTOR (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich 2014 (zit.: AUTOR, StPO Komm.)

DONATSCH, ANDREAS / TAG, BRIGITTE, Strafrecht I – Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich 2013

DÖRNER, HEINRICH, Zur Dogmatik der Schutzgesetzverletzung – BGH NJW 1982, 1037 und NJW 1985, 134, JuS 1987, 134 ff. (zit.: JuS 1987)

DORNIS, TIM W., Die Theorie der local data – dogmatische Bruchstelle im klassischen IPR, SZIER 2015, 183 ff. (zit.: SZIER 2015)

DREIER, RALF, Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?, Recht und Staat, Heft 444/445, Tübingen 1975 (zit.: Allgemeine Rechtstheorie)

DREIER, RALF, Der Begriff des Rechts, NJW 1986, 890 (zit.: NJW 1986)

DROBNIG, ULRICH, Die Beachtung von ausländischen Eingriffsgesetzen – eine Interessenanalyse, in: Barfuss, Werner et al. (Hrsg.), Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1985, 159 ff. (zit.: FS Neumayer)

DUPUIS, MICHEL ET AL. (Hrsg.), CP Code pénal – Petit commentaire, 2. Aufl., Basel 2011

DUTOIT, BERNARD, Droit international privé suisse – Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4. Aufl., Basel 2005

EBERT, KURT HANS, Rechtsvergleichung – Einführung in die Grundlagen, Bern 1978

EDELMANN, HERVÉ, BGH Urteil v. 6 März 2014, Az.: XI ZR 147/12 – Aufklärungspflicht der Bank über den Empfang versteckter Innenprovisionen von Seiten Dritter in Anlageberatungsverträgen ab dem 1.8.2014, WuB I G 1. 15.14, 3. Juni 2014 (zit.: WuB I G 1. 15.14, 3. Juni 2014)

EGGEN, MIRJAM, Finanzprodukte – Auftrag oder Kauf?, SZW 2011, 625 ff. (zit.: SZW 2011)

EGGEN, MIRJAM, Produktregulierung um Finanzmarktrecht, Bern 2015 (zit.: Produkteregulierung)

EHRENZELLER, BERNHARD ET AL. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit.: Autor, SGK-BV)

EICKER, ANDREAS / FRANK, FRIEDRICH / ACHERMANN, JONAS, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, Bern 2012

EINSELE, DOROTHEE, Kapitalmarktrecht und Privatrecht, JZ 2014, 703 ff. (JZ 2014)

EINSELE, DOROTHEE, Verhaltenspflichten im Bank- und Kapitalmarktrecht – öffentliches Recht oder Privatrecht?, ZHR 2016, 233 ff. (zit.: ZHR 2016)

EMMENEGGER, SUSAN, Bankenorganisationsrecht als Koordinierungsaufgabe – Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmung zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht, Bern 2004 (zit.: Bankenorganisationsrecht)

EMMENEGGER, SUSAN, Die Informationspflichten der Bank bei Anlagegeschäften – Tout devient du droit public?, in: Peter V. Kunz et al. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis – Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, 643 ff. (zit.: FS von Büren)

EMMENEGGER, SUSAN / THÉVENOZ, LUC, Das Schweizerische Bankprivatrecht 2010–2011 / Le droit bancaire privé suisse 2010–2011, SZW 2011, 372 ff. (zit.: SZW 2011)

EMMERICH, VOLKER ET AL. (Hrsg.), Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, Bd. I, Frankfurt am Main 1972 (zit.: AUTOR, Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts)

ENGEL, PIERRE, Cent ans de contrat sous l'empire des dispositions générales du Code fédéral des obligations, ZSR 1983 II, 1 ff. (zit.: ZSR 1983 II)

ENGISCH, KARL, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl., Stuttgart 2010 (zit.: Einführung)

ENGISCH, KARL, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht – Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht, in: von Caemmerer, Ernst / Friesenhahn, Ernst / Lange, Richard (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben – Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages – 1860–1960, Karlsruhe 1960, 401 ff. (zit.: FS 100 Jahre DJT)

ERNST, AUGUST, Die Bedeutung des Merkmals ‹Widerrechtlich› in Art. 50 des schweizerischen Obligationenrechts, Aarau 1910

ERRASS, CHRISTOPH, Kooperative Rechtssetzung, Zürich / St. Gallen 2010

ESER, ALBIN, Verhaltensregeln und Behandlungsnormen – Bedenkliches zur Rolle des Normadressaten im Strafrecht, in: Ders. et al. (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München 1998, 25 ff. (zit.: FS Lenckner)

ETIER, GUILLAUME / STRÄULI, BERNHARD, Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale, in: Chappuis, Christine / Winiger, Bénédict (Hrsg.), Responsabilité civile – Responsabilité pénale, Genf 2015, 11 ff.

FASTRICH, LORENZ, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, München 1992 (zit.: Inhaltskontrolle)

FASTRICH, LORENZ, Zur Frage der Konkurrenz von kaufrechtlicher Sachmängelhaftung und Schadenersatz aus Delikt, AJP 1995, 1115 ff. (zit.: AJP 1995)

FELLMANN. WALTER, Objektivierung der Sorgfaltspflichten im Auftragsrecht, in: HAVE 2016, 95 ff. (zit.: HAVE 2016)

FELLMANN WALTER, Selbstverantwortung und Verantwortlichkeit im Schadenersatzrecht, SJZ 1995, 41 ff. (zit.: SJZ 1995)

FELLMANN. WALTER / KOTTMANN, ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht – Bd. I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012 (zit.: Bd. I)

FERRELL, ALLEN, If We Understand the Mechanisms, Why Don't We Understand Their Output?, J. Comp. L. 2003, 503 ff. (zit.: J. Comp. L. 2003)

FLEISCHER, HOLGER / GOETTE WULF (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 2. Aufl., 3 Bd., München 2015 (zit.: AUTOR, MünchKommGmbHG)

FLIKSCHUH, KATRIN, Freedom and constraint in Kant's metaphysical elements of justice, in: Hruschka, Joachim / Byrd, Sharon B. (Hrsg.), Kant and Law, Aldershot, 2006, 87 ff.

FORSCHNER, JULIUS, Wechselwirkungen von Aufsichtsrecht und Zivilrecht – Eine Untersuchung zum Verhältnis der 31 ff. WpHG und zivilrechtlichem Beratungsvertrag, Tübingen 2013

FOUNTOULAKIS, CHRISTIANA / MÄSCH, GERALD, Unternehmens- und Individualhaftung – Quo vadis Europa?, ZEuP 2011, 461 ff. (zit.: ZEuP 2011)

FREI, MIRJAM ANNIKA, Der rechtlich relevante Kausalzusammenhang im Strafrecht im Vergleich mit dem Zivilrecht, Zürich 2010

FRISCH, WOLFGANG, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Heidelberg 1998

FUCHS, ANDREAS (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) – Kommentar, 2. Aufl., München 2016 (zit.: AUTOR, in: Fuchs)

FUNKE, ANDREAS, Kapitel «Rechtstheorie», in: Krüper, Julian (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, Baden-Baden 2011, 45 ff.

FUNKE, ANDREAS, Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie – Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung der Rechtstheorie um 1900, Tübingen 2004 (zit.: Allgemeine Rechtslehre)

GABRIEL, BRUNO, Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR – unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden, Freiburg 1987

GAUCH PETER, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, recht 1996, 225 ff. (zit.: recht 1996)

GAUCH PETER, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, recht 2006, 77 ff. (zit.: recht 2006)

GAUCH PETER, Produktehaftpflicht des Geschäftsherrn – «Schachtrahmenfall» – OR 55, BR 1986, 67 f. (zit.: BR 1986)

GAUCH PETER ET AL., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 10. Aufl., Zürich 2014 (zit.: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID)

GAUCH PETER ET AL., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 10. Aufl., Zürich 2014 (zit.: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER)

GAUCH PETER / SWEET, JUSTIN, Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, in: Forstmoser, Peter et al. (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag – Beiträge zum Familien- und Vormundschaftsrecht, Schuldrecht, Internationalen Privatrecht, Verfahrens-, Banken-, Gesellschafts- und Unternehmensrecht, zur Rechtsgeschichte und zum Steuerrecht, Zürich 1989, 117 ff. (zit.: FS Keller)

GEISER, THOMAS / MÜLLER ROLAND, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2015

GEISMANN, GREGOR, Kant und Kein Ende – Band 2: Studien zur Rechtsphilosophie, Würzburg 2010

GERHARD, FRANK, Business Judgment Rule und Rechtsrisiken – Anerkennung einer Legal Judgment Rule für rechtlich gebundene Entscheide von Unternehmensorganen, SZW 2016, 254 ff, (zit.: SZW 2016)

GERNHUBER, JOACHIM, Die Billigkeit und ihr Preis, in: Rechtswissenschaftliche Abteilung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen (Hrsg.), summa ius – summa iniuria, Tübingen 1963, 205 ff.

GILLESPIE, NORMAN, Wrongful risks and unintended consequences, Jahrbuch Recht und Ethik 1994, 85 ff. (zit.: Jahrbuch Recht und Ethik 1994)

GIRSBERGER, DANIEL ET AL. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG – Kommentar zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 2. Aufl., Zürich 2004 (zit.: AUTOR, ZK-IPRG)

GKOUNTIS, IOANNIS, Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus, Berlin 2011

GLOOR, SIMONE, Das vertragliche Übernahmeverschulden – Einordnung und Erweiterung zur fahrlässigen Leistungsübernahme, Zürich 2012

GMÜR, MAX, Inwieweit ist die Übereinstimmung der Begriffe im Civil- und Strafrecht wünschenswert und durchsetzbar?, ZSR 1903, 587 ff. (zit.: ZSR 1903)

GONZENBACH, RAINER, Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1987

GOTZLER, MAX, Rechtmässiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang, München 1976

GRAUER, DIETER, Die Verweisung im Bundesrecht – insbesondere auf technische Verbandsnormen, Basel 1979

GRAF, DAMIAN K., Berufsverbote für Gesellschaftsorgane: Das Sanktionsregime im Straf- und Finanzmarktrecht, AJP 2014, 1195 ff. (zit.: AJP 2014)

GRAF, DAMIAN K., Insiderhandel und ad hoc-Publizität aus der Optik des Betrugstatbestands, GesKR 2014, 513 ff. (zit.: GesKR 2014)

GRECO LUÍS, Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum «Problem» des Sonderwissens, ZStW 2005, 519 ff. (zit.: ZStW 2005)

GRIGOLEIT, HANS CHRISTOPH, Anforderungen des Privatrechts an die Rechtstheorie, in: Jestaedt, Matthias / Lepsius, Oliver (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, Tübingen 2008, 51 ff.

GRUNDMANN, STEFAN, Die Dogmatik der Vertragsnetze, AcP 2007, 718 ff. (zit.: AcP 2007)

GRÜNEWALD, ANETTE, Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?, Berlin 2001 (zit.: A. GRÜNEWALD)

GRÜNEWALD, SERAINA, Parteistellung im aufsichtsrechtlichen Verfahren der FINMA – Besprechung von BGE 139 II 279, GesKR 2013, 432 ff. (zit.: S. GRÜNEWALD, GesKR 2013)

GUHL, THEO ET AL., Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000 (zit.: AUTOR, in: Guhl)

GÜNTHER, HANS-LUDWIG, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, Köln / Berlin / Bonn / München 1983

GUTZWILLER, CHRISTOPH P., Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zürich / Basel / Genf 2008 (zit.: C.P. GUTZWILLER)

GUTZWILLER, PETER MAX, Über die Substanz der Urteilsfähigkeit, AJP 2008, 1223 ff. (zit.: P.M. GUTZWILLER, AJP 2008)

HAAS, RAPHAËL, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Zürich 2007 (zit.: R. HAAS)

HAAS, VOLKER, Kausalität und Rechtsverletzung – Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe, Berlin 2002 (zit.: V. HAAS, Kausalität)

HAAS, VOLKER, Methodische, rechtstheoretische und materiell-rechtliche Anmerkungen zum normativen bzw. unbestimmten Rechtsbegriff, in.: Paeffgen, Hans-Ulrich et al. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, 93 ff. (zit.: V. HAAS, FS Puppe)

HAAS, VOLKER, Vernunft als Fundament des Zivilrechts – Zu Kants rechtsphilosophischer Begründung privatrechtlicher Autonomie in der Metaphysik der Sitten, in: Stumpf, Cordula / Kainer, Friedemann / Baldus, Christian, Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht – Festschrift für Müller-Graff zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2015, 33 ff. (zit.: V. HAAS, FS Müller-Graff)

HABERSACK, MATHIAS, Patronatserklärungen ad incertas personas, ZIP 1996, 257 ff. (zit.: ZIP 1996)

HABERSACK, MATHIAS / ULMER, PETER / WINTER, MARTIN (Hrsg.), GmbHG – Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Grosskommentar, 1. Aufl., mehrere Bd., Tübingen (zit.: AUTOR, GmbHG-Komm.)

HÄFELIN, ULRICH ET AL., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich 2016

HÄFELIN, ULRICH / MÜLLER, GEORG / UHLMANN, FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich / St. Gallen 2016

HANSLIN, MARC, Marktmanipulation nach Art. 143 FinfraG, GesKR 2016, 45 ff. (GesKR 2016)

HART, HERBERT L. A., The Concept of Law, 2. Aufl., Oxford 1994

HASSEMER, MICHAEL, Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen – Zur Haftung des Herstellers im europäischen Verbrauchsgüterkaufrecht, Tübingen 2007

HAUSHEER, HEINZ, Der Konkretisierungsbedarf bei allgemeinen Rechtsgrundsätzen und/bzw. Generalklauseln des Privatrechts – oder welche Lehren aus den Generalklauseln von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) und bezüglich des nachehelichen Unterhalts (Art. 125 ZGB) für die Regelung eines allfälligen Betreuungsunterhalts zu ziehen sind, AJP 2013, 336 ff. (zit.: AJP 2013)

HAUSHEER, HEINZ / WALTER, HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar – Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, mehrere Bd., Bern (zit.: AUTOR, BK); (diverse Auflagen)

HAUSHEER, HEINZ / JAUN, MANUEL, Die Einleitungsartikel des ZGB – Art 1–10 ZGB, Bern 2003 (zit.: SHK-Einleitungsartikel)

HAUSMANN, URS, Mietrecht auf dem Prüfstand – Vorschläge für eine Revision, SREJ 2016, 4 ff. (zit.: SREJ 2016)

HEIERLI, CHRISTIAN, Zivilrechtliche Haftung für Geldwäscherei – Unter Berücksichtigung der Instrumente des Einziehungsrechts, Zürich 2012

HEIDBRINK, LUDGER, Verantwortung statt Pflichten? Über die Grenzen von Verpflichtungen, in: Langbehn, Claus (Hrsg.), Recht, Gerechtigkeit und Freiheit – Aufsätze zur politischen Philosophie der Gegenwart (Festschrift für Wolfgang Kersting), Paderborn 2006, 239 (zit.: FS Kersting)

HEINZER, BORIS, La responsabilité de la banque dispensatrice de crédit envers les tiers créanciers de son client, Basel 2001

HELLGARDT, ALEXANDER, Kapitalmarktdeliktsrecht – Haftung von Emittenten, Bietern, Organverwaltern und Marktintermediären – Grundlagen, Systematik, Einzelfragen –, Tübingen 2008 (zit.: Kapitalmarktdeliktsrecht)

HELLGARDT, ALEXANDER, Regulierung und Privatrecht – staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung, Tübingen, 2016 (zit.: Regulierung und Privatrecht)

HENCKEL VON DOMMERSMARCK, HEINRICH, Die Kotierung von Effekten – Eine empirische und rechtsvergleichende Untersuchung der Kotierungsbestimmungen und der Kotierungspraxis in der Schweiz, Freiburg 1996

HENCKEL, WOLFRAM, Die ergänzende Vertragsauslegung, AcP 1960, 106 ff. (zit.: AcP 1960)

HEPTING, REINHARD, Erklärungswille, Vertrauensschutz und rechtsgeschäftliche Verbindlichkeit, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, Köln et al. 1988, 209 ff. (zit.: FS 600 Jahre Universität Köln)

HERTIG, GÉRARD ET AL. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Zürich 2000 (zit.: AUTOR, in: Hertig et al.)

HIESTAND, ELIANE, Strafrechtliche Risiken von Vergütungszahlungen (Retrozessionen etc.) im Vermögensverwaltungsgeschäft – insbesondere mit Blick auf die Privatbestechung nach Art. 4a UWG, Zürich 2014

HIRSCHLE, MATTHIAS / VON DER CRONE, HANS CASPAR, Zivilrechtliche Haftung für fahrlässig begangene Geldwäscherei – Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.386/2006 (BGE 133 III 323) vom 18. April 2007 i.S. Bank X. (Klägerin und Berufungsklägerin) gegen Bank Y. (Beklagte und Berufungsbeklagte), SZW 2007, 330 ff. (zit.: SZW 2007)

HOFER, SYBILLE, Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, Tübingen 2001

VON HOFFMANN, BERND / THORN, KARSTEN, Internationales Privatrecht, 9. Aufl., München 2007

HOMBURGER, ERIC, Recht und private Wirtschaftsmacht – ein Versuch zur Erhellung wechselseitiger Bezüge, Zürich 1993

HONSELL, HEINRICH, 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, ZSR 2011 II, 5 ff. (zit.: ZSR 2011 II)

HONSELL, HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010 (zit.: OR BT)

HONSELL, HEINRICH ET AL. (Hrsg.), Basler Kommentar – Internationales Privatrecht, 4. Aufl., Basel 2013 (zit.: AUTOR, BSK-IPRG)

HONSELL, HEINRICH/ ISENRING, BERNHARD / KESSLER, MARTIN A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2013

HONSELL, HEINRICH / VOGT, NEDIM PETER / GEISER, THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Basel 2014 (zit.: AUTOR, BSK-ZGB I)

HONSELL, HEINRICH / VOGT, NEDIM PETER / WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar – Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015 (zit.: AUTOR, BSK-OR I)

HONSELL, HEINRICH / VOGT, NEDIM PETER / WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar – Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2012 (zit.: AUTOR, BSK-OR I, 5. Aufl.)

HONSELL, HEINRICH / VOGT, NEDIM PETER / WATTER, ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar – Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit.: AUTOR, BSK-OR II)

HOWARTH, DAVID, Chapter 2 – Economic Loss in England: the Search for Coherence, in: Banakas, Efstathios K. (Hrsg.), Civil Liability for Pure Economic Loss, Den Haag 1996, 27 ff.

HRUSCHKA, JOACHIM, Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten, JZ 1997, 22 ff. (zit.: JZ 1997)

HRUSCHKA, JOACHIM, Imputation, in: Eser, Albin / Fletcher, George P. (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven, Bd. 1, Freiburg (DE) 1987, 122 ff. (zit.: Imputation)

HRUSCHKA, JOACHIM, Zur Interpretation von Pufendorfs Zurechnungs- und Notstandslehre in der Rechtslehre der Aufklärung, in: Beetz, Manfred / Cacciatore, Giuseppe (Hrsg.), Die Hermeneutik im Zeitalter der Aufklärung, Köln / Weimar / Wien 2000, 181 ff. (zit.: Pufendorfs Zurechnungs- und Notstandslehre)

HRUSCHKA, JOACHIM, Pflichtenkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen, in: Canaris, Claus-Wilhelm / Diederichsen, Uwe (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983, 257 ff. (zit.: FS Larenz)

HRUSCHKA, JOACHIM, Strukturen der Zurechnung, Berlin 1976 (zit.: Strukturen)

HRUSCHKA, JOACHIM, Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit, in: Kaufmann, Arthur (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, München 1979, 421 ff. (zit.: FS Bockelmann)

HRUSCHKA, JOACHIM, Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln, Rechtstheorie 1991, 449 ff. (zit.: Rechtstheorie 1991)

HRUSCHKA, JOACHIM, Zurechnung seit Pufendorf – Insbesondere die Unterscheidungen des 18. Jahrhunderts, in: Kaufmann, Matthias / Renzikowski, Joachim (Hrsg.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, Frankfurt am Main et al. 2004, 17 ff. (zit.: Zurechnung seit Pufendorf)

HUBER, EUGEN, Recht und Rechtsverwirklichung – Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Basel 1925 (zit.: E. HUBER, Recht und Rechtsverwirklichung)

HUBER, EUGEN, Das Absolute im Recht – Sonderdruck aus der Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein, Bern, 1922 (zit.: E. HUBER, Das Absolute im Recht)

HUBER, JOACHIM, Die analoge Anwendung der vertraglichen Gehilfenhaftungsvorschrift bei Delegation von Verkehrspflichten in Deutschland, der Schweiz und Österreich, München 1997 (zit.: J. HUBER)

HÜBNER, HEINZ, Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung, in: Dietz, Rolf / Hübner, Heinz, Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, München 1965, 373 ff. (zit.: FS Nipperdey)

HUWILER, BRUNO, Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung – zur Gesetzgebungsgeschichte des Rechtsmissbrauchsverbotes (Art. 2 Abs. 2 ZGB), in: Schmidlin, Bruno (Hrsg.), Vers un droit privé européen commun? Beihefte zur Zeitschrift für schweizerisches Recht, Basel 1994, 57 ff.

IDA, MAKOTO, Inhalt und Funktion der Norm beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, in: Weigend, Thomas / Küpper, Georg, Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, Berlin / New York 1999, 225 ff. (zit.: FS Hirsch)

ILTING, KARL-HEINZ, Der naturalistische Fehlschluss bei Kant, in: Becchi, Paolo / Hoppe, Hans-Georg (Hrsg.), Karl-Heinz Ilting – Grundfragen der praktischen Philosophie, Frankfurt am Main 1984, 277 ff.

IMMENHAUSER, MARTIN, Das Dogma von Vertrag und Delikt – Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der zweigeteilten Haftungsordnung, Köln 2006

ISENSEE, JOSEF, Vertragsfreiheit im Griff der Grundrechte – Inhaltskontrolle von Verträgen am Massstab der Verfassung, in: Hübner, Ulrich / Ebke, Werner (Hrsg.), Festschrift für Bernhard Grossfeld zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1999, 485 ff. (zit.: FS Grossfeld)

ISENSEE, JOSEF / KIRCHOF, PAUL, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 10 Bd., Heidelberg (zit.: AUTOR-HbStR); (falls nicht besonders vermerkt, wird jeweils die neuste Auflage verwendet)

JAAG, TOBIAS, Sanktionen im Verwaltungsrecht, in: Ackermann, Jürg-Beat / Donatsch, Andreas / Rehberg, Jörg (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid, Zürich 2001, 559 ff. (zit.: FS Schmid)

JAKAB, ANDRÀS, Probleme der Stufenbaulehre – Das Scheitern des Ableitungsgedankens und die Aussichten der Reinen Rechtslehre, ARSP 2005, 333 ff. (zit.: ARSP 2005)

JANSEN, NILS, Gesetzliche Schuldverhältnisse – eine historische Strukturanalyse, AcP 2016, 112 ff. (zit.: AcP 2016)

JANSEN, NILS, Die Struktur des Haftungsrechts – Geschichte, Theorie und Dogmatik ausservertraglicher Ansprüche auf Schadenersatz, Tübingen 2003 (zit.: Struktur)

JANSEN, NILS / MICHAELS, RALF, Private law and the state – comparative perceptions and historical observations, RabelsZ 2007, 345 ff. (zit.: RabelsZ 2007)

JANSEN, NILS / MICHAELS, RALF, Beyond the State? Rethinking Private Law, Am. Comp. J. 2006, 527 ff. (zit.: Am. Comp. J. 2006)

JAUN, MANUEL, Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung, Bern 2007

JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, MARC, Das Desorganisationsdelikt – Artikel 102 Absatz 2 des Schweizerischen Strafgesetzbuches im internationalen Kontext – Beleuchtet de lege lata und als Ausgangspunkt für ein zweckmässiges Unternehmensstrafrecht de lege ferenda, Zürich / St. Gallen 2013

JESCHECK, HANS-HEINRICH / WEIGEND, THOMAS, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996

JOECKS, WOLFGANG / MIEBACH, KLAUS (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, München (zit.: AUTOR, MünchKommStGB); (falls nicht besonders vermerkt, wird jeweils die neuste Auflage verwendet)

JOERDEN, JAN C., Drei Ebenen des Denkens über Gerechtigkeit – Dargestellt am Beispiel einiger rechtsethischer Regeln und Prinzipien, ARSP 1988, 307 ff. (zit.: ARSP 1988)

JOERDEN, JAN C., Stichwort ‹Zurechnung›, in: Deutsche Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR); (Hrsg.), Enzyklopädie zur Rechts-

philosophie, abrufbar unter <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/>, zuletzt besucht am 10. Juli 2017 (zit.: Zurechnung)

JUTZI, THOMAS / SCHÄREN, SIMON, Grundriss des schweizerischen Kollektivanlagenrechts, Bern 2014

KALIN, CHRISTIAN, Verhaltensnorm und Kollisionsrecht – Eine Studie zu den rechtsgeschäftlichen Auswirkungen der Korruption im internationalen Rechtsverkehr, Tübingen 2014

KALSS, SUSANNE, The Liability of Banks, in: Van Boom, Willem / Koziol, Helmut / Witting, Christian A. (Hrsg.), Pure Economic Loss, Wien / New York 2004, 77 ff. (zit.: Liability of Banks)

KALSS, SUSANNE, Die rechtliche Grundlage kapitalmarktbezogener Haftungsansprüche, ÖBA 2000, 641 ff. (zit.: ÖBA 2000)

KANT, IMMANUEL, Metaphysik der Sitten, Stuttgart 1990 (Reclam Ausgabe); (zit.: MdS)

KANT, IMMANUEL, ‹Moralphilosophie Collins›, in: Kant's Gesammelte Schriften (‹Akademieausgabe›), Vorlesungen zur Moralphilosophie, Abteilung 4 / Bd. XXVII / 1. Hälfte, Berlin 1974, 237 ff. (zit.: Nachschrift Collins)

KANT, IMMANUEL, ‹Metaphysik der Sitten Vigilantius›, in: Kant's Gesammelte Schriften (‹Akademieausgabe›), Vorlesungen zur Moralphilosophie, Abteilung 4 / Bd. XXVII / 2. Hälfte / Teil 1, Berlin 1975, 475 ff. (zit.: Nachschrift Vigilantius)

KANT, IMMANUEL, ‹Handschriftlicher Nachlass – Moralphilosophie, Rechtsphilosophie und Religionsphilosophie›, Kant's Gesammelte Schriften (‹Akademieausgabe›), Abteilung 3 / Bd. XIX, Berlin 1934 (zit.: Nachlass Moralphilosophie)

KAROLLUS, MARTIN, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung – Zugleich ein Beitrag zum Deliktssystem des ABGB und zur Haftung für casus mixtus, Wien / New York 1992

KAUFMANN, ARMIN, Das fahrlässige Delikt, ZfRV 1964, 41 ff. (zit.: A. KAUFMANN, ZfRV 1964)

KAUFMANN, FELIX, Logik und Rechtswissenschaft – Grundriss des Systems einer reinen Rechtslehre, Tübingen 1922 (zit.: F. KAUFMANN)

KAUFMANN, MATTHIAS / RENZIKOWSKI, JOACHIM (Hrsg.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, Frankfurt am Main et al. 2004

KATZENMEIER, CHRISTIAN, Arzthaftung, Tübingen 2002

KEGEL, GERHARD, Allgemeines Kollisionsrecht, in: Stoffel, Walter A. / Volken Paul (Hrsg.), Conflits et harmonisations – Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck à l'occasion de son 65ème anniversaire, Freiburg 1990, 43 ff. (zit.: FS von Overbeck)

KEGEL, GERHARD / SCHURIG, KLAUS, Internationales Privatrecht, 9. Aufl., München 2004

KELLER, ALFRED, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. Aufl., Bern 2001 (zit.: Haftpflicht im Privatrecht I)

KELLER, MAX / SIEHR, KURT, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986

KELLLMANN, CHRISTOF, Grundprobleme der Willenserklärung, JuS 1971, 609 ff. (zit.: JuS 1971)

KELSEN, HANS, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960 (zit.: Reine Rechtslehre)

KELSEN, HANS, Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1925

KERSTING, CHRISTIAN, Die Dritthaftung für Informationen im Bürgerlichen Recht, München 2007 (zit.: C. KERSTING)

KERSTING, WOLFGANG, Wohlgeordnete Freiheit: Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie, 3. Aufl., Paderborn 2007 (zit.: W. KERSTING, WF)

KILIAN, WOLFGANG, Zur Auslegung zivilrechtlicher Verträge, in: Hans-Joachim Koch (Hrsg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, Kronberg 1976, 271 ff. (zit.: Auslegung zivilrechtlicher Verträge)

KINDHÄUSER, URS, Objektive und subjektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt, in: Byrd, Sharon B. / Joerden, Jan C. (Hrsg.), Philosophia Practica Universalis, Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag, Berlin 2005, 527 ff.

KLEINDIEK, DETLEV, Deliktshaftung und juristische Person – Zugleich zur Eigenhaftung von Unternehmensleitern, Tübingen 1997

KOCH, JENS, Das Nebeneinander aufsichts- und zivilrechtlicher Beratungsvorgaben im Anlegerschutz – Handlungsbedarf für den Gesetzgeber?, ZBB 2014, 211 ff. (zit.: ZBB 2014)

KOLLER, ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009 (zit.: A. KOLLER, OR AT)

KOLLER ALFRED, Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen, AJP 1992, 1484 ff. (zit.: A. KOLLER, AJP 1992)

KOLLER, PETER, Zur Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Paulson, Stanley L. / Stolleis, Michael (Hrsg.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, 106 ff. (zit.: P. KOLLER, Stufenbau)

KOLLER, PETER, Theorie des Rechts – Eine Einführung, 2. Aufl., Wien 1997 (zit.: P. KOLLER, Theorie)

KOLLER, THOMAS, Das Von-Roll-Urteil und die Organisationshaftung – Rezeption einer genuin zivilistischen Betrachtungsweise im Strafrecht?, SJZ 1996, 409 ff. (zit.: T. KOLLER, SJZ 1996)

KÖNDGEN, JOHANNES, Privatisierung des Rechts – Private Governance zwischen Deregulierung und Rekonstitutionalisierung, AcP 2006, 477 ff. (zit.: AcP 2006)

KORNILAKIS, ANGELOS, Privatautonomie, Treu und Glauben und «effiziente» Vertragsauslegung, in: Breitschmid, Peter et al. (Hrsg.), Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung – Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zürich 2015, 381 ff. (zit.: FS Meier)

KÖTZ, HEIN / WAGNER, GERHARD, Deliktsrecht, 11. Aufl., München 2010

KOWALEWSKI, JÖRN, Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung in der Schweiz und den USA – Schweiz, in: Hopt, Klaus J. / Voigt, Hans-Christoph (Hrsg.), Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung – Recht und Reform in der Europäischen Union, der Schweiz und den USA, Tübingen 2005, 999 ff.

KOZIOL, HELMUT, Compensation for Pure Economic Loss from a Continental Lawyer's Perspective, in: Van Boom, Willem / Koziol, Helmut / Witting, Christian A. (Hrsg.), Pure Economic Loss, Wien / New York 2004, 141 ff. (zit.: Pure Economic Loss)

KOZIOL, HELMUT, Gedanken zum privatrechtlichen System des Rechtsgüterschutzes, in: Heldrich, Andreas et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. I, München 2007, 631 ff. (zit.: FS Canaris)

KRAMER, ERNST A., Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2016 (zit.: Methodenlehre)

KRAMER, ERNST A., Juristische Methodenlehre, 1. Aufl., Bern 1998 (zit.: Methodenlehre, 1. Aufl.)

KRAMER, ERNST A., Das Prinzip der objektiven Zurechnung im Delikts- und Vertragsrecht, AcP 1971, 422 ff. (zit.: AcP 1971)

KRAMER, ERNST A., «Reine Vermögensschäden» als Folge von Stromkabelbeschädigungen, recht 1984, 128 ff.

KRAUSKOPF, PATRICK, Der Vertrag zugunsten Dritter, Freiburg 2000

KREN KOSTKIEWICZ, JOLANTA, Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts, Bern 2012 (zit.: Grundriss)

KREN KOSTKIEWICZ, JOLANTA ET AL. (Hrsg.), OR Handkommentar – Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 2009 (zit.: AUTOR, OFK-OR)

KREN KOSTKIEWICZ, JOLANTA ET AL. (Hrsg.), ZGB Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit.: AUTOR, OFK-ZGB)

KRÜGER, UWE, Der Adressat des Rechtsgesetzes – ein Beitrag zur Gesetzgebungslehre, Berlin 1969 (zit.: UWE KRÜGER)

KRÜGER, ULRICH, Aufklärung und Beratung bei Kapitalanlagen – Nebenpflicht statt Beratungsvertrag, NJW 2013, 1845 ff. (zit.: ULRICH KRÜGER, NJW 2013)

KUDLICH, HANS, Die Verletzung gesetzlicher Sondernormen und ihre Bedeutung für die Bestimmung der Sorgfaltspflichtverletzung, in: Dannecker, Gerhard et al. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, Köln 2007, 373 ff. (zit.: FS Otto)

KUERT, MATTHIAS, EuGH Rs. C-222/15 – Konsenserfordernis bei Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Handelsverkehr, AJP 2016, 1538 ff. (zit.: AJP 2016)

KÜTTEL, PAMELA, Begriff der Teilnahme nach Art. 50 OR, HAVE 2008, 320 ff. (zit.: HAVE 2008)

LAMPE, ERNST-JOACHIM, Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts, in: Weigend, Thomas / Küpper, Georg, Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, Berlin / New York 1999, 83 ff. (zit.: FS Hirsch)

LANG, NORBERT, Doppelnormen im Recht der Finanzdienstleistungen, ZBB 2004, 289 ff. (zit.: LANG, ZBB 2004)

LANZ, MARTIN / RYSER, ROLAND M., Strafrechtliche Aspekte der Ad hoc-Publizität, SZW 2008, 26 ff. (zit.: SZW 2008)

LARENZ, KARL, Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht, NJW 1963, 737 ff. (zit.: NJW 1963)

LARENZ, KARL, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung – Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der «juristischen Kausalität», Leipzig 1927 (zit.: Zurechnungslehre)

LARENZ, KARL, Lehrbuch des Schuldrechts – Erster Band – Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987 (zit.: Schuldrecht I)

LARENZ, KARL, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts – Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung, Leipzig 1930 (zit.: Methode der Auslegung)

LARENZ, KARL, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin / Heidelberg / New York 1991 (zit.: Methodenlehre)

LARENZ, KARL, Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht, in: Von Caemmerer, Ernst / Nikisch, Arthur / Zweigert, Konrad (Hrsg.), Vom deutschen zum europäischen Recht – Festschrift für Hans Dölle – Band I – Deutsches Privat- und Zivilprozessrecht – Rechtsvergleichung, Tübingen 1963, 169 ff. (zit.: FS Dölle)

LARENZ, KARL / CANARIS, CLAUS-WILHELM, Lehrbuch des Schuldrechts – Zweiter Band – Besonderer Teil – 2. Halbband, 13. Aufl., München 1994

LAUFHÜTTE, HEINRICH WILHELM / RISSING-VAN SAAN, RUTH / TIEDEMANN, KLAUS (Hrsg.), Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch StGB, 12. Aufl., Berlin (zit.: AUTOR-LK StGB); (falls nicht besonders vermerkt, wird jeweils die neuste Auflage verwendet)

LEYENS, PATRICK C., Selbstbindung an untergesetzliche Verhaltensregeln – Gesetz, Vertrag, Verband, Publizität und Aufsichtsrecht, AcP 2015, 611 ff. (zit.: AcP 2015)

LIEDTKE, MAX, «Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren» (UN-Menschenrechtserklärung 1948, Artikel 1) – Geschichtliche und evolutionstheoretische Aspekte eines elementaren Menschenrechts, unter besonderer Berücksichtigung der Gleichheit aller Menschen, in: Bender, Oliver / Kanitscheider, Sigrun / Treml, Alfred K. (Hrsg.), Gleichheit und Ungleichheit, Symmetrie und Asymmetrie – Erscheinungs- und Verlaufsformen, Funktion und Folgen in Natur und Kultur, Norderstedt 2013, 285 ff.

LOBINGER, THOMAS, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung – zu den Entstehungsgründen vermögensaufstockender Leistungspflichten im Bürgerlichen Recht, Tübingen 1999

LOCHER, ALEXANDER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen – Rechtliche Ausgestaltung, Abgrenzung und Anwendbarkeit der Verfahrensgarantien, Zürich 2013

LOMBARDINI, CARLO, Droit bancaire suisse, 2. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2008

LOOSCHELDERS, DIRK, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, Tübingen 1999

LORANDI, FRANCO, Haftung für reinen Vermögensschaden, recht 1990, 19 ff. (zit.: recht 1990)

LOSER, PETER, Die Vertrauenshaftung im Schweizerischen Schuldrecht – Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung, Bern 2006 (zit.: Vertrauenshaftung)

LOSER-KROGH, PETER, Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung – Kritische Überlegungen zur Revision des Haftpflichtrechts (Gutachten für den Schweizerischen Juristentag 2003), ZSR 2003 II, 127 ff. (zit.: ZSR 2003 II)

LÜDERITZ, ALEXANDER, Auslegung von Rechtsgeschäften – Vergleichende Untersuchung angloamerikanischen und deutschen Rechts, Karlsruhe 1966

MABILLARD, RAMON, Gesellschaftsrechtliche Aspekte der Vertragsverhandlungen – Eine Untersuchung der Culpa in contrahendo, Basel 2004

MAIER-REIMER, GEORG, Schutzgesetze – Verhaltensnormen, Sanktionen und ihr Adressat, NJW 2007, 3157 ff.

MAKAROV, ALEXANDER N., Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Recht und Staat, Heft 144, Tübingen 1949

MAROLDA MARTINEZ, LARISSA, Information der Aktionäre nach Schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, Zürich 2006

MARTIN, ALFRED, Le code des obligations – Théorie des obligations, Genf 1919

MATUSCHE-BECKMANN, ANNEMARIE, Das Organisationsverschulden, Tübingen 2001

MAURER, MATTHIAS / VON DER CRONE, HANS CASPAR, Revision Börsendelikte und Marktmissbrauch, SZW 2011, 533 ff. (zit.: SZW 2011)

MEDER, STEPHAN, Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung, 2. Aufl., Tübingen, 2009

MEIER-HAYOZ, ARTHUR, Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts, JZ 1981, 417 ff. (zit.: JZ 1981)

MEIER-HAYOZ, ARTHUR, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Zürich 1948 (zit.: Vertrauensprinzip)

MEIER-HAYOZ, ARTHUR / FORSTMOSER, PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht – mit Einbeziehung des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11. Aufl., Bern, 2012

MERKL, ADOLF, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Verdross, Alfred (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht – Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet, Wien 1931, 252 ff.

MERTENS, HANS-JOACHIM, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart et al. 1967

MERZ, HANS, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen, SPR VI/1, Bern 1984

MERZ, HANS, Privatautonomie heute – Grundsatz und Rechtswirklichkeit, Heidelberg 1970 (zit.: Privatautonomie heute)

MERZ, HANS, Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem, ZBJV 1955, 301 ff. (zit.: ZBJV 1955)

MICHAELS, RALF, The Functional Method of Comparative Law, in: Reimann, Mathias / Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford 2008, 339 ff. (zit.: Oxford Handbook of Comparitive Law)

MISTELI, CHRISTOPHE, La responsabilité pour le dommage purement économique, Zürich 1999

MITTELSTRAß, JÜRGEN (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, 2. Aufl., mehrere Bd., Stuttgart 2005 ff. (zit.: AUTOR, Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie)

MÖHRLE, CAROLINE, Delisting – kapitalmarktrechtliche, gesellschaftsrechtliche und umstrukturierungsrechtliche Aspekte, Zürich 2006

MONFERRINI, ISABELLE / VON DER CRONE, HANS CASPAR, Haftung des Effektenhändlers für strukturierte Produkte im ausservertraglichen Verhältnis, SZW 2012, 347 ff. (zit.: SZW 2012)

MORARD, JACQUELINE, Die revidierten Kotierungsregularien, GesKR 2009, 220 ff. (zit.: GesKR 2009)

MORIN, ARIANE, Les articles 2 et 4 CC – deux règles dans l'esprit du Code civil, ZSR 2007 II, 203 ff. (zit.: ZSR 2007 II)

MÖSLEIN, FLORIAN, Dispositives Recht – Zwecke, Strukturen und Methoden, Tübingen 2011

MÜLBERT, PETER O. / SAJNOVITS, ALEXANDER, Vertrauen und Finanzmarktrecht, ZfPW 2016, 1 ff. (zit.: ZfPW 2016)

MÜLLER, BRUNO, Die Verkehrssitte insbesondere im schweizerischen Recht mit Berücksichtigung der Zürcher Effektenbörse, Bern 1944 (zit.: B. MÜLLER)

MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich 2013

MÜLLER, JAN PETER, Rezeption privater Rechnungslegungsstandards durch den Staat, Heidelberg 2013 (zit.: JAN P. MÜLLER)

MÜLLER-CHEN, MARKUS, Folgen der Vertragsverletzung, Zürich 1999 (zit.: Vertragsverletzung)

MÜLLER-CHEN, MARKUS, Probleme des dualistischen Haftungskonzepts, in: Fellmann, Walter / Weber, Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2008 – Dualistisches Haftungskonzept, Erfolgshonorar und Prozessfinanzierung, direktes Forderungsrecht, Opferhilfe sowie kantonales Verwaltungsrecht – Beiträge zur Tagung vom 8. Mai 2008, Zürich / Basel / Genf 2008, 13 ff. (zit.: Probleme)

MÜLLER-CHRISTMANN, BERND, Das Gesetz zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes, DB 2011, 749 ff. (zit.: DB 2011)

MÜLLER-STUDER, LUKA / GLOOR, SIMONE, Aktuelle Entwicklungen im GwG-Recht, in: Furrer, Andreas (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2011, Bern 2011, 845 ff.

MÜNZBERG, WOLFGANG, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Frankfurt am Main 1966

MUNZIGER, WALTHER, Referat über die Wucherfrage, in: ZSR 1867, 41 ff. (zit.: ZSR 1867)

NAWIASKY, HANS, Allgemeine Rechtslehre – als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., Einsiedeln / Zürich / Köln 1948

NELSON, LEONARD, Kritik der praktischen Vernunft – Vorlesungen über die Grundlagen der Ethik, Leipzig 1917

NEUENSCHWANDER, MARKUS, Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1971

NEUHAUS, PAUL HEINRICH, Rezension von Hubert Bauer ‹Les traités et les règles de droit international privé matériel›, RabelsZ 1967, 769 ff. (zit.: RabelsZ 1967)

NEUMANN, FRANZ, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, ZFS 1937, 542 ff. (zit.: ZFS 1937)

NEUNER, JÖRG, Vertragsauslegung – Vertragsergänzung – Vertragskorrektur, in: Heldrich, Andreas et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. I, München 2007, 901 ff. (zit.: FS Canaris)

NIDA-RÜMELIN, JULIAN, Eine Verteidigung von Freiheit und Gleichheit, in: Langbehn, Claus (Hrsg.), Recht, Gerechtigkeit und Freiheit – Aufsätze zur politischen Philosophie der Gegenwart (Festschrift für Wolfgang Kersting), Paderborn 2006, 17 ff. (zit.: FS Kersting)

NIGGLI, MARCEL ALEXANDER / RIEDO, CHRISTOF, Quasi-Strafrecht – Strafrecht im engeren und weiteren Sinn und «Sozialethisches Unwerturteil», in: Amstutz, Marc / Hochreutener, Inge / Stoffel, Walter (Hrsg.), Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, Zürich 2011, 91 ff. (zit.: Quasi-Strafrecht)

NIGGLI, MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER, HANS (Hrsg.), Basler Kommentar – Strafrecht I, 3. Aufl., Basel 2013 (zit.: AUTOR, BSK-SR I)

NIGGLI, MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER, HANS (Hrsg.), Basler Kommentar – Strafrecht II, 3. Aufl., Basel 2013 (zit.: AUTOR, BSK-SR II)

NIGGLI, MARCEL ALEXANDER / MAEDER, STEFAN, Was schützt eigentlich Strafrecht (und schützt es überhaupt etwas)?, AJP 2011, 443 ff. (zit.: AJP 2011)

NOBEL, PETER, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl., Bern, 2010

NOWAKOWSKI, FRIEDRICH, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW 1951, 287 ff. (zit.: ZStW 1951)

OECHSLER, JÜRGEN, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag – Die theoretischen Grundlagen der Vertragsgerechtigkeit und ihr praktischer Einfluss auf Auslegung, Ergänzung und Inhaltskontrolle des Vertrages, Tübingen 1997

OERTMANN, PAUL, Rechtsordnung und Verkehrssitte insbesondere nach Bürgerlichem Recht – Zugleich ein Beitrag zu den Lehren von der Auslegung der Rechtsgeschäfte und von der Revision, Leipzig 1914

OFTINGER, KARL, Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, ZSR 1939, 178 ff. (zit.: ZSR 1939)

OFTINGER, KARL / STARK, EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht – Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995 (zit.: Bd. I)

OFTINGER, KARL, Schweizerisches Haftpflichtrecht – Erster Band: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1975 (zit.: Bd. I, 4. Aufl.)

OFTINGER, KARL / STARK, EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht – Band II/1: Besonderer Teil – Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4. Aufl., Zürich 1987 (zit.: Bd. II/1)

OHLER, CHRISTOPH, Die Kollisionsordnung des allgemeinen Verwaltungsrechts – Strukturen des deutschen internationalen Verwaltungsrechts, Tübingen 2005

OSER, HUGO, Das neue schweizerische Obligationenrecht, in: Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht (heute ‹ZHR›) 1912, 61 ff. (zit.: ZHR 1912)

OSWALD, CHRISTOPH, Analyse der Sorgfaltspflichtverletzung (im vertraglichen wie ausservertraglichen Bereich), Zürich 1988

PARK, TIDO (Hrsg.), Kapitalmarktstrafrecht – Straftaten, Ordnungswidrigkeiten, Finanzaufsicht, Compliance – Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2013 (zit.: AUTOR, in: Park)

PATRY, ROBERT, L'obligation de sécurité en droits français et suisse, ZBJV 1957, 41 ff. (zit.: ZBJV 1957)

PETERS, FRANK, Zur Gesetzestechnik des § 823 II BGB, JZ 1983, 913 ff. (zit.: JZ 1983)

PETRIN, MARTIN, Fortentwicklung der Geschäftsherrenhaftung in der Schweiz, Zürich 2004

PAVČNIK, MARJIAN, Die Rechtsnorm, ARSP 1997, 463 ff. (zit.: ARSP 1997)

PAWLIK, MICHAEL, Das Unrecht des Bürgers – Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre, Tübingen 2012

PAWLOWSKI, HANS-MARTIN, Wie kommt es zum Vertrag?, in: Hübner, Ulrich / Ebke Werner F. (Hrsg.), Festschrift für Bernhard Grossfeld zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1999, 829 ff. (zit.: FS Grossfeld)

PERRIG WERNER, Über den Begriff der Widerrechtlichkeit, SJZ 1959, 325 ff. (zit.: SJZ 1959)

PETERSEN, JENS, Freiheit unter dem Gesetz – Friedrich August von Hayeks Rechtsdenken, Tübingen 2014

PETITPIERRE-SAUVAIN, ANNE, Loi sur les bourses et responsabilité – Choix politique ou confusion, in: Von der Crone, Hans Caspar et al. (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht – Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 543 ff. (zit.: FS Forstmoser)

PFEIFFER, THOMAS, Datumtheorie und «local data» in der Rom II-VO – am Beispiel von Straßenverkehrsunfällen, in: Michaels, Ralf / Solomon, Dennis (Hrsg.), Liber amicorum Klaus Schurig, München 2012, 229 ff. (zit.: FS Schurig)

PFLAUM, SONJA / WOHLERS, WOLFGANG, Kurs- und Marktmanipulation – Straf- und aufsichtsrechtliche Relevanz der Manipulation von Börsenkursen, GesKR 2013, 523 ff. (zit.: GesKR 2013)

PICKER, EDUARD, Vertragliche und deliktische Schadenshaftung, JZ 1987, 1041 ff. (zit.: JZ 1987)

PICKER, EDUARD, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht – Zur wachsenden Freiheitsbedrohung im Recht und durch Recht, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft – Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts, Tübingen 2007, 207 ff. (zit.: Privatrechtsgesellschaft)

POELZIG, DÖRTE, Normdurchsetzung durch Privatrecht, Tübingen 2012

POGGE, TOMAS, W., Kant's Theory of Justice, Kant-Studien 1988, 407 ff. (zit.: Kant-Studien 1988)

POLTIER, ETIENNE, La responsabilité de l'Etat pour acte illicite – l'exigence de l'illicéité, in: Favre, Anne-Christine / Martenet, Vincent / Poltier, Etienne (Hrsg.), La responsabilité de l'Etat, Zürich 2012, 77 ff.

PORTMANN, WOLFGANG, Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht?, SJZ 1997, 273 ff. (zit.: SJZ 1997)

PUPPE, INGEBORG, Der Aufbau des Verbrechens, in: Dannecker, Gerhard et al. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, Köln 2007, 389 ff. (zit.: FS Otto)

PUPPE, INGEBORG, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Verursachung im Recht, Rechtswissenschaft 2011, 400 ff. (zit.: Rechtswissenschaft 2011)

PUPPE, INGEBORG, Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl., Göttingen 2014 (zit.: Juristisches Denken)

RADBRUCH, GUSTAV, Rechtsphilosophie, 8. Aufl., Stuttgart 1973

RENZIKOWSKI, JOACHIM, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, in: Alexy, Robert (Hrsg.), Juristische Grundlagenforschung – Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) vom 23. bis 25. September 2004 in Kiel, ARSP Beiheft Nr. 104, Stuttgart 2005, 99 ff. (zit.: Normentheorie)

RENZIKOWSKI, JOACHIM, Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie, in: Dölling, Dieter / Erb, Volker

(Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002, Heidelberg 2002, 3 ff. (zit.: FS Gössel)

RENZIKOWSKI, JOACHIM, Normentheorie als Brücke zwischen Strafrechtsdogmatik und Allgemeiner Rechtslehre – Zugleich eine Auseinandersetzung mit Andreas Hoyer: Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, ARSP 2001, 110 ff. (zit.: ARSP 2001)

REPGEN, TILMAN, Sind Freiheit und Verantwortung im Privatrecht Vergangenheit?, in: Dölling, Dieter (Hrsg.), Ius humanum – Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, 399 ff. (zit.: FS Lampe)

REY, HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2008

RIEDEL, MANFRED, Imputation der Handlung und Applikation des Sittengesetzes – Über den Zusammenhang von Hermeneutik und praktischer Urteilskraft in Kants Lehre vom «Faktum der Vernunft», in: Ders. (Hrsg.): Urteilskraft und Vernunft – Kants ursprüngliche Fragestellung. Frankfurt am Main 1989, 98 ff.

RIEMER, HANS MICHAEL, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89bis ZGB) – mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012 (zit.: SHK-Vereins- und Stiftungsrecht)

RIPSTEIN, ARTHUR, Chapter 17 – Philosophy of Tort Law, in: Coleman, Jules L. / Himma, Kenneth Einar / Shapiro, Scott J. (Hrsg.), The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, Oxford 2004, 656 ff.

RITTER JOACHIM ET AL. (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, mehrere Bd., Basel 1971 ff. (zit.: AUTOR, HWPh)

ROBERTO, VITO, Anleger werden ungleich behandelt, NZZ 6. November 2012, 21 (zit.: NZZ vom 6. November 2012)

ROBERTO, VITO, Antithesen zur Haftung für Ad hoc-Publizität, GesKR 2006, 149 ff. (zit.: GesKR 2006)

ROBERTO, VITO, Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens, AJP 1999, 511 ff. (zit.: AJP 1999)

ROBERTO, VITO, Gedanken zur Haftung des Arbeitnehmers (insbesondere Schädigung Dritter), in: Becker, Jürgen (Hrsg.), Recht im Wandel seines sozialen und technischen Umfeldes, Festschrift für Manfred Rehbinder, München / Bern 2002, 91 ff. (zit.: FS Rehbinder)

ROBERTO, VITO, Haftpflichtrecht, Bern 2013 (zit.: Haftpflichtrecht)

ROBERTO, VITO, Haftung für Dienstleistungen gegenüber vertragsfremden Dritten – Wie das Schielen auf das BGB den Blick auf das schweizerische Recht trüben kann, in: Meier-Schatz, Christian J. / Schweizer, Rainer J. (Hrsg.), Recht und Internationalisierung: Festgabe gewidmet dem Schweizerischen Juristenverein anlässlich des Juristentags 2000 in St. Gallen durch die Juristische Abteilung der Universität St. Gallen, Zürich 2000, 137 ff. (zit.: Haftung für Dienstleistungen)

ROBERTO, VITO, Schadensrecht, Basel 1997 (zit.: Schadensrecht)

ROBERTO, VITO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002 (zit.: Schweizerisches Haftpflichtrecht)

ROBERTO, VITO, Verschulden statt Adäquanz oder sollte es gar Rechtswidrigkeit sein?, recht 2002, 145 ff. (zit.: recht 2002)

ROBERTO, VITO, Wandlungen, Reform und Stand des schweizerischen Haftpflichtrechts, in: Rechtswissenschaftliche Abteilung der Universität St. Gallen (HSG); (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz – Festschrift 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen (HSG), Zürich / St. Gallen 2007, 637 ff. (zit.: FS 25 Jahre juristische Abschlüsse an der HSG)

ROBERTO, VITO / RICKENBACH, JENNIFER, Was ist eine Schutznorm, ZSR 2012 I, 185 ff. (zit.: ZSR 2012 I)

ROBERTO VITO / WEGMANN THOMAS, Prospekthaftung in der Schweiz, SZW 2001, 161 ff. (zit.: SZW 2001)

RÖDL, FLORIAN, Gerechtigkeit unter freien Gleichen – Eine normative Rekonstruktion von Delikt, Eigentum und Vertrag, Baden-Baden 2015

ROGERS, W. V. HORTON, Ex Turpi Causa Non Oritur Actio, in: Koziol, Helmut / Spier, Jaap (Hrsg.), Liber Amicorum Pierre Widmer, Wien 2003, 293 ff. (zit.: FS Widmer)

ROGERS, W. V. HORTON (Hrsg.), Winfield and Jolowicz on Tort, 18. Aufl., London 2010 (zit.: in: Winfield and Jolowicz)

ROHE, MATHIAS, Netzverträge – Rechtsprobleme komplexer Vertragsverbindungen, Tübingen 1998

RÖHL, KLAUS F. / RÖHL, HANS CHRISTIAN, Allgemeine Rechtslehre – Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Köln / München 2008

ROMANO, GIAN PAOLO, Le dilemme du renvoi en droit international privé – la thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse, Genf 2014

ROMY, ISABELLE, Le «for de consommateur» et les contrats de services financiers à la lumière de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, SZZP 2009, 317 ff. (zit.: SZZP 2009)

ROMY, ISABELLE / BLOCH, OLIVIER, Les devoirs d'information du banquier a la lumière de la jurisprudence fédérale récente, in: Peter Gauch et al. (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Zürich 2008, 647 ff. (zit.: FS Tercier)

ROSENBERG, LEO / SCHWAB, KARL HEINZ / GOTTWALD, PETER (Hrsg.), Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München 2010

RÖSLER, HANNES, Schutz des Schwächeren im Europäischen Vertragsrecht – Typisierte und individuelle Unterlegenheit im Mehrebenenprivatrecht, RabelsZ 2009, 889 ff. (zit.: RabelsZ 2009)

ROTH, ROBERT / MOREILLON, LAURENT (Hrsg.), Commentaire Romand – Code pénal I, Art. 1–110 CP, Basel 2009 (zit.: AUTOR, CR-CP I)

ROTHENHÖFER, KAY, Interaktion zwischen Aufsichts- und Zivilrecht – Dualismus der Wohlverhaltensregeln des WpHG unter besonderer Berücksichtigung der Vertriebs-

vergütungen, in: Baum, Harald et al. (Hrsg.), Perspektiven des Wirtschaftsrechts – deutsches, europäisches und internationales Handels-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Beiträge für Klaus J. Hopt aus Anlass seiner Emeritierung, Berlin 2009, 55 ff. (zit.: FS Hopt)

ROUILLER, NICOLAS, Der widerrechtliche Vertrag – die verbotsdurchsetzende Nichtigkeit – Schicksal des privatrechtlichen Vertrags, der gegen das öffentliche Recht verstösst, Bern 2002

ROUSSOS, KLEANTHIS, Schaden und Folgeschaden – Die systematischen und die Wertungsgrundlagen der Schadenszurechnung, Köln et al. 1992

ROSS, STEPHEN / WESTERFIELD, RANDOLPH W. / JAFFE, JEFFERY, Corporate Finance, 10 Aufl., New York 2012

ROXIN, CLAUS, Strafrecht Allgemeiner Teil – Band I – Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., München 2006 (zit.: SR AT I)

RÜETSCHI, SVEN, Vorfragen im schweizerischen Zivilprozess, Zürich 2011

RUMMEL, PETER (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band §§ 1175–1502 ABGB – Nebengesetze, 2. Aufl., Wien 1992 (zit.: AUTOR, in: Rummel)

RÜTHERS, BERND / FISCHER, CHRISTIAN, Rechtstheorie – Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, 5. Aufl., München 2010

SÄCKER, JÜRGEN ET AL. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – BGB, 12 Bd., München (zit.: AUTOR, MünchKommBGB); (die verwendete Auflage wird jeweils zitiert)

SALOMON, MAX, Grundlegung der Rechtsphilosophie, Berlin 1919

SANCHEZ-OSTIZ, PABLO, Ist die «objektive Zurechnung» objektiv und zurechnend?, in: Schünemann et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin / New York 2001, 361 ff. (zit.: FS Roxin)

SANDROCK, OTTO, Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht, Köln 1966

SCHÄFER, FRANK A. / SETHE, ROLF / LANG, VOLKER (Hrsg.), Handbuch der Vermögensverwaltung – in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Liechtenstein, 2. Aufl., Basel 2016 (zit.: AUTOR, in: Hb. der Vermögensverwaltung)

SCHALLER, JEAN-MARC, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts – Grundlagen, Haftung, Zivilprozess, Aufsicht, Strafrecht, Zürich 2013 (zit.: Handbuch)

SCHALLER, JEAN-MARC Die Pflicht zur Produktekenntnis («Know Your Product») in der Anlageberatung und Vermögensverwaltung, SZW 2011, 449 ff. (zit.: SZW 2011)

SCHIEMANN, GOTTFRIED, Das allgemeine Schädigungsverbot: «alterum non laedere», JuS 1989, 345 ff. (zit.: JuS 1989)

SCHILD, WOLFGANG, Zurechnung zum Verhaltensunrecht, in: Pawlik, Michael / Zaczyk, Rainer (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag, Köln et al. 2007, 601 ff. (zit.: FS Jakobs)

SCHILLER, FRIEDRICH, Wallenstein – Ein dramatisches Gedicht, Stuttgart 1952 / 1977 / 2004 (Reclam-Ausgabe)

SCHINKELS, BORIS, Normsatzstruktur des IPR – Zur rechtstheoretischen Einordnung des Befehls der «Anwendung» ausländischem Recht entnommener Normsätze im autonomen deutschen IPR, Tübingen 2007

SCHLESINGER, RUDOLF P., The Common Core of Legal Systems: An Emerging Subject of Comparative Study, in: Nadelmann, Kurt H. / Von Mehren, Arthur T. / Hazard, John N. (Hrsg.), XXth Century Comparative and Conflict Law – Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema, Leyden 1961, 65 ff. (zit.: FS Yntema)

SCHLUEP, WALTER R., Innominatverträge, SPR, Bd. VII/1/2, Basel 1979 (zit.: SPR VII/1/2)

SCHMID, JÖRG (Hrsg.), Zürcher Kommentar – Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, mehrere Bd., Zürich (zit.: AUTOR, ZK); (diverse Auflagen)

SCHMIDT, KARSTEN, Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht – Kartellrechtspflege nach deutschem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 1977 (zit.: Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht)

SCHMIEDEL BURKHARD, Deliktsobligationen nach deutschem Kartellrecht, Bd. 1, Tübingen 1974

SCHMOECKEL, MATHIAS / RÜCKERT, JOACHIM / ZIMMERMANN, REINHARD (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, mehrere Bd., Tübingen (zit.: AUTOR, HKK-BGB)

SCHNEIDER, ANNE, Die Verhaltensnorm im Internationalen Strafrecht, Berlin 2011

SCHNORR VON CAROLSFELD, LUDWIG, Ist das Normgrenzrecht eine selbstständige Rechtsmaterie?, in: Sandrock, Otto (Hrsg.), Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag, Berlin / New York 1979, 697 ff. (zit.: FS Beitzke)

SCHNYDER, ANTON K. / LIATOWITSCH MANUEL, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich 2011

SCHÖNENBERGER, BEAT, Haftung für Rat und Auskunft gegenüber Dritten – Eine rechtsvergleichende Studie, Basel / Genf / München 1999 (zit.: Rat und Auskunft)

SCHÖNENBERGER, BEAT, Die Dritte Widerrechtlichkeitstheorie, in: HAVE 2004, 1 ff. (zit.: HAVE 2004)

SCHÖNKE, ADOLF / SCHRÖDER, HORST (Hrsg.), Strafgesetzbuch (StGB) – Kommentar, 28. Aufl., München 2010 (zit.: AUTOR, S/S)

SCHRAMM, DOROTHEE, Ausländische Eingriffsnormen im Deliktsrecht – Ein Beitrag zu Art. 19 IPRG und Art. 12 Abs. 1 des Entwurfs der Rom II-Verordnung, Bern 2005

SCHULZE, REINER (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar, 9. Aufl., Baden-Baden 2016 (zit.: AUTOR, HK-BGB)

SCHULTZ, HANS, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts – Ein Grundriss – Erster Band – Die allgemeinen Voraussetzungen der kriminalrechtlichen Sanktionen, 4. Aufl., Bern 1982 (zit.: SR AT I)

SCHUR, WOLFGANG, Leistung und Sorgfalt – Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Pflicht im Bürgerlichen Recht, Tübingen 2001

SCHWANDER, IVO, Der Auftrag im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht, in: Postizzi, Mario / Annovazzi, Mattia (Hrsg.), Il contratto mandato nell'ordinamento giuridico, Basel / Lugano 2009, 47 ff. (zit.: Auftrag)

SCHWANDER, IVO, Einführung in das internationale Privatrecht – Erster Band: Allgemeiner Teil, 3. Aufl., St. Gallen 2000 (zit.: IPR AT)

SCHWANDER, IVO, Einführung in das internationale Privatrecht – Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Aufl., St. Gallen 1998 (zit.: IPR BT)

SCHWANDER, IVO, Geldwäscherei – Sorgfaltspflichten der Finanzintermediäre gemäss Geldwäschereigesetzgebung als Schutznorm i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR? Anknüpfung der Schadenersatzklage im internationalen Verhältnis, Art. 133 Abs. 2 IPRG – Schweizerisches Bundesgericht, I. Zivilabteilung, Urteil vom 18. April 2007, Bank X. c. Bank Y. SA (4C.386/2006), BGE 133 III 323 ff., Berufung, AJP 2007, 1178 ff. (zit.: AJP 2007)

SCHWANDER, IVO, Loi d'application immédiate – Sonderanknüpfung – IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht, Zürich 1975 (zit.: Ausnahmen)

SCHWANDER, IVO, Methodische Defizite des IPR-Kollisionsrechts – wie weiter?, in: Meier, Isaak / Siehr, Kurt (Hrsg.), Rechtskollisionen – Festschrift für Anton Heini zum 65. Geburtstag, Zürich 1995, 389 ff. (zit.: FS Heini)

SCHWANDER, IVO, Der Wandel des Privatrechts und seine Rückwirkungen auf das internationale Recht, SJIR 1989, 247 ff. (zit.: SJIR 1989)

SCHWANDER, IVO, Was macht einen Rechtssatz zwingend oder dispositiv? – Eine Skizze, in: Honsell, Heinrich et al. (Hrsg.), Privatrecht und Methode. Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel / Genf / München 2004, 399 ff. (zit.: FS Kramer)

SCHWANDER, IVO, Verfahrensrechtliche Behandlung von Vorfragen und von Prozessvoraussetzungen, ZZZ 2008/2009, 469 ff. (zit.: ZZZ 2008/2009)

SCHWARZ, JÖRG, Zivilrechtliche Haftung für Geldwäscherei – Eine Bestandesaufnahme nach BGE 134 III 529, HAVE 2009, 9 ff. (zit.: HAVE 2009)

SCHWENZER, INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012 (zit.: OR AT)

SCHWENZER, INGEBORG, Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht, in: Dies. (Hrsg.), Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert – Symposium aus Anlass des 65. Geburtstages von Peter Schlechtriem; Tübingen 1999, 27 ff. (zit.: Symposium Schlechtriem)

SCHWENZER, INGEBORG / SCHÖNENBERGER, BEAT, Civil Liability for Purely Economic Loss in Switzerland, in: International Congress of Comparative Law (Hrsg.), Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé, Zürich 1998, 353 ff.

SCHWIND, FRITZ, Systembegriff und Funktionsbegriff – Miszelle zur Theorie des IPR, in: Horn, Norbert / Luig, Klaus / Söllner, Alfred (Hrsg.), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag – Bd. II., München 1982, 483 ff. (zit.: FS Coing)

SCHWITANSKI, HEINZ-GEORG, Deliktsrecht, Unternehmensschutz und Arbeitskampfrecht – Versuch einer systemorientierten Harmonisierung, Berlin 1986

SEELMANN, KURT, Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflichtdogmatik, GA 1989, 241 ff. (zit.: GA 1989)

SEELMANN, KURT / GETH CHRISTOPHER, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Basel 2016 (zit.: SR AT)

SEELMANN, KURT / DEMKO, DANIELA, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2014 (zit.: Rechtsphilosophie)

SETHE, ROLF ET AL. (Hrsg.), Kommentar zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz FinfraG, Zürich 2017 (zit.: AUTOR, SK-FinfraG)

SIBBERN, ERIC / VON DER CRONE, HANS CASPAR, Informationspflichten im Anlagegeschäft – Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.270/2006 (BGE 133 III 97) vom 4. Januar 2007 i.S. X. (Kläger und Berufungskläger) gegen Y. AG (Beklagte und Berufungsbeklagte), SZW 2007, 166 ff. (zit.: SZW 2007)

SIEBENECK, CLAUDIA, Die Sanktionsverfahren der Schweizer Börse – Eine kritische Betrachtung, Bern 2013

SIEBERT, WOLFGANG (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, mehrere Bd., Stuttgart / Berlin / Köln (zit.: AUTOR, Soergel-BGB); (falls nicht besonders vermerkt, wird jeweils die neuste Auflage verwendet)

SOMMA, ALESSANDRO, Der Schutz der schwächeren Vertragspartei – rechtshistorische und rechtspolitische Aspekte, in: Schulze, Reiner (Hrsg.), New Features in Contrat Law, München 2007, 25 ff.

SOMMER, UELI, Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht- und Obligationenrechts?, AJP 2006, 1031 ff. (zit.: AJP 2006)

SONNENBERGER, HANS-JÜRGEN, Verkehrssitten im Schuldvertrag, München 1969

SPICKHOFF, ANDREAS, Folgenzurechnung im Schadensersatzrecht: Gründe und Grenzen, in: Lorenz, Egon (Hrsg.), Karlsruher Forum 2007, Karlsruhe 2008, 9 ff. (zit.: Karlsruher Forum 2007)

SPICKHOFF, ANDREAS, Gesetzesverstoss und Haftung, Köln et al. 1998 (zit.: Gesetzesverstoss)

SPINDLER, GERALD, Kausalität im Zivil- und Wirtschaftsrecht, ACP 2008, 283 ff. (zit.: AcP 2008)

SPIRO, KARL, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984 (zit.: Haftung für Erfüllungsgehilfen)

SPIRO, KARL, Die Haftung für Abschluss- und Verhandlungsgehilfen, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo, ZSR 1986 I, 619 ff. (zit.: ZSR 1986 I)

SPITZ, PHILIPPE, Deliktische Eigenhaftung von Organ- und Hilfspersonen, SJZ 2003, 165 ff. (zit.: SJZ 2003)

STATHOPOULOS, MICHAIL, Bemerkungen zum Verhältnis zwischen Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeit im Zivilrecht, in: Canaris, Claus-Wilhelm / Diederichsen, Uwe (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983, 631 ff. (zit.: FS Larenz)

VON STAUDINGER, JULIUS (Begründer), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, mehrere Bd., Berlin (zit.: AUTOR, in: Staudinger); (falls nicht besonders vermerkt, wird jeweils die neuste Auflage verwendet)

STEGMÜLLER, WOLFGANG, Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, Band I – Wissenschaftliche Erklärung und Begründung, Berlin / Heidelberg / New York 1969

STEHLE, BERNHARD, Vom wirklichen Willen der Vertragsparteien, recht 2014, 257 ff. (zit.: recht 2014)

STEININGER, THOMAS / VON DER CRONE, HANS CASPAR, Eintragungspflicht landwirtschaftlicher Betriebe in das Handelsregister, SZW 2009, 392 ff. (zit.: SZW 2009)

STÖCKLI, HUBERT, Notizen zur Widerrechtlichkeit, in: Niggli, Marcel Alexander / Hurtado, Pozo José / Queloz, Nicolas (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, 227 ff. (zit.: FS Riklin)

STOLL, HANS, Die Behandlung von Verhaltensnormen und Sicherheitsvorschriften, in: Von Caemmerer, Ernst (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse, Tübingen 1983, 160 ff. (zit.: Verhaltensnormen)

STOLL, HANS, Richterliche Fortbildung und gesetzliche Überarbeitung des Deliktrechts, Heidelberg 1984 (zit.: Richterliche Fortbildung)

STOLL, HANS, Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, AcP 1976, 145 ff. (zit.: AcP 1976)

STÖLTING, CARSTEN, Vertragsergänzung und implied terms – Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts, München 2009

STRASSER, OTHMAR, Die Geldwäscherei-Strafbestimmung von Art. 305bis als Schutznorm für geschädigte Anleger? – Kritische Bemerkungen eines Bankrechtspraktikers, in: Cavallo, Angela et al. (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zürich / Basel / Genf 2012, 867 ff. (zit.: FS Donatsch)

STRATENWERTH, GÜNTER, Voraussetzungen einer Unternehmenshaftung de lege ferenda, ZstrR 2008, 1 ff. (zit.: ZStrR 2008)

STRATENWERTH, GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011 (zit.: SR AT I)

STRATENWERTH, GÜNTHER, Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 3. Aufl., Bern 2005 (zit.: SR AT I, 3. Aufl.)

STRATENWERTH, GÜNTER / JENNY, GUIDO / BOMMER, FELIX, Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010 (zit.: SR BT I)

SYMEONIDES, SYMEON C., Tort Conflicts and Rome II – A View from Across, in: Mansel, Heinz-Peter et al. (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme – Band I, München 2004, 935 ff. (zit.: FS Jayme)

TIEDEMANN, KLAUS, Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Köln et al. 2010 (zit.: Wirtschaftsstrafrecht AT, 3. Aufl.)

THOMMEN, MARC, Opfermitverantwortung beim Betrug, ZStrR 2008, 17 ff. (zit.: ZStrR 2008)

VON THUR, ANDREAS / PETER, HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts – Erster Band, 3. Aufl., Zürich 1979

THÜSING, GREGOR, Das gleiche Bewusstsein bilden, FAZ vom 7. Februar 2002, 11 (zit.: FAZ vom 7. Februar 2002)

TOEPEL, FRIEDRICH, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, Berlin 1992

TRAUTMANN, MATTHIAS / VON DER CRONE, HANS CASPAR, Die Know-Your-Customer-Rule im Vermögensverwaltungsauftrag, in: Zobl, Dieter / Giovanoli, Mario / Weber, Rolf / Sethe, Rolf (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht, Band 108, Zürich / Basel / Genf 2013, 133 ff.

TRECHSEL, STEFAN / PIETH, MARK (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich, 2013 (zit.: PK-StGB)

TROXLER, TIZIAN, Die Universalität von Rechtfertigungsgründen im Verhältnis von Straf- und Zivilrecht, Basel 2014 (zit.: Universalität)

TROXLER, TIZIAN, Subjektive Rechtfertigungselemente im Haftpflichtrecht, recht 2014, 149 ff. (zit.: recht 2014)

UHLMANN FELIX, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 2011, 437 ff. (zit.: SZW 2011)

UNBERATH, HANNES, Die Vertragsverletzung, Tübingen 2007 (zit.: Vertragsverletzung)

UNBERATH, HANNES, Der Nachhall der metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre im System des heutigen römischen Rechts, ZRG Germ. Abt. 2010, 142 ff. (zit.: ZRG Germ. Abt. 2010)

VALERIUS, BRIAN, Das globale Unrechtsbewusstsein – Oder: Zum Gewissen im Internet, NStZ 2003, 341 ff. (zit.: NStZ 2003)

VALLENDER, KLAUS A / LEHNE, JENS / HETTICH, PETER, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung – Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, Bern 2007

VASELLA, DAVID, Die Haftung von Ratingagenturen – Ein Beitrag zur Expertenhaftung, Zürich 2011

VERDE, MICHEL, Straftatbestände als Schutznormen im Sinne des Haftpflichtrechts, Zürich 2014

VERDE, MICHEL, Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht – Gedanken zu dieser Haftungsvoraussetzung und den dazu entwickelten Lehren, in: Jusletter 18. April 2016 (zit.: Widerrechtlichkeit)

VERSE, DIRK, Organwalterhaftung und Gesetzesverstoß, Überlegungen zur Außenhaftung der Organwalter bei Verletzung von Schutzgesetzen (§ 823 Abs. 2 BGB), ZHR 2006, 389 ff. (zit.: ZHR 2006)

VIONNET, GUILLAUME, Pflichten aus dem Äther, Gedanken zur Rolle von Treu und Glauben im Obligationenrecht, in: Bärtschi et al. (Hrsg.), Vertrauen – Vertrag – Verantwortung – Festschrift für Hans Caspar von der Crone, Zürich 2007, 59 ff. (zit.: FS von der Crone)

VISCHER, FRANK / HUBER LUCIUS / OSER DAVID, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl., Bern 2000

VISCHER, MARKUS M., «Volenti non fit iniuria» bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR, AJP 2016, 1458 ff. (zit.: M. VISCHER, AJP 2016)

VOGEL, JOACHIM, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, Berlin 1993 (zit.: Norm und Pflicht)

VOGEL, JOACHIM, Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht, StV 2012, 427 ff. (zit.: StV 2012)

VOSER, NATHALIE, Die Theorie der loi d'application immédiate im Internationalen Privatrecht – Untersuchung zur zwingenden Anwendung von Bestimmungen des schweizerischen Rechts gemäss Art. 18 IPRG, Basel 1993

WAESPI, OLIVER, Organisationshaftung – Zwischen Risiko und Unsorgfalt, Bern 2005

WACKE, ANDREAS, Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List – (Dolus bonus und dolus malus, dolus causam dans und dolus incidens) unter Berücksichtigung der §§ 138 Abs. II und 123 BGB, ZRG 1977, 184 ff. (zit.: ZRG Rom. Abt. 1977)

WALDMANN, BERNHARD / BELSER, EVA MARIA / EPINEY, ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar – Bundesverfassung, Basel 2015 (zit.: AUTOR, BSK-BV)

WALTER, HANS PETER, Prozessuale Aspekte beim Streit zwischen Kunden und Vermögensverwalter, ZSR 2008 I, 99 ff. (zit.: H. P. WALTER, ZSR 2008 I)

WALTER, HANS PETER, Auf dem Weg zum Schuldverhältnis – wo weiter?, recht 2005, 71 ff. (zit.: H. P. WALTER, recht 2005)

WALTER, HANS PETER, Abgrenzung von Verschulden und Vertragsverletzung bei Dienstleistungsobligationen, in: A. Koller (Hrsg.), Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998, 43 ff. (zit.: H. P. WALTER, Abgrenzung)

WALTER, HANS PETER, Die Vertrauenshaftung – Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, ZSR 2001 I, 79 ff. (zit.: ZSR 2001 I)

WALTER, ROBERT, Der gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre, Rechtstheorie 1970, 69 ff. (zit.: R. WALTER, Rechtstheorie 1970)

WALTER, TONIO, Der Kern des Strafrechts – Die Allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, Tübingen 2006 (zit.: T. WALTER)

WATTER, ROLF / VOGT, NEDIM PETER (Hrsg.), Basler Kommentar – Börsengesetz / Finanzmarktaufsichtsgesetz / Art. 161, 161bis, 305bis, 305ter StGB / Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011 (zit.: AUTOR, BSK-BEHG/FINMAG)

WATTER, ROLF / DUBS, DIETER, Bedeutung und Zukunft der Selbstregulierung im Kapitalmarktrecht, ST 2005, 743 ff. (zit.: ST 2005)

WATTER, ROLF / REICHENBERG PAULA, La responsabilité des sociétés cotées en bourse liée à leurs communications financières défaillantes, AJP 2005, 969 ff. (zit.: AJP 2005)

WEBER, ROLF. H., Gewinnherausgabe – Rechtsfigur zwischen Schadenersatz-, Geschäftsführungs- und Bereicherungsrecht, ZSR 1992 I, 333 ff. (zit.: ZSR 1992 I)

WEBER, ROLF H., Finanzdienstleistungen im Spannungsfeld von Zivil- und Aufsichtsrecht, in: SJZ 2013, 405 ff. (zit.: SJZ 2013)

WEBER, ROLF H., Sorgfaltswidrigkeit – quo vadis?, ZSR 1988 I, 39 ff. (zit.: ZSR 1988 I)

WEBER, ROLF H., Börsenrecht Kommentar – Börsengesetz, Verordnungen und Selbstregulierungserlasse, 2. Aufl., Zürich 2013 (zit.: OFK-BEHG)

WEBER, ROLF H. / BAISCH, RAINER, Regulierung von Robo-Advice – Neue Herausforderungen für Finanzintermediäre und Finanzmarktaufsichtsbehörden im Kontext der digitalen Anlageberatung und Vermögensverwaltung, AJP 2016, 1065 ff. (zit.: AJP 2016)

WEGMANN, PAUL FELIX / VON DER CRONE, HANS CASPAR, Aufklärungspflicht und Haftung bei der Anleihensemission, SZW 2006, 308 ff. (zit.: SZW 2006)

WEGMANN, PAUL FELIX / VON DER CRONE, HANS CASPAR, Wille und Willensreferenz im Vertragsrecht – Eine Auseinandersetzung mit der Theorieresistenz des Rechts, ZSR 2007 I, 111 ff. (zit.: ZSR 2007 I)

WEINBERGER, OTA, Aufgaben und Schwierigkeiten der analytischen Rechtstheorie, ZaW 1972, 356 ff. (zit.: ZaW 1972)

WEINBERGER, OTA, Norm und Institution – eine Einführung in die Theorie des Rechts, Wien 1988 (zit.: Norm)

WELLER, MARC-PHILIPPE, Die neue Mobilitätsanknüpfung im Internationalen Familienrecht – Abfederung von Personalstatutenwechseln über die Datumtheorie, IPRax 2014, 225 ff. (zit.: M.-P. WELLER, IPRax 2014)

WELLER, MATTHIAS, Mandatory Elements of the Choice-of-Law Process in International Arbitration – Some Reflections on Teubnerian and Kelsenian Legal Theory, in: Gottschalk, Eckart et al. (Hrsg.), Conflict of Laws in a Globalized World, Essays in Honour of Arthur Taylor von Mehren, New York 2007, 243 ff. (zit.: M. WELLER, FS von Mehren)

WENZEL, HANS, Um die finale Handlungslehre – Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern, Tübingen 1949

WERLEN, THOMAS, Konzeptionelle Grundlagen des schweizerischen Kapitalmarktrechts, Zürich 1994

WERRO, FRANZ, La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité, 2. Aufl., Freiburg 1986

WESTERMANN, HARM-PETER (Hrsg.), Erman – Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG – Band II, 12. Aufl., Köln 2008 (zit.: AUTOR, in: Erman)

WICKI, JODOK, Market Making und Kurspflege kotierter eigener Aktien durch Effektenhändler, Zürich 2001

WIEACKER, FRANZ, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956 (zit.: Rechtstheoretische Präzisierung)

WIEACKER, FRANZ, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe, Heft 3, Karlsruhe 1953 (zit.: Sozialmodell)

WIEGAND, WOLFGANG, Von der Obligation zum Schuldverhältnis – Teil 1, recht 1997, 85 ff. (zit.: recht 1997)

WIEGAND, WOLFGANG, Die Verhaltenspflichten – Ein Beitrag zur juristischen Zeitgeschichte, in: Stolleis, Michael et al. (Hrsg.), Die Bedeutung der Wörter – Studien zur europäischen Rechtsgeschichte – Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag, München 1991, 547 ff. (zit.: FS Gagnér)

WIEGAND, WOLFGANG / BERGER, BERNHARD, Zur rechtssystematischen Einordnung von Art. 11 BEHG, ZBJV 1999, 713 ff. (zit.: ZBJV 1999)

WIEGAND, WOLFGANG / WICHTERMANN, JÜRG, Der Einfluss des Privatrechts auf das öffentliche Bankrecht, in: Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), Berner Bankrechtstagung 1999 – Die Banken im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, Bern 1999, 119 ff.

WIETHÖLTER, RUDOLF, § 823 II und die Schuldtheorie, JZ 1963, 205 ff. (zit.: JZ 1963)

WIDMER, PIERRE, Produktehaftung – Urteilsanmerkung Zivilrecht, recht 1986, 50 ff. (zit.: recht 1986)

WITTIG, PETRA, Das tatbestandsmässige Verhalten des Betrugs – Ein normanalytischer Ansatz, Frankfurt am Main 2005

WOLF, ERNST, Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden, AcP 1954, 97 ff. (zit.: AcP 1954)

WOLFF, HANS J. ET AL., Verwaltungsrecht I, 12. Aufl., München 2007

WÜRMLI, MARCEL, Die Haftung der Finanzmarktaufsicht, Bern 2010

WYSS, ALEXANDER, Verhaltensregeln für Effektenhändler, Zürich/St. Gallen 2000

YUNG, WALTER, Les éléments objectifs dans les contrats civils et commerciaux, in: Faculté de droit de Genève (Hrsg.), Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carry, Genf 1964, 169 ff.

ZAUGG, NIKLAUS, Vorprozessualer Anspruch von Bankkunden auf Erstellung von Stichtagbewertungen ihrer Portfolios?, AJP 2015, 1019 ff. (zit.: AJP 2015)

ZELLWEGER-GUTKNECHT, CORINNE, FIDLEG, FINIG und FINFRAG – Gedanken zur Haftung für standardisierte Information gemäss den Vorentwürfen, in: Fuhrer, Stephan (Hrsg.), Jahrbuch SGHVR 2014 / Annales SDRCA 2014, Zürich 2014, 109 ff. (zit.: Jahrbuch SGHVR 2014)

ZELLWEGER-GUTKNECHT, CORINNE, Finanzmarktprivatrecht 2007/08 – Leitentscheide und weitere Urteile des Bundesgerichts, in: recht 2009, 54 ff. (zit.: recht 2009)

ZOBL, DIETER ET AL. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zürich 2014 (zit.: AUTOR, in: Zobl et al.)

ZOBL, DIETER / KRAMER, STEFAN, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich 2004

ZÖLLNER, WOLFGANG, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 1996, 1 ff. (zit.: AcP 1996)

ZULAUF, URS, Gewähr im Gericht – Die von den Schweizer Finanzmarktgesetzen geforderte «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» und das «Berufsverbot» im Lichte der jüngeren Rechtsprechung, in: FINMA Sonderbulletin/Bulletin Spécial 2/2013, 8 ff. (zit.: FINMA Sonderbull. 2/2013)

ZUFFEREY, JEAN-BAPTISTE, Protection de l'investisseur et protection de la fonction, ZSR 1996 I, 169 ff. (zit.: ZSR 1996 I)

ZÜND, ANDREAS / ERRASS, CHRISTOPH, Die polizeiliche Generalklausel, ZBJV 2011, 261 ff. (zit.: ZBJV 2011)

ZWEIGERT, KONRAD / KÖTZ, HEIN, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1996

Materialienverzeichnis

Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesetzentwurfe, enthaltend Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht vom 27. November 1879, BBl. 1880 I 149 ff. (zit.: Botschaft aOR)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen vom 3. März 1905, BBl. 1905 II 1 ff. (zit.: Botschaft OR)

Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982, BBl. 1983 I 263 ff. (zit.: Botschaft IPRG)

Botschaft des Bundesrats betreffend das Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz) vom 24. Februar 1993, BBl. 1993 I 1369 ff. (zit.: Botschaft BEHG)

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl. 1999 II 1979 ff. (zit.: Botschaft StGB AT)

Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz FINMAG) vom 1. Februar 2006, BBl. 2006, 2829 ff. (zit.: Botschaft FINMAG)

Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Börsengesetzes (Börsendelikte und Marktmissbrauch) vom 31. August 2011, BBl. 2011, 6873 ff. (zit.: Botschaft Börsendelikte und Marktmissbrauch)

Botschaft zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FinfraG) vom 3. September 2014, BBl. 2014, 7483 ff. (zit.: Botschaft FinfraG)

Botschaft des Bundesrats zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und Finanzinstitutgesetz (FINIG) vom 4. November 2015 (‹Sonderdruck›), abrufbar unter <www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-59331.html>, zuletzt besucht am 17. Juli 2017 (zit.: Botschaft FIDLEG/FINIG)

Erläuterungen zum Vorentwurf ZGB, 2. Aufl., 1914, abrufbar unter <www.eugen huber.ch>, zuletzt besucht am 2. Juli 2017 (zit.: Erläuterungen VE-ZGB)

Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG) und die Finanzinstitute (FINIG) vom 25. Juni 2014, abrufbar unter <www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2384/FINIG-FIDLEG-Erl.-Bericht-de.pdf>, zuletzt besucht am 17. Juli 2017 (zit.: Erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG)

Erläuterungsbericht zur Verordnung über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 20. August 2015, abrufbar unter

<www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/40659.pdf>, zuletzt besucht am 17. Juli 2017 (zit.: Erläuterungsbericht FinfraV)

Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht) vom September 2016, abrufbar unter <www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2016/2016-09-16/vn-ber-d.pdf>, zuletzt besucht am 17. Juli 2017 (zit.: Erläuternder Bericht Änderung Auftragsrecht)

Erläuternder Bericht zur Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (FinTech) vom 1. Februar 2017, abrufbar unter <www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/47046.pdf>, zuletzt besucht am 17. Juli 2017 (zit.: Erläuternder Bericht Änderung Bankengesetz und Bankenverordnung [FinTech])

FINMA-Diskussionspapier ‹Regulierung von Produktion und Vertrieb von Finanzprodukten an Privatkunden – Stand, Mängel und Handlungsoptionen («FINMA-Vertriebsbericht 2010»)›, abrufbar unter <https://www.finma.ch/de/news/2010/11/mm-diskussionspapier-vertriebsbericht-20101110/>, zuletzt besucht am 2. Juli 2017 (zit.: FINMA-Vertriebs-bericht 2010)

Kurzzusammenfassung

Die vorliegende Arbeit untersucht die Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im schweizerischen Haftungsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Finanzmarktrechts. In der Einleitung wird anhand dreier Beispielfälle in das Thema eingeführt. Daraufhin werden in einem Grundlagenteil anhand rechtstheoretischer Konzepte (insbesondere der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung und der naturrechtlichen Zurechnungslehre) zum einen die Struktur, gemäss welcher öffentlich-rechtliche Normen im privaten Haftungsrecht zum Tragen kommen, und zum andern die Rolle, die Verhaltensnormen im Haftungstatbestand einnehmen, beschrieben.

Auf dieser Grundlage adressiert die Studie in einem zweiten, materiell-rechtlichen Teil zahlreiche Probleme, welche die Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im positiven, schweizerischen Haftungsrecht mit sich bringt. Dazu wird zunächst erörtert, warum reine Vermögensschäden, wie sie im Finanzmarktbereich in Frage stehen, im Vergleich zu Schäden wegen Verletzungen absolut geschützter Rechtsgüter nur zurückhaltend ersetzt werden und welche Rolle öffentlich-rechtliche (bzw. allgemeiner gesetzlich vorgegebene) Verhaltensnormen dabei spielen. In der Folge richtet sich der Blick auf das Vertragsrecht. Hier wird untersucht, unter welchen Umständen davon ausgegangen werden kann, dass die Parteien öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen vertraglich vereinbart haben. Zudem geht es im vertragsrechtlichen Teil um die Frage, ob und inwiefern der Richter auf der Grundlage von Generalklauseln (insbesondere des Grundsatzes von Treu und Glauben) öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen in den Haftungstatbestand einbeziehen kann. Im Deliktsrecht kommen öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen sodann als sog. ‹Schutznormen› über den Verweis im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses gemäss Art. 41 Abs. 1 OR zum Zug. Dieser Verweis – insbesondere die Voraussetzungen, unter denen er gelingt, sowie dessen Reichweite – werden im deliktsrechtlichen Teil der Arbeit einlässlich diskutiert. In diesem Teil widmet sich die Studie auch der Frage, welche Personen um Schadenersatz angegangen werden können. Namentlich treffen die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen im Finanzmarktbereich regelmässig zunächst juristische Personen als Bewilligungsträgerinnen, die ihrerseits durch Organe und/oder Hilfspersonen handeln. Diese Personen sind im Deliktsrecht alle potentielle Haftungssubjekte. Schliesslich sind öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen nicht nur auf Stufe Pflichtverletzung (*i.e.* im Vertragsrecht auf Stufe Vertragsverletzung bzw. im Deliktsrecht auf Stufe Widerrechtlichkeit) von Bedeutung. Im letzten Kapitel des materiell-rechtlichen Teils wird demnach untersucht, ob und inwiefern öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen auf anderen Haf-

tungsstufen eine Rolle spielen, vor allem wenn die Sorgfaltsobliegenheiten des Schädigers selbst oder des Geschäftsherrn in Frage stehen.

Der Schluss der Arbeit enthält – in Anwendung der Ausführungen im materiellrechtlichen Teil – Hinweise zur Auflösung der Beispielfälle. Zudem wird ein Ausblick gegeben. Darin wird einerseits eine Zusammenschau von Vertrags- und Deliktsrecht vorgenommen, um den Status Quo der Haftung für reine Vermögensschäden im schweizerischen Haftungsrecht und – im Anschluss daran – etwaigen weiteren Diskussionsbedarf zu bestimmen. Andererseits erfolgt ein Blick in die Zukunft, namentlich auf die haftungsrechtliche Situation unter Geltung des kommenden Finanzdienstleistungsgesetzes.

Résumé

Le présent travail étudie l'application de normes de comportement de droit public *(öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen)* dans le cadre du droit suisse de la responsabilité, en portant une attention particulière au droit des marchés financiers. Tout d'abord, l'introduction ouvrira le sujet en l'illustrant à l'aide de trois cas. Puis, dans une partie consacrée aux principes fondamentaux, des concepts juridiques théoriques (notamment la théorie relative à la structure hiérarchique de l'ordre juridique [*Theorie des Stufenbaus der Rechtsordnung*] ainsi que la théorie de l'imputation fondée sur le droit naturel) permettront de décrire, d'une part, la structure en vertu de laquelle des normes de droit public peuvent s'appliquer dans le cadre du droit privé de la responsabilité et, d'autre part, le rôle que jouent les normes de comportement parmi les conditions de responsabilité.

Sur cette base, dans une deuxième partie consacrée au droit matériel, la présente étude abordera de nombreux problèmes engendrés par l'application de normes de comportement de droit public dans le cadre du droit positif suisse de la responsabilité. À cette fin, les questions suivantes seront traitées tout d'abord: pourquoi les dommages purement économiques, dont il est question dans le domaine des marchés financiers, ne sont-ils réparés qu'avec réserve en comparaison des atteintes aux biens juridique ment protégés de manière absolue? Et quel rôle les normes de comportement de droit public (respectivement, d'une manière plus générale, les normes de comportement prévues par le droit écrit) jouent-elles à cet égard? Ensuite, la présente étude abordera le droit contractuel. Il s'agira alors d'étudier dans quelles circonstances il peut être estimé que les parties ont contractuellement convenues d'appliquer des normes de comportement de droit public. Dans cette partie sera soulevée également la question de savoir si et dans quelle mesure le juge peut, sur la base des clauses générales (*Generalklauseln;* en particulier le principe de la bonne foi), se fonder sur des normes de comportement de droit public afin d'établir la responsabilité. En matière délictuelle, les normes de comportement relevant du droit public s'appliquent par renvoi en qualité de ‹normes de protection› *(Schutznormen)* dans le cadre de l'exigence de l'illicéité prévu dans l'art. 41 al. 1 CO. Ce renvoi, en particulier les conditions auxquelles il est possible ainsi que sa portée, seront examinés de manière approfondie dans la partie du présent travail consacrée au droit délictuel. Dans cette partie, il sera également question d'identifier les personnes auxquelles il est possible de réclamer des dommages-intérêts. En particulier, dans le domaine des marchés financiers, les normes de comportement de droit public s'appliquent souvent en premier lieu aux personnes morales en leur qualité de titulaires d'une autorisation qui

agissent, en revanche, par leurs organes et/ou auxiliaires. En matière délictuelle, toutes ces personnes constituent potentiellement des sujets de la responsabilité. Enfin, les normes de comportement de droit public ne sont pas seulement importantes au niveau de la violation d'une obligation (c'est-à-dire, en matière contractuelle, au niveau de la violation du contrat ou, en matière délictuelle, au niveau de l'illicéité). Ainsi, dans le dernier chapitre de la partie consacrée au droit matériel, la présente étude examinera si et dans quelle mesure les normes de comportement de droit public jouent un rôle à d'autres niveaux de responsabilité, en particulier lorsque les devoirs de diligence de l'auteur du dommage lui-même et celles de son employeur sont mises en cause.

La conclusion du présent travail offrira, en application des principes exposés dans la partie consacrée au droit matériel, des indications visant à résoudre les cas illustratifs présentés en introduction. En outre, deux perspectives seront envisagées. D'une part, une vue d'ensemble du droit contractuel et délictuel sera présentée pour déterminer le statu quo en matière de responsabilité pour les dommages purement économiques en droit suisse de la responsabilité et, par la suite, soulever des éventuels points qui pourraient faire l'objet d'une discussion ultérieure. D'autre part, un regard sera porté sur l'avenir, s'agissant notamment de la situation en matière de droit de la responsabilité lorsque la future loi sur les services financiers sera en vigueur.

Executive Summary

The present dissertation examines the application of public law rules of conduct *(öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen)* under Swiss liability law, with a particular emphasis on financial markets law. The introductory section presents the topic on the basis of three case studies. This is followed by a section dealing with theoretical fundamentals, which uses concepts from legal theory (including, in particular, the doctrine of the hierary of the legal system [*Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung*] and the natural law theory of imputation) to describe the structure by which public law rules of conduct are incorporated into private liability law as well as the role such rules play amongst the conditions of liability.

On this basis – in a second, substantive law section – the study addresses numerous problems posed by the application of public law rules of conduct in substantive Swiss liability law. In that context, the author first discusses why there is a reluctance to award compensation for pure economic loss arising in the realm of financial markets in contrast with loss arising from a violation of rights entitled to absolute protection (absolut geschützte Rechtsgüter), and what role public law rules of conduct (or, more generally, statutory rules) play in this regard. The focus then shifts to contract law. In that context, the author examines the circumstances under which it can be assumed that the parties have incorporated public law rules of conduct into their contract. In addition, the section on contract law deals with the question of whether and to what extent judges are allowed to incorporate public law rules of conduct when establishing liability on the basis of catch-all clauses (*Generalklauseln;* in particular the principle of good faith [Grundsatz von Treu und Glauben]). As so-called ‹rules of protection› *(Schutznormen),* public law rules of conduct are incorporated into tort law by way of the requirement of unlawfullness *(Widerrechtlichkeit)* provided for in art. 41 para. 1 of the Swiss Code of Obligations. That reference – and particularly the prerequisites to its use and scope – are discussed in detail in the section on tort law. The same section is furthermore devoted to the question of identifying the potential defendants in actions for damages. Specifically, the public law rules of conduct in the financial market sector ordinarily apply to legal entities disposing of public law licences which, in turn, act through their governing bodies and/or auxiliaries. Under tort law, all of these persons are potential defendants when it comes to liability claims. Finally, the dissertation establishes that public law rules of conduct are not significant only at the level of a violation of ‹primary duties› (i.e. at the level of breach under contract law or at the level of unlawfulness under tort law). The last chapter of the substantive law section thus examines the question of whether and to

what extent public law rules of conduct have a role to play at other levels of liability, particularly where the duties of care owed by the tortfeasor and by his principal are at stake.

The final section of the dissertation indicates how the findings of the substantive law section apply to the case studies. In addition, an outlook is provided. On the one hand, the author takes a comprehensive view on contract and tort law in order to define the ‹status quo› of liability for pure economic loss under Swiss liability law and identifies areas for further discussion. On the other hand, the author tackles the future liability law regime considering the new Financial Services Act *(FIDLEG)*.

Einleitung

I. Vorstellung des Themas

Ein privater Anleger geht mit einer Bank AG eine Konto- und Depotbeziehung ein und überträgt dieser einen Teil seiner Vermögenswerte. In der Folge nimmt er spekulative Transaktionen in börslich gehandelten Aktien vor. Dabei telefoniert er regelmässig mit seinem Kundenberater. Nach anfänglichen Gewinnen verliert das Wertpapierdepot massiv an Wert. Der Anleger hält die Bank und den ihn betreuenden Bankmitarbeiter für seine Verluste verantwortlich – vorab weil dieser ihn nicht über die Risiken aufgeklärt haben soll, die mit den Anlagen einhergehen (im Folgenden ‹Anlageberatungsfall›)[1]. 1

In den Anfängen der Finanzkrise am Ende des vergangenen Jahrzehnts erwirbt ein institutioneller Anleger über seine Hausbank am Markt Aktien einer an der SIX Swiss Exchange kotierten Gesellschaft. Im Rahmen der nächsten ordentlichen Generalversammlung gesteht deren Verwaltungsratspräsident auf Anfrage eines Aktionärs ein, dass die Gesellschaft einen erheblichen Teil ihres Anlagevermögens auf verschiedenen Wegen in Finanzprodukte investiert hat, die sich auf Forderungen aus dem US-Hypothekenmarkt beziehen, darunter sog. *‹subprimes› (scil.: «grosszügig vergebene Hypothekenkredite zweitklassiger Qualität»[2]).* Auf diese Mitteilung hin, deren Gehalt der Öffentlichkeit bis anhin nicht bekannt war[3], bricht der Aktienkurs der Gesellschaft ein. Der Anleger verkauft seine Anteile, da er sich den Risiken des ‹Subprime-Engagements› der Gesellschaft nicht weiter aussetzen will. Alsdann gedenkt er, die Gesellschaft und deren Organe (namentlich die Verwaltungsräte und den Geschäftsführer) um den Schaden anzugehen, den er in Gestalt massiver Kursverluste erlitten hat. Als Grund für seinen Anspruch führt er insbesondere an, dass die Gesellschaft gemäss ihrer Ad hoc-Publizitätspflicht bereits *vor* seinem Anteils- 2

---

1 Sachverhalt in Anlehnung an BGE 133 III 97 (vgl. neben der Sachverhaltsdarstellung insb. auch E. 7).

2 So anschaulich der BGH im Entscheid, an den sich vorliegender Sachverhalt anlehnt, vgl. BGH NJW 2012, 1800, Rn. 2.

3 Insbesondere wird mit dem Entscheid, an den sich vorliegender Sachverhalt anlehnt, davon ausgegangen, dass das Ausmass des Engagements in *‹subprimes›* aus der Jahresrechnung im Einzelnen nicht hervorzugehen hatte (ohne dass hier der Frage nach den Grundlagen dieser Aussage nachgegangen werden soll), vgl. BGH NJW 2012, 1800, Rn. 38.

erwerb zur Information der Öffentlichkeit über ihr ‹Subprime-Engagement› verpflichtet gewesen wäre (im Folgenden ‹Ad hoc-Publizitätsfall›)[4].

3 Ein Bevollmächtigter eines Unternehmens eröffnet bei einer Bank ein auf ihn lautendes Konto. Darauf überweist er in unbefugter Weise Millionenbeträge, wobei das Vermögen des Unternehmens belastet wird. Die Bank nimmt die Beträge an. Später transferiert der zuständige Kundenberater auf Anweisung des Kontoinhabers die Hälfte der Gelder auf ausländische Konten. Nachdem das Unternehmen seinen Schaden bemerkt und auf eine Veruntreuung seitens des Bevollmächtigten zurückgeführt hat, geht es die Bank an. Diese gibt dem Unternehmen die sich noch auf dem Konto befindlichen Vermögenswerte zurück. Das Unternehmen begnügt sich damit jedoch nicht. Vielmehr will es die Bank auch für den Schaden haftbar machen, den es erleidet, weil die auf die ausländischen Konten überwiesenen Gelder nicht mehr erhältlich gemacht werden können[5]. Die Bank ihrerseits bestreitet den Anspruch (im Folgenden ‹Geldwäschereifall›).

4 Gehen wir die für die Thematik unserer Studie exemplarischen Fälle durch, stellen wir fest, dass es sich bei den im Raum stehenden Ansprüchen um solche des *Privatrechtsverkehrs* handelt und dass diese stets auf *Schadenersatz* lauten. Erfüllungsansprüche sind dagegen kaum von Interesse[6].

5 Stellen wir auf Grundlage des schweizerischen Rechts weiter erste materiellrechtliche Überlegungen an, fällt erstens die *Fülle der Anspruchsgrundlagen* auf, auf welche die Schadenersatzansprüche gestützt werden können. Im Anlageberatungsfall stehen gegenüber der Bank vor allem vertragliche Ansprüche im Raum. Mit Blick auf die Ansprüche im Ad hoc-Publizitätsfall, jene gegen den Bankmitarbeiter im

---

4 Sachverhalt in Anlehnung an BGH NJW 2012, 1800 – die Modifikationen betreffen unter anderem die Art und Weise der Information der Öffentlichkeit.

5 Sachverhalt in Anlehnung an BGE 134 III 529.

6 Die Zwangsvollstreckung von Urteilen auf eine Dienstleistung spielt im Allgemeinen praktisch kaum eine Rolle (vgl. MÜLLER-CHEN, Vertragsverletzung, 109; vgl. auch SCHWENZER, OR AT, Rn. 61.02 und 68.05). Zudem werden die vorliegend bedeutsamen Vertragskonstellationen in der Schweiz regelmässig von dem Auftragsrecht erfasst, so dass der theoretisch denkbaren Zwangsvollstreckung praktisch zusätzlich das gemäss Schweizer Rechtsprechung unmissverständlich zwingende (vgl. kürzlich bspw. Entscheid 5A_106/2014 vom 26. Mai 2014, E. 7.3 m.w.H.: *«ständige Rechtsprechung»*), jederzeitige Auflösungsrecht der Parteien gemäss Art. 404 OR entgegensteht (vgl. zum Ganzen FELLMANN, BK, Art. 394 OR, Rn. 229 ff.). Zu bemerken ist hierzu freilich, dass es gemäss einer geplanten Revision, deren Vernehmlassung am 31. Dezember 2016 endete (vgl. https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2016/2016-09-160.html, zuletzt besucht am 13. Juni 2017), den Parteien eines Auftrags unter gewissen Umständen ermöglicht werden soll, eine von Art. 404 OR abweichende Regelung vorzusehen.

Anlageberatungsfall und jene im Geldwäschereifall, liegt vorab eine deliktsrechtliche Begründung nahe. Deliktische Ansprüche sind aber auch in den Situationen denkbar, in denen solche vertraglicher Natur im Vordergrund stehen. Umgekehrt sind besonders im Hinblick auf die Schadenersatzpflicht des Emittenten im Ad hoc-Publizitätsfall auch vertragliche Ansprüche in Betracht zu ziehen. Als Grundlage für die Ansprüche gegen die Verwaltungsräte im Ad hoc-Publizitätsfall steht sodann womöglich das aktienrechtliche Verantwortlichkeitsrecht zur Verfügung, das wir in dieser Studie freilich nicht näher behandeln[7]. Wenn man schliesslich mit dem Bundesgericht[8] die Vertrauenshaftung als eigenständige Haftungsfigur anerkennt, dürfte diese im Anlageberatungs- und im Ad hoc-Publizitätsfall ebenfalls angeführt werden können.

Zweitens schärfen erste materiell-rechtliche Überlegungen unseren Blick dafür, dass in allen Fällen neben dem privaten das *öffentliche Recht* eine gewisse Rolle spielt: Im Anlageberatungs- und im Geldwäschereifall kommen Schadenersatzansprüche unter anderem deswegen in Frage, weil die Banken beziehungsweise ihre Mitarbeiter potentiell die Börsen- beziehungsweise Geldwäschereigesetzgebung verletzen. Im Ad hoc-Publizitätsfall ist das Verhalten des Emittenten beziehungsweise seiner Organe womöglich ebenfalls börsenrechtsrelevant[9]. Ferner ist in allen Fällen zu untersuchen, ob nicht auch das Strafrecht ein Verhalten gebietet, dem die potentiellen Schädiger nicht nachgekommen sind. Infolgedessen können diese möglicherweise ebenfalls um Schadenersatz angegangen werden. 6

Reflektieren wir die Beispielfälle derart, befinden wir uns *mitten im Thema unserer Studie,* also der Frage nach der Behandlung ‹öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im schweizerischen Haftungsrecht – unter besonderer Berücksichtigung des Finanzmarktrechts›. Dazu ist einleitend weiter Folgendes zu vermerken: 7

Die Studie betrifft die Rechtslage in der *Schweiz;* systematische rechtsvergleichende Überlegungen unterbleiben. Das heisst selbstredend nicht, dass wir von einem Blick 8

---

7 Vgl. auch noch sogl., Rn. 14.

8 Seit BGE 120 II 331 (‹Swissair›); vgl. alsdann die Darstellung der ‹wichtigsten Entscheide zur Vertrauenshaftung› von BURG/VON DER CRONE, SZW 2010, 419 ff., die nunmehr um den kürzlich ergangenen BGE 142 III 84 zu ergänzen wäre. Vgl. zur Vertrauenshaftung ferner hinten, insb. 2. Teil / 2. Kapitel / IV. / 2., *passim*.

9 Ob die individuelle Vorschrift des Kotierungsreglements der SIX Swiss Exchange (im Folgenden ‹Kotierungsreglement›), welche die Ad hoc-Publizitätspflicht vorab regelt (*i.e.* Art. 53 KR), als öffentliches Recht oder Privatrecht qualifiziert, ist im Übrigen umstritten (vgl. dazu hinten, nach Rn. 797). Wenn nachfolgend der Einfachheit halber auch i.Zh.m. dieser Vorschrift bisweilen von öffentlichem Recht die Rede ist, sei dies dem Verfasser verziehen.

über die Grenze gänzlich absehen, falls (insbesondere) im (deutschen) Ausland verwandte Problemstellungen auftreten.

9 Ferner liegt der Fokus auf dem schweizerischen *materiellen* Recht. Damit ziehen wir neben dem Prozessrecht im Grundsatz insbesondere auch das Kollisionsrecht nicht in Betracht. Dennoch haben wir diesem zwei Unterkapitel gewidmet, die dem folgendem Umstand geschuldet sind. Wie sich zeigen wird, nehmen gewisse Vorschriften, die herkömmlicherweise dem materiellen Recht zugeordnet werden, potentiell auch ausländische Rechtsordnungen in Bezug. Sie nehmen dem Kollisionsrecht des IPRG dessen Aufgabe in gewissem Masse gleichsam ab. In der Folge stellt sich unter anderem die Frage, ob und inwiefern die fraglichen Verweise des materiellen Rechts in das IPRG eingebettet werden können.

10 Gegenstand der Arbeit sind weiter in erster Linie Überlegungen zur *Haftungsbegründung* und hier wiederum zu jenen Haftungsvoraussetzungen, die das *Verhalten der involvierten Personen* betreffen (in erster Linie jenes des Schädigers). Entsprechend stehen von den vier grundlegenden Haftungsvoraussetzungen, *scil*. Pflicht- beziehungsweise Rechtsverletzung, Verschulden, Kausalität und Schaden, letztere beiden *nicht* im Zentrum.

11 Unsere Überlegungen betreffen die *geltende Rechtslage*. Sollte sich diese als unhaltbar erweisen, wird von Kritik freilich nicht abgesehen; rechtspolitische Diskurse werden aber weitgehend unterlassen[10]. Aus dem Korpus der potentiell einschlägigen öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen werden im Übrigen auch gewisse Vorschriften berücksichtigt, die erst in Kraft treten. Darauf kommen wir alsbald kurz zurück.

12 Dass die Fallbeispiele Schadenersatz- und nicht Erfüllungsansprüche betreffen, haben wir bereits erwähnt. Das Gleiche gilt für die vorliegende Abhandlung generell, wobei wir den Begriff des *Haftungsrechts* verwenden[11]. Die Konzentration auf Scha-

---

10 Insofern kann die Fragestellung der Studie als rechtsdogmatisch bezeichnet werden, falls man unter Dogmatik die Gesamtheit inhaltlicher Aussagen über geltendes *Recht (‹de lege lata›)* versteht, wobei dazu sowohl rein referierende Aussagen wie proponierende, auf Erweiterung (‹Interpretation›) oder Veränderung (‹Rechtsfortbildung›) des geltenden Rechts bedachte Aussagen gehören (so ADOMEIT, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1972, 503 [Hervorhebungen im Original]; vgl. z.B. auch RÜTHERS/FISCHER, 311; oder DREIER, Allgemeine Rechtstheorie, Fn. 32 [14]).

11 Damit wird bspw. IMMENHAUSER, Fn. 7 (S. 2), gefolgt, der für seine Arbeit festhält, dass der Begriff des Haftungsrechts Pflichten zum Ersatz fremden (Vermögens-)Schadens erfasst, welche die *«Wiederherstellung eines status quo»* bezwecken, nicht *«Leistungspflichten, die der Aufstockung eines fremden Vermögens dienen (also der Herstellung eines status ad quem)»*. Diese Klarstellung tut Not, da der Begriff der Haftung nicht einheitlich

denersatzansprüche bringt sodann mit sich, dass abgesehen von etwaigen Erfüllungsansprüchen auch andere privatrechtliche Rechtsfolgen, die an eine Verletzung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen anschliessen können, ausser Betracht bleiben[12]. Schadenersatzansprüche ihrerseits sind gewöhnlich auf Geld gerichtet[13] und davon wird im Rahmen der folgenden Ausführungen auch ausgegangen.

Mit der Berücksichtigung des Haftungsrechts im Allgemeinen geht einher, dass wir grundsätzlich *nicht vor der Rechtsnatur der Anspruchsgrundlagen Halt machen*, solange diese Hand zu Schadenersatz bieten. Diese umfassende Perspektive hat folgende Vorteile: 13

Sie eröffnet die Möglichkeit zu ermitteln, ob und inwiefern öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im (privatrechtlichen) Haftungstatbestand je nach Anspruchsgrundlage auf gleiche oder unterschiedliche Weise zu berücksichtigen sind. Dahingehende Überlegungen wurden zum schweizerischen Recht im Rahmen einer umfassenden Arbeit meines Wissens noch nicht angestellt[14]. 13.1

Stehen – wie vorliegend – reine Vermögensschäden auf dem Spiel, bleibt die Problematik, welche Haftungsgrundlagen einschlägig sind, umstritten. Dabei hat die Praxis neben dem Vertrags- und Deliktsrecht eine sog. ‹dritte Haftungsspur› eingeführt, nämlich die Vertrauenshaftung[15]. Fordert man für das *gesamte* Privat- 13.2

verwendet wird (vgl. SCHWENZER, OR AT, Rn. 4.37 f., m.H. auf andere Umschreibungen, wobei die vorliegend verwendete jener des ‹Einstehenmüssens für entstandene Schäden› entspricht).

12 Insofern in Frage kommen besonders negatorische Beseitigungsansprüche, vorbeugende Unterlassungsansprüche und Ansprüche auf Gewinnherausgabe (die Alternativen kommen in der Schweiz in spezialgesetzlichen Vorschriften wie Art. 28a ZGB, Art. 9 UWG oder Art. 12 KG gut zum Ausdruck; vgl. ferner nur ROBERTO, Schadensrecht, 133 mit dem wichtigen H., dass die Abgrenzung der Ansprüche im Einzelnen Schwierigkeiten bereiten kann; einen guten Überblick darüber, worin diese bestehen und wie diesen beizukommen ist, bietet – wenn auch mit Bezug auf das deutsche und österreichische Recht – KOZIOL, FS Canaris, *passim*).

13 Vgl. nur die – auf einem Vergleich der europäischen Rechtsordnungen beruhende – Feststellung bei VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht II, Rn. 131; ferner ROBERTO, Schadensrecht, 133.

14 Vgl. nunmehr freilich MAURENBRECHER, FS von der Crone, *passim;* und betreffend die Pflichten gemäss (zukünftigem) FIDLEG im materiellen Recht ansatzweise immerhin WEBER, SJZ 2013, 405 ff.; zum deutschen Recht alsdann überblicksweise bspw. EINSELE, JZ 2014, 703 ff., und ausführlich, aber beschränkt auf die sog. Wohlverhaltensregeln des WpHG bspw. FORSCHNER, insb. 98 ff.

15 Vgl. bereits vorne, Fn. 8 m.w.H.

recht Systemrationalität[16], dürfte man, ohne zu wissen, unter welchen Voraussetzungen reine Vermögensschäden gemäss der einen Anspruchsgrundlage ersatzfähig sind, kaum beantworten können, ob dies auch gemäss der (den) anderen Anspruchsgrundlage(-n) der Fall ist (und umgekehrt). In der Folge lässt sich etwa die Frage aufwerfen, ob und inwiefern die Einführung einer ‹dritten Haftungsspur› überhaupt einen zusätzlichen Beitrag leistet.

13.3 Insbesondere vorzugswürdig ist eine umfassende Perspektive sodann, wenn man sich mit WOLFGANG WIEGAND vor Augen hält, *«dass die Frage, ob und in welchem Umfang Verhaltenspflichten anzunehmen sind* [inklusive der Frage, ob und inwiefern diese gesetzlicher Natur sein müssen], *entscheidend von rechtspolitischen Zielsetzungen abhängt»* und es deshalb «*weniger um die dogmatische Aufarbeitung und Qualifizierung* [geht] *oder darum, ob nun Interessenschutz im Wege des Deliktsrechts oder des Vertragsrechts erfolgen soll»*[17]. Diese rechtspolitischen Zielsetzungen lassen sich *de lege lata* den positivrechtlichen Vorgaben und den dahinter stehenden Ideen entnehmen. Der Systemrationalität wegen ist dabei wiederum auf das Haftungsrecht als Ganzes abzustellen, zumal den einschlägigen rechtspolitischen Zielsetzungen nur so einheitlich zum Durchbruch verholfen werden kann.

13.4 Selbstredend nützt es den Parteien eines konkreten Haftungsrechtsverhältnisses schliesslich wenig, wenn sie zwar wissen, dass sie wegen der Verletzung gewisser öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen keine *vertragliche* Haftung zu befürchten haben, die Frage, ob eine *deliktische* Haftung besteht, aber gleichzeitig offen bleibt. Dasselbe gilt *vice versa* sowie *mutatis mutandis* mit Blick auf etwaige weitere Haftungsgrundlagen. Auch insofern bietet sich eine umfassende Perspektive mithin an.

14 *Nicht* Gegenstand unserer Studie sind sog. *spezialgesetzliche Haftungsbestimmungen,* inklusive jene des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts[18]. Speziell aus dem Finanzmarktbereich sind insbesondere die Vorschriften zur Prospekthaftung (vgl. Art. 752 und Art. 1156 OR sowie *de lege ferenda* Art. 72 E-FIDLEG bzw. Art. 69 FIDLEG) und Art. 145 KAG zu nennen; ferner wird in der Literatur biswei-

---

16 Vgl. GRIGOLEIT, 66 f.; CANARIS, Systemdenken, *passim* (auf welchen GRIGOLEIT, a.a.O., denn auch verweist); aber bspw. auch den Hinweis von WIEGAND, FS Gagnér, 550, wonach eine Spezialisierung in gewissen Teilbereichen dazu führt, *«dass der Blick fürs Ganze zunehmend verloren geht und Sonderkonstruktionen und Lösungen entworfen werden, die mit anderen Teilbereichen und deren Entwicklung nicht mehr vereinbar sind».*

17 FS Gagnér, 562 (Hervorhebung MK), vgl. auch 559.

18 Vgl. insofern immerhin noch hinten, nach Rn. 1206.2.

len versucht, Art. 9 UWG im Finanzmarktkontext zu operationalisieren[19]. Abgesehen davon, dass eine Analyse der spezialgesetzlichen Haftungsbestimmungen zu weit gehen würde, bereitet der Einbezug öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen hier im Allgemeinen geringere Schwierigkeiten als im Rahmen der allgemeinen Haftungsgrundlagen (insb. Art. 41 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 1 OR)[20].

15 Von der Frage nach der Natur der relevanten Ansprüche ist jene nach der Natur des Schadens zu unterscheiden. Die Beispielfälle können derart eingeordnet werden, dass sie Ersatzansprüche für sog. *reine Vermögensschäden* betreffen. Die Schadenersatzpflicht der Banken und der übrigen Kapitalmarktteilnehmer, die wir vorliegend beispielhaft behandeln, wird in der Doktrin denn allgemein auch entsprechend rubriziert[21]. Die Haftung für reine Vermögensschäden steht demnach im Fokus unserer Studie.

16 Ein reiner Vermögensschaden ist gemäss einer weitherum anzutreffenden Umschreibung ein «harm not causally consequent upon an injury to the person (right, freedom, body, health or other rights to personality) or to property (tangible and intangible assets)»[22], gleichsam ein Schaden, an dessen Ursprung nicht die Verletzung eines sog. ‹absolut geschützten› Rechtsguts steht[23]. Gesetzliche Vorschriften (inklusive öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen) spielen bei der Begründung jedenfalls der ausservertraglichen Haftung für reine Vermögensschäden eine Schlüsselrolle. Dagegen können deliktische Schadenersatzansprüche im Fall einer Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter ohne Weiteres auch ohne Rückgriff auf gesetzliche Vor-

---

19 Vgl. betr. die Haftung von Ratingagenturen VASELLA, insb. Rn. 472 ff. und 753 ff.

20 Vgl. auch noch hinten, Rn. 759 sowie nach Rn. 1206.2.

21 Vgl. betr. das Kapitalmarktdeliktsrecht HELLGARDT, Kapitalmarktdeliktsrecht, 204; betr. die Haftung der Banken gegenüber ihren Kunden und Dritten CHAUDET, ZSR 1994 II, Rn. 59 (und betr. die Haftung für Fehlinformationen im Besonderen KALSS, Liability of Banks, RN. 9 F.).

22 KOZIOL, Pure Economic Loss, Rn. 2 m.w.H.; vgl. ferner nur ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Rn. 138, sowie die Umschreibung der Rechtsgüter in BGB 823 I *(«das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen»),* im Fall derer Verletzung nicht (nur) von einer Haftung für reine Vermögensschäden ausgegangen wird.

23 In der herkömmlichen Doktrin werden die fraglichen Rechtsgüter im Grossen und Ganzen anhand der Bezeichnung ‹absolut geschützte Rechtsgüter› erfasst (vgl. nur ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Rn. 102, auch Rn. 254; dazu welche Rechtsgüter im Einzelnen unter die absolut geschützten fallen vgl. bspw. SCHWENZER, OR AT, Rn. 50.05 ff.).

schriften begründet werden[24]. Im Hintergrund steht dabei, dass absolut geschützte Rechtsgüter im Allgemeinen für schützenswerter gehalten werden als das (reine) Vermögen.

17 Abgesehen davon, dass sie Schadenersatzansprüche wegen reinen Vermögensschädigungen betreffen, haben die Beispielfälle auch bereits hervorgebracht, dass zur Begründung einer Haftung Verletzungen *öffentlich-rechtlicher* Pflichten ins Feld geführt werden können. Dem entspricht unsere Fokussierung auf öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen. Dabei ist klarzustellen, dass diese nur Gegenstand dieser Abhandlung sind, sofern sie sich im Privatrechtsverkehr auswirken; es geht gleichsam um deren Rolle im (privaten) Haftungsrecht. Sodann handelt es sich bei den behandelten öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen jedenfalls um *gesetzliche Normen;* also weder um solche, die von den Parteien gesetzt wurden, noch um Gewohnheits- oder Richterrecht (vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB). Im Übrigen gehen wir einstweilen davon aus, dass mit öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen solche Normen gemeint sind, denen nach schweizerischer Diktion (unbestritten) öffentlich-rechtliche Natur zukommt. Damit ist nicht ausgeschlossen, dass diese *gleichzeitig* privatrechtlichen Charakter haben können (sog. Doppelnormen). Eine nähere Eingrenzung der Notion der öffentlich-rechtlichen Normen erfolgt im Grundlagenteil, der an vorliegende Einleitung anschliesst[25].

18 Wie dem Titel der Studie zu entnehmen ist und die Fallbeispiele ergeben, erfolgt die Bearbeitung des Themas ferner am Beispiel (öffentlich-rechtlicher) Normen des *Finanzmarktrechts*. Dabei gehen wir im Grundsatz von einem weiten Verständnis aus, wie es im FINMAG verfolgt wird – dem *«Dachgesetz»* des schweizerischen Finanzmarktrechts[26]. Das FINMAG beschreibt seinen Gegenstandsbereich anhand

---

24 Vgl. einstweilen A. KOLLER, in: Guhl, § 24, Rn. 8 sowie den deutschen Gesetzestext, der *grosso modo* auch die schweizerische Rechtslage zum Ausdruck bringt. So lautet § 823 Abs. 2 BGB wie folgt: *«Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstösst* [..]». Der erste Halbsatz bezieht sich auf die Schadenersatzpflicht im Fall einer Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts nach § 823 Abs. 1 BGB, so dass das Erfordernis der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts, welches im Fall eines reinen Vermögensschadens nicht gegeben ist, durch jenes einer Schutzgesetzverletzung gleichsam ersetzt wird (vgl. – im Rahmen einer Darstellung der [deutschen] Gesetzgebungsgeschichte – bspw. BUXBAUM, 41 [die zusätzliche Alternative einer sittenwidrigen Schädigung in der Schweiz – im Gegensatz zu Deutschland – praktisch kaum eine Rolle spielt, vgl. hinten, Rn. 416]).

25 Vgl. hinten, 1. Teil / 1. Kapitel / II. / 1. / A.

26 Botschaft FINMAG, 2830.

der in Art. 1 Abs. 1 aufgeführten Gesetze[27]. Neben aufsichtsrechtlichen behandeln wir auch strafrechtliche Normen von Relevanz für den Finanzmarktbereich – unbesehen ob diese in den besonderen Finanzmarktgesetzen enthalten sind und mithin dem Verwaltungsstrafrecht angehören oder als Normen, die im StGB geregelt sind, sog. Kernstrafrecht darstellen. Bei den Akteuren auf dem Finanzmarkt, die im Kontext der vorliegenden Arbeit als Haftungssubjekte in Frage kommen, handelt es sich zum einen um Finanzdienstleister und zum andern um Emittenten. Die Notion des ‹Finanzdienstleisters› ist dabei einstweilen untechnisch zu verstehen, *i.e.* schlicht im Sinn von Personen, die im Finanzmarktbereich Kunden gegenüber Dienstleistungen erbringen[27A].

Das Finanzmarktrecht dient (nur, aber immerhin) als *Beispiel*. Das kommt einerseits darin zum Ausdruck, dass zum Abschluss der Studie die grundsätzlich allgemeinen Überlegungen anhand der Auflösung der Beispielfälle plastischer gemacht werden sollen. Zum andern entstammen die Exemplifizierungen der allgemeinen Überlegungen dem Finanzmarktrecht, wobei der Fokus ebenfalls auf den durch die Beispielfälle vorgegebenen Teilbereichen liegt. Die Beispielfälle stecken das Gebiet der finanzmarktrechtlichen Normen, die Beachtung finden, folglich weitgehend ab. 19

Die *Vorschriften des Strafrechts* spielen im Geldwäschereifall eine besonders prominente Rolle. Geldwäschereihandlungen werden aber auch aufsichtsrechtlich sanktioniert, namentlich anhand der Vorschriften des GWG. In dieser Arbeit erfolgt eine gewisse Arbeitsteilung. Die Haftung wegen Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften wird in erster Linie am Beispiel des Anlageberatungsfalls dargestellt, derweil wir uns im Kontext des Geldwäschereifalls auf das Strafrecht konzentrieren. Das bietet sich nicht nur aus Platzgründen an, sondern auch deswegen, weil Schadenersatzansprüche wegen einer Verletzung der Vorschriften des GWG auf der Grundlage von Art. 41 Abs. 1 OR durch das Bundesgericht abgelehnt werden[28], und von CHRISTIAN HEIERLI zudem bereits ausführlich untersucht worden sind[29].

Die *aufsichtsrechtlichen Vorschriften,* die gegenwärtig die Pflichten der Effektenhändler gegenüber ihren Kunden regeln (vgl. Art. 11 BEHG), sind sodann Gegenstand einer laufenden Gesetzgebungsrevision. Diese Pflichten sind im Anlageberatungsfall

---

27 Pfandbriefgesetz; Versicherungsvertragsgesetz; Kollektivanlagengesetz; Bankengesetz; Börsengesetz; Geldwäschereigesetz; Versicherungsaufsichtsgesetz und Finanzmarktinfrastrukturgesetz.

27A Vgl. auch die Definition ‹Finanzdienstleister› gemäss Art. 3 Bst. e E-FIDLEG bzw. Art. 3 Bst. d FIDLEG (*«Personen, die gewerbsmässig Finanzdienstleistungen in der Schweiz oder für Kundinnen und Kunden in der Schweiz erbringen»;* was ‹Finanzdienstleistungen› sind, wird dabei in Art. 3 Bst. d E-FIDLEG bzw. Art. 3 Bst. c FIDLEG definiert).

28 Vgl. hinten, Rn. 820 m.H.

29 Vgl. insb. Rn. 843 ff.

relevant, zumal Banken in aller Regel über eine Bank- *und* eine Effektenhändlerbewilligung verfügen. Gemäss dem zukünftigen FIDLEG betreffen die sog. Verhaltensregeln (vgl. Art. 8 ff. E-FIDLEG bzw. Art. 7 ff. FIDLEG) sämtliche Finanzdienstleister im Sinn des Gesetzes, inklusive Banken, die das Anlageberatungsgeschäft betreiben (vgl. Art. 3 Bst. e i.V.m. Bst. d Ziff. 4 E-FIDLEG bzw. Art. 3 Bst. d i.V.m. Bst. c Ziff. 4 FIDLEG). Die geplanten Verhaltensregeln, welche die (aufsichtsrechtlichen) Pflichten der Finanzdienstleister gegenüber ihren Kunden beschlagen, gehen inhaltlich weiter als jene von Art. 11 BEHG. Vor dem Hintergrund, dass das FIDLEG voraussichtlich Anfangs 2020 in Kraft tritt, nehmen wir auf diese Verhaltensregeln Rücksicht. Beachtung findet das Gesetzgebungsverfahren dabei grundsätzlich *bis und mit Erlass der Botschaft des Bundesrats*. Dasselbe gilt für das zukünftige FINIG, mit dem im Wesentlichen die Bewilligungsregeln für Finanzdienstleister vereinheitlicht werden. Die späteren Entwicklungen, namentlich die Behandlung der Gesetze in den Räten, haben sich nach dem relevanten Stichdatum (Ende November 2016) zugetragen. Auf die für die Thematik der Studie zentralen Entwicklungen weisen wir vorab im Rahmen des Ausblicks, den wir am Schluss der Studie geben, jedoch hin.

20 Schliesslich handelt die Arbeit von *Verhaltensnormen.* In einer allgemeinen, durchaus tautologischen Beschreibung sind darunter Normen zu verstehen, die ihren Adressaten ein gewisses Verhalten vorschreiben. Bei dieser Beschreibung soll es einstweilen sein Bewenden haben, enthält der Grundlagenteil doch ein Kapitel, das es sich zur Aufgabe macht, der Verhaltensnormnotion schärfere Konturen zu verleihen[30].

21 Damit haben wir den Gegenstand unserer Studie zum Thema ‹Öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im schweizerischen Haftungsrecht – Unter besonderer Berücksichtigung des Finanzmarktrechts› hinreichend präzisiert, um im Anschluss an die Einleitung in *re materiae* eintreten zu können.

22 Die rechtswissenschaftliche Bedeutung des Themas haben wir derweil nur angedeutet. Sie sollte sich im Weiteren aus der Bearbeitung des Themas erschliessen. Dabei sei dem Leser Folgendes auf den Weg gegeben:

22.1 Zur Bestimmung der Rolle öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im materiellen Haftungsrecht ist die Diskussion verschiedener *bekannter Probleme des schweizerischen allgemeinen Obligationenrechts* erforderlich. Die Grundlegung der Haftung für reine Vermögensschäden wurde bereits erwähnt, ebenso die in diesem Zusammenhang entwickelte Vertrauenshaftung. Diese Problemkreise können ferner nicht aufgelöst werden, ohne dass man sich Fragen der Vertragsauslegung und -ergänzung widmet. Aus deliktsrechtlicher Warte von besonderem Interesse sind sodann etwa die Frage nach der Reichweite des Verweises, den

30 Vgl. hinten, 1. Teil / 2. Kapitel.

Art. 41 Abs. 1 OR im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses vornimmt[31], sowie die Frage nach den Voraussetzung der Zurechnung des Verhaltens natürlicher an juristische Personen. Auch wenn diese Probleme nicht umfassend, sondern im Licht des Themas der Studie beleuchtet werden, gelingt es gegebenenfalls, einige Argumente beizusteuern, die auch für die allgemeine Diskussion von Interesse sind.

22.2 Dazu kommen *Problemkreise, die in der Literatur nur wenig Beachtung finden*. Beispielhaft sind die Fragen zu nennen, (i) ob und inwiefern Normen, die einer Person öffentlich-rechtlich vorgegeben sind, überhaupt deren Parteiwillen zugeschrieben werden können, (ii) ob der Regelungsgehalt der Normen, die im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR in Bezug genommen werden, eine bestimmte Haftungsstufe zu betreffen hat (namentlich das Erfordernis der Pflicht- bzw. Rechtswidrigkeit), sowie (iii) ob und inwiefern natürliche Personen für die Verletzung von (insbesondere) aufsichtsrechtlichen Normen haftbar gemacht werden können, die sich *prima facie* allein an juristische Personen richten (oftmals weil es sich dabei um die sog. ‹Bewilligungsträgerinnen› handelt)[32].

22.3 Mit Blick auf die bereits angesprochenen Hinweise zum Kollisionsrecht ist die grundlegende Problematik, also die Frage nach der (Sonder-)Anknüpfung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen, zwar hinlänglich bekannt. So wurde bereits vor vierzig Jahren festgehalten, dass *«in IPR-Fällen* [..] *ja jene ausländischen Rechtssätze öffentlich-rechtlichen Charakters im Vordergrund* [stehen], *welche Privaten ein Verhalten vorschreiben»*[33]. Wie das Kollisionsrecht konkret mit Verweisungen auf ausländisches Recht umgeht, die bereits im Rahmen des materiellen Rechts angelegt sind, wird in der Schweizer Lehre jedoch kaum je diskutiert[34].

23 Sieht man von der bereits erfolgten Bemerkung ab, wonach vorab inhaltliche Aussagen zum geltenden Recht gemacht werden sollen, legen wir uns schliesslich auf *keine*

---

31 Vgl. dazu jüngst ausführlich VERDE, Straftatbestände, Rn. 456 ff. m.w.H.

32 Gemäss FORSCHNER, 150, hat das Problem in der (deutschen) Literatur und Rechtsprechung noch keine besondere Beachtung erfahren; dabei übersieht er allerdings insb. den Aufsatz von MAIER-REIMER, NJW 2007, *passim*.

33 SCHWANDER, Ausnahmen, 72.

34 In diesem Zusammenhang kann zwar auf das Institut der sog. Zwei-Stufen-Theorie des IPR hingewiesen werden (vgl. dazu hinten, insb. Rn. 900). Einlässliche Ausführungen dazu finden sich in der Schweizer IPR-Doktrin – soweit ersichtlich – nicht (vgl. zur ‹Zweistufigkeit› des IPR im Allgemeinen aber immerhin KELLER/SIEHR, 516 ff., und alsdann insb. 523 f.).

bestimmte Methodik fest. Angesichts der breiten Anlage des Themas ist die Studie alsdann eher an *grundlegenden Überlegungen* interessiert, wobei konkrete Hinweise zu der Haftungssituation insbesondere in den Beispielfällen nicht zu kurz kommen sollen. Damit einhergeht, dass nicht sämtliche Probleme umfassend und in Auseinandersetzung mit sämtlicher Rechtsprechung und Literatur behandelt werden können – *«die «Nichtzitierten»* [Autoren und Richter] *mögen dies verzeihen»*[35]. Das gilt speziell für gewisse Fragen betreffend die Ermittlung des Sinngehalts gesetzlicher Vorgaben (‹Auslegungsfragen›), die oftmals eine derartige Komplexität annehmen, dass sie je allein zum Gegenstand einer Studie gemacht werden müssten[36]. Ferner befassen wir uns insbesondere auch nicht mit dem Detailgehalt einzelner öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen.

24 Das Ziel der Studie ist erreicht, wenn es gelingt, die wichtigsten Probleme zu erörtern, die unser Thema aufwirft, sowie Argumente zu deren Auflösung herauszuarbeiten.

I. Vorgehensweise

25 Auf die vorliegende Einleitung folgt ein **Grundlagenteil** mit zwei Kapiteln. Im ersten davon beschreiben wir zunächst das Phänomen öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Haftungsrecht und ermitteln daraufhin aus rechtstheoretischer Perspektive die Strukturen, denen gemäss öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen in das

---

35 Die Wendung entstammt GAUCH, recht 1996, 238. Besonders mit Blick auf das Deliktsrecht ist zu erwähnen, dass die schweizerische Praxis und Doktrin betreffend die in vorliegendem Zusammenhang bedeutsame Auslegung des Widerrechtlichkeitserfordernisses gemäss Art. 41 Abs. 1 OR in zwei jüngeren Arbeiten, *scil*. jenen von HEIERLI und VERDE, einlässlich aufgearbeitet wurde. In diesem Zusammenhang hat sich der Verfasser erlaubt, für w.H. zum schweizerischen Rechtsbestand bisweilen (insb.) auf diese Arbeiten zu verweisen. Im Bereich des (Quasi-)Vertragsrechts nehmen sodann die Kommentierungen von KRAMER zu Art. 1 und 18 OR im Berner Kommentar sowie die Monographie von LOSER zur Vertrauenshaftung eine gewichtige Rolle ein.

36 Beispielhaft erwähnt seien die Fragen, ob aufsichtsrechtliche Vorschriften im Finanzmarktbereich im Sinn der sog. Interessenstheorie zum Schutz öffentlicher und/oder privater Interessen erlassen wurden sowie ob potentielle Schutznormen (inkl. ebendiese Vorschriften) den Schutz von Individualrechtsgütern bezwecken. Der Komplexität dieser Fragen entsprechend widmet sich bspw. WERLEN der Ermittlung der ‹Regelungsziele des Schweizerischen Kapitalmarktrechts› (und dessen Erlassen) im Rahmen einer Monographie (vgl. DERS., *passim*).

Haftungsrecht Eingang finden (vgl. 1. Teil / 1. Kapitel). Die Frage, was unter einer ‹Verhaltensnorm› im Einzelnen zu verstehen ist, ist dabei noch nicht von Belang. Sie ist vielmehr Gegenstand des zweiten Kapitels. Dabei nähern wir uns der Verhaltensnormnotion insbesondere dadurch an, dass wir untersuchen, welche Bedeutung Verhaltensnormen bei der Begründung einer zivilrechtlichen Haftung *im Allgemeinen* haben (vgl. 1. Teil / 2. Kapitel). Eine gemeinsame Klammer der beiden Kapitel des Grundlagenteils ist im Übrigen, dass je weitgehend deskriptiv verfahren wird.

Im Einzelnen beschreiben wir im ersten Kapitel des Grundlagenteils das Phänomen der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen im Haftungsrecht aus der Perspektive (i) des Schädigers (beispielhaft des Finanzdienstleisters und des Emittenten), (ii) des Geschädigten und (iii) des Zivilrichters (1. Teil / 1. Kapitel / I.). Dessen Perspektive wird auch im weiteren Verlauf des ersten Kapitels des Grundlagenteils eingenommen, zumal es in unserer Studie um die Beurteilung von Schadenersatzansprüchen durch den Zivilrichter geht. Danach werden wir anhand der im Schweizer Recht vorherrschenden Kriterien herausarbeiten, dass es sich bei den vorliegend fraglichen Vorschriften des Straf- und Aufsichtsrechts (zumindest auch) um öffentliches Recht handelt (vgl. 1. Teil / 1. Kapitel / II. / 1. / A.). Im Weiteren widmen wir uns den Umständen, welche die positivrechtliche Befugnis des Zivilrichters abstecken, öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen zur Anwendung zu bringen. Das ist ihm in Kern allein *im Rahmen des Privatrechts* erlaubt (vgl. 1. Teil / 1. Kapitel / II. / 2.). Alsdann werden die Strukturen herausgestellt, die zu einer entsprechenden Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Rahmen des Privatrechts Hand bieten. Dabei machen wir uns die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung zu Nutze, die wir im Allgemeinen vorstellen und daraufhin auf vorliegende Problematik anwenden (vgl. 1. Teil / 1. Kapitel / II. / 3. und 4.). Das Kapitel wird mit einem Fazit beschlossen, das unter anderem einen Ausblick auf die Verwendung der rechtstheoretischen Erkenntnisse im materiell-rechtlichen Teil der Studie gibt (vgl. 1. Teil / 1. Kapitel / II. / 5.). 26

Im zweiten Kapitel des Grundlagenteils weisen wir zur Präzisierung der Verhaltensnormnotion zunächst darauf hin, dass die Verhaltensnormen als *Normkategorie* von anderen Normkategorien abgegrenzt werden können, *scil*. den Ermächtigungs- und Verweisungsnormen (1. Teil / 2. Kapitel / II. / 1.) sowie den Sanktionsnormen (1. Teil / 2. Kapitel / II. / 2.). Von besonderem Interesse ist alsdann die Rolle, welche die Verhaltensnormen *in einem allgemein formulierten Haftungstatbestand* einnehmen. Um diese näher zu bestimmen, wird zunächst dargelegt, dass es sich für die Zwecke vorliegender Studie anbietet, die Verhaltensnormnotion in rechtssystemunabhängiger Weise anzugehen, zumal wir nicht einfach das schweizerische private Haftungsrecht beleuchten, sondern auch öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen, die 27

allenfalls dem ausländischen Recht entstammen (vgl. 1. Teil / 2. Kapitel / III. / 1. / A.). Dieser Intention ist die naturrechtliche Zurechnungslehre besonders förderlich, die wir entsprechend allgemein darstellen (vgl. 1. Teil / 2. Kapitel / III. / 1. / B.). Sodann analysieren wir die Elemente eines mit Rücksicht auf die Grundtatbestände des Schweizer Haftungsrechts (Art. 41 Abs. 1 OR und Art. 97 Abs. 1 OR) allgemein formulierten Haftungstatbestands. Dabei stehen die Fragen im Fokus, ob die einzelnen Haftungselemente Verhaltensnormen betreffen, sowie ob und inwiefern sie sich rechtssystemunabhängig voneinander abgrenzen lassen (vgl. 1. Teil / 2. Kapitel / III. / 2. bis 10.). Dreh- und Angelpunkt ist das Erfordernis der Pflichtverletzung. In dessen Rahmen kommen *zwingend* Verhaltensnormen zum Tragen, während sich die übrigen Haftungselemente davon in einschlägiger Weise unterscheiden lassen. Schliesslich zeigen wir auf, dass die verschiedenen Haftungselemente auch noch anderweitig eingeordnet werden können, nämlich indem erörtert wird, ob sie sich verhaltensbestimmend auswirken oder nicht (vgl. 1. Teil / 2. Kapitel / III. / 11.). Das zweite Kapitel des Grundlagenteils beschliessen wir ebenfalls anhand eines Fazits, erneut inklusive Ausblick auf die Bedeutung der rechtstheoretischen Erkenntnisse für den materiell-rechtlichen Teil (vgl. 1. Teil / 2. Kapitel / IV.).

28 Das erste Kapitel eben dieses **materiell-rechtlichen Teils** steht vor dem Hintergrund, dass die Haftung für reine Vermögensschäden – wie bereits angesprochen – besonders begründungsbedürftig ist. Dafür sind gewisse Besonderheiten reiner Vermögensschädigungen verantwortlich, die wir in dem Kapitel diskutieren. Die bezüglichen Überlegungen werden insbesondere zeigen, dass reine Vermögensschädigungen in freiheitlichen Ordnungen grundsätzlich erlaubt sind (vgl. 2. Teil / 1. Kapitel / II.), wobei im Licht der gesetzgeberischen Vorgaben auch das schweizerische allgemeine Haftungsrecht als freiheitliche Ordnung daher kommt (vgl. 2. Teil / 1. Kapitel / III.). Der Erlaubnis sind im schweizerischen Haftungsrecht natürlich auch Schranken gesetzt, die wir in der Folge *allgemein* darstellen. Eine systemkonforme Schranke bilden dabei gesetzliche Vorschriften, mithin auch öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen (vgl. ebenda).

29 Das zweite Kapitel des materiell-rechtlichen Teils widmet sich dem *Vertragsrecht*. In Vertragsverhältnissen können öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen zunächst als Doppelnormen zum Tragen kommen (vgl. 2. Teil / 2. Kapitel / II.). Voraussetzungsvoller ist die anderweitige vertragliche Begründung von Pflichten gemäss öffentlich-rechtlichen Vorschriften (2. Teil / 2. Kapitel / III.). Ausgangspunkt ist dabei die Frage, unter welchen Umständen noch von einem autonomen Verhalten der (potentiellen) Vertragspartner ausgegangen werden kann. In der Folge lässt sich die Thematik entlang zweier Problemkreise erfassen; namentlich (i) der Auslegung von Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip, die noch eine autonome Begründung

vertraglicher Pflichten zulässt (vgl. 2. Teil / 2. Kapitel / III. / 2. / A.), und (ii) der Ermittlung heteronomer Nebenpflichten aufgrund an den Richter gerichteter Ermächtigungsnormen, insbesondere des Grundsatzes von Treu und Glauben (2. Teil / 2. Kapitel / III. / 2. / B.). Wir beschliessen den vertragsrechtliche Teil mit einem Fazit (2. Teil / 2. Kapitel / IV.), in dessen Rahmen unter anderem eine Erörterung des Bedarfs nach einer separaten Vertrauenshaftung erfolgt.

Gegenstand des dritten Kapitels des materiell-rechtlichen Teils ist das *Deliktsrecht*. Hier stellen wir einleitend die Ausgangslage dar, der gemäss reine Vermögensschäden nach Schweizer Deliktsrecht ersatzfähig sind. Diese beruht auf der sog. objektiven Widerrechtlichkeitstheorie, die wir im Einklang mit Praxis und herrschender Doktrin *nicht* in Frage stellen (2. Teil / 3. Kapitel / I.). 30

Alsdann steht der Verweis, den Art. 41 Abs. 1 OR im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses (unter anderem) auf öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen vornimmt, im Zentrum des Kapitels (vgl. 2. Teil / 3. Kapitel / II.). Zunächst wird der Gehalt des Verweises charakterisiert, der nach meinem Dafürhalten im Kern darauf abstellt, ob und inwiefern das vom Schädiger eingeforderten Verhalten ausserhalb des Deliktsrechts ‹vorbestimmt› wird (vgl. 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 2.). Sodann widmen wir uns den Anforderungen, die erfüllt sein müssen, damit (insbesondere) öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen als Schutznormen qualifizieren (vgl. 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 3. bis 6.). Weiter beschlagen unsere Ausführungen die Reichweite des Verweises (2. Teil / 3. Kapitel / II. / 7.). Dabei stellt sich unter anderem die bereits erwähnte Problematik, ob im Licht des IPRG auch ausländische Normen als Schutznormen in Frage kommen (vgl. 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 7. / B. / b.). Von der Frage der Reichweite des Verweises zu unterscheiden ist schliesslich die Frage, ob im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR allein Schutznormen in Bezug genommen werden, die das Erfordernis der Pflichtwidrigkeit betreffen, oder auch solche, die in der Sache andere Haftungselemente regeln (vgl. 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 8.). Der erwähnte Verweisungsgehalt spielt im Kontext all dieser Themenkreise eine gewichtige Rolle. 31

In einem separaten Unterkapitel gehen wir schliesslich der Frage nach, welche Personen haftpflichtig gemacht werden können. Im Einzelnen geht es zum einen darum, ob und inwiefern natürliche Personen (insbesondere Organe und Hilfspersonen) wegen der Verletzung von Schutznormen, die sich zunächst allein an juristische Personen richten, aufgrund von Art. 41 Abs. 1 OR haftbar gemacht werden können (vgl. 2. Teil / 3. Kapitel / III. / 2.). Zum andern adressieren wir die Voraussetzungen, denen gemäss Verhaltensweisen natürlicher Personen, die einer Verletzung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen gleichkommen, juristischen Personen in deliktsrechtsrelevanter Weise zugerechnet werden können (vgl. 2. Teil / 3. Kapitel / III. / 32

3.). Ferner gehen wir kurz auf die Umstände ein, unter denen Teilnehmer an Straftaten haften (vgl. 2. Teil / 3. Kapitel / III. / 4.).

33 Schliesslich wird auch zum Deliktsrecht ein Fazit gezogen (2. Teil / 3. Kapitel / IV.).

34 Bis hierhin sind wird davon ausgegangen, dass die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen auf der Ebene der Pflichtverletzung zum Tragen kommen; das ist freilich nicht zwingend. Vielmehr können öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen – sowohl im Vertrags- als auch im Deliktsrecht – auch im Rahmen weiterer Haftungselemente Bedeutung erlangen. Dabei handelt es sich um den Gegenstand des vierten Kapitels des materiell-rechtlichen Teils. Ins Auge gefasst werden das Verschulden (2. Teil / 4. Kapitel / II.), das Selbstverschulden (2. Teil / 4. Kapitel / III.) sowie die Haftung juristischer Personen (2. Teil / 4. Kapitel / IV.). Auch in diesem Kontext stellt sich im Übrigen die Frage, ob mit Rücksicht auf das IPRG ausländische öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen in Bezug genommen werden können (vgl. 2. Teil / 4. Kapitel / I. / 2.).

35 Im **Schlussteil** der Arbeit geben wir einige Hinweise zur Auflösung der Beispielfälle (vgl. Schluss / I.). Zudem erfolgt ein kurzer Ausblick (vgl. Schluss / II.). Darin reflektieren wir einerseits die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden im Licht einer *Zusammenschau* des Schweizer Vertrags- und Deliktsrechts. Andererseits stellen wir gewisse Überlegungen zur haftungsrechtlichen Situation unter der Geltung des zukünftigen FIDLEG an, wobei (vorab) hier auch gesetzgeberische Entwicklungen berücksichtigt werden konnten, die sich nach dem Stichdatum der Arbeit (Ende November 2016) zugetragen haben. Auf eine abschliessende Zusammenfassung der Ergebnisse wird demgegenüber verzichtet, zumal sich in den Fazits am Ende der verschiedenen (Unter-)Kapitel Zusammenfassungen der jeweiligen Überlegungen befinden.

I. Teil
Konzeptionelle Grundlegung

1. Kapitel: Zum phänomen Öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Haftungsrecht

I. Die Problematik aus unterschiedlicher Perspektive

1. Perspektive des Schädigers an den Beispielen des Finanzdienstleisters und des Emittenten

Auf den kleinsten gemeinsamen Nenner gebracht *und* in durchaus tautologischer Umschreibung besteht die Tätigkeit von **Finanzdienstleistern** darin, für Kunden Finanzdienstleistungen zu erbringen. Finanzdienstleister sind also in erster Linie private Akteure, die mit anderen – in der Mehrzahl ebenfalls privaten – Akteuren Geschäfte tätigen. Dabei sind sie mannigfaltigen Normen ausgesetzt, die ihnen im Sinn der einleitend gegebenen, ersten Beschreibung der Verhaltensnormnotion ein gewisses Verhalten vorschreiben. Diese Normen haben verschiedene Hintergründe. 36

Erstens müssen Finanzdienstleister oftmals über eine Bewilligung verfügen, um ihre Tätigkeit überhaupt (rechtmässig) ausüben zu können[37]. Damit einhergeht, dass sie, um die Bewilligung einzuholen und aufrecht zu erhalten, zahlreiche Normen beachten müssen, die regelmässig gesetzlich festgehalten sind. In diesem Zusammenhang spricht man von einer ‹prudenziellen Aufsicht› der Finanzdienstleister. Um die Einhaltung der Normen ist in erster Linie die zuständige Aufsichtsbehörde besorgt; in 37

[37] Das gilt im Kontext der vorliegenden Studie vorab für Banken und Effektenhändler. Unabhängige Vermögensverwalter sowie unabhängige Anlageberater unterstehen demgegenüber bis anhin keiner prudenziellen Aufsicht. Gemäss der Botschaft des Bundesrates zu FIDLEG und FINIG ist eine solche für unabhängige Vermögensverwalter allerdings vorgesehen (vgl. 9 und 112 f.), wobei es die Entwicklung des Entwurfs in den Räten im Auge zu behalten gelten wird. Im Sinn einer Alternative zur herkömmlichen prudenziellen Aufsicht durch staatliche Behörden, in deren Rahmen die Beaufsichtigten (gesetzliche) öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen einzuhalten haben, ist sodann das Konzept der durch den Staat regulierten Selbstregulierung zu erwähnen. Hier stellt sich mit Blick auf den Gegenstand vorliegender Arbeit insbesondere die Frage, ob die von den (privaten) Aufsichtsträgern erlassen Vorschriften Gesetzescharakter haben (infolgedessen sie als öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen in Frage kommen) oder autonomer (*scil*. vertraglicher oder verbandsrechtlicher) Natur sind. Diese Frage stellt sich insbesondere in Bezug auf das Kotierungsreglement (vgl. dazu hinten, Rn. 797 ff.).

der Schweiz die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA). Zusammengefasst werden die Normen regelmässig unter der Rubrik des *Aufsichtsrechts*[38].

38 Die aufsichtsrechtlichen Normen betreffen nicht nur den Zustand und die (interne) Organisation der Finanzdienstleister, sondern regeln bis zu einem gewissen Grad auch deren Tätigkeit am Markt[39], insbesondere das Verhalten der Finanzdienstleister gegenüber ihren Kunden. Die entsprechenden Vorschriften geben im Allgemeinen vor, auf welche Weise die Finanzdienstleister ihre Dienstleistungen zu erbringen haben[40].

39 Zwecks Ausübung ihrer Tätigkeit schliessen die Finanzdienstleister *zweitens* mit ihren Kunden *Verträge* ab. Sie treten zu diesen damit in ein Sonderverhältnis, das im Fall einer Fehlentwicklung eine Schadenersatzpflicht zur Folge haben kann[41]. Gerade wenn sich allein private Akteure gegenüberstehen, entstammen die bezüglichen Regelungen grundsätzlich dem Privatrecht[42]. Das Aufsichtsrecht seinerseits setzt den Abschluss von privaten Verträgen gleichsam voraus. Diese stellen letztlich die Grundlage der grundsätzlich erwünschten privatwirtschaftlichen Tätigkeit dar, welcher das Aufsichtsrecht dann entsprechend einen Rahmen gibt.

40 In ihren Verträgen halten die Parteien zunächst fest, welche Dienstleistungen im Einzelnen erbracht werden sollen sowie regelmässig ein bezügliches Entgelt – mit anderen Worten die (Haupt-)Leistungen der Parteien. Darüber hinaus können die Verträge Normen enthalten, die bestimmen, auf welche Weise die Hauptleistungen zu erfüllen sind, oder den Parteien weitere Pflichten auferlegen. Gerade insofern kann sich der Regelungsgegenstand der vertraglichen Regelungen mit jenem der aufsichtsrechtlichen Normen decken; inhaltliche Übereinstimmung geht damit freilich nicht automatisch einher (wobei die Parteien eine solche erreichen könnten, wenn sie die aufsichtsrechtlichen Normen als auf ihre Vertragsbeziehung anwendbar erklären würden). Alsdann enthalten Verträge kaum je eine Regelung für sämtliche Eventualitäten. Lücken – einstweilen in nicht fachsprachlichem Sinn – können dabei unter anderem im Bereich des Regelungsgegenstands der aufsichtsrechtlichen Normen auftreten.

---

38 Im schweizerischen Recht sind die Sanktionen, mit denen die Normen bewehrt sind, freilich nicht nur aufsichtsrechtlicher, sondern bisweilen auch strafrechtlicher (und damit – nichtsdestotrotz – gleichfalls öffentlich-rechtlicher) Natur.

39 Vgl. bspw. auch EINSELE, JZ 2014, 704.

40 Vgl. bspw. auch SETHE, in: Hb. der Vermögensverwaltung, § 5, Rn. 288.

41 Vgl. bspw. JÄGGI, ZK, Vor Art. 1 ZGB, Rn. 121 f.

42 Vgl. auch BÜHLER/VON DER CRONE, SZW 2013, 566.

Im Übrigen stipulieren die einschlägigen Privatrechtserlasse – in der Schweiz vorab das OR – ihrerseits Verhaltensnormen. Deren Funktion besteht unter anderem darin, vertragliche Vereinbarungen entweder zu ergänzen oder zu korrigieren. Auch sie können denselben Regelungsgegenstand wie die aufsichtsrechtlichen Normen haben. Ferner besteht die Möglichkeit, dass jene auf diese verweisen. 41

Ausserhalb der Vorgaben an ihre bewilligte Tätigkeit und ausserhalb ihrer vertraglichen Beziehungen bewegen sich Finanzdienstleister *drittens* in ‹allgemeinmenschlichen Verhältnissen›. Mit anderen Worten stehen sie mit *jeder* anderen Rechtsperson in einem (latenten) Rechtsverhältnis. Dieses verdichtet sich – anders als im Fall eines Vertragsschlusses – *erst* bei Fehlkontakten zu einem Sonderverhältnis[43]. Derartige Verhältnisse sind die traditionelle – wenn auch nicht ausschliessliche[44] – Domäne des *Strafrechts* (insbesondere des Kernstrafrechts) sowie des *Deliktsrechts*. 42

Die Finanzdienstleister haben folglich zusätzlich strafrechtliche Verhaltensnormen zu beachten. Überdies ist denkbar, dass das Deliktsrecht, auch wenn (wie im Rahmen vorliegender Arbeit) reine Vermögensschäden in Frage stehen, selbst Verhaltensnormen vorgibt. Diese können denselben Regelungsgegenstand wie die strafrechtlichen Normen haben (und – im Übrigen – auch wie die aufsichtsrechtlichen Normen). Weiter besteht die Möglichkeit eines Verweises des Deliktsrechts auf das Straf- und/oder Aufsichtsrecht. 43

Emittenten treten im Allgemeinen am Kapitalmarkt auf, um sich finanzielle Mittel für ihre wirtschaftliche Tätigkeit zu beschaffen – am Aktienmarkt, der im Fokus vorliegender Arbeit steht, Eigenkapital. Auf dem sog. Primärmarkt treten die Emittenten wirtschaftlich als Verkäufer ihrer Anteile an das Anlegerpublikum auf. Am sog. Sekundärmarkt erfolgen die Verkäufe der Anteile regelmässig zwischen Anlegern, ohne dass die Emittenten daran beteiligt sind. Auch am Kapitalmarkt geht es folglich in erster Linie um privatwirtschaftliche Geschäfte. Alsdann haben die Emittenten – wie die Finanzdienstleister – Verhaltensnormen einzuhalten, die vor unterschiedlichem Hintergrund stehen: 44

Erstens bedürfen die Emittenten ähnlich den Finanzdienstleistern regelmässig einer Bewilligung, allerdings nicht betreffend ihre wirtschaftliche Tätigkeit überhaupt, sondern spezifisch um am Kapitalmarkt teilzunehmen (eine sog. ‹Zulassung zum 45

---

43 Vgl. JÄGGI, ZK, Vor Art. 1 ZGB, Rn. 114 ff.

44 Wie bereits bemerkt, werden aufsichtsrechtliche Normen, welche die Tätigkeit bewilligter Institute betreffen, teilweise auch strafrechtlich sanktioniert. Andererseits lassen sich Schadenersatzansprüche gegebenenfalls auch dann deliktsrechtlich begründen, wenn die Verletzung von Pflichten in Frage steht, die auf einer Sonderverbindung (insbesondere einem Vertrag) beruhen.

Handel›[45]). Diese wird in der Schweiz von einem privaten Aufsichtsträger erteilt, der die Emittenten daraufhin auch beaufsichtigt (ein Umstand, den wir einstweilen noch nicht näher zu erörtern brauchen). Die Teilnahme der Emittenten am Kapitalmarkt, insbesondere der Aktienverkauf am Primärmarkt aber auch deren Pflichten im Anschluss daran (also während des Handels mit den Aktien durch das Publikum am Sekundärmarkt), ist Gegenstand von aufsichtsrechtlichen Verhaltensnormen. Diese regeln mitunter wiederum das Marktverhalten der Emittenten – besonders anhand von Informationspflichten[46].

46 *Zweitens* sind die Emittenten, was die Übertragungen ihrer Anteile betrifft, zwar (rechtlich) regelmässig *nicht* unmittelbar Vertragspartei, auch nicht bei Übertragungen am Primärmarkt[47]. Jedoch betreffen die Verhaltensnormen des Aufsichtsrechts (Informations-)Pflichten im Hinblick auf diese Übertragungen, die an die Emittenten als Bewilligungsträger gerichtet sind[48]. Damit werden den Emittenten gleichwohl Pflichten im Zusammenhang mit der Erfüllung der Hauptleistungspflicht der bezüglichen Verträge auferlegt. Im Prinzip verhält es sich demnach ähnlich wie mit den Nebenpflichten der Finanzdienstleister (derweil die Hauptleistungspflichten ihrerseits in der Regel allerdings nicht den Emittenten obliegen).

47 Auch die Emittenten sind *drittens* an ‹allgemeinmenschlichen Verhältnissen› beteiligt, infolgedessen sie wie die Finanzdienstleister delikts- und strafrechtlichen Verhaltensnormen ausgesetzt sind. In diesem Zusammenhang wird noch zu diskutieren sein, ob der Emittent mit den Anlegern erst im Fall eines Fehlkontaktes in ein Sonderverhältnis tritt oder bereits vorher, insbesondere mit der Zulassung zum Handel beziehungsweise dem bezüglichen Gesuch[49].

48 **Gesamthaft** sind Finanzdienstleister und Emittenten also einer Vielzahl von Normen ausgesetzt, die – mit dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht – verschiedenen Ursprungs sind. Damit haben sie umzugehen. Selbst wenn sie bereit sind, *sämtliche*

---

45 Zum Unterschied zw. Zulassung zum Handel (dem Oberbegriff) und Kotierung vgl. bspw. BORENS/BAUMANN, SK-FinfraG, Art. 2 lit. f, Rn. 6.

46 Vgl. bspw. EINSELE, JZ 2014, 704.

47 Am Primärmarkt werden die Aktien dem Publikum vielmehr regelmässig durch Banken veräussert, welche diese vom Emittenten vorgängig übernehmen (sog. Festübernahme; vgl. dazu bspw. BÖCKLI, § 2, Rn. 24 ff.).

48 Vgl. bspw. KALSS, ÖBA 2000, 649 f.

49 Vgl. hinten, insb. Rn. 525 ff. Mit der Begründung des Verbandsverhältnisses an sich, *scil.* dem Erwerb der Aktionärsstellung, geht demgegenüber regelmässig kein Sonderverhältnis einher, in dessen Rahmen öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen zum Tragen kommen, deren Verletzung bei gegebenen weiteren Voraussetzungen alsdann Schadenersatzansprüche nach sich zieht.

Verhaltensnormen einzuhalten, sehen sie sich in diesem Umfeld jedoch vor gewisse Probleme gestellt:

48.1 Wie erwähnt können die öffentlich-rechtlichen Normen (inkl. Aufsichts- und Strafrecht) denselben Regelungsgegenstand haben wie die privatrechtlichen (inkl. Vertrags- und Deliktsrecht). Im schlechtesten Fall resultieren daraus widersprüchliche Verhaltensanforderungen. Sind die Erfordernisse eines Rechtsgebiets schlicht strenger als jene des anderen, ist dies freilich noch nicht der Fall[50].

Um die Frage zu beantworten, ob und inwiefern *im positiven Schweizer Recht* Normwidersprüche bestehen, wäre im Übrigen eine Untersuchung des konkreten Gehalts einzelner privat- und öffentlich-rechtlicher Vorschriften erforderlich. Eine solche können wir im Rahmen dieser Studie, deren Fokus auf grundlegenden Überlegungen liegt, nicht leisten. Dass geradezu widersprüchliche Verhaltensanforderungen aufgestellt werden, dürfte zumindest im Finanzmarktbereich indessen nur selten der Fall sein. Unter anderem enthalten die einschlägigen Vorschriften des Allgemeinen Haftungsrechts sowie des Auftragsrechts regelmässig keine sehr detaillierten inhaltlichen Verhaltensvorgaben (vgl. paradigmatisch Art. 398 Abs. 2 OR). Die Angriffsfläche für Normwidersprüche ist entsprechend gering.

48.2 Finanzdienstleister und Emittenten (oder auch deren jeweilige Organe) dürften erwägen, sich durch Versicherungsschutz gegen zivilrechtliche Haftungsansprüche abzusichern, zumal sie sich bewusst sind, dass sich Rechtsverletzungen organisatorisch nicht immer vermeiden lassen. Weiter könnten insbesondere Finanzdienstleister versucht sein, mit ihren Kunden Vereinbarungen zu treffen, um den aufsichtsrechtlichen Verhaltensanforderungen (zumindest) auf der Ebene der privatrechtlichen Haftung auszuweichen. Dabei sind für die Finanzdienstleister und Emittenten je die Umstände von Interesse, unter denen die (womöglich weitergehenden) öffentlich-rechtlichen Normen im privaten Haftungsrecht von Bedeutung sind, inklusive deren Abdingbarkeit[51]. Insofern ist ihre Perspektive eine ähnliche wie jene der Geschädigten, die sogleich näher erläutert wird.

48.3 Hat im Gefüge des Finanzdienstleisters oder Emittenten einmal eine Rechtsverletzung stattgefunden, kann es zu privat-, aufsichts- und gegebenenfalls auch strafrechtlichen Verfahren kommen. Im Rahmen der Zivilprozesse, um die es in

---

50 Problematisch sind nur sog. ‹echte Widersprüche›, d.h. wenn an denselben Tatbestand einander ausschliessende Rechtsfolgen geknüpft werden, bzw. sich die Verhaltensanforderungen der verschiedenen Rechtsgebiete gleichsam widersprechen, vgl. GÜNTHER, 96 f.; und im Anschluss daran TROXLER, Universalität, Rn. 94 m.w.H.

51A Vgl. in diesem Zusammenhang insb. die Diskussion um die Einführung eines *‹safe harbor›*, den das öffentliche Recht bieten soll (vgl. hinten, Rn. 1241 ff.).

51 Vgl. insofern jüngst auch EINSELE, ZHR 2016, 237.

vorliegender Studie geht, wird sich der Schädiger ebenfalls für die eben erwähnten Umstände interessieren.

49 Darüber hinaus stellt sich aus der Warte der Finanzdienstleister und Emittenten die Frage, ob sie bei Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Normen davon ausgehen können, privatrechtlich (ebenfalls) *nicht* belangt zu werden. Gleich wie die angesprochene, umgekehrte Situation ist nämlich jene denkbar, in der mit dem Privatrecht restriktivere Verhaltensanforderungen einhergehen[51A]. Ein Zivilrichter hat besonders dann die Möglichkeit, weitergehende Pflichten festzuhalten, wenn er zur Vertragsergänzung berufen ist[52] oder anderweitig von an ihn gerichteten Ermächtigungsnormen Gebrauch machen kann.

2. Perspektive des Geschädigten

50 Aus der Sicht der Geschädigten – *in casu* die Kunden des Finanzdienstleisters und die Anleger – ist in erster Linie von Interesse, unter welchen Voraussetzungen sie von ihren Anspruchsgegnern Schadenersatz verlangen können[53]. Ein Geschädigter wird sich folglich insbesondere fragen, unter welchen Umständen er sich auf eine Verletzung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen durch seinen Anspruchsgegner berufen kann. Da der Geschädigte zumindest im Schweizer Aufsichtsrecht im Allgemeinen auf den Zivilrechtsweg verwiesen wird[54], steht diese Frage für ihn gleichsam im Zentrum – die aufsichtsrechtlichen Normen *per se* interessieren ihn nur beschränkt.

51 Überdies können potentielle Geschädigte ihrerseits Adressaten öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen sein. Zu denken ist vorab an paternalistische Vorschriften, die den Schutz der eigenen Rechtsgüter der Geschädigten betreffen (paradigmatisch Gurt- oder Helmtragepflichten), aber gegebenenfalls auch an Pflichten zur Beförderung öffentlicher Interessen. In der Folge stellt sich den Geschädigten die Frage, ob und inwiefern sie derartige öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen einzuhalten haben, um zu vermeiden, dass ihnen ein etwaiger privatrechtlicher Haftungsanspruch ganz oder teilweise entgeht.

---

52 Vgl. auch FORSCHNER, 2.

53 Vgl. betreffend die Kunden von Finanzdienstleistern auch FORSCHNER, 2.

54 Vgl. hinten, Rn. 91 m.H.

3. Perspektive des Zivilrichters

Die Behandlung privatrechtlicher Schadenersatzansprüche obliegt grundsätzlich dem Zivilrichter. Dieser beurteilt jeweils den Einzelfall[55]. Dabei wird er sich – wie der Schädiger und der Geschädigte – fragen, unter welchen Umständen öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im Rahmen des Privatrechts von Bedeutung sind. 52

Angesichts seiner Einbindung als staatliches Organ in die Rechts-, und insbesondere die Grundrechtsordnung (vgl. v.a. Art. 29 ff. BV), ist der Zivilrichter mit einer zusätzlichen Frage konfrontiert, nämlich unter welchen Umständen er überhaupt *befugt oder sogar verpflichtet* ist, öffentlich-rechtliche Normen anzuwenden. 53

Da Haftungsansprüche grundsätzlich vor dem Zivilrichter geltend gemacht werden, bietet es sich meines Erachtens an, im Folgenden dessen Perspektive einzunehmen. Das ist auch im Hinblick auf die Beantwortung eben aufgeworfener Frage geboten, die sich genuin dem Zivilrichter stellt. Ferner nimmt die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung die Richterperspektive ein. Aufgrund dieser Lehre werden wir nachfolgend versuchen, die Struktur der Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Privatrecht offenzulegen. 54

Die Perspektive des Richters wird jener des Gesetzgebers mithin vorgezogen. Hintergrund ist, dass die Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Haftungsrecht nicht nur auf Akten des Gesetzgebers, sondern auch auf Akten der Parteien und des Richters beruht. Diese lassen sich unter Zugrundelegung der Richterperspektive *alle* darstellen[56]. Würde man die Warte des Gesetzgebers einnehmen, würde eine sinnvolle Erfassung der Akte der Parteien und des Richters demgegenüber Schwierigkeiten bereiten.

4. Ausblick

Im Gefolge der nachfolgenden Darstellung der Struktur, nach welcher die Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im (privaten) Haftungsrecht vor sich geht, lassen sich die Umstände *ordnen,* unter denen öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen für (privatrechtliche) Haftungsansprüche einschlägig sind. Aus der Perspektive der nunmehr vorgestellten Akteure ergibt sich daraus Folgendes: 55

Indem die Struktur der Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Privatrecht herausgearbeitet wird, erfolgt mithin ein erster Schritt auf die Beant- 55.1

---

55 Vgl. bspw. auch BÜHLER/VON DER CRONE, SZW 2013, 572; WEBER, SJZ 2013, 410 und 411.

56 Vgl. hinten, 1. Teil / 1. Kapitel / II. / 3.

wortung der Frage nach diesen Umständen hin, die sich aus der Perspektive *aller drei* erwähnten Subjekte stellt (wobei die Struktur im Übrigen [theoretisch] auch keine andere ist, falls nicht der Schädiger, sondern der *Geschädigte* Adressat der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen ist).

55.2 Entsprechendes gilt für die Auflösung etwaiger widersprüchlicher Anforderungen an das Verhalten des *Schädigers* und damit das erste zusätzliche Problem, das diesem gegebenenfalls begegnet. Je nach Struktur, aufgrund welcher öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im Privatrecht Anwendung finden, entstehen solche Widersprüche nämlich gar nicht erst.

55.3 Das zweite zusätzliche Problem dreht sich um die die Frage nach etwaig weitergehenden privatrechtlichen Pflichten des *Schädigers*. Dessen Auflösung zu dessen Gunsten würde eine (negative) ‹Sperrwirkung› öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen voraussetzen. Insofern leistet die Offenlegung der Struktur von deren (positiver) Anwendung im Privatrecht dazu allein keinen entscheidenden Beitrag[57].

56 Am Ausgangspunkt der nachfolgenden Überlegungen stehen einige Hinweise zur – wie wohl einstweilen unproblematischen – Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht. Die Unterscheidung ist für vorliegende Studie offensichtlich grundlegend. Daraufhin skizzieren wir, wie wir im Rahmen der Darstellung der Struktur der Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im (privaten) Haftungsrecht im Einzelnen vorgehen werden.

57 Vgl. insofern insb. unseren Ausblick auf den sog. *‹safe harbor›*, den der Ständerat einführen wollte (vgl. hinten, Rn. 1241 ff.).

II. Die Struktur der Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im (privaten) Haftungsrecht

1. Vorbemerkungen

A. Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

a. Vorbemerkungen (inkl. Darstellungen der Kriterien im Allgemeinen)

Während die Diskussion um die Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht Bücher füllt[58], erscheint die Praxis des Bundesgerichts als gefestigt. Da es vorliegend um die Abgrenzung im positiven Schweizer Recht geht, wird allein letztere dargestellt. Das Bundesgericht hat diese jüngst wie folgt zusammengefasst[59]: 57

«Le Tribunal fédéral s'appuie sur plusieurs critères pour déterminer si une contestation relève du droit public ou du droit privé: [i] *le critère des intérêts, qui qualifie les normes juridiques ainsi que les rapports de droit dont elles sont le fondement de droit public ou de droit privé selon qu'elles sauvegardent exclusivement ou principalement l'intérêt public ou les intérêts privés;* [ii] *le critère dit fonctionnel, qui qualifie les normes juridiques de droit public lorsqu'elles réglementent la réalisation de tâches publiques ou l'exercice d'une activité publique;* [iii] *le critère du sujet ou de la subordination, qui soumet au droit public les rapports dans lesquels une partie est supérieure à l'autre en fait ou en droit et au droit privé ceux où les parties traitent d'égal à égal à tous points de vue; et enfin* [iv] *le critère modal (ou critère de la sanction) qui attribue une norme à l'un ou l'autre droit selon que sa violation entraîne une sanction relevant du droit privé (par exemple, nullité d'un acte juridique) ou une sanction relevant du droit public (par exemple, révocation d'une autorisation). Aucune de ces théories ne l'emporte a priori sur les autres* [..]. *Il convient bien plutôt d'examiner dans chaque cas particulier quel critère de distinction est le plus*

---

58 Dabei wird insbesondere auch die Frage aufgeworfen, ob und inwiefern die herkömmlichen Kriterien, aber auch die Abgrenzung an sich überhaupt noch zeitgemäss sind; vgl. zu entsprechenden Ansätzen etwa EMMENEGGER, Bankenorganisationsrecht, 25 ff. Übersichtliche Darstellungen mit einem Fokus auf den herkömmlichen Kriterien finden sich bspw. bei T. KOLLER, BK, Art. 6 ZGB, Rn. 24 ff.; MARTI, ZK, Vorbem. Art. 5 und 6 ZGB, Rn. 23 ff.; oder HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 220 ff.

59 BGE 138 II 134, E. 4.1 m.H. auf zahlreiche weitere (publizierte) Entscheide.

approprié aux circonstances concrètes. Il faut en effet garder à l'esprit que la délimitation entre droit privé et droit public répond à des fonctions totalement différentes suivant les nécessités de la réglementation en cause et, notamment, selon les conséquences juridiques pouvant en découler dans chaque affaire; ces exigences ne peuvent pas être théoriquement réunies en un seul critère distinctif qui ferait définitivement autorité, mais requièrent au contraire une approche modulée et pragmatique»[60].

58 Eine Kurzfassung gibt THOMAS KOLLER[61]: «Das Bundesgericht begrenzt sich in seiner Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht noch auf die heute in der Lehre allgemein anerkannten «klassischen» Theorien, gibt aber keiner dieser Theorien den Vorrang, sondern versucht vielmehr, im konkreten Fall pragmatisch unter Abwägung aller Umstände eine Lösung zu finden». Bei den ‹klassischen Theorien› handelt es sich um die vom Bundesgericht erwähnten Theorien, scil. die Interessenstheorie, die Funktionstheorie, die Subordinations- bzw. Subjektionstheorie sowie die modale Theorie bzw. Sanktionentheorie[62].

---

60 *«Das Bundesverwaltungsgericht* [*recte*: das Bundesgericht] *stützt sich bei der Beantwortung der Frage, ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist, auf mehrere Kriterien:* [i] *das Interessenkriterium, das die Rechtsnormen sowie die Rechtsbeziehungen qualifiziert, für die sie die öffentlich-rechtliche oder die privatrechtliche Grundlage bilden, je nachdem ob sie ausschliesslich oder vorwiegend öffentliche Interessen oder private Interessen wahrnehmen;* [ii] *das sogenannte Funktionskriterium, das die öffentlich-rechtlichen Normen qualifiziert, wenn sie die Erfüllung öffentlicher Aufgaben oder die Ausübung einer öffentlichen Tätigkeit regeln;* [iii] *das Subjektions- oder Subordinationskriterium, das Rechtsbeziehungen, in denen eine Partei der anderen tatsächlich oder rechtlich übergeordnet ist, dem öffentlichen Recht und Rechtsbeziehungen, in denen die Parteien in jeder Hinsicht gleichgeordnet sind, dem Privatrecht zuordnet; schliesslich* [iv] *das modale Kriterium (oder Sanktionskriterium), das eine Norm dem einen oder dem anderen Recht zuordnet, je nachdem ob ihre Verletzung eine sich auf das Privatrecht (zum Beispiel Nichtigkeit einer Rechtshandlung) oder auf das öffentliche Recht (zum Beispiel Widerruf einer Bewilligung) stützende Sanktion zur Folge hat. Keiner dieser Theorien kommt a priori Vorrang zu* [..]. *Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, welches Abgrenzungskriterium den konkreten Gegebenheiten am besten gerecht wird. Es ist in der Tat dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht je nach den Erfordernissen der fraglichen Regelung und namentlich der daraus im Einzelfall entstehenden Rechtsfolgen ganz verschiedene Funktionen zukommen; diese Anforderungen lassen sich nicht mit einem einzigen theoretischen Unterscheidungsmerkmal erfassen, sondern erfordern ein abgestimmtes und pragmatisches Vorgehen»* (Übersetzung gemäss Pra 2012, Nr. 100).

61 BK, Art. 6 ZGB, Rn. 64.

62 Vgl. T. KOLLER, BK, Art. 6 ZGB, Rn. 28 ff., wobei gemäss seiner Analyse erstere drei Theorien im Vordergrund stehen (a.a.O., Rn. 60).

Im Folgenden geht es darum, den Gegenstand der Arbeit gemäss diesen Kriterien einzugrenzen, *i.e.* zu bestimmen, was öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen sind (die wohlgemerkt nicht voreilig – also bevor wir die Einordnung geleistet haben – als solche bezeichnet werden sollten). 59

Diese Eingrenzung nehmen wir im Hinblick auf die Bestimmung des Rechtswegs vor, gleichsam *bevor* es um die Frage gehen wird, unter welchen Umständen der Zivilrichter zur Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen befugt ist. In diesem Kontext wird die Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht auch im Allgemeinen weiterhin für bedeutsam gehalten[63]. 60

Die Zuordnung bestimmter Normen zum privaten oder öffentlichen Recht kann (logischerweise) nicht öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen *überhaupt* betreffen; die damit einhergehende *petitio principii* ist allzu apparent. Vielmehr werden Verhaltensnormen des *Finanzmarktrechts* betrachtet, und zwar im Sinn des eingangs erwähnten, weiten Verständnisses, das sowohl die Normen der in Art. 1 Abs. 1 FINMAG aufgeführten (Aufsichtsrechts-)Erlasse als auch die Normen des Kernstrafrechts einschliesst, die für den (tatsächlichen) Finanzmarktbereich von Bedeutung sind. 61

Hinsichtlich der *strafrechtlichen Normen* kann von näheren Ausführungen jedoch abgesehen werden. Obwohl das Strafrecht in aller Regel als eigenständige Kategorie geführt wird, wird nämlich kaum jemand bestreiten, dass es als öffentliches Recht und nicht als Privatrecht daher kommt. Dass es sich bei den strafrechtlichen Vorschriften um Doppelnormen handelt, das heisst um Verhaltensnormen, die dem öffentlichen Recht *und* dem Privatrecht angehören, wird meines Wissens ebenfalls nicht vertreten, beziehungsweise wird die Frage meines Wissens noch nicht einmal diskutiert. Sie ist aus verschiedenen Gründen wohl auch nicht von praktischer Relevanz[64]. 62

---

63 MARTI, ZK, Vorbem. Art. 5 und 6 ZGB, Rn. 31.

64 Ohne dies im Einzelnen untersucht zu haben, ist unter anderem daran zu denken, dass das Strafrecht als sog. *ultima ratio* zum Einsatz kommt, so dass das Zivilrecht oftmals bereits (ggf. weitergehende) entsprechende Regelungen enthalten dürfte (vgl. nur VERDE, Straftatbestände, Rn. 136 ff. m.w.H.; sowie bspw. Art. 28 OR im Vgl. zu Art. 146 StGB und dazu SCHMIDLIN, BK, Art. 28 OR, Rn. 144 ff. [der freilich übersieht, dass der Betrug seit 1. Januar 1995 in Art. 146 des StGB und nicht mehr Art. 148 geregelt ist]). Ferner knüpft v.a. das Vermögensstrafrecht oft an zivil- und insb. vertragsrechtliche Pflichten an, so dass dieses und nicht die strafrechtliche Verhaltensnorm (als potentielle Doppelnorm) für die Umschreibung des geforderten Verhaltens sorgt (vgl. bspw. Art. 158 oder 162 StGB).

63 Was die Verhaltensnormen des *(Finanzmarkt-)Aufsichtsrechts* betrifft, ist das Ergebnis gemäss Schweizer Praxis und Literatur zur Zeit zwar ebenfalls einigermassen klar – sie gehören (wie zu zeigen sein wird) im Allgemeinen zumindest auch dem öffentlichen Recht an. Allerdings ist hier die Möglichkeit von Doppelnormen praktisch bedeutsam. Zudem wird in der deutschen Literatur zumindest hinsichtlich gewisser (herkömmlich) aufsichtsrechtlicher Verhaltensnormen die Meinung vertreten, dass diese *ausschliesslich* privatrechtlichen Charakter haben[65]. Diese Auffassung könnte auch in der Schweiz aufgegriffen werden[66]. Vor diesem Hintergrund erscheinen die nachfolgenden Ausführungen durchaus als angebracht, zumal wir darauf im materiellen Teil verschiedentlich zurückgreifen werden.

64 Im Zentrum steht die Frage, ob die (finanzmarkt-)aufsichtsrechtlichen Verhaltensnormen als öffentliches Recht qualifizieren. Ob es sich alsdann bejahendenfalls zusätzlich um Doppelnormen handelt, wird hier *noch nicht* näher untersucht. Die Ausführungen geben allerdings in verschiedener Hinsicht einen Ausblick auf die Problematik. Ferner bleibt es bei *allgemeinen Aussagen,* die in erster Linie das *FINMAG* in Bezug nehmen – das *«Dachgesetz»* für die einzelnen Finanzmarktrechtserlasse[67].

Wie die eingangs angeführten Textstellen ergeben, hätte eine definitive Zuordnung dagegen *im Einzelfall* zu erfolgen[68]. In dieser Arbeit werden allerdings nur die Normen einzeln betrachtet, die in den Beispielfällen relevant sind. Deren Rechtsnatur wird denn im Verlauf der Arbeit grundsätzlich auch noch thematisiert, gerade wenn sich im Vergleich zu den nachfolgenden Ausführungen Besonderheiten ergeben. Speziell zu erwähnen ist in diesem Kontext das *Kotierungsreglement der Schweizer Börse SIX* (‹Kotierungsreglement›; ‹KR›), das mit der Schweizer Börse SIX durch einen privaten Rechtsträger erlassen wird, so dass sich bei der Bestimmung von dessen Rechtsnatur besondere Komplikationen ergeben. Diese bleiben im Rahmen der folgenden, allgemeinen Ausführungen unberücksichtigt.

65 So jüngst einlässlich EINSELE, ZHR 2016, *passim*.

66 Vgl. zu einem Einwand allerdings noch hinten, Fn. 863.

67 Botschaft FINMAG, 2830.

68 Vgl. zu einzelnen finanzmarktrechtlichen Vorschriften, denen klarerweise privatrechtliche Natur zukommt, ferner bspw. EGGEN, Produkteregulierung, 85.

b. Anwendung der Kriterien

Die Anwendung der vier klassischen Theorien ergibt im Licht der vorne stehenden Vorgaben Folgendes: 65

Betreffend (i) die **Interessenstheorie** ist zunächst festzuhalten, dass die Begriffe des öffentlichen wie auch des privaten Interessens relativ unbestimmt sind[69]. Ob mit einer Norm öffentliche oder private Interessen verfolgt werden, ist alsdann aufgrund deren Auslegung zu bestimmen[70]. Entsprechende Auslegungsfragen stehen nicht im Fokus vorliegender Arbeit, so dass die folgenden Ausführungen nur summarischen Charakter haben. 66

Wichtige Anhaltspunkte geben im Allgemeinen etwaige Zweckbestimmungen, wie sie in den modernen schweizerischen Finanzmarktrechtserlassen regelmässig vorgesehen sind[71]. Einigermassen gesichert erscheint zudem, dass der Schutz der sog. ‹polizeilichen› Interessen im öffentlichen Interesse steht[72]. Diese betreffen die sog. ‹Polizeigüter›, *i.e.* die öffentliche Ordnung und Sicherheit, beziehungsweise als Unterbegriffe (i) Leib, Leben, Freiheit und Eigentum, (ii) die öffentliche Gesundheit, (iii) die öffentliche Ruhe, (iv) die öffentliche Sittlichkeit sowie (v) Treu und Glauben im Geschäftsverkehr[73]. 67

In Art. 5 FINMAG ist als Ziel der Finanzmarktaufsicht (vorab[74]) der Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte und der Kunden als Gläubiger, Anleger oder 68

---

69 So nachdrücklich insb. MARTI, ZK, Art. 6, Rn. 306, 312 ff. und 322 ff.; ferner HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 463.

70 So betreffend die deutschen Wohlverhaltensregeln – im Ergebnis – bspw. FORSCHNER, 74 ff.

71 Vgl. i.Zh.m. Art. 11 BEHG bspw. WIEGAND/BERGER, ZBJV 1999, 730.

72 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 472 ff.; MARTI, ZK, Vorbem. Art. 5 und 6 ZGB, Rn. 107; ferner Art. 6, Rn. 310 und 313. Im Übrigen soll nicht unbemerkt gelassen werden, dass sich in der Folge wiederum die Frage aufwerfen liesse, wie trennscharf diese Rubriken ihrerseits sind (vgl. NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 452 m.H.).

73 ZÜND/ERRASS, ZBJV 2011, 271 m.w.H.; die Kategorisierung wird nicht immer gleich vorgenommen, vgl. bspw. auch jene von MARTI, ZK, Art. 6, Rn. 313; oder von NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 452.

74 Mit der Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz wird eher eine Reflexwirkung der beiden anderen Ziele festgehalten, als dass es sich um eine eigenständiges Ziel handelt (vgl. bereits den Gesetzeswortlaut: *«Sie* [die Finanzmarktaufsicht] *trägt damit* [indem sie die beiden anderen Ziele bezweckt] *zur Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei»;* ferner HETTICH, SGK-BV, Art. 98, Rn. 4 m.w.H.; und nunmehr ebenfalls der Erläuternde Bericht Änderung Bankengesetz und Bankenverordnung [FinTech], 38).

Versicherte festgehalten. Diese Ziele gelten in grösserem oder geringerem Ausmass im Rahmen sämtlicher Finanzmarkterlasse[75]. Dass es bei ersterem Ziel um öffentliche (und nicht um private) Interessen geht, liegt nahe[76], nachdem der Funktionsschutz allgemeine Belange wie *«die Vermeidung von systemischen Finanzkrisen, die Aufrechterhaltung eines funktionierenden und effizienten Marktes sowie den Schutz des Vertrauens des Publikums in die Finanzintermediation»* umfasst[77]. Der Kundenschutz ist demgegenüber durchaus auf die Protektion individueller Interessen ausgerichtet[78].

69 Das Bundesgericht seinerseits lässt keine Zweifel daran, dass das Finanzmarktrecht (wirtschafts-)polizeiliche und mithin öffentliche Interessen betrifft: *«Auch wenn sie* [die Finanzmarktaufsicht im Bankenbereich] *auch dem Einlegerschutz dient, bleibt sie doch eine öffentlich-rechtliche, wirtschaftspolizeiliche Aufgabe»*[79].

70 Fassen wir alsdann die *einzelnen Polizeigüter* ins Auge, die das Finanzmarktrecht im Rahmen dieser Aufgabe schützt, wird zunächst dem Funktionsschutz polizeilicher Charakter zugeschrieben[80], wobei das Bundesgericht wiederum auf *«klassische Polizeigüter wie das Eigentum oder Treu und Glauben im Geschäftsverkehr»* verweist[81]. Letzteres Gut wird in der Literatur sodann zuweilen auch selbstständig angeführt[82]. Dabei geht es darum, das (allgemeine) Publikum vor Täuschung und Ausbeutung zu schützen[83]. Schliesslich können polizeiliche Interessen auch an individuellen Gütern

---

75 Vgl. Botschaft FINMAG, 2860.

76 Vgl. ferner nur Botschaft FINMAG, 2833.

77 So HETTICH, SGK-BV, Art. 98, Rn. 3 m.H.

78 Vgl. näher hinten, Rn. 453 (im Kontext von Art. 11 BEHG) und Rn. 817 f. (im Kontext von Art. 53 KR).

79 BGE 139 II 279, insb. E. 4.2; vgl. auch die Besprechungen von BÜHLER/VON DER CRONE, SZW 2013, 566; und S. GRÜNEWALD, GesKR 2013, 435, je m.w.H.; ferner HETTICH, SGK-BV, Art. 98, Rn. 2 m.w.H.; KAUFMANN/UTZ, BSK-BV, Art. 98, Rn. 2; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 7, Rn. 30; und *de lege ferenda* Botschaft FIDLEG/FINIG, 186.

80 Vgl. HETTICH, SGK-BV, Art. 98, Rn. 3 m.H. auch auf a.A.

81 BGE 137 II 431, E. 4.1.

82 Vgl. BIAGGINI, OFK-BV, Art. 98, Rn. 2; ferner betr. das BEHG ZOBL, in: Hertig et al., Einl., Rn. 53. In diesem Zusammenhang könnte die Vorgabe stehen, wonach die Aufsichtsbehörde (zumindest) wegen Verletzungen aufsichtsrechtlicher Verhaltensregeln nicht in jedem Einzelfall einschreiten soll, sondern nur *«wenn diese die aufsichtsrechtlich relevante Schwelle überschreiten, indem sie sich etwa wiederholt ereignen oder eine breite Kundenbasis berühren können».* Vgl. *de lege ferenda* Botschaft FIDLEG/FINIG, 48; und bereits heute alsdann das Kriterium der schweren Aufsichtsrechtsverletzung (vgl. dazu hinten, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 7. / C. / b.).

83 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 2555.

bestehen[84], zumal für eine entsprechende Qualifikation primär die Natur des bedrohten Rechtsgutes und die Art der Gefahr als ausschlaggebend erachtet werden und nicht die Zahl der Betroffenen[85]. Im Finanzmarktbereich zeigt sich dies insbesondere am Beispiel des bankenrechtlichen Gläubigerschutzes[86]. Folglich erscheint es als durchaus möglich, auch den Kundenschutz geradezu selbst zum Polizeigut zu erheben (so wie dies offenbar die Intention des Bundesrats im Kontext der [zukünftigen] FIDLEG und FINIG ist[87]). Während man sich weitgehend einig ist, *dass* das Finanzmarktrecht den Polizeigüterschutz bezweckt, wird die Relevanz der einzelnen Polizeigüter demnach unterschiedlich eingeschätzt. Das braucht uns im Rahmen vorliegender Arbeit aber nicht zu kümmern.

Vielmehr kann *insgesamt* davon ausgegangen werden, dass das Finanzmarktaufsichtsrecht (mit dem erwähnten Funktionsschutz und dem erwähnten Schutz polizeilicher Interessen) der Wahrung öffentlicher Interessen dient[88]. Auf die Frage, ob und inwiefern insbesondere einzelne Bestimmungen *zudem* auf private Interessen ausgerichtet sind, wird indes zurückzukommen sein. 71

Nach (ii) der **Funktionstheorie** hat eine Rechtsnorm öffentlich-rechtlichen Charakter, falls sie die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe oder die Ausübung einer öffentlichen Tätigkeit regelt[89]. Die Aussagekraft der Theorie steht und fällt folglich mit der Möglichkeit einer (konturierten) Umschreibung des Gehalts öffentlicher Aufgaben beziehungsweise Tätigkeiten[90]. 72

Auch wenn der Fokus auf der zu erfüllenden Aufgabe liegt und nicht auf den in Frage stehenden Interessen (die durch die Aufgabenerfüllung erreicht werden sollen)[91], ist die Verwandtschaft von Interessens- und Funktionstheorie evident[92]. Der 73

84 A.A. HANSLIN, GesKR 2016, 49, der sich ebenfalls auf HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN bezieht, denen sich eine entsprechende Aussage m.E. freilich nicht entnehmen lässt.

85 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 2561.

86 Vgl. HETTICH, SGK-BV, Art. 98, Rn. 1 m.H. (‹klassische Gefahrenabwehr bzw. Polizeigüterschutz›).

87 Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, 186; vgl. ferner KAUFMANN/UTZ, BSK-BV, Art. 98, Rn. 2; sowie bereits die Botschaft BEHG, 1383; und im Anschluss daran ZOBL, in: Hertig et al., Einl., Rn. 53.

88 Vgl. ferner S. GRÜNEWALD, GesKR 2013, 435 m.w.H.; und *de lege ferenda* Botschaft FIDLEG/FINIG, 186.

89 Vgl. neben BGE 138 II 134, E. 4.1 (*scil*. der vorne ausgeführten Textstelle) nur HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 229.

90 Vgl. T. KOLLER, BK, Art. 6 ZGB, Rn. 33.

91 T. KOLLER, BK, Art. 6 ZGB, Rn. 32.

92 MARTI, ZK, Vorbem. Art. 5 und 6 ZGB, Rn. 65.

Regelungsgehalt einer Norm (‹Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe›) ist durch Auslegung zu ermitteln, in deren Rahmen der gleichfalls zu ermittelnde Zweck (‹öffentliches Interesse›) eine zentrale Rolle spielt. Die Ermittlung des (einigermassen unbestimmten) Gehalts der Notionen ‹öffentliche Aufgabe› und ‹öffentliches Interesse› fallen folglich weitgehend zusammen. Insofern ist ULRICH HÄFELIN, GEORG MÜLLER und FELIX UHLMANN zuzustimmen, wenn sie festhalten, dass sich die beiden Theorien nicht klar abgrenzen lassen[93]

74 Die Möglichkeit einer Konturierung eröffnet demnach erneut die Zweckbestimmung, wonach mit dem Funktionsschutz klarerweise öffentliche Interessen verfolgt werden, sowie insbesondere das Polizeirecht. So erscheint es unzweifelhaft, dass der Schutz von Polizeigütern eine öffentliche Aufgabe darstellt[94]. Da es gemäss vorne erfolgten Ausführungen im Finanzmarktrecht eben darum geht, nehmen Gesetzgeber *und* Aufsichtsbehörde[95] folglich eine öffentliche Aufgabe wahr, wenn sie zum Schutz der Polizeigüter Recht setzen beziehungsweise anwenden[96]. Gesamthaft spricht also (auch) die Funktionstheorie für eine Qualifikation als öffentliches Recht.

75 Die (iii) **Subordinationstheorie** stellt sodann darauf ab, ob zwischen Staat und Privaten ein Unterordnungs- oder ein Gleichordnungsverhältnis besteht[97]. Das Subordinationsverhältnis hat dabei rechtlicher (beziehungsweise formeller) Natur zu sein, der Staat hat in Ausübung seines Gewaltmonopols gegenüber den Privaten gleichsam

---

93 Vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 229. Anders verhält es sich, wenn man ‹öffentliche Aufgaben› danach abgrenzt, ob sie dem Staat mit seinem Gewaltmonopol vorbehalten sind. Dann wird jedoch die Abgrenzung zur Subordinationstheorie fraglich (vgl. auch T. KOLLER, BK, Art. 6 ZGB, Rn. 32). Zudem erscheint diese Lesart als unzutreffend, wenn man bedenkt, dass öffentliche Aufgaben auch mittels (verwaltungsrechtlicher) Verträge erreicht werden können, hinsichtlich welcher die Parteien gleichberechtigt sind (vgl. MARTI, ZK, Vorbem. Art. 5 und 6 ZGB, Rn. 65).

94 Dies erscheint so selbstverständlich, dass es oft mitschwingt, ohne ausdrücklich ausgesprochen zu werden, vgl. bspw. ZÜND/ERRASS, ZBJV 2011, 262 (‹Staatsaufgabe›) und 264 (‹Tätigkeiten staatlicher Behörden›); HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 2546 (‹staatliche Tätigkeit›); NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 452 (‹staatliche Funktion›); vgl. ferner die eben angeführte Stelle aus BGE 139 II 297, wonach es bei der Finanzmarktaufsicht um *«eine öffentlich-rechtliche, wirtschaftspolizeiliche Aufgabe»* gehe.

95 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 2546.

96 Vgl. bspw. auch noch NOBEL, Finanzmarktrecht, § 7, Rn. 33; sowie die eben angeführte Stelle aus BGE 139 II 297, wonach die Finanzmarkaufsicht *«eine wirtschaftspolizeiliche Aufgabe»* ist.

97 Vgl. neben BGE 138 II 134, E. 4.1 (*scil.* der vorne ausgeführten Textstelle) nur T. KOLLER, BK, Art. 6 ZGB, Rn. 34.

hoheitlich aufzutreten; ein faktisches (beispielsweise ökonomisches) Ungleichgewicht genügt nicht[98].

Im (finanzmarkt-)aufsichtsrechtlichen Zusammenhang tritt die FINMA gegenüber den beaufsichtigten Privaten ohne Weiteres hoheitlich auf, wenn sie über die Einhaltung der in den Finanzmarktgesetzen enthaltenen Verhaltensnormen wacht[99]. Das Unterordnungsverhältnis zeigt sich unter anderem darin, dass die Aufsichtsinstrumente (vgl. Art. 24 ff. FINMAG) auch ohne oder gegen den Willen der Finanzdienstleister ergriffen werden können[100]. Dasselbe gilt im Übrigen für das Eidgenössische Finanzdepartement als Strafverfolgungsbehörde (vgl. Art. 50 Abs. 1 FINMAG), falls die Verhaltensnormen gemäss den Gesetzes (lediglich oder zusätzlich) strafbewehrt sind. 76

Folglich kann auch gemäss der Subordinationstheorie von öffentlichem Recht ausgegangen werden[101]. Zu vermerken bleibt allerdings, dass diese Folgerung auf dem Verhältnis zwischen Aufsichtsbehörde und Beaufsichtigten basiert, derweil gewisse Verhaltensnormen daneben auch das Verhältnis zwischen den beaufsichtigten Finanzdienstleistern und ihren Kunden regeln. In diesem Fall liegt (formell) ein Gleichordnungsverhältnis vor, so dass die Subordinationstheorie insofern zu einem anderen Ergebnis führen würde[102]. Darauf wird (ebenfalls) zurückzukommen sein. 77

Die (iv) **Sanktionentheorie** stellt zur Abgrenzung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht schliesslich auf die *Rechtsfolgen* einer Regelverletzung ab. Als typische privatrechtliche Sanktionen gelten die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften sowie Schadenersatzansprüche, während Strafen, Zwangsvollzug und Verwaltungsmassnahmen öffentlich-rechtlicher Natur sind[103]. Der Zusammenhang mit der Subordinationstheorie[104] liegt auf der Hand, wenn es – wie in vorliegendem Zusammenhang – die Möglichkeit zur amtswegigen Ergreifung von Verwaltungsmass- 78

98 Vgl. statt Vieler T. KOLLER, BK, Art. 6 ZGB, Rn. 34 m.w.H.

99 Vgl. nur Botschaft FINMAG, 2839; sowie NOBEL, Finanzmarktrecht, § 7, Rn. 13, 33 und 36.

100 So – zum deutschen Recht – FORSCHNER, 78.

101 Vgl. betreffend die deutschen Wohlverhaltensregeln auch FORSCHNER, 78.

102 Vgl. SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2007, Fn. 12 (167 f.); – zum deutschen Recht – LANG, ZBB 2004, 291; und ähnlich – ebenfalls zum deutschen Recht – FORSCHNER, 76 ff.

103 T. KOLLER, BK, Art. 6 ZGB, Rn. 37 m.w.H.; vgl. auch BGE 138 II 134, E. 4.1 (*scil*. der vorne ausgeführten Textstelle).

104 Vgl. MARTI, ZK, Vorbem. Art. 5 und 6 ZGB, Rn. 63.

nahmen ist, die gemäss dieser Theorie für eine Einordnung der entsprechend sanktionierten Normen als öffentliches Recht spricht.

79 Damit steht denn auch bereits das Ergebnis der Sanktionentheorie fest: Sie führt angesichts der Sanktionierung der Verhaltensnormen anhand von Verwaltungsmassnahmen durch die FINMA (sowie anhand von Strafen durch das Eidgenössische Finanzdepartement bzw. den Strafrichter [vgl. Art. 50 FINMAG]) zu einer Qualifikation als öffentliches Recht. Im Übrigen kann anhand der Sanktionentheorie *nicht* bestimmt werden, ob den Verhaltensnormen *auch* privatrechtlicher Charakter zukommt, *weil* daran Schadenersatzansprüche anknüpfen, setzen diese den privatrechtlicher Charakter der entsprechend bewehrten Normen doch gerade voraus. Mit anderen Worten würde die der Sanktionentheorie eigene Fragestellung bereits die Antwort erfordern, die sie geben soll – gleichsam einer (unzulässigen) *petitio principii*.

c. Fazit

80 Die vier klassischen Theorien sprechen dafür, die aufsichtsrechtlichen Verhaltensnormen (zumindest auch) als öffentliches Recht zu qualifizieren. Insofern ist es nicht erforderlich, näher zu untersuchen, welche Theorie für die Abgrenzungsleistung geeigneter oder weniger geeignet ist, um in der Folge gemäss der vom Bundesgericht vorgesehenen Abwägung aller Umstände die zutreffende Lösung zu finden. Dem entspricht, dass sich Praxis[105] und Lehre[106] einstweilen einig sind, dass das Finanzmarktrecht unter dem Dach des FINMAG (zumindest auch) öffentliches Recht darstellt.

81 Sieht man einmal von der – wie die Ausführungen zum materiellen Schweizer Recht ergeben werden, seltenen – Möglichkeit von Doppelnormen im Finanzmarktaufsichtsrecht ab, kann für die folgenden Ausführungen davon ausgegangen werden, dass es sich bei den straf- und aufsichtsrechtlichen Normen um öffentliches Recht (und *nicht* um Privatrecht) handelt.

B. Weiteres Vorgehen

82 Nachdem feststeht, dass es sich bei den Normen, deren Anwendung im privaten Haftungsrecht sich vorliegende Studie zum Gegenstand gemacht hat, um öffentliches Recht handelt (und regelmässig nicht um Privatrecht), widmen wir uns jetzt der Frage nach den Umständen, unter welchen diese Normen Eingang in das Privatrecht

105 BGE 139 II 279, E. 4.2.

106 Ausdrücklich in Bezug auf das Finanzmarkrecht im Allgemeinen bspw. BÜHLER/VON DER CRONE, SZW 2013, 566; und EGGEN, Produkteregulierung, 85.

finden. Dabei geht es im vorliegenden Grundlagenteil noch nicht um die einzelnen materiell-rechtlichen Voraussetzungen, sondern um die entsprechende Struktur.

Im Hinblick darauf legen wir zunächst (kurz) die Brille des Schweizer Richters an, der zur Beurteilung von (privatrechtlichen) Schadenersatzansprüchen berufen ist (vgl. 1. Teil / II. / 2.). Dabei wird sich ergeben, dass dieser zunächst nur privatrechtliche Normen zur Anwendung bringen darf. Folglich müssen die öffentlich-rechtlichen Normen (sofern ihnen nicht zugleich privatrechtliche Natur zukommt) *durch das Privatrecht* zur Anwendung berufen werden. Die strukturellen Möglichkeiten, die dabei bestehen, lassen sich anhand der sog. Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung abbilden, die wir zunächst allgemein (vgl. 1. Teil / II. / 3.) und alsdann mit besonderem Blick auf die Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im (privaten) Haftungsrecht darstellen (vgl. 1. Teil / II. / 4.). 83

Bevor dieser Weg eingeschlagen wird, bleibt freilich zu erwähnen, dass in der Schweizer Literatur in Anlehnung an ROLF SETHE[107] bereits verschiedentlich auf eine Möglichkeit zur ‹konzeptionellen Erfassung› des Verhältnisses von Zivil- und Aufsichtsrecht hingewiesen wird[108]. Wie die nachfolgenden Hinweise ergeben, deckt sich dieser Ansatz allerdings *nicht* mit meinem Vorschlag zur Erfassung der Struktur, aufgrund welcher öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im Zivilrecht Anwendung finden. 84

So wird mit dem Ansatz auf Seiten des öffentlichen Rechts jedenfalls nur das Aufsichts- nicht aber das Strafrecht erfasst. 85

Alsdann bestehen zwar Gemeinsamkeiten: 86

Insbesondere werden Doppelnormen – wie vorliegend – als eigenständige Kategorie herausgestellt. 86.1

Zudem wird auf das nunmehr auch durch den Schweizer (FIDLEG-)Gesetzgeber aufgegriffene Konzept der ‹Ausstrahlungswirkung› verwiesen, wobei der Topos der Ausstrahlung des Aufsichts- auf das Privatrecht interessiert. Das Konzept wird in der Botschaft zu FIDLEG und FINIG wie folgt umschrieben: *«Der Zivilrichter beurteilt das zivilrechtliche Verhältnis* [..] *gestützt auf die privatrechtlichen Bestimmungen. Zur Konkretisierung dieser Vorschriften kann er jedoch die aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten des FIDLEG heranziehen. Die Bestimmungen entfalten in diesen Fällen eine Ausstrahlungswirkung auf die zivilrechtli-* 86.2

---

107 Vgl. nunmehr SETHE, in: Hb. der Vermögensverwaltung, § 5, Rn. 289 ff.; die Schweizer Autoren stützen sich derweil auf die Vorauflage.

108 Vgl. BÜHLER/VON DER CRONE, SZW 2013, 569 f. (von denen die ausgeführte Wendung stammt); MAURENBRECHER, FS von der Crone, 562 ff.; und WEBER, SJZ 2013, 409 ff.

che Beziehung zwischen dem Finanzdienstleister und seinen Kundinnen und Kunden»[109]. Die nachfolgenden Überlegungen werden *gleichfalls* ergeben, dass der Zivilrichter aufgrund privatrechtlicher Vorschriften öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im Rahmen von privaten (Haftungs-)Rechtsverhältnissen gegebenenfalls in Bezug nehmen kann oder sogar heranziehen muss, um die privatrechtlichen Vorschriften (kontextual) richtig anzuwenden.

87 Indessen hebt der Ansatz auch zwei andere Konzepte auf den Schild – jenes des ‹Gleichlaufs von Privat- und Aufsichtsrecht› und jenes der ‹zivilrechtlichen Priorität›. Diese sind im Hinblick auf die hier beabsichtigte Erklärung der Art und Weise, auf welche öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im Privatrecht *de lege lata* zum Tragen kommen, nach meinem Dafürhalten *nicht zielführend:*

87.1 Das erste Konzept postuliert eine ‹Vollharmonisierung von Privat- und Aufsichtsrecht›, unter anderem mit der Folge dass der Zivilrichter an das Aufsichtsrecht gebunden sein soll. Wie dies *im Rahmen des geltenden Rechts* verwirklicht werden soll, wird allerdings nicht recht klar[110]. Meines Erachtens steht dafür im Licht der folgenden Ausführungen allein der Weg über eine der vier herauszuarbeitenden Kategorien zur Verfügung. Weitere Überlegungen zum Konzept der Vollharmonisierung, das wohlgemerkt einen für die Schweiz irrelevanten europarechtlichen Hintergrund hat[111], sind daher nicht erforderlich.

87.1 Das zweite Konzept sieht eine ‹Priorität des Privatrechts› vor, so dass das Aufsichtsrecht grundsätzlich ohne Einfluss auf die privatrechtlichen Verhältnisse bleibt. Dies ist theoretisch durchaus denkbar, namentlich falls eine geltende Rechtsordnung *keiner* der vier herauszuarbeitenden Kategorien Nachachtung verschaffen würde. Wie wir im materiellen Teil der Arbeit zeigen werden, wird damit die Schweizer Rechtsrealität jedoch nicht abgebildet (andernfalls die Arbeit denn auch kaum in Angriff genommen worden wäre).

88 Insgesamt besteht demnach weiterhin Raum für den hiesigen Vorschlag.

---

109 Botschaft FIDLEG/FINIG, 17.

110 Weder bei BÜHLER und VON DER CRONE (vgl. SZW 2013, 569) oder WEBER (vgl. SJZ 2013, 411), noch bei SETHE, vgl. Hb. der Vermögensverwaltung, § 5, Rn. 290 ff.

111 Vgl. nur KOCH, ZBB 2014, 213 f.

2. Befugnis des Schweizer Zivilrichters zur Anwendung öffentlich-rechtlicher Normen

Als Ausgangspunkt ist festzuhalten, dass der Schweizer Zivilrichter zur Beurteilung privatrechtlicher Streitigkeiten zuständig ist (vgl. Art. 1 Bst. a ZPO). 89

Um zu bestimmen, ob eine solche vorliegt, stellt er auf die sog. **Hauptfrage** des Verfahrens ab. Diese betrifft vorliegend die ohne Weiteres privatrechtliche Frage nach der Ersatzpflicht des Schädigers[112]. Gemäss einem unpublizierten höchstrichterlichen Entscheid hat – konkret – eine um Schadenersatz angegangene Bank gemäss Art. 30 BV geradezu einen grundrechtlichen Anspruch auf die Beurteilung ihrer Haftung durch den Zivilrichter[113]. 90

Die Aufsichtsbehörde ist demgegenüber nicht zuständig[114] (derweil wir auf das Adhäsionsverfahren, welches als Ausnahme zu dem Grundsatz eine Zuständigkeit des Strafrichters zur Beurteilung von privatrechtlichen Streitigkeiten begründet [vgl. Art. 122 ff. StPO], nicht näher eingehen[115]). 91

Kurzum hat der Gegenstand der Hauptfrage über privatrechtlichen Charakter zu verfügen. *Insofern* ist der Zivilrichter *lediglich* zur Anwendung von Privatrecht befugt (und nicht von öffentlichem Recht). 92

Nun ist aber unbestritten, dass ein Zivilrichter unter gewissen Voraussetzungen[116] auch über sog. fremdrechtliche **Vorfragen** zu entscheiden hat[117]. Dazu gehören öf- 93

---

112 Vgl. zum Ganzen bspw. RÜETSCHI, Rn. 122 f. m.w.H.

113 Vgl. Entscheid 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000, vgl. E. 9b. Dies erscheint als zutreffend, wenn man in Rechnung stellt, dass gemäss Art. 30 Abs. 1 BV ein Anspruch auf eine Beurteilung durch das *«zuständige»* Gericht besteht und es bei der Frage, welche Gerichte über privatrechtliche Ansprüche entscheiden können, um eine Zuständigkeitsfrage geht (vgl. RÜETSCHI, Rn. 123).

114 Vgl. BGE 139 II 279, insb. E. 4.2 m.H. auf Entscheid 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000, E. 9b; ferner BÜHLER/VON DER CRONE, SZW 2013, insb. 570 f.; und S. GRÜNEWALD, GesKR 2013, 435; sowie *de lege ferenda* Art. 90 Abs. 3 E-FIDLEG bzw. Art. 87 Abs. 3 FIDLEG sowie Botschaft FIDLEG/FINIG, 17, 48 und 97.

115 Vgl. immerhin noch sogl. hinten, Fn. 120. Auch die Bedeutung anderer Institute wie der Amtshaftung (vgl. dazu in vorliegendem Zusammenhang zum deutschen und europäischen Recht [knapp] EINSELE, JZ 2014, 706; und zur Haftung der FINMA ausführlich WÜRMLI, *passim*) oder der Einziehung (vgl. Art. 35 FINMAG und Art. 69 ff. StGB) für Ersatzansprüche des Geschädigten wird im Übrigen nicht näher verfolgt.

116 Vgl. dazu ausführlich RÜETSCHI, Rn. 190 ff.; sowie SCHWANDER, ZZZ 2008/2009, 470 f. und 473 ff., je m.w.H.

117 Vgl. RÜETSCHI, Rn. 190 m.w.H.

fentlich-rechtliche Vorfragen wie jene, die hier interessiert – *i.e.* die Frage, ob eine öffentlich-rechtliche Verhaltensnorm verletzt worden ist. *In diesem Rahmen* besteht demnach grundsätzlich die Pflicht des Zivilrichters, auch öffentliches Recht anzuwenden[118]. Er hat vor dem Hintergrund von Art. 57 ZPO (‹Rechtsanwendung von Amtes wegen›) gleichsam auf alle Normen zurückzugreifen, die er für die Beurteilung des ihm vorliegenden Sachverhalts benötigt – inklusive auf öffentlich-rechtliche Normen, sofern diese eine Vorfrage regeln, die sich stellt. Das bringt im Übrigen auch Art. 13 IPRG noch zum Ausdruck, der letztlich vorfrageweise anwendbare (ausländische) öffentlich-rechtliche Normen zum Regelungsgegenstand hat.

94 Daran schliesst die Frage an, *unter welchen Umständen* von einer öffentlich-rechtlichen Vorfrage ausgegangen werden kann. In der Literatur wird dazu festgehalten, dass sich *«nach Bundesprivatrecht – der Auslegung jedes in der Subsumtion einbezogenen privatrechtlichen Rechtssatzes –* [bestimmt]*, ob und wieweit Zivilgerichte «fremdrechtliche» Vorfragen beurteilen müssen, um die Hauptsache richtig entscheiden zu können»*[119].

95 Daraus ergibt sich der in vorliegendem Zusammenhang meines Erachtens entscheidende Punkt: Öffentliches Recht darf vom Zivilrichter[120] nur innerhalb des Privatrechts zur Anwendung gebracht werden, nicht ausserhalb.

96 Auf den privatrechtlichen Ersatzanspruch des Schädigers (als Hauptfrage) gemünzt bedeutet dies, dass die ihrerseits privatrechtlichen Voraussetzungen des Anspruchs die Anwendung des öffentlichen Rechts vorsehen müssen[121]; wie wohl sie – namentlich in Form von sog. ‹Generalklauseln› – auch nur sehr allgemein formuliert sein

---

118 Eine andere Frage ist, ob er das Zivilverfahren zu Gunsten eines etwaigen Verwaltungs- oder Strafverfahrens sistieren kann, vgl. dazu ausführlich RÜETSCHI, Rn. 234 ff.

119 SCHWANDER, ZZZ 2008/2009, 473 (Hervorhebung MK); ähnlich RÜETSCHI, Rn. 118 f.

120 Für den im Rahmen des Adhäsionsverfahren angerufenen Strafrichter dürfte dasselbe gelten, zumal die vor ihm geltend gemachten Ansprüche *«ihre rechtliche Grundlage* [ebenfalls] *im materiellen Privatrecht haben»* müssen (vgl. LIEBER, StPO Komm., Art. 122, Rn. 5 [Hervorhebung im Original]).

121 Hinsichtlich des (umgekehrten) Falls der Befugnisse der FINMA betreffend Privatrechtsanwendung lassen sich die Ausführungen von S. GRÜNEWALD, GesKR 2013, Fn. 36 [435], dahingehend verstehen: *«Davon* [von der Unzuständigkeit über privatrechtliche Ansprüche zu entscheiden] *ausgenommen ist freilich die vorfrageweise Beurteilung eines möglicherweise im aufsichtsrechtlichen Kontext (z.B. Gewährserfordernis) relevanten qualifizierten Verstosses gegen zivilrechtliche Pflichten (z.B. Treuepflichten)»* (Hervorhebung MK); zum deutschen Recht dahingehend bspw. FUCHS, in: Fuchs, Vor. §§ 31 ff. WpHG, Rn. 82.

können. Demgegenüber ist der Zivilrichter *nicht* dazu befugt, Anspruchsvoraussetzungen *direkt* dem öffentlichen Recht zu entnehmen[122].

Auf dem Gebiet des Arbeitsrechts hat der Gesetzgeber diesem Umstand im Übrigen ausdrücklich Nachachtung verschafft, nämlich anhand von Art. 342 Abs. 2 OR. Die Vorschrift sorgt dafür, dass öffentlich-rechtliche Normen *«über die Arbeit und die Berufsbildung»*, die an sich allein auf dem Verwaltungs- und gegebenenfalls dem Strafrechtsweg durchgesetzt werden, durch Private vor dem Zivilrichter angerufen werden können[123]. Dabei haben die Privaten bei einer Verletzung der fraglichen öffentlich-rechtlichen Normen unter anderem die Möglichkeit, Schadenersatzansprüche geltend zu machen[124]. Wäre dies ohnehin möglich – könnte der Zivilrichter öffentlich-rechtliche Normen im Rahmen des Haftungstatbestands also ohnehin zur Anwendung bringen –, wäre es nicht erforderlich, Vorschriften wie Art. 342 Abs. 2 OR zu stipulieren.

Entsprechend untersuchen wir anhand der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung 97
im Folgenden, welche Struktur die Anwendung von öffentlich-rechtlichen Normen im Rahmen des (privaten) Haftungsrechts annehmen kann. Dabei wird *gleichfalls* die Warte des Richters eingenommen, der im Einzelfall über den geltend gemachten (Schadenersatz-)Anspruch befindet (und gemäss eben erfolgten Ausführungen zum positiven Schweizer Recht öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen nur im Rahmen des Privatrechts zur Anwendung bringen darf).

3. Die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung im Allgemeinen

Die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung (kurz: Stufenbaulehre) ist in erster 98
Linie mit dem Namen von ADOLF MERKL zu verbinden. Diese Verbindung wird indes nicht immer gemacht[125], da HANS KELSEN die Lehre – wohl ohne dies stets hinreichend kenntlich zu machen – im Rahmen seines wesentlich bekannteren Werks übernommen hat[126].

---

122 Vgl. auch DÜRR (ZK, Vorbem. Art. 1 und 4 ZGB), der Art. 1 und 4 ZGB *«Aussagen zur richterlichen Aufgabe»* entnimmt (vgl. Rn. 41 ff.) und dabei unter anderem festhält, dass der Zivilrichter *«seine* [mangels gesetzlicher Vorgaben, vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB] *«modo legislatoris» gefundene Regelung nur privatrechtlich, nicht auch öffentlich-rechtlich ausgestalten darf»* (Rn. 54).

123 Vgl. nur REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 342 OR, Rn. 9.

124 Vgl. nur REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 342 OR, Rn. 10.

125 Vgl. bspw. BUCHER, Subjektives Recht, 46 ff.

126 Vgl. zu alledem insb. BOROWSKI, 122 und 156 ff.

99 Die Lehre lässt sich der sog. analytischen Rechtstheorie zuordnen[127]; bisweilen wird – in wohl austauschbarer Weise – auch die Bezeichnung ‹Strukturtheorie des Rechts› verwendet[128]. Als zweiter (moderner) Hauptvertreter der analytischen Rechtstheorie neben KELSEN ist H.L.A. HART zu nennen[129], dessen Überlegungen im Folgenden bisweilen ebenfalls Berücksichtigung finden. Das Leitmotiv der analytischen Rechtstheorie – und insbesondere der Stufenbaulehre[130] – ist es, *«das feste Knochengerüst des Rechtes blosszulegen»,* d.h. *«den logischen Aufbau und Zusammenhang des Rechtssystems»*[131]. Dabei verfährt sie im Grundsatz *deskriptiv*[132].

100 Vorliegend interessiert vorab ein (freilich grundlegendes) Postulat der Stufenbaulehre. Dieses lautet dahingehend, dass mit Ausnahme der obersten Erzeugungsregel – der von KELSEN so genannten ‹Grundnorm›[133] – die Geltung einer Norm jeweils von wenigstens einer anderen Norm abhängt, welche die Bedingungen der gültigen Entstehung ersterer Norm bestimmt[134].

101 Aus methodischer Warte ist im Anschluss daran zu bemerken, dass keine einlässliche Darstellung der Stufenbaulehre erfolgt. Vielmehr wird diese – im Umfeld des eben genannten Elements – allein im Hinblick auf vorliegende, strukturelle Überlegungen dargestellt. Dabei wird oftmals auf Sekundärliteratur verwiesen, da diese die hier entscheidenden Punkte oftmals klarer herausstellt. Auch werden gewisse (meines Erachtens systemkonforme) Präzisierungen vorgenommen.

102 Zusätzlich sind drei weitere Vorbemerkungen angebracht:

102.1 Erstens lässt sich die Grundnorm, an der die Kritiker der sog. Reinen Rechtslehre von KELSEN (inklusive der Stufenbaulehre) fast schon reflexartig Anstoss nehmen[135], für vorliegende Zwecke mit der Verfassung eines Staats gleichsetzen[136].

---

127 Vgl. bspw. FUNKE, Rechtstheorie, Rn. 3 und 34 ff.

128 Vgl. WEINBERGER, Norm, 85; ferner DERS., ZaW 1972, 356 ff., wo er die beiden Bezeichnungen in austauschbarer Art und Weise verwendet; ferner FUNKE, Rechtstheorie, Rn. 3 und 46.

129 DREIER, Allgemeine Rechtstheorie, 8; sowie DERS., NJW 1986, 890.

130 Vgl. BEHREND, Einleitung (11 f.); ferner P. KOLLER, Stufenbau, 106.

131 FUNKE, Rechtstheorie, Rn. 46, wobei er THON zitiert (vgl. für die bzgl. bibliographischen Angaben, FUNKE, a.a.O.); vgl. auch WEINBERGER, Norm, 85.

132 Vgl. DREIER, NJW 1986, 894; FUNKE, Rechtstheorie, Rn. 3 und 47.

133 MERKL verwendet seinerseits den Begriff der ‹Ursprungsnorm›, vgl. BEHREND, insb. 19 ff. und BOROWSKI, 132.

134 P. KOLLER, Theorie, 119 und auch 118; DERS., Stufenbau, 107 ff.; vgl. ferner bspw. BEHREND, 46 ff. (wo er die Stufenbaulehre MERKLs zusammenfasst) und öfters; BUCHER, Subjektives Recht, 46 ff.

135 Vgl. dazu u.a. JAKAB, ARSP 2005, 338 ff.

Bei (theoretisch[137] und für die Schweizer Verfassungsordnung[138]) ähnlichem Ergebnis lässt sich die Grundnorm mit EUGEN BUCHER alternativ in einem Aussagesatz formulieren, der für das schweizerische Rechtssystem von BUCHER wie folgt festgehalten wird: *«Recht ist, was Volk und Stände auf Antrag der Bundesversammlung beschliessen»*[139].

Damit einher geht zweitens die Annahme eines Rechtsquellenmonopols des Staats. Entsprechend überrascht nicht, dass (wiederum) die Lehre von KELSEN bisweilen als *«konsequenteste Ausprägung»* eines solchen bezeichnet wird[140]. 102.2

Diese Annahme wird für die Zwecke vorliegender Arbeit getroffen, auch wenn sie – gerade im Privatrecht – vermehrt für überholt gehalten wird[141]. Zunächst stehen vorliegend mit öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen ohnehin staatliche Regelungen im Vordergrund. Sodann wird heute kaum mehr bestritten, dass Rechtsgeschäfte Privater zumindest einer Anerkennung des staatlichen Gesetzgebers bedürfen[142]. Schliesslich vertritt der Verfasser die (vorliegend nicht näher zu begründende) Auffassung, dass selbst *ausserhalb* des Staates generierte generelle Regelungen wie etwa technische Normen oder Regelungen einer sog. *lex mercatoria* (ebenfalls) an staatliche Normen zurückgebunden werden können, wenn deren Anwendung im Rahmen privater Schadenersatzansprüche im Frage steht – und zwar *nota bene* gemäss der Stufenbaulehre, wie sie vorliegend eingeführt wird[143]. Insgesamt scheint es daher (nicht

136 So im Ergebnis bspw. auch ADOMEIT/HÄHNCHEN, Rn. 62 f.; FUNKE, Rechtstheorie, Rn. 37 oder P. KOLLER, Theorie, 108 und 118 f.

137 Vgl. FUNKE, Rechtstheorie, Rn. 21, wo er den Einwand an die Adresse von KELSEN erhebt, dass anstelle der Grundnorm die Verfassung als höchste Norm eingesetzt werden könnte.

138 Vgl. BV 138 ff., welche die Möglichkeiten zur Abänderung der Verfassung zum Ausdruck bringen.

139 Subjektives Recht, 47. Die Grundnorm gleicht insofern der obersten sog. *‹Rule of Recognition›* gemäss HART (vgl. DERS., 100 ff., wobei er für das englische Rechtssystem folgende oberste *‹Rule of Recognition›* festhält: *«In England they recognize as law... whatever the Queen in Parliament enacts»* [a.a.O., 102]; und dazu BRAUN, 96 f.).

140 MEDER, 103.

141 Vgl. MEDER, 103 ff.; aus der Warte des Privatrechts alsdann bspw. die Beiträge im Tagungsband *‹Beyond the State: Rethinking Private Law›* hg. von JANSEN und MICHAELS.

142 CANARIS, FS 50 Jahre BGH, 137 m.w.H.; vgl. ferner bspw. auch bereits W. BURCKHARDT, Methode, 155 f.; oder RADBRUCH, 240; und – mit beso. Blick auf die Schweizer Rechtsordnung – auch KRAMER, BK, Art. 19/20 OR, Rn. 35 ff. m.w.H. (auch auf die abweichenden [naturrechtlichen] Auffassungen); sowie in vorliegendem finanzmarkrechtlichen Zusammenhang ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, Fn. 198 (S. 75) m.H.

143 Vgl. allgemein bspw. auch KÖNDGEN, AcP 2006, 518 ff., der von ‹Inklusionsnormen› des staatlichen Rechts ausgeht, die ihrerseits – ohne dass dies vorliegend im Einzelnen versucht werden soll – anhand der Stufenbaulehre abgebildet werden können dürften; bei-

nur für die Zwecke vorliegender Arbeit) fragwürdig, ob das staatliche Rechtsquellenmonopol aufgegeben zu werden braucht. *Im Rahmen der Schweizer (Privat-) Rechtsordnung* wird das Monopol im Übrigen durch Art. 1 Abs. 2 ZGB zum Ausdruck gebracht, der das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle staatlich validiert[144]. Die privaten Rechtsgeschäfte ihrerseits werden dort nicht erwähnt. Sie haben ihre Grundlage aber gemäss vorherrschender Auffassung gleichfalls im (ausgelegten) Gesetzesrecht[145].

102.3 Drittens bedeutet Geltung einer Norm im Sinn der Stufenbaulehre allein, dass die fragliche Norm *auf die Grundnorm zurückgeführt werden kann*[146], also den Entstehungs- und Geltungsbedingungen entspricht, die mit der Grundnorm (sowie etwaigen weiteren Normen, die dazwischen geschaltet sind) einhergehen[147]. Für weitere Anforderungen, die mit der Notion der Geltung verbunden werden (insbesondere solche inhaltlicher oder empirischer Art[148]), besteht folglich kein Raum.

103 Hat eine Norm derart **Geltung**, bedeutet dies – um nunmehr in *re materiae* einzusteigen – zugleich, dass sie dem Rechtssystem angehört, an dessen Ursprung die jeweilige Grundnorm steht[149]. Daran lässt sich die bereits erwähnte Überlegung anschliessen, wonach die Stufenbaulehre die Richterperspektive einnimmt[150]. Sie ermöglicht

---

spielhaft ist sodann die Diskussion um die Rechtsnatur des Kotierungsreglements zu erwähnen (vgl. dazu hinten, Rn. 797 ff.). Auch dieses lässt sich jedenfalls an die staatliche Rechtsordnung zurückbinden, sei es weil – mit der einen Auffassung – von einer Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen an die Börse ausgegangen wird, sei es weil – mit der anderen Auffassung – von einer an die Privaten gerichteten Ermächtigungsnorm ausgegangen wird.

144 Vgl. auch DÜRR, ZK, Art. 1 ZGB, Rn. 32 ff.

145 Vgl. nur KRAMER, BK, Art. 19/20 OR, Rn. 40 m.w.H.

146 Vgl. BEHREND, 25 ff. (betr. MERKL) und 54 (betr. KELSEN); FUNKE, Rechtstheorie, Rn. 20; ferner HART, 103; und betr. DENS. auch BRAUN, 96.

147 BEHREND, 25.

148 Vgl. DREIER, NJW 1986, *passim,* aber insb. 894: ‹Moralische Geltung› als Gegenstand der Rechtsphilosophie; ‹soziale Geltung› als Gegenstand der Rechtssoziologie sowie – die vorliegend interessierende – ‹rechtliche Geltung› als Gegenstand der Rechtstheorie; ähnlich FUNKE, Rechtstheorie, Rn. 20.

149 Vgl. BEHREND, 25 ff. (betr. MERKL) und 68 f. (betr. KELSEN); BUCHER, Subjektives Recht, 46 ff.; ferner BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre, 199 ff. (betr. HART und alsdann KELSEN).

150 So im Allgemeinen DREIER, NJW 1986, 890 f. und 894; FUNKE, Rechtstheorie, Rn. 3.

dem Richter *den Kreis der Normen zu bestimmen, die dem Rechtssystem angehören, zu dessen Anwendung er berufen ist*[151].

Ob eine Norm derart Geltung hat, bestimmt sich gemäss sog. ‹Erzeugungsregeln› oder ‹Kompetenzregeln›[152]. Das neuere Schrifttum verwendet oft auch die Notion der Ermächtigungsregel oder -norm[153]; nachfolgend wird regelmässig mit letzterer operiert. Die Regeln ermächtigen (oder verpflichten[154]) ihre Adressaten zur Erzeugung von Normen[155]. Bei der obersten von ihnen handelt es sich um die Grundnorm, für vorliegende Zwecke mithin die Verfassung mit ihren Kompetenznormen[156]. 104

Die **Ermächtigungsnormen** legen also die Bedingungen fest, unter denen die von ihrem Adressaten (beispielsweise dem gemäss Verfassung ermächtigten Gesetzgeber) erlassenen Vorschriften gültig sind. Diese Bedingungen können sowohl formeller als auch materieller Natur sein, mithin sowohl das Verfahren regeln, demgemäss die Vorschriften zu erlassen sind (inkl. der dafür zuständigen Personen), als auch inhaltliche Vorgaben machen[157]. 105

Die Vorschriften ihrerseits können Verhaltensnormen sein oder Normen, die einen weiteren Adressaten zur Rechtserzeugung ermächtigen[158]. Auch letzterenfalls steht 106

---

151 Vgl. BUCHER, Subjektives Recht, 48; ferner HART, 102: Verwendung der *‹Rules of Recognition›* (mithin der [formellen] Regeln, welche bestimmen, ob eine Norm im eben genannten Sinn Geltung hat, vgl. dazu sogl.), *«by courts and others, in identifying particular rules of the system»*.

152 Vgl., gleichsam m.H. auf diese beiden Bezeichnungen, BOROWSKI, 133 f.; ferner bspw. BEHREND, insb. 32 f.; P. KOLLER, Stufenbau, 108 f.

153 Vgl. ADOMEIT/HÄHNCHEN, Rn. 51 ff.; ADOMEIT, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1972, 510 ff.; BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre, 197 ff.; P. KOLLER, Theorie, 87 ff.; WEINBERGER, Norm, 91 ff. – *nota bene* unter Verwendung *aller drei* Bezeichnungen.

154 Vgl. insb. WEINBERGER, Norm, 92 f.; auch MERKL ist davon bereits ausgegangen, wenn bei ihm bspw. von *«Ermächtigungen oder Verpflichtungen der Administrativorgane, die Grundlage von Individualnormen der Hoheitsverwaltung zu schaffen»* die Rede ist (262).

155 Vgl. insb. MERKL, *passim.*

156 Vgl. bspw. auch P. KOLLER, Theorie, 108.

157 ADOMEIT/HÄHNCHEN, Rn. 52; BEHREND, 52 f. inkl. Fn. 191; P. KOLLER, Theorie, 122, vgl. auch 108; R. WALTER, Fn. 111 (61); WEINBERGER, Norm, 98 f. und 109 f. Ein Bsp. für eine Ermächtigungsnorm, die inhaltlichen Vorgaben macht, ist Art. 35 FinfraG, welcher die Erzeugung von sog. ‹Kotierungsreglementen› durch Börsen regelt. Diese Reglemente haben bspw. Vorschriften betr. *«die Offenlegung von Informationen, auf welche die Anlegerinnen und Anleger für die Beurteilung der Eigenschaften der Effekten und die Qualität des Emittenten angewiesen sind»,* zu enthalten (Art. 35 Abs. 2 Bst. b FinfraG).

158 BOROWSKI, 138; vgl. auch BEHREND, 45 ff. und 54 f.

am Ende der Erzeugungskette freilich eine Verhaltensnorm, sobald es um die hier interessierende Erkenntnis von privatrechtlichen Haftpflichtansprüchen geht. Mit ‹Verhaltensnorm› wird dabei auf die sog. *‹individuelle Entscheidungsnorm›* Bezug genommen, *i.e.* eine Norm, die vollständig auf den Sachverhalt hin individualisiert und konkretisiert ist, so dass dem Richter eine unmittelbare Anwendung darauf möglich ist[159].

107 In der Bezugnahme auf die individuelle Entscheidungsnorm widerspiegelt sich erneut die Richterperspektive der Stufenbaulehre. Ferner schliesst daran Folgendes an:

107.1 Über die Erzeugungskette oder eben die verschiedenen Stufen des Gebäudes eines Rechtssystems werden die Normen individualisiert und (inhaltlich) konkretisiert bis hin zur individuellen Entscheidungsnorm[160]. Mit anderen Worten werden insbesondere immer konkretere Normen erzeugt[161]. Paradigmatisch dafür stehen Normen auf Gesetzesstufe, die bereits gewisse inhaltliche Vorgaben machen, sodann durch Normen auf Verordnungsstufe konkretisiert werden, bevor der Richter auf Grundlage letzterer die individuelle Entscheidungsnorm gewinnt.

107.2 Der Adressat der Erzeugungsnormen hat über die Vorgaben der Ermächtigungsnorm (sog. ‹heteronome Determinante›) hinaus auf der jeweils nächsten Stufe grundsätzlich *stets* ein gewisses Ermessen (sog. ‹autonome Determinante›)[162]. Andernfalls wäre gemäss HANS KELSEN eine nächste Stufe *«überflüssig»*[163]. Dazu sei allerdings vermerkt, dass es sich bei der Individualisierung (nicht aber bei der Konkretisierung) um ein binäres Verfahren handelt – eine Norm ist entweder individuell oder nicht[164]. Insofern erfolgt diese nicht auf fortlaufende Weise. Zudem erscheint es meines Erachtens zumindest denkbar, dass auf der nächsten Stufe *allein* ein anderer Adressat ermächtigt wird[165], dem gleichsam derselbe Ermessenspielraum zukommen würde wie dem Ermächtigten auf der vorangehenden Stufe.

---

159 Vgl. BOROWSKI, 137 f. inkl. Fn. 104, wo eben festgehaltene Umschreibung erfolgt.

160 BOROWSKI, 147 f.; ähnlich auch BEHREND, u.a. 32 (betr. MERKL) und 55 (betr. KELSEN).

161 Vgl. zur Individualisierung demgegenüber noch sogl., Rn. 107.2.

162 Vgl. BEHREND, 34 ff. und 82 ff.; ferner auch BOROWSKI, 148 f.

163 Vgl. KELSEN, Allgemeine Staatslehre, 243.

164 Vgl. JAKAB, ARSP 2005, 344.

165 Als (theoretisches) Beispiel lässt sich eine gesetzgeberische Ermächtigung Privater zur inhaltlich unbegrenzten Regelung ihrer Verhältnisse anführen.

Wie bereits angedeutet, lassen sich anhand der Stufenbaulehre auch Normen erfassen, die durch Private gesetzt werden[166]. Vorliegend stehen vertragliche Regelungen im Vordergrund, die keiner weiteren Individualisierung durch den Richter bedürfen[167]. Die Stufenbaulehre vermag dieser Begebenheit mit ihrem Fokus auf die individuelle Entscheidungsnorm Rechnung zu tragen. 107.3

Gleichfalls abgedeckt werden generelle Normen auf ganz unterschiedlicher Stufe, die *vom Richter* zu individualisieren und gegebenenfalls zu konkretisieren sind[168] – von Ermächtigungsnormen, die keine inhaltlichen Vorgaben machen[169], über Generalklauseln und (bestimmtere) generell-abstrakte Verhaltensnormen bis zu generell-konkreten Normen[170]. 107.4

Schliesslich sind die Verhaltensnormen in Gestalt individueller Entscheidungsnormen *nicht* mit den generell-abstrakten öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen gleichzusetzen. Vielmehr handelt es sich bei diesen gemäss der vorliegend verfolgten Nomenklatur der Stufenbaulehre um Ermächtigungsnormen, die jedoch (relativ konkrete) inhaltliche Vorgaben machen. Der in der Literatur anzutreffenden Gegenüberstellung von Verhaltensnormen und Ermächtigungsnormen im Sinn von Normen, die *keinerlei* Verhaltensregelung treffen[171], wird insofern *nicht* gefolgt. Darauf ist im Rahmen der Präzisierungen, welche die Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im (privaten) Haftungsrecht insbesondere betreffen, noch zurückzukommen. 107.5

166 Vgl. ADOMEIT, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1972, 510 ff.; DERS., Rechtsquellenlehre, 87 ff. m.w.H., insb. betr. die Entwicklung vor MERKL; BUCHER, Subjektives Recht, 46 ff.; HART, 81; ferner W. BURCKHARDT, Methode, 155 f.; BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre, 197 f.; KÖNDGEN, AcP 2006, 520; KRAMER, BK, Allg. Einl. OR, Rn. 119, sowie Art. 19/20 OR, Rn. 37; und VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5, Rn. 59; je m.w.H.; WEINBERGER, Norm, 98 f. und 106 f.; und zum (deutschen) Vereinsrecht bspw. REUTER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 25, Rn. 17 ff.

167 Eine Konkretisierung kann freilich weiterhin erforderlich sein, unter anderem falls die Parteien auf ihrerseits konkretisierungsbedürftige öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen verweisen. Zur Unterscheidung zwischen individuell und konkret (vs. generell und abstrakt) vgl. bspw. (knapp und klar) JAKAB, ARSP 2005, 344; vgl. auch R. WALTER, 40 f., auf den jener denn auch Bezug nimmt. Im (allgemeinem) Staats- und Verwaltungsrecht spielt die Unterscheidung vorab eine Rolle, wenn die unterschiedlichen Formen staatlichen Handelns differenziert werden, namentlich der Gesetze (im materiellen Sinn); (*i.e.* generell-abstrakten Vorschriften), Verfügungen (*i.e.* individuell-konkreten Vorschriften) und Allgemeinverfügungen (*i.e.* generell-konkreten Vorschriften).

168 Vgl. BEHREND, 82 ff.; BOROWSKI, 148 f.

169 Vgl. KELSEN, Reine Rechtslehre, 250.

170 Für ein Bsp. vgl. JAKAB, ARSP 2005, 344.

171 Vgl. bspw. ADOMEIT/HÄHNCHEN, Rn. 51; oder auch R. WALTER, 40.

108 Von der Regelerzeugung gemäss einer Ermächtigungsnorm lässt sich die Rezeption unterscheiden. Dabei geht es allgemein um die *Übernahme von Regeln aus anderen Normensystemen* in das betrachtete Rechtssystem mit der Folge, dass sie diesem zugehören[172]. Um die Rezeption ist – ebenso wie bei einer Ermächtigung – eine Norm des betrachteten Rechtssystems besorgt (sog. ‹**Rezeptionsnorm**›)[173]. Rezeptionsnormen und Ermächtigungsnormen sorgen mithin gleichermassen für die Zugehörigkeit einer Norm in das Rechtssystem, dem sie ihrerseits angehören.

109 Das Konzept der Rezeption lässt sich meines Erachtens ohne Weiteres in die Stufenbaulehre einbinden, auch wenn es nur selten in deren Zusammenhang erwähnt wird[174]. Dabei stellen sich freilich zwei Fragen, die nicht immer leicht zu beantworten sind.

110 Die *erste* Frage lautet dahingehend, ob der Urheber einer Regelung aus einem anderen Normensystem Adressat einer Ermächtigungsnorm aus dem betrachteten Rechtssystem ist *oder* ob ‹nur› eine Rezeption einer Regelung aus einem anderen Normensystem vorliegt.

111 Die Antwort darauf bereitet namentlich dann Schwierigkeiten, wenn (auch) *zukünftige* Regeln aus anderen Normensystemen erfasst werden sollen (derweil bei bestehenden Normen deren Urheber offensichtlich nicht als durch die [jüngere] Rezeptionsnorm zur Regelerzeugung ermächtigt angesehen werden kann[175]). Die bezügliche Diskussion wird oft im Zusammenhang mit generell-abstrakten privaten Regelwerken geführt, wobei hier – neben der Rubrik der ‹Ermächtigungsnorm› – statt der Rubrik der Rezeptionsnorm jene der ‹dynamischen Verweisung› verwendet wird[176].

112 Als *entscheidendes Abgrenzungskriterium* wird dabei der Geltungsgrund der (erzeugten bzw. rezipierten) Regel angeführt[177].

---

172 Vgl. WEINBERGER, Norm, 104.

173 Vgl. auch das Bsp. von WEINBERGER, Norm, 104.

174 Vgl. immerhin WEINBERGER, Norm, 104 f.; und *nota bene* bereits MERKL, 281.

175 Die zeitlichen Priorität der Ermächtigungsnorm im Vgl. zur auf ihrer Grundlage erlassenen Regel hält bereits MERKL fest (vgl. BOROWSKI, 133).

176 Vgl. jüngst bspw. JAN P. MÜLLER, 168 ff. Die ‹Verweisung›, welche ebenfalls zu einer Übernahme von Regeln aus anderen Normensystemen führt, wird vorliegend als Unterkategorie der ‹Rezeption› angesehen (anders bspw. GRAUER, 40 f.); wie hier auch JAN P. MÜLLER, 153 ff.

177 Vgl. hierzu und zum folgenden jüngst bspw. JAN P. MÜLLER, 168 f. m.w.H.; es gibt jedoch auch Stimmen, die ‹dynamische Verweisungen› bereits zu den Ermächtigungsnormen zählen, vgl. die H. bei DEMS. 168; und für die Schweiz MÜLLER/UHLMANN, Rn. 368.

Eine von einem Ermächtigten erlassene Regel *bezieht* ihren Geltungsgrund zwar zunächst aus der Ermächtigung. Der Ermächtigende überträgt dem Ermächtigten indes Regelungsgewalt, so dass dieser die Erzeugung der Regel sodann beherrscht. In der Folge setzt der Ermächtigte die Regel überhaupt, wobei er dazu gegebenenfalls verpflichtet ist. 112.1

Demgegenüber partizipiert eine rezipierte Norm an der Regelungsgewalt des Verweisungsnormgebers; sie hat darin ihren Geltungsgrund. Entsprechend können auch Normen rezipiert werden, die noch nicht einmal durch einen spezifischen Urheber gesetzt werden – wie beispielsweise (Verkehrs-)Übungen[178]. Entscheidend ist, dass die Normen die vom Verweisungsnormgeber aufgestellten Kriterien erfüllen. 112.2

Haben rezipierte Normen einen spezifischen Urheber, ist dieser des Weiteren nicht mit der Person zu verwechseln, welche die Rezeption anordnet. Daran schliesst die *zweite* Frage an. 113

Bei der Person, welche die Rezeption anordnet, kann es sich *zum einen* um den *Gesetzgeber* handeln, der sog. ‹Verweisungen› beziehungsweise ‹Verweisungsnormen› erlässt. Das entscheidende Merkmal von **Verweisungsnormen** ist, dass sie ihren Norminhalt nicht selber festlegen, sondern hierfür auf Regeln aus (in vorliegendem Zusammenhang) anderen Normensystemen verweisen[179]. Damit findet eine Rezeption dieser Regeln statt. 114

Nimmt man die Perspektive des Richters ein, ist dieser also (vorerst) nicht zur Gewinnung einer individuellen Entscheidungsnorm berufen, sondern hat zunächst sozusagen eine ‹*inhaltsvermittelnde*› Regel zu finden (die er in der Regel alsdann ihrerseits zu individualisieren und zu konkretisieren hat)[180]. Dabei kann ihm durchaus ein Ermessenspielraum zukommen[181], namentlich wenn die Verweisungsnorm nicht auf eine bestimmte Regel verweist, sondern Verweisungskriterien festhält. Infolgedessen hat der Richter zu bestimmen, ob diese erfüllt sind oder nicht[182]. 115

---

178 Vgl. WEINBERGER, Norm, 104; auch im Rahmen von ZGB 5 II ist entsprechend zutreffend von einer Verweisung (als Unterkategorie der Rezeption) die Rede, vgl. dazu MARTI, ZK, Art. 5 ZGB, Rn. 215 ff.

179 BULLINGER, 21; vgl. bspw. auch GRAUER, 24, auch 23; JAN P. MÜLLER, 154 m.w.H.; vgl. ferner LARENZ, Methodenlehre, 257; und SCHINKELS, 54 f. m.w.H.

180 Vgl. – wenn auch nicht konkret bezüglich Verweisungsnormen – auch R. WALTER, 39 f.

181 Anders – wenn auch nicht konkret bezüglich Verweisungsnormen – wohl R. WALTER, 40.

182 Als besonders anschauliches Bsp. erscheinen hier die Kollisionsnormen des internationalen Privatrechts, das traditionell als ‹Verweisungsrecht› bezeichnet wird (vgl. nur SCHINKELS, 54 m.H.).

116 Während dem Richter im Zusammenhang mit Verweisungsnormen die eben dargestellten Funktionen zukommen, kann er *zum andern* im Rahmen von Ermächtigungsnormen, die an ihn gerichtet sind, *seinerseits* auf andere Normensysteme zurückgreifen[183]. Besonders zu nennen sind sog. *Generalklauseln*, die gleichsam als an den Richter gerichtete Ermächtigungsnormen rubriziert werden können[184]. Infolgedessen werden die Regeln der anderen Normensysteme ebenfalls rezipiert[185].

117 Demnach stellt sich die Frage, ob und inwiefern eine Rezeption aufgrund von Verweisungsnormen sich von einer solchen aufgrund von Ermächtigungsnormen abgrenzen lässt. Damit geht *nota bene* einher, dass es sich bei den Rezeptionsnormen um keine Kategorie mit genuinem Inhalt handelt, sondern um eine *Oberkategorie* für Verweisungsnormen und Ermächtigungsnormen, sofern in deren Rahmen Normen aus anderen Normensystemen in Bezug genommen werden.

Im Übrigen können auch der Gesetzgeber oder Private[186] im Rahmen einer an sie gerichteten Ermächtigungsnorm Regeln aus anderen Normensystemen rezipieren – wie letztlich sämtliche Adressaten von Ermächtigungsnormen[187]. Die Abgrenzungsschwierigkeiten halten sich insofern allerdings in Grenzen, schon nur weil der Gesetzgeber oder Private – stehen andererseits Verweisungsnormen in Frage – keine mit jenen des Richters vergleichbaren Funktionen haben.

118 Den Abgrenzungsschwierigkeiten lässt sich meines Erachtens unter Rückgriff auf die erwähnte Begebenheit begegnen, wonach das Konzept der Ermächtigungsnorm einen gewissen *Ermessenspielraum des Adressaten* (insbesondere) bei der inhaltlichen Konkretisierung derselben impliziert[188].

---

183 In diesem Zusammenhang sind die Ausführungen von MERKL zu sehen, wonach zwischen *«Neuproduktion von Recht und Rechtsrezeption* [..] *kein juristischer Unterschied»* besteht (281).

184 Vgl. bspw. RÖHL/RÖHL, 60, 241 (mit Bsp.) und 242; SEELMANN/DEMKO, Rechtsphilosophie, § 6, Rn. 23 ff. (insb. Rn. 27) und Rn. 36; oder – in der Sache – auch CANARIS, Systemdenken, 150 f. i.V.m. 149 f. und 145 ff. sowie – zusammenfassend – 160 (vgl. aber auch 152 f.); sowie speziell betr. Art. 2 ZGB BAUMANN, ZK, Art. 2 ZGB, Rn. 14 m.w.H. oder MERZ, BK, Art. 2 ZGB, Rn. 29 ff. m.w.H.; vgl. näher dazu in vorliegendem Zusammenhang hinten, 2. Teil / 2. Kapitel / III. / 2. / B. / b.

185 Vgl. auch WEINBERGER, Norm, 104 f., wenn er beispielhaft anführt, dass im Rahmen von §347 des (österreichischen) HGB, der die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns fordert, *«ein Gewohnheitsregulativ eines Berufsstandes»* rezipiert werde.

186 Vgl. betr. Verkehrssitten bspw. auch MARTI, ZK, Art. 5 ZGB, Rn. 215.

187 Vgl. (erneut) nur den in Fn. 183 ausgeführten H. von MERKL.

188 Auf den Spielraum des Rechtsanwenders verweist im Allgemeinen – wenn auch ohne nähere Präzisierung – auch JAN P. MÜLLER, 167 f. m.w.H.

Im Fall einer *Verweisungsnorm* steht dem Richter (i) bei der Ermittlung der rezipierten Regel anhand (etwaiger) Verweisungskriterien Ermessen zu; sowie – falls die Kriterien gegeben sind – (ii) wenn es anschliessend darum geht, aufgrund der rezipierten Regel eine individuelle Entscheidungsnorm zu gewinnen. Da gemäss dem Konzept der Verweisung betreffend Norminhalt die Aussagen der rezipierten Regel referenziert werden, beschränkt sich das richterliche Ermessen in inhaltlicher Hinsicht entsprechend auf *deren Konkretisierung*. Die Verweisungskriterien sagen ihrerseits etwas über die rezipierte Regel aus – letztlich ob sie in Bezug genommen werden kann oder nicht. Sie gehen dieser und ihren (inhaltlichen) Aussagen damit (logisch) voran, so dass es *nicht* denkbar ist, ihnen zugleich entsprechende Aussagen zu entnehmen (hinsichtlich welcher dem Richter dann ein Ermessensspielraum zukommen könnte)[189]. 119

Das heisst im Übrigen nicht, dass Verweisungsnormen nie inhaltliche Vorgaben machen. Im Umfang, in dem sie dies machen, liegt aber *keine Verweisung* vor, da sie insoweit gerade nicht auf den Norminhalt einer Regel aus einem anderen Normsystem verweisen. Bei den inhaltlichen Vorgaben handelt es sich vielmehr um ‹Verweisungskriterien›. Derartige inhaltliche Vorgaben können durch die rezipierte Norm inhaltlich sodann auch konkretisiert werden. Dabei erfolgt die Konkretisierung *schlagartig* sobald feststeht, dass diese anwendbar ist. Insofern bleibt es beim Ermessen des Richters hinsichtlich (i) der Anwendung (etwaiger) Kriterien betreffend deren Ermittlung sowie (ii) gegebenenfalls der Konkretisierung der rezipierten Norm. Zur Illustration sei ein Beispiel angeführt: In (vager) Anlehnung an Art. 35 FinfraG lässt sich eine Verweisungsnorm denken, die eine Haftung des Emittenten vorsieht, falls er die Vorschriften eines (bspw. von einer bewilligten Schweizer Börse) erlassenen Kotierungsreglements verletzt, welche *«die Offenlegung von Informationen, auf welche die Anlegerinnen und Anleger für die Beurteilung der Eigenschaften der Effekten und die Qualität des Emittenten angewiesen sind»,* regeln. Der Richter hat zunächst zu bestimmen, ob eine Vorschrift eines entsprechend erlassenen Reglements diese (inhaltlichen) Vorgaben erfüllt. Dabei steht ihm durchaus ein gewisses Ermessen zu, hat er doch beispielsweise zu präzisieren, auf welche Information ein Anleger gemäss den festgehaltenen Kriterien angewiesen ist. Der Norminhalt, der Gegenstand der Verweisung ist – vor allem, unter welchen Umständen welche Informationen offengelegt werden müssen –, wird aber durch die rezipierte Vorschrift festgelegt. Mit deren (etwaiger) Auswahl geht freilich zugleich eine Konkretisierung der inhaltlichen Vorgaben einher. So steht in der Folge – um bei dem Beispiel zu bleiben – fest, dass es sich bei den Informationen, die gemäss der Vorschrift offenzulegen sind, um solche handelt, auf die ein Anleger gemäss den festgehaltenen Kriterien angewiesen ist. Dem Richter kommt jedoch (gegebenenfalls) *erst* dann erneut ein Ermessensspielraum zu, wenn es um die Konkretisierung der rezipierten Vorschrift geht.

189 Vgl. zur Unterscheidung zw. Aussage und (deren) Bezugsobjekt bzw. zw. Prädikat und Subjekt noch die Hinweise hinten, Rn. 211.

120 Geht das richterliche Ermessen in inhaltlicher Hinsicht dagegen über die Konkretisierung der rezipierten Norm hinaus, liegt eine *Ermächtigungsnorm* vor. Ein weitergehendes Ermessen wird dem Richter dabei durch Normen mit folgendem Regelungsgehalt eingeräumt:

120.1 Zunächst kann eine Norm den Richter schlicht zur Formulierung einer individuellen Entscheidungsnorm berufen. Auch wenn Blankoermächtigungen in inhaltlicher Hinsicht denkbar sind[190], wird die Norm dem Richter dabei regelmässig gewisse Vorgaben machen. Alsdann ist es gänzlich dem Richter überlassen, ob er zwecks Konkretisierung dieser Vorgaben – im Sinn eines Zwischenhalts auf dem Weg zur Gewinnung einer individuellen Entscheidungsnorm – eine Rezeption vornimmt *oder* davon absieht und selbstständig eine individuelle Entscheidungsnorm formuliert[191]. Damit geht einher, dass etwaige inhaltliche Vorgaben von Ermächtigungsnormen einen höheren Abstraktionsgrad aufweisen als etwaige rezipierte Normen. Andernfalls würde deren Beizug durch den Richter ihren Zweck verfehlen.

120.2 Sobald man die *ausgelegten* Vorschriften einer positiven Rechtsordnung betrachtet, wird man regelmässiger die Situation vorfinden, dass eine Norm die Übernahme einer Regel aus einem anderen Normensystem (allenfalls unter Stipulierung bestimmter Kriterien) *prinzipiell* zwar vorsieht. Sie überlässt es aber dem Richter, ob er die Übernahme vornimmt, um die individuelle Entscheidungsnorm zu gewinnen, oder davon absieht (selbst wenn die [etwaigen] Kriterien gegeben sind).

Ein Beispiel stellt die Regelung der Sorgfalt des Beauftragten nach Art. 398 Abs. 2 OR dar[192]. Zu deren Konkretisierung kann der Richter gemäss Praxis und Lehre öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen oder private Regelwerke zwar berücksichtigen, muss dies aber nicht (auch wenn es für einen Schädiger in der Regel schwierig sein wird, einen Richter von einem sorgfältigen Verhalten zu überzeugen, falls er gegen entsprechende Vorschriften verstossen hat).

120.3 Schliesslich kann eine Norm den Richter sogar zu einer Übernahme verpflichten, falls die diesbezüglich aufgestellten Kriterien gegeben sind. Hat er allerdings für

---

190 Vgl. vorne, Rn. 107.2.

191 Vgl. (noch einmal) den in Fn. 183 ausgeführten H. von MERKL. Inwiefern die positive Rechtsordnung dem Richter Schranken setzt beim Beizug von Regeln aus anderen Normensystemen, soll vorliegend nicht näher erörtert werden – von der Problematik der Übernahme öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen ins Privatrecht selbstredend abgesehen. In diesem Zusammenhang stellt sich alsdann freilich auch noch die Frage, ob und inwiefern ein Beizug *ausländischer* Regeln zulässig ist.

192 Vgl. dazu und zum Folgenden näher hinten, 2. Teil / 4. Kapitel / II.

den Fall, dass dies nicht zutrifft, eine individuelle Entscheidungsnorm zu formulieren – gleichsam jenseits des Inhalts einer rezipierten Regel –, ist ebenfalls noch von einer Ermächtigungsnorm auszugehen.

Hier verweisen wir beispielhaft auf Art. 1382 des französischen *Code Civile*. Danach erfordert die Begründung einer Haftung (neben einem Schaden und einem bestimmt gearteten Kausalzusammenhang) eine sog. *‹faute›*. Liegt eine Verletzung gegen einen Straftatbestand vor, ist diese Voraussetzung stets gegeben. Liegt aber keine Verletzung gegen einen Straftatbestand vor, hat der Richter gemäss dem allgemeinen Massstab immer noch zu prüfen, ob das Verhalten des Schädigers jenem eines ‹sorgfältigen Familienvaters› oder ‹eines gewissenhaften Angehörigen des fraglichen Verkehrskreises› entsprochen hat[193].

Der Unterschied lässt sich also auch anhand der Aufgabe ausdrücken, die der Richter zu erfüllen hat. Entspricht im Fall einer Verweisungsnorm keine Regel den Verweisungskriterien, fehlt es schlicht an einem Tatbestandsmerkmal, so dass die Formulierung einer individuellen Entscheidungsnorm nicht mehr erforderlich ist. Im Fall einer Ermächtigungsnorm ist diese dem Richter dagegen *jedenfalls aufgegeben*. Dazu wird die Ermächtigungsnorm dem Richter – über die etwaige Regelung der Rezeption hinaus – regelmässig gewisse inhaltliche Vorgaben machen. Im Rahmen eines Haftungstatbestands im Speziellen ist die Rezeption bei einer Verweisungsnorm folglich Haftungsvoraussetzung, derweil bei einer Ermächtigungsnorm eine Haftung auch noch möglich ist, wenn *keine* Rezeption erfolgt. 121

Im Übrigen ist lediglich durch Auslegung der in Frage stehenden positivrechtlichen Vorschrift zu bestimmen, ob diese (i) eine Rezeption von Regelungen aus einem anderen Normensystem zulässt und, falls ja, (ii) welchen der drei eben dargestellten Reglungsgehalte sie aufweist (oder ob es sich gar um eine Verweisungsnorm handelt). Die naheliegendsten Kandidaten für Ermächtigungsnormen sind im Allgemeinen sog. ‹Generalklauseln›, die aufgrund ihrer *«qualifizierten Vagheit»*[194] besonders offen für die Rezeption von Regelungen aus anderen Normensystemen sind[195]. Nicht zu verkennen ist jedoch, dass es sich bei der Rubrik der Generalklausel selbst um eine unbestimmte handelt[196]. Für vorliegende Zwecke wird es hinreichen, die positi- 122

193 Vgl. zum Ganzen bspw. SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 29 ff. m.H.

194 KRAMER, Methodenlehre, 72 f.

195 Entsprechend geht die Rede von einer sog. ‹Rezeptionsfunktion› von Generalklauseln, wie wohl diese in erster Linie auf die Rezeption gesellschaftlicher Wertungen abzielt (vgl. KRAMER, Methodenlehre, 77). Sodann werden auch die beiden vorne aufgeführten Vorschriften (Art. 1382 des französischen *Code Civile* und Art. 398 Abs. 2 OR) als ‹Generalklauseln› apostrophiert (vgl. i.Zh.m. letzterer Vorschrift noch hinten, Rn. 589.2).

196 Vgl. KRAMER, Methodenlehre, Fn. 124 (73), unter H. auf ARZT.

ven Vorschriften des schweizerischen Haftungsrechts zu bestimmen, die Hand zu einer Rezeption öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen bieten.

123 **Zusammenfassend** lässt sich die Zugehörigkeit einer Norm zu einem Rechtssystem anhand einer (erweiterten) Stufenbaulehre mit deren Erzeugung aufgrund einer Ermächtigungsnorm oder deren Rezeption begründen. Ermächtigungsnormen ermächtigten ihre Adressaten – besonders Gesetzgeber, Richter oder Private – zur Normerzeugung; bei der Rezeption geht es um die Übernahme von Regeln aus anderen Normensystemen.

124 Eine Rezeption erfolgt entweder infolge einer Verweisung oder – wiederum – einer Ermächtigungsnorm.

124.1 Letzterenfalls ordnet der Adressat der Ermächtigungsnorm entweder die Rezeption einer durch einen anderen Urheber erzeugten Norm an *oder* fungiert, falls *keine* Rezeption stattfindet, als genuiner Normerzeuger.

124.2 Liegt eine Verweisungsnorm vor, besteht die zweite Möglichkeit demgegenüber gerade nicht[197]. Dem Richter ist allein aufgegeben, (i) zu bestimmen, ob eine zu rezipierende Norm (etwaigen) Verweisungskriterien entspricht, und (ii) die Norm – falls die Kriterien gegeben sind – zu konkretisieren.

125 Blicken wir schliesslich auf das positive Haftungsrecht als Gegenstand unserer Studie, werden *Verweisungsnormen* regelmässig ein Element aus dem schadenersatzrechtlichen Haftungstatbestand betreffen. Paradigmatisch dafür steht der Verweis auf Schutznormen im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR. Entsprechend handelt es sich um sog. **‹unvollständige Rechtssätze›**. Darunter fasst das rechtstheoretische Schrifttum *«alle Vorschriften, welche dazu dienen, den Tatbestand von Anspruchsgrundlagen oder Einwendungen bzw. Einreden zu ergänzen oder zu präzisieren. Sie liefern Normbestandteil zu wie eine Zulieferfirma dem Hersteller Bauteile zur Fertigung des Endprodukts liefert»*[198]. Sie stehen im Gegensatz zu den sog. ‹vollständigen Rechtssätzen›, die über ihre konstitutiven Elemente

---

197 Vgl. auch SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 61, wonach der Beizug ausserdeliktischer Rechtsnormen im Rahmen von § 276 Abs. 2, § 823 Abs. 1 und § 826 BGB, die als Ermächtigungsnormen zu qualifizieren sind, nicht *«zwangsläufig präjudiziell»* sei (im Gegensatz zu § 823 Abs. 2 BGB, der als Verweisungsnorm zu qualifizieren ist).

198 So die illustrative Umschreibung der Hilfsnormen bei RÜTHERS/FISCHER, Rn. 131; vgl. auch GRAUER, 24; LARENZ, Methodenlehre, 257; und BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre, 197.

von Tatbestand und Rechtsfolge[199] auf eine *«sich stellende Frage eine Antwort geben und diese durch ihren freilich* [auszulegenden] *Wortlaut»* vermitteln[200].

Auch *Ermächtigungsnormen* werden in der Regel einzelne Haftungselemente betreffen, so etwa die Bestimmung der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht (Art. 398 Abs. 2 OR). Ermächtigungsnormen fallen allerdings nicht unter die Rubrik der unvollständigen Rechtssätze, geben sie dem Richter doch gleichsam auf, auch dann noch eine individuelle Entscheidungsnorm zu formulieren, wenn die Inbezugnahme einer Regel aus einem anderen Normensystem nicht gelingt. 126

4. Präzisierungen betreffend die Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im (privaten) Haftungsrecht im Besonderen

Die Vertreter der Stufenbaulehre behandeln öffentliches Recht und Privatrecht regelmässig *nicht* als relevante Kategorien. Die Unterscheidung wird von MERKL[201] und KELSEN[202] vielmehr als problematisch angesehen und vom *common law*-Vertreter HART – wenig überraschend[203] – in seinem Hauptwerk noch nicht einmal erwähnt[204]. Ohne Bezugnahme auf die Stufenbaulehre werden einzelne der erwähnten Normkategorien in der Literatur zwecks Beschreibung der Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im privaten Haftungsrecht jedoch durchaus verwendet[205]. 127

---

199 Vgl. BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre, 196 f.; LARENZ, Methodenlehre, 252 f.; und RÜTHERS/FISCHER, Rn. 129.

200 So GRAUER, 24; und im Ergebnis auch die in vorne stehender Fn. Angeführten, a.a.O.

201 Vgl. 290 f.

202 Vgl. Reine Rechtslehre, 284 ff.

203 Die geringere Bedeutung der Unterscheidung zw. öffentlichem und privatem Recht in *common law*-Jurisdiktionen wird oft herausgestrichen, vgl. bspw. die H. bei JANSEN/MICHAELS, Am. Comp. J. 2006, Fn. 6 (846).

204 Vgl. HART, *passim*.

205 BOEHMER charakterisiert § 823 Abs. 2 BGB bspw. derart, dass dieser eine *«nostrifizierende Rezeption»* vornimmt (69, vgl. auch 49); derweil im Schweizer Schrifttum der erwähnte Art. 342 Abs. 2 OR (der im vorliegenden Kontext als arbeitsrechtliche Vorschrift freilich nicht näher interessiert) als *«Rezeptionsklausel»* bezeichnet wird (vgl. [prominent] BGE 139 III 411 sowie bspw. REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 342 OR, Rn. 9). Ferner werden § 823 Abs. 2 BGB von WIETHÖLTER, JZ 1963, 208 (vgl. zu diesem auch noch sogl., nachfolgende Fn.) sowie SPICKHOFF (Gesetzesverstoss, 72 m.w.H.) und § 1295

128 Das vorliegend gewählte Vorgehen impliziert demgegenüber, dass sich die Struktur der Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im (privaten) Haftungsrecht anhand der Stufenbaulehre umfassend darstellen lässt. Das versuchen wir anhand der nachfolgenden Präzisierungen. In der Tradition der Stufenbaulehre wird weiterhin deskriptiv verfahren.

129 Zunächst sei an die Perspektive erinnert, die eingenommen wird, *scil*. jene des Zivilrichters. Diesem ist die Frage aufgegeben, unter welchen Umständen er zur Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen befugt ist, falls er (privatrechtliche) Haftungsansprüche zu beurteilen hat. Für das Schweizer Recht wurde vorne festgehalten, dass ihm das nur im Rahmen des Privatrechts gestattet ist. Insofern erscheint das **öffentliche Recht als vom Privatrecht unterschiedliches Normensystem**[206]; ein Befund, der sich anhand der Stufenbaulehre abbilden lässt.

130 Bei den öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen, die hier interessieren, handelt es sich um gesetzliche Normen, hinter denen der Bund als Gesetzgeber steht. Insofern besteht noch kein Unterschied zu den privatrechtlichen Normen des Haftungsrechts. Ferner ist der Gesetzgeber der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen aufgrund der Kompetenzvorschriften der Verfassung, die den einschlägigen (Finanzmarktrechts-)Gesetzen zu Grunde liegen, *bisweilen* durchaus befugt, (auch) privatrechtliche Vorschriften zu erlassen[206A].

131 Trotzdem ergibt sich auf Grundlage der Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht für die Schweizer Rechtsordnung *deskriptiv* das folgende – wenn man von der Frage, ob öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen *zugleich* privatrechtliche Vorschriften darstellen, einmal absieht, klare – Bild:

131.1 Die einzelnen öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen werden vom Bundesgesetzgeber *als öffentliches Recht* erlassen. Er stützt sich dabei auf eine entsprechende Kompetenznorm der Verfassung, die ihm die Kompetenz zum Erlass öf-

---

Abs. 1 i.V.m. § 1294 ABGB von KAROLLUS, Haftung aus Schutzgesetzverletzung, 35, als ‹Verweisungsnormen› bezeichnet. Vgl. schliesslich auch die Stimmen zum Schweizer Recht, die Art. 2 ZGB als ‹Ermächtigungsnorm› einordnen (vgl. hinten, Rn. 601 m.H.).

206 Dem entspricht, dass WIETHÖLTER § 823 Abs. 2 BGB für eine kollisionsrechtliche Vorschrift hält, die statt das *«Verhältnis verschiedener rechtlicher Teilgebiete einer staatlichen Rechtsordnung, verschiedener Zeiten, verschiedener Personengruppen, verschiedener Rechtsquellen»* das *«Verhältnis verschiedener sachlicher Rechtsgebiete einer Rechtsordnungseinheit»* bestimmen (vgl. JZ 1963, 208 [Hervorhebung MK]).

206A Das BEHG (vgl. den Ingress des Gesetzes) und zukünftig auch das FIDLEG (vgl. den Ingress gemäss Gesetzesentwurf bzw. nunmehr Gesetz) stützen sich bspw. beide – neben verwaltungsrechtlichen Kompetenznormen des Bundes – auch auf Art. 122 bzw. Art. 122 Abs. 1 BV ab, *i.e.* die Privatrechtskompetenznorm des Bundes.

fentlichen Rechts einräumt (und angesichts des sog. Systems der Einzelermächtigung des Bundes [im Vergleich zu den Kantonen][207] wohlgemerkt erforderlich ist). Im Finanzmarktbereich im Vordergrund steht Art. 98 BV. Auf der Grundlage der so erlassenen öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen ist die Verwaltungsbehörde beziehungsweise der Verwaltungsrichter oder der Strafrichter sodann zur Formulierung einer individuellen Entscheidungsnorm ermächtigt – gegebenenfalls über Zwischenstufen wie insbesondere Verordnungen[208].

Die Vorschriften des privaten Haftungsrechts, auf denen die individuellen Entscheidungsnormen zur Beurteilung individueller Schadenersatzansprüche des Zivilrichters fussen, werden demgegenüber auf Grundlage einer Kompetenznorm der Verfassung erlassen, die den Gesetzgeber zum Erlass von *Privatrecht* ermächtigt (vgl. Art. 122 Abs. 1 BV). 131.2

Bei den unterschiedlichen Kompetenznormen beziehungsweise den zwei (fiktiven) Normen, welche diese je zusammenfassen, handelt es sich gleichsam um *‹kleine Grundnormen›,* auf die sich die Normensysteme öffentliches Recht und Privatrecht je zurückführen lassen. Damit kann anhand der Stufenbaulehre zwischen den beiden Normensystemen unterschieden werden. 132

Diese (deskriptivistischen) Kompetenznormen sorgen nicht etwa für die Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht, sondern stehen vielmehr auf deren Grundlage – so wie sie vorne (gleichsam als grundsätzlich unproblematisch) herausgearbeitet worden ist. Ferner lassen sich die beiden ‹kleinen Grundnormen› selbstredend ihrerseits auf die Grundnorm zurückführen, welche die schweizerische Rechtsordnung insgesamt begründet. Die ‹kleinen Grundnormen› sowie die auf ihrer Grundlage erlassenen Normen sind mithin Bestandteile der schweizerischen Rechtsordnung.

In der Folge lässt sich die *Zugehörigkeit der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen zur Privatrechtsordnung* anhand der im Rahmen des vorstehenden Kapitels herausgearbeiteten und am Ende desselben zusammengefassten Normkategorien begründen: 133

Qualifizieren öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen als **Doppelnormen**, werden sie *zugleich* als privatrechtliche Vorschriften erzeugt. Der Gesetzgeber agiert als genuiner Normerzeuger aufgrund einer Ermächtigungsnorm, welche – neben dem öffentlich-rechtlichen – auch dem privatrechtlichen Normensystem angehört. Folglich handelt es sich bei den Doppelnormen (auch) um eigentliche Privatrechtsvorschriften. 134

---

207 Vgl. Art. 3 sowie 42 BV; und aus der Literatur bspw. HÄFELIN ET AL., Rn. 1049 ff.

208 Vgl. bspw. auch bereits MERKL, 261 ff.

135 Abgesehen davon finden die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen auf dem Weg der **Rezeption** Eingang in die Privatrechtsordnung. Dieser Schluss lässt sich meines Erachtens aufgrund des vorne als entscheidend herausgestellten Abgrenzungskriteriums zwischen Rezeption und Ermächtigung ziehen, jenes des Geltungsgrunds:

135.1 So werden öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen (ausser es handelt sich um Doppelnormen) durch ihren Urheber (den Gesetzgeber) wie dargestellt aufgrund einer *von der Privatrechtsordnung separaten Ermächtigungsnorm* erlassen; unter den Bedingungen welche *diese* stipuliert.

135.2 Auf die Kriterien, denen gemäss die Normen im Privatrecht Berücksichtigung finden sollen, nimmt der Urheber dabei regelmässig *keine* Rücksicht, und – sollten diese mit den Bedingungen der (öffentlich-rechtlichen) Ermächtigungsnorm kollidieren – darf er dies auch gar nicht, wenn er eine gültige Norm erzeugen will. Zudem besteht *nie* eine Verpflichtung zur Einhaltung der Kriterien einer Rezeptionsnorm; bei deren Nichterfüllung erfolgt schlicht keine Übernahme in das betrachtete Rechtssystem.

Die (von der Privatrechtsordnung separate) Ermächtigungsnorm kann dagegen ihren Adressaten durchaus zur Erzeugung (gültiger) Normen verpflichten. Das trifft gerade auf den Gesetzgeber zu, dem durch die sog. ‹schweizerische Wirtschaftsverfassung› aufgegeben ist, (unter anderem) öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen auf dem Gebiet des Finanzmarktrechts zu erlassen[209]; sowie auch auf Börsen, die zum Erlass eines ‹Reglements über die Zulassung von Effekten zum Handel› nicht nur ermächtigt, sondern verpflichtet sind[210].

135.3 Die Regelungsgewalt über die öffentlich-rechtliche Verhaltensnorm liegt demnach bei deren Urheber, wobei er diese aus einer von der Privatrechtsordnung separaten Ermächtigungsnorm bezieht. Demgegenüber wird ihm *von der Privatrechtsordnung keine Regelungsgewalt übertragen,* welche die Normerzeugung entsprechend auch nicht kontrollieren kann. Das Privatrecht bestimmt schlicht – wenn auch abschliessend[211] –, unter welchen Voraussetzungen eine (anderweitig erzeugte) öffentlich-rechtliche Verhaltensnorm darin Eingang findet.

---

209 Insb. Art. 98 Abs. 1 BV (Banken- und Börsenwesen) ermächtigt den (Bundes-)Gesetzgeber nicht nur zur Regelerzeugung, sondern verpflichtet ihn dazu (vgl. nur KAUFMANN/UTZ, BSK-BV, Art. 98, Rn. 1 und Rn. 22). Umstrittener ist dies im Kontext von Art. 98 Abs. 2 BV (weitere Finanzdienstleistungen), wobei sich in der Literatur durchaus Stimmen finden, die trotz der ‹kann›-Formulierung auch hier von einer Verpflichtung ausgehen (vgl. DIES., a.a.O., Rn. 22 m.H.).

210 Vgl. Art. 34 Abs. 1 FinfraG und ferner hinten, Rn. 802.3 m.H.

211 So hat die rezipierte Norm mit ausser Kraft treten der Verweisungsnorm bspw. automatisch keine Geltung mehr (vgl. JAN P. MÜLLER, 168).

Insgesamt beziehen die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen ihren (genuinen) Geltungsgrund nicht aus einer Ermächtigungsnorm des Privatrechts (falls man von Doppelnormen weiterhin absieht). Steht ihre Übernahme ins Privatrecht in Frage, nehmen sie vielmehr an *dessen* Geltungsgrund teil. Es liegt also eine Rezeption vor. 136

Die Rezeption erfolgt ihrerseits aufgrund von (der Privatrechtsordnung angehörigen) **Verweisungs- *oder* Ermächtigungsnormen**. In diesem Zusammenhang ist der *generell-abstrakten Natur* der (gesetzlichen) öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen Rechnung zu tragen. 137

Eine Ermächtigung unterscheidet sich von einer Verweisung gemäss vorne erfolgten Ausführungen darin, dass ihrem Adressaten bei der inhaltlichen Konkretisierung der Rezeptionsnorm (*scil.* – im Fall einer Ermächtigung – der Ermächtigungsnorm) über die Konkretisierung der rezipierten Norm hinaus ein Ermessensspielraum eingeräumt ist. Macht eine Ermächtigungsnorm inhaltliche Vorgaben, geht damit ferner einher, dass die Vorgaben sinnvollerweise eine höhere Abstraktionsstufe als die generell-abstrakten öffentlichen Verhaltensnormen aufweisen. Eine Rezeption öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen kommt demnach im Rahmen der folgenden *Ermächtigungsnormen* der Privatrechtsordnung in Betracht. 138

Erstens ermächtigt die Verfassung den **Gesetzgeber** zur Erzeugung generell-abstrakter Normen. Inhaltlich sind ihm der zu regelnde Sachbereich (vgl. Art. 122 BV) sowie die Grundrechte (vgl. Art. 7 ff. BV) vorgegeben[212]. Entsprechend verfügt er über ein weites Ermessen. In der Folge hat der Gesetzgeber grundsätzlich die Möglichkeit zur genuinen Normerzeugung, aber eben auch zur Rezeption von bestehenden oder zukünftigen Normen inner- sowie ausserhalb der (Privat-)Rechtsordnung[213], unter anderem von öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen. 139

Beabsichtigt der Gesetzgeber, die Regelung eines bestimmten Norminhalts *vollumfänglich* einer öffentlich-rechtlichen Verhaltensnorm zu überlassen, nimmt er eine *Verweisung* vor. Deren Objekt, *i.e.* die öffentlich-rechtliche Verhaltensnorm, kann voraussetzungslos zum Tragen kommen oder unter Erfüllung gewisser Verweisungs- 140

---

212 R. WALTER, 36 f. und Fn. 111 (61); vgl. auch ADOMEIT/HÄHNCHEN, Rn. 52.

213 Vgl. (wiederum) nur den in Fn. 183 ausgeführten H. von MERKL. Jedoch ist mit Blick auf das positive Recht die Diskussion um die Zulässigkeit von gesetzgeberischen Verweisungen vorzubehalten (vgl. dazu aus Schweizer Perspektive insb. MÜLLER/UHLMANN, Rn. 369 f.), auf die vorliegend indes nicht eingegangen wird, da in erster Linie Verweise des Privatrechts auf Gesetzesstufe auf öffentlich-rechtliche Vorschriften ebenfalls auf Gesetzesstufe in Frage stehen, derweil die Zulässigkeit von dynamischen Verweisungen auf Normen auf derselben Gesetzesstufe nicht als problematisch erachtet wird (vgl. DIES., Rn. 370).

kriterien. In der ersten Situation sowie falls in der zweiten Situation die Verweisungskriterien gegeben sind, ist die Übernahme einer öffentlich-rechtlichen Verhaltensnorm in die Privatrechtsordnung *vollzogen*. Infolgedessen ist der Richter zwecks Herstellung der individuellen Entscheidungsnorm ‹nur› noch zur Individualisierung und Konkretisierung der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnorm ermächtigt.

141 Steht dem Richter in inhaltlicher Hinsicht ein weitergehendes Ermessen zu, liegt *zweitens* eine an den **Richter** gerichtete Ermächtigungsnorm vor. Urheber ist dabei regelmässig der (Privatrechts-)Gesetzgeber. Dieser gibt dem Richter in aller Regel gewisse inhaltliche Vorgaben mit, in deren Konkretisierung der Richter sodann die individuelle Entscheidungsnorm zu gewinnen hat.

142 Da die inhaltlichen Vorgaben einer Ermächtigungsnorm (sinnvollerweise) eine höhere Abstraktionsstufe als die generell-abstrakten öffentlichen Verhaltensnormen aufweisen, dürfte es sich bei den an den Richter gerichteten Ermächtigungsnormen nicht selten um *Generalklauseln* handeln. Unter dieser Rubrik werden nämlich überwiegend Regeln erfasst, die aufgrund ihrer ‹qualifizierten Vagheit› ein grosses Konkretisierungsbedürfnis aufweisen.

143 Eine Übernahme öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen in die Privatrechtsordnung erfolgt dann, wenn der Richter eine Rezeption vornimmt, statt die inhaltlichen Vorgaben aufgrund einer genuin erzeugten Norm zu konkretisieren. Steht die Rezeption einmal fest, ist es durchaus angemessen, von einer *Verweisung durch den Richter* zu sprechen, da er sich hinsichtlich Norminhalt nunmehr auf die öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen verlässt (die er in der Regel freilich [ebenfalls] noch weiter zu konkretisieren haben wird). Selbst wenn die Ermächtigungsnorm die Rezeption in gewissem Mass vorgibt, muss der Richter im Übrigen eine individuelle Entscheidungsnorm formulieren können, *ohne* auf die Konkretisierung der rezipierten Norm beschränkt zu sein. Ansonsten liegt keine Ermächtigung mehr vor, sondern eine Verweisung.

144 *Drittens* können an **Private** gerichtete Ermächtigungsnormen eine Rezeption öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen zur Folge haben. Ob als deren Urheber der Gesetzgeber amtet oder die Ermächtigung in der Verfassung zumindest bereits angelegt ist[214], steht im Rahmen vorliegender Überlegungen nicht im Zentrum, zumal die Ermächtigungsnorm unbesehen davon in aller Regel der Privatrechtsordnung zuge-

214 Vgl. zur Grundlage der Vertragsfreiheit gemäss positivem Recht KRAMER, BK, Art. 19/20 OR, Rn. 40 f.

rechnet werden kann[215]. Die inhaltlichen Vorgaben der Ermächtigungsnorm beschränken sich grundsätzlich auf die Bezeichnung der Gegenstände, über welche die Privaten nicht verfügen dürfen[216]. Den Privaten verbleibt so – im Allgemeinen[217] – ein beträchtlicher Regelungsspielraum.

Von der Ermächtigung zur Regelung ihrer Verhältnisse können die Parteien – analog zum Gesetzgeber – dadurch Gebrauch machen, dass sie Normen entweder genuin erzeugen oder rezipieren[218], wobei sie letzterenfalls auch auf öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen Bezug nehmen können. 145

Dabei können sie einen bestimmten Regelungsgehalt im Sinn einer *Verweisung* vollumfänglich der rezipierten Norm anheimstellen. Insofern kann betreffend die Möglichkeit der Beteiligten, Verweisungskriterien aufzustellen, den Vollzug der Übernahme von öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen in die Privatrechtsordnung und die (anschliessende) richterliche Konkretisierung *mutatis mutandis* auf die Ausführungen hinsichtlich der an den Gesetzgeber gerichteten Ermächtigungsnormen verwiesen werden. 145.1

Alternativ können die Privaten dem Richter ein weitergehendes Ermessen einräumen. Es verhält sich insofern ähnlich, wie wenn der Gesetzgeber seinerseits von einer *Ermächtigung* an die Adresse des Richters Gebrauch macht, so dass *mutatis mutandis* auf die diesbezüglich erfolgten Ausführungen verwiesen werden kann. Zum Beispiel können die Parteien in ihrem Vertrag ‹generalklauselartige› Bestimmungen vorsehen, die es dem Richter erlauben, zwecks Konkretisierung öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen zu rezipieren. 145.2

Solche Bestimmungen sind in der Praxis durchaus anzutreffen. So enthalten Allgemeine Geschäftsbedingungen, die Kunden beispielsweise zwecks Regelung der Vermögensverwaltungstätigkeit von Banken unterbreitet werden, regelmässig Bestimmungen, wonach die Bank mit der ‹üblichen› oder ‹gehörigen› Sorgfalt vorgehen soll[219]. Dabei handelt es sich – mit Rücksicht auf die erwähnten Abgrenzungskriterien – um Ermächtigungen, nicht um Verweisungen; die Regelung der Sorgfalt wird *nicht*

---

215 Rechtsgeschäfte *Privater,* die keine öffentlichen Aufgaben wahrnehmen, sind klarerweise Gegenstand des Privatrechts, so dass eine bezügliche Ermächtigungsnorm (deskriptiv) als der Privatrechtsordnung zugehörig betrachtet werden kann.

216 Vgl. ADOMEIT/HÄHNCHEN, Rn. 52.

217 Anders verhält es sich insbesondere auf dem Gebiet des klassischen sozialen Privatrechts, dass mit zahlreichen zwingenden Normen durchsetzt ist (vgl. exemplarisch Art. 361 f. OR, in denen die sog. beidseitig- und einseitig-zwingenden Vorschriften des Schweizer Arbeitsvertragsrechts aufgeführt werden).

218 Vgl. (wiederum) nur den in Fn. 183 ausgeführten H. von MERKL.

219 Vgl. bspw. GAUCH, recht 2006, 80 m.H. auf ausformulierte Bestimmungen.

vollumfänglich etwaig einschlägigen Regeln aus anderen Normensystemen überlassen (inkl. öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen). Entsprechend hat der Richter auch dann noch eine individuelle Entscheidungsnorm zu formulieren, falls solche Regeln nicht bestehen[220]. Bestehen sie, wird er sie aufgrund der (vertraglichen) Vorgaben allerdings in der einen oder anderen Form zu berücksichtigen haben[221].

145.3 Eine *Individualisierung* durch den Richter ist demgegenüber in keinem der beiden Fälle mehr erforderlich, falls eine Ermächtigung Privater zum Abschluss von Verträgen in Frage steht (wie sie hier vorwiegend interessiert).

146 Schliesslich ist im Kontext der an Private gerichteten Ermächtigungsnormen auf zwei weitere Begebenheiten hinzuweisen:

147 Zum einen gibt es im Vertragsrecht bekanntlich sowohl zwingende als auch dispositive (Verhaltens-)Normen. Wie die zwingenden werden die **dispositiven Normen** durch den Gesetzgeber aufgrund seiner verfassungsmässigen Privatrechtskompetenz erlassen[222]. Ihre Zugehörigkeit zur Privatrechtsordnung ist damit ausgewiesen, ihre Geltung (gemäss vorliegendem Verständnis) mithin erstellt[223].

148 Im Gegensatz zu den zwingenden kommen die dispositiven Normen jedoch lediglich dann zum Tragen, wenn die Beteiligten keine abweichende Vereinbarung getroffen haben[224]. Daraus folgt keine Beschränkung des Regelungsspielraums, der den Privaten im Rahmen der an sie gerichteten Ermächtigungsnormen zukommt, infolgedessen die dispositiven Normen nicht als Vorgaben an die Normerzeugung Privater figurieren. Die einschlägige Rubrik ist meines Erachtens vielmehr jene der Vorgaben, welche die dispositiven Normen *als durch den Gesetzgeber an den Richter gerichtete*

---

220 Wie gemäss *heutiger* Schweizer Rechtslage, was öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen betrifft, bspw. falls die AGB nicht von einer Bank, sondern einem sog. unabhängiger Vermögensverwalter stammen würden (vgl. nur Botschaft FIDLEG/FINIG, 9 und 112 f.).

221 Vgl. – wenn auch im Kontext von entsprechenden, ‹generalklauselartigen› gesetzlichen Vorgaben – hinten, Rn. 1116.

222 Da Rechtsgeschäfte Privater, die keine öffentlichen Aufgaben wahrnehmen, Gegenstand des Privatrechts sind, sind es auch die dispositiven Normen, welche diese regeln. Eine bezügliche Ermächtigungsnorm kann (deskriptiv) folglich ebenso als der Privatrechtsordnung zugehörig betrachtet werden.

223 Vgl. – wenn auch nicht in (einlässlicher) Auseinandersetzung mit der Stufenbaulehre – auch CZIUPKA, 117; sowie WEINBERGER, Norm, 95 (‹Die Unterscheidung von zwingendem und dispositivem Recht betrifft nicht verschiedene Geltungsweisen von Rechtsnormen›); ferner MÖSLEIN, 74 ff.

224 Statt Vieler MÖSLEIN, 1; und SCHWENZER, OR AT, 32.12.

Ermächtigungsnormen aufstellen[225]. Dieser hat die individuelle Entscheidungsnorm aus der dispositiven Verhaltensnorm gleichsam nur unter der *Bedingung* zu gewinnen, dass die (individuellen) Parteien keine abweichende Regelung treffen (wobei letzteres wiederum auf Grundlage einer *an die Parteien* gerichteten Ermächtigungsnorm erfolgt[226]). Für die Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Privatrecht bedeutet dies, dass sie im Privatrecht *als dispositive Normen* (wie auch als zwingende) dann zum Tragen kommen, wenn sie durch den Gesetzgeber (auch) aufgrund dessen Privatrechtskompetenz erlassen werden, mithin als Doppelnormen qualifizieren.

Zum andern bereiten die **Vorgaben, unter denen Private zur Regelung ihrer Verhältnisse ermächtigt sind**, besondere Probleme. Namentlich geht damit die Frage einher, unter welchen Voraussetzungen überhaupt von einem Vertrag und sodann von einer Übereinkunft der Parteien hinsichtlich eines spezifischen Regelungsinhalts auszugehen ist. Freilich hat bereits HANS KELSEN klar gesehen, dass eine Antwort *nur mit Rücksicht auf die in Frage stehende positive Rechtsordnung* möglich ist[227]. 149

Mit Blick auf die schweizerische Rechtsordnung ist (bereits hier) zu vermerken, dass das sog. ‹Willensdogma› zu Gunsten des Vertrauensprinzips in den Hintergrund getreten ist. Entsprechend wird unter Umständen davon ausgegangen, dass eine Partei von der Ermächtigung Gebrauch gemacht hat, obwohl sie dies tatsächlich nie ‹wollte›. Zudem stellen sich insbesondere die Fragen, ob und inwiefern neben der Vertrags- die sog. Vertrauenshaftung auf einer an die Privaten gerichteten Ermächtigungsnorm beruht sowie ob es sich dabei überhaupt um eine sinnvolle eigene Kategorie handelt. Auf diese Problemkreise werden wir im Rahmen des materiellrechtlichen Teils sämtlich zurückkommen. 150

Im Übrigen sind die Fragen auseinanderzuhalten, ob (i) eine spezifische Regelung durch Private aufgrund einer Ermächtigungsnorm gesetzt wurde und ob (ii) gemäss positivem Recht eine vertragliche (bzw. vertragsähnliche) Regelung vorliegt[228]. Für 151

---

225 Ähnlich – wenn auch nicht in (einlässlicher) Auseinandersetzung mit der Stufenbaulehre – MÖSLEIN, der in Anlehnung an HART (vgl. insofern noch Fn. 230) zwischen dem inhaltlichen Gehalt dispositiver Normen und den Regeln unterscheidet, die bestimmen, unter welchen Voraussetzungen die dispositiven Normen zum Tragen kommen, gleichsam sog. ‹Konkurrenzregeln› (vgl. 78 ff.). Adressat dieser Konkurrenzregeln ist der Richter, der sie im Rahmen der Streitentscheidung zur Anwendung bringt (87).

226 Vgl. auch MÖSLEIN, 86 ff. sowie bereits W. BURCKHARDT, Methode, 188 f.

227 Reine Rechtslehre, 263 *(«Welche Konsequenz eine solche Diskrepanz hat, kann nur durch die Rechtsordnung* [..] *bestimmt werden»)*.

228 Vgl. ferner einstweilen allein HASSEMER, 37 ff., unter Verweis auf sog. ‹heteronome Elemente›, vgl. zu dieser Notion sogl., Rn. 158.

Regelungen, hinsichtlich welcher *allein* Zweiteres zutrifft, stehen paradigmatisch jene des zwingenden Vertragsrechts[229].

152 **Zusammenfassend** kann demnach festgehalten werden, dass die Übernahme öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen in die Privatrechtsordnung *letztlich* stets aufgrund einer *Verweisung* erfolgt. Urheber der Verweisung sind der Gesetzgeber, Private oder der Richter, wobei die individuelle Entscheidungsnorm (auch) in den ersten beiden Fällen durch den Richter formuliert wird. Dabei hat er auf die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen abzustellen, die er zu konkretisieren und gegebenenfalls zu individualisieren hat, *sobald* deren Anwendbarkeit im privaten Haftungsrecht feststeht.

153 Den Verweisungen gehen jedoch (eine oder mehrere) *Ermächtigungsnormen* voran, die an die Urheber jener gerichtet sind, *scil*. den Gesetzgeber, Private oder den Richter.

154 Folglich kann klar zwischen den (öffentlich-rechtlichen) Verhaltensnormen *und* den Normen unterschieden werden, die dafür sorgen, dass diese (in der Privatrechtsordnung) zur Anwendung gelangen, *scil*. den Ermächtigungs- und Verweisungsnormen. Darin kommt die in der Literatur (unter verschiedenen Rubriken) oft vorgenommene Unterscheidung zwischen Normen, die eine Verhaltensregelung treffen, und Normen, die deren Entstehung und Geltung regeln, zum Ausdruck[230].

Indessen bleibt daran zu erinnern, dass eine (trennscharfe) Gegenüberstellung im Rahmen der Stufenbaulehre insofern nicht gelingt, als die Ermächtigungsnormen womöglich *ihrerseits* eine (freilich zu konkretisierende und/oder individualisierende) Verhaltensregelung treffen. Dies ist beispielsweise bei Generalklauseln der Fall, aber auch bei öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen, die – steht deren Übernahme in die Privatrechtsordnung einmal fest – regelmässig noch zu konkretisieren und gegebenenfalls auch zu individualisieren sind.

---

229 Beim zwingenden Vertragsrecht handelt es sich entsprechend ohne Weiteres um heteronomes Recht (vgl. bspw. MÖSLEIN, 70 f., und zur Notion des ‹heteronomes Rechts› sogl., Rn. 158).

230 Vgl. nur BUCHER, Subjektives Recht, 51 (‹unmittelbare und mittelbare Normen›); W. BURCKHARDT, Methode, § 7 (132 ff.); (‹Verfassungs- und Verhaltungsrecht›); HART, 79 ff., insb. 80 f. *(‹primary and secondary rules›);* MERKL, 281 (‹materielles und formelles Recht›); VOGEL, Norm und Pflicht, 35 (Norm und ‹Metaregeln über die Normerzeugung›).

5. Fazit

Die Ausführungen zum positiven Schweizer Privatrecht haben ergeben, dass ein Zivilrichter öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen allein im Rahmen des Privatrechts berücksichtigen darf. Das bedeutet *im Allgemeinen,* dass die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen entweder selbst zugleich dem Privatrecht anzugehören haben, oder dass dieses Einfallstore für jene bereithalten muss. 155

Des Weiteren lassen sich die Vorgaben, denen gemäss ein Richter öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im privaten Haftungsrecht zur Anwendung bringen kann, auf Grundlage der Stufenbaulehre wie folgt *näher strukturieren:* 156

Zunächst können öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen sowohl auf der Kompetenz des Gesetzgebers, öffentliches Recht zu erlassen, als auch auf dessen Privatrechtskompetenz beruhen. Angesprochen sind damit die sog. **Doppelnormen**, die zwingender oder dispositiver Natur sein können. 156.1

Sodann kann der Privatrechtsgesetzgeber **Verweisungsnormen** *oder* **an den Richter gerichtete Ermächtigungsnormen** erlassen, die Raum für eine Rezeption öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen lassen (wobei sog. Generalklauseln im Vordergrund stehen). 156.2

Schliesslich können die Vorgaben von **Privaten** stammen, die ihrerseits aufgrund einer Ermächtigungsnorm des Privatrechtsgesetzgebers tätig geworden sind. Sie können ebenfalls entweder autonom Verweisungsnormen setzten oder Ermächtigungsnormen an den Richter richten, denen gemäss sich alsdann diesem die Möglichkeit eröffnet, öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen beizuziehen. 156.3

Kurzum ergeben sich auf der Grundlage der Stufenbaulehre im Kern vier Möglichkeiten, denen gemäss ein Zivilrichter öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen zum Tragen kommen lassen kann. Diese Möglichkeiten stecken gleichsam das Feld für unsere materiell-rechtlichen Überlegungen ab. Entsprechend wird es im zweiten, materiell-rechtlichen Teil unserer Studie mit Blick auf das Finanzmarktrecht und insbesondere die Beispielfälle um die Frage gehen, ob und inwiefern öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen gemäss einer oder mehrerer dieser vier Möglichkeiten Eingang in den privatrechtlichen Haftungstatbestand finden. Die (Unter-)Kapitel dieses Teils sind in der Sache gleichsam weitgehend entlang dieser Möglichkeiten strukturiert (vgl. [i] 2. Kapitel / II., betr. Doppelnormen; [ii] 3. Kapitel, gesamthaft betr. die gesetzgeberische Verweisung im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR; [iii] 2. Kapitel / III. / 2. / B. und 4. Kapitel betr. zahlreiche an den Richter gerichtete Ermächtigungsnormen; und [iv] 2. Kapitel / III. / 2. / A. betr. die an die Privaten gerichtete Ermächtigungsnorm, für sich Regelungen zu treffen). 157

158 Die vorne stehenden Ausführungen erhellen zudem, dass die Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Privatrecht durch den Richter entweder auf Vorgaben beruht, die Private *«im Sinne der Selbstverpflichtung sich selber geben»*[231], oder auf solchen, die ihnen von Dritter Seite auferlegt werden, namentlich dem Gesetzgeber[232]. Diese unterschiedlichen Geltungsmodalitäten von Regelungen werden regelmässig anhand der Rubriken **‹Autonomie› und ‹Heteronomie›** erfasst[233]. Wo die Grenze *im Einzelnen* zu ziehen ist, lässt sich nach den eben erfolgten Hinweisen nur hinsichtlich einer einzelnen, positiven Rechtsordnung bestimmen. Darauf kommen wir im materiell-rechtlichen Teil zurück.

Das Begriffspaar ‹Autonomie / Heteronomie› wird im Übrigen in zwei weiteren Zusammenhängen verwendet, die von eben erwähntem unterschieden werden können. *Erstens* wird darauf auch Bezug genommen, wenn gefragt wird, ob der *Inhalt* einer bestimmten Regelung *genuin* von den Parteien selbst oder Dritten gesetzt wurde[234]. Dass die Frage von der eben referenzierten zu unterscheiden ist, zeigt sich, wenn diese – unter Zugrundelegung des vorliegend vertretenen Geltungsverständnisses – dahingehend (re-)formuliert wird, ob gewisse Normen aufgrund einer Selbstverpflichtung Privater oder den Vorgaben des Gesetzgebers einer bestimmten Rechtsordnung angehören und durch den Richter mithin anzuwenden sind – unbesehen davon, durch wen sie zunächst gesetzt worden sind. *Zweitens* unterscheidet die Literatur gemäss dem Begriffspaar bisweilen zwischen der Situation, in denen Gerichte im Rahmen offener (Delikts-)Tatbestände *«die Grenzen des Unrechts mittels einer fallbezogenen Güter- und Interessenabwägung* [..] *bestimmen»*, und jener, in denen sie *«Verhaltensnormen* [..] *positiv aus vorgegebenen Rechtsinstituten oder Gesetzesvorschriften ableiten»* [235]. *Grosso modo* wird also von (richterlicher) Autonomie ausgegangen, falls gemäss den vorne eingeführten Begrifflichkeiten eine an den

---

231 So die Formulierung von BUCHER, Subjektives Recht, 88.

232 Das sog. ‹Gewohnheitsrecht› spielt dagegen – soweit ersichtlich – keine Rolle, wenn die Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im (privatrechtlichen) Haftungstatbestand in Frage steht. Zudem wird das Gewohnheitsrecht in der Schweiz aufgrund von Art. 1 Abs. 2 ZGB – wie auch das sog. ‹Richterrecht› (vgl. dazu näher hinten, 2. Teil / 2. Kapitel / III. / 2. / B. / d.) – gesetzlich durchaus ‹validiert›.

233 Einlässlich HASSEMER, insb. 31 ff. m.w.H.; vgl. ferner bspw. BUCHER, Subjektives Recht, 87 f. oder MEDER, 92 f. m.w.H. Die Unterscheidung wird (seit längerem) auch in der Ethik (im weiteren Sinn, mithin – gemäss der Nomenklatur von KANT – der ‹Moralphilosophie›) getroffen, vgl. – wenn auch noch unter Einfluss des sog. ‹Willensdogmas› – bspw. NELSON, 91. Sodann stellt bspw. der Begriff des Privatrechts von WALTHER BURCKHARDT und gewisser amerikanischer Autoren auf eine entsprechende Unterscheidung ab (vgl. JANSEN/MICHAELS, Am. Comp. J. 2006, 849 f. m.H.).

234 Vgl. bspw. MÖSLEIN, 102 m.H.

235 So im Zusammenhang mit dem deutschen Deliktsrecht STOLL, Richterliche Fortbildung, *passim* (Zitate gemäss S. 30 und 26), dem betreffend das Schweizer Recht LOSER-KROGH folgt (vgl. ZSR 2003 II, 141 ff.).

Richter gerichtete Ermächtigungsnorm vorliegt. Derweil wird von einer heteronomen Begründung einer Verhaltensnorm ausgegangen, falls der Gesetzgeber eine Verweisung vorgenommen hat beziehungsweise – allgemeiner – dem Richter kein einschlägiges inhaltliches Ermessen einräumt[236]. Im ersten Fall wird demnach – in Anlehnung an die Verwendung des Begriffspaars in voranstehend eingeführtem Zusammenhang – gleichsam von einer Selbstbestimmung des (Regelungs-)Inhalts durch den Richter ausgegangen. Im zweiten Fall legt demgegenüber der Gesetzgeber den (Regelungs-)Inhalt fest.

Sodann kommen wir im Licht der eben zusammengefassten Ergebnisse auf das bereits erwähnte **Konzept der Ausstrahlungswirkung** zurück. Mit Blick auf die vorne ausgeführte Formulierung in der Botschaft zu FIDLEG und FINIG und die weiteren Ausführungen des Bundesrats zum Konzept[237] scheint es darum zu gehen, den öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen aufgrund bestehender, wohl gesetzlicher Vorschriften des Privatrechts im Rahmen von (vor-)vertraglichen Verhältnissen Nachachtung zu verschaffen, *sofern diese dazu Hand bieten*[238]. Insofern hat das Konzept gemäss meinem Verständnis *keinen eigenständigen Gehalt*. 159

Von den vorne erwähnten vier Möglichkeiten kommen vorab jene der Verweisung des Gesetzgebers *sowie* jene der Verweisung des Richters (besonders im Rahmen von Generalklauseln) *und* der Parteien in Frage[239]. Da die erste Möglichkeit im Rahmen (quasi-)vertraglicher Beziehungen gemäss positivem Schweizer Recht – wie zu zeigen sein wird – keine Rolle spielt, verbleiben die anderen beiden Möglichkeiten. 160

Auf weitere abstrakte Deutungsversuche des Konzepts der Ausstrahlungswirkung wird im Rahmen vorliegender Studie verzichtet[240]. Würde man sich daran wagen, dürfte die Frage im Vordergrund stehen, ob der Gesetzgeber den Zivilrichter anhand 160A

---

236 Vgl. denn auch noch die Unterscheidung zwischen ‹autonomer und heteronomer Determinante›, die bereits von MERKL getroffen wurde (vgl. vorne, Rn. 107.2).

237 Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, insb. 17 und dort insb. der Hinweis, wonach der Richter das zivilrechtliche Verhältnis weiterhin *gestützt auf die privatrechtlichen Bestimmungen* beurteilt, wobei er die öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu deren Konkretisierung heranziehen *kann,* so dass diese *in diesen Fällen* alsdann Ausstrahlungswirkung entfalten.

238 Dahingehend ferner MAURENBRECHER, FS von der Crone, 579 (‹nur, falls und soweit das Privatrecht dafür Raum lässt›); und zum deutschen Recht ROTHENHÖFER, FS Hopt, 73 f.; sowie FUCHS, in: Fuchs, Vor §§ 31 ff. WpHG, Rn. 81 (jedenfalls im Sinn einer ‹dogmatischen Begründung›).

239 Vgl. in der Sache auch FUCHS, in: Fuchs, Vor §§ 31 ff. WpHG, Rn. 81.

240 Vgl. dazu aus deutscher Perspektive ausführlich FORSCHNER, 113 ff., wobei dieser meines Erachtens zu Recht an erster Stelle auf die allgemeine Unschärfe des Konzepts hinweist (vgl. 113 f.; vgl. bspw. auch MAURENBRECHER, FS von der Crone, 568; G. ROTH, in: Hb. KapitalanlageR, 3. Aufl., § 11, Rn. 11); weniger kritisch insofern SETHE, in: Hb. der Vermögensverwaltung, § 5, Rn. 294 ff., insb. Rn. 299.

des Konzepts mit einem ‹Auftrag› ausstatten will, bei der Anwendung des Privatrechts und insbesondere dessen Generalklauseln von der herkömmlichen Auslegung zu Gunsten einer verstärkten Berücksichtigung der Verhaltensnormen des FIDLEG abzuweichen[240A]. Auch die Beratungen im Parlament bieten dafür freilich kaum belastbare Anhaltspunkte[241]. Kommissionssprecher BEAT WALTI hat zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens im nationalrätlichen Differenzbereinigungsverfahren vielmehr ausdrücklich festgehalten, dass es *«bei der bestehenden Zweiteilung der zivil- und der aufsichtsrechtlichen Welt»* bleiben soll[241A]. Das Konzept der Ausstrahlungswirkung hat gleichsam auch im Licht der parlamentarischen Debatte kaum einen eigenständigen Gehalt.

160B Zusammenfassend kommen öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen in (privaten) Haftungsverhältnissen auf der Grundlage der Stufenbaulehre meines Erachtens schlicht auf dem Weg einer der vorne stehend herausgestellten vier Möglichkeiten zum Zug. Das Konzept der Ausstrahlungswirkung hat darauf keinen genuinen Einfluss.

Das hat bis vor kurzem – wohlgemerkt bei anderen (insb. aufsichts-)rechtlichen Vorgaben – auch dem Rechtsbestand in Deutschland entsprochen[242]. Allerdings scheint ein jüngeres Urteil des BGH[243], das in der Literatur mit dem Konzept der Ausstrahlungswirkung assoziiert wird[244], nunmehr weiter zu gehen. Das Gericht hält darin insbesondere fest, dass tragende Grundprinzipien des Aufsichtsrechts bei der Bestimmung des Inhalts

---

240A So auch die sogl. noch kurz zu erläuternde, jüngere deutsche Gerichtspraxis.

241 Im Zusammenhang mit dem Konzept ist vorab davon die Rede, dass der Zivilrichter das FIDLEG ‹bei der Auslegung des Privatrechts› berücksichtigen (vgl. die Äusserungen von SUSANNE LEUTENEGGER OBERHOLZER und UELI MAURER im Nationalrat [Amtl. Bull. NR 2017, 1306 und 1309]) bzw. sich davon inspirieren lassen kann (vgl. die Äusserung von GUILLAUME BARAZZONE im Nationalrat [Amtl. Bull. NR 2018, 610]). Beides muss das Privatrecht allerdings zunächst *zulassen*. Einzig die Äusserungen von MAURER im Ständerat, wonach der Zivilrichter, neben dem Zivilrecht *«selbstverständlich auch die entsprechenden Weisungen des Fidleg»* heranzuziehen hat, könnten im Sinn eines entsprechenden ‹Auftrags› gedeutet werden (vgl. Amtl. Bull. SR 2018, 132).

241A Vgl. Amtl. Bull. NR 2018, 610.

242 Vgl. die Besprechung des Entscheids des BGH, der diese Klarstellung gebracht hat, KOCH, ZBB 2014, insb. 215 m.H. u.a. auf einen Aufsatz von GRIGOLEIT. Diesem gemäss beschränkt sich die *«vom BGH praktizierte ‹Ausstrahlungswirkung› [..] darauf, dass kapitalmarktrechtliche Regeln als unverbindliche Argumentationstopoi zur Bekräftigung bzw. Ergänzung zivilrechtlicher Begründungsmuster herangezogen werden»* (vgl. das Zitat bei KOCH, a.a.O., Fn. 30 [215] m.H.).

243 BGH, NJW 2014, 2947.

244 Vgl. FUCHS, in: Fuchs, Vor §§ 31 ff. WpHG, Rn. 83a; SETHE, in: Hb. der Vermögensverwaltung, § 5, insb. Rn. 295.

des Beratungsvertrags zu berücksichtigen sind, da der Anleger dies im Rahmen des Beratungsvertrages in für die Bank erkennbarer Weise erwarten könne[245]. Dazu merkt beispielsweise HERVÉ EDELMANN Folgendes an: *«Auch wenn der Bundesgerichtshof zugleich festhält, dass es bei dem ehernen Grundsatz verbleibt, wonach aufsichtsrechtliche Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Natur keinerlei Auswirkungen auf die zivilrechtliche Haftung im Rahmen einer Anlageberatung entfalten können* [..]*, wird man vorstehende Entscheidung des BGH als Aufgabe seiner diesbezüglichen Rechtsprechung ansehen müssen* [..]*. Denn die öffentlich-rechtlichen Verhaltenspflichten von Anlageberatern gegenüber Kapitalanlegern wird man wohl stets als «tragende Grundprinzipien des Aufsichtsrechts» ansehen müssen, von welchen der Kapitalanleger erwarten kann, dass sich die beratende Bank hieran hält* [..]»[246]. Öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen, die das Verhältnis zwischen Bewilligungsträger und Kunde regeln, scheinen in das Privatrecht demnach regelmässig Eingang zu finden, jedenfalls wenn man den Filter des *«tragenden Grundprinzips»* gleich wie EDELMANN einordnet[247]. Damit geht der BGH über das hinaus, was die Einfallstore zumindest des schweizerischen Privatrechts bieten – *i.e.* nach eben erfolgten Hinweisen entsprechende Verweise des Richters oder der Parteien. Folgerichtig hätte gemäss dem Urteil auch das Konzept der Ausstrahlungswirkung eine weitergehende Bedeutung als ihm vorliegend beigemessen wird.

Mit Blick wiederum auf das Schweizer Recht sei ferner die Auffassung von BENEDIKT MAURENBRECHER erwähnt. Dieser versteht das Konzept der Ausstrahlungswirkung dahingehend, dass das Aufsichtsrecht im Privatrecht gemäss dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung im Rahmen der systematischen Auslegung Berücksichtigung finden kann, falls die ‹systematische Auslegung des Privatrechts selbst› ergebnislos bleibt und das teleologische Auslegungselement nicht dagegen spricht[247A]. Diese Auffassung soll hier nicht im Einzelnen untersucht werden. Indessen weisen wir darauf hin, dass das Konzept der Einheit der Rechtsordnung – abgesehen vom Gebot der Auflösung sog. ‹echter Normwidersprüche›[274B] – wenig gehaltvoll ist, zumal unterschiedliche Rechtsgebiete regelmässig unterschiedliche Aufgaben und Funktionen haben[247C] (die bei MAURENBRECHER im Licht seines Hinweises auf das teleologische Auslegungselement wohlgemerkt nicht unberücksichtigt bleiben). Um echte Normwidersprüche, die im schweizerischen Haftungs- und Finanzmarktaufsichtsrecht ohnehin selten sein dürften[247D], geht es MAURENBRECHER allerdings nicht. Alsdann verfolgen die beiden Rechtsgebiete in der Tat unterschiedliche Funktionen und Aufgaben (so namentlich Schadensausgleich und formale Gerechtigkeit im Haftungsrecht[247E] und Funktions- und Anlegerschutz im Finanzmarkt-

245 Vgl. BGH, NJW 2014, 2947, Rn. 36.

246 Vgl. WuB I G 1. 15.14, 3. Juni 2014 m.w.H.

247 Andere Stimmen scheinen dem Filter mehr Gewicht beizumessen, kritisieren aber, dass der BGH diesen überhaupt auf den Schild gehoben hat (vgl. bspw. FUCHS, in: Fuchs, Vor §§ 31 ff. WpHG, Rn. 83a; unkritisch dggü. SETHE, in: Hb. der Vermögensverwaltung, § 5, Rn. 295).

recht[247F]). Mithin ist fraglich, ob für den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung als Auslegungsargument Raum besteht.

161 Angesichts des Nebeneinanders von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verhaltensanforderungen besteht schliesslich die Möglichkeit von **Normwidersprüchen**[248]. Im Gefolge der vier Wege, auf denen öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im Privatrecht im Licht der Stufenbaulehre zum Tragen kommen können, sind Normwidersprüche allerdings *kaum denkbar*. Doppelnormen stellen entweder zwingendes oder dispositives Privatrecht dar. Trifft Letzteres zu, können sie durch die Parteien entweder wegbedungen werden oder kommen ergänzend zu der Parteivereinbarung hinzu. Liegen Verweisungen des Gesetzgebers, des Richters oder der Parteien vor, *ersetzen* die öffentlich-rechtlichen Regelungen etwaige entgegenstehende privatrechtliche Bestimmungen (bspw. dispositives Recht). Die vier strukturell erhärteten Möglichkeiten der Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im privaten Haftungsrecht sorgen folglich alle für eine gewisse *Koordination* zwischen den beiden Rechtsgebieten. Falls öffentliches Recht und Privatrecht unverbunden nebeneinander herlaufen, dürften sich Normwidersprüche demgegenüber eher ergeben. Das spricht im Übrigen auch dafür, der im vorliegenden Kapitel herausgearbeiteten Struktur der Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Privatrecht Nachachtung zu verschaffen.

247A Vgl. MAURENBRECHER, FS von der Crone, 579 ff. und zusammenfassend 587 (wo sich die zit. Stelle befindet).

247B Vgl. dazu vorne, Rn. 48.1 und Fn. 50.

247C Vgl. dazu ausführlich TROXLER, Universalität, 2. Kapitel, § 1 [Rn. 46 ff.] und insb. die Zusammenfassung in Rn. 90 ff.

247D Vgl. vorne, Rn. 48.1.

247E Vgl. hinten, 2. Teil / 1. Kapitel, *passim.*

247F Vgl. vorne, Rn. 68.

248 Vgl. näher vorne, Rn. 48.1.

2. Kapitel: Präzisierung der Verhaltensnormnotion

I. Vorbemerkungen / Elementare Beschreibung

Der Haupttitel vorliegender Studie lautet *‹Öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im schweizerischen (privaten) Haftungsrecht›*. Im ersten Kapitel des Grundlagenteils haben wir uns der Frage gewidmet, was *öffentlich-rechtliche Normen* sind und vor allem, wie diese strukturell in das private Haftungsrecht Eingang finden. Die Frage, was unter einer *‹Verhaltensnorm›*[249] im Einzelnen zu verstehen ist, war dabei noch nicht von Belang. Sie ist nunmehr Gegenstand des vorliegenden zweiten Kapitels. Im Hinblick auf den materiell-rechtlichen Teil geht es dabei insbesondere darum, ein besseres Verständnis über die Bedeutung zu gewinnen, die Verhaltensnormen bei der Begründung privatrechtlicher Haftungsansprüche im Allgemeinen zukommt. Gleichsam eröffnen die nachfolgenden Überlegungen unter anderem den Blick auf die mögliche(-n) Rolle(-n), die öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im privatrechtlichen Haftungstatbestand spielen. Aus methodischer Warte verfahren wir in diesem zweiten Kapitel des Grundlagenteils – wie die nachfolgenden Überlegungen näher ergeben werden – im Übrigen weiterhin weitgehend deskriptiv. 162

Im Sinn eines Ausgangspunkts lassen sich **Verhaltensnormen** vereinfacht als *Normen* beschreiben, *die den Rechtsunterworfenen ein gewisses äusseres Verhalten vorgeben*[250]. Dieses besteht entweder in einem Tun oder Unterlassen (beziehungsweise einem Nicht-Tun)[251]. Dieser Unterscheidung entsprechend haben Verhaltensnormen Gebote oder Verbote zum Gegenstand[252]. 163

---

249 Für abweichende Bezeichnungen vgl. die Hinweise zur divergenten begrifflichen Erfassung der Unterscheidung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnormen hinten, 178 m.H.

250 Vgl. NAWIASKY, 8 und 13; RÖHL/RÖHL, 223; auch PAVČNIK, ARSP 1997, 465 f. m.w.H.; ferner bspw. HART, 81; WEINBERGER, Norm, 88; vgl. auch die Aussage von SCHILD, FS Jakobs, 602, wonach ‹Verhalten› – als Regelungsgegenstand von Verhaltensnormen – ‹immer auch Äusseres voraussetzt›.

251 NAWIASKY, 8; vgl. ferner bspw. DEUTSCH, Haftungsrecht I, 45; F. KAUFMANN, 92; WEINBERGER, Norm, 88 f. und 89.

252 Vgl. WEINBERGER, Norm, 89; auch F. KAUFMANN, 92. Erlaubnisse oder auch noch Freistellungen (vgl. zu beiden Notionen ADOMEIT/HÄHNCHEN, insb. Rn. 43) kommen als Verhaltensnormen dagegen nicht in Frage, da deren Nichtbeachtung – mithin, dass davon

164 Unter *äusserem* Verhalten ist solches zu verstehen, das andere Personen wahrnehmen und von dem sie prinzipiell betroffen sein können[253] – sei dies im Fall von Handlungen, weil diese tatsächlich *«eine Veränderung der Aussenwelt nach naturkausalen Gesetzen mit sich bringen»*[254], oder im Fall von Unterlassungen, weil die gebotene Handlung ein derartige Veränderung nach sich ziehen würde.

In der praktischen Philosophie von IMMANUEL KANT hat das Recht (im Gegensatz zur Ethik) im Übrigen überhaupt *allein* äusseres Verhalten zum Gegenstand[255]. Entsprechend stellen – im Sinn des kantischen allgemeinen Rechtsgesetzes[256] – nur solche Verhaltensweisen Eingriffe in die Freiheitsphäre eines anderen dar, die in der Aussenwelt zu Tage treten. Die Diskussion, ob und inwiefern jemand auch wegen eines bestimmten ‹inneren Verhaltens› rechtlich belangt werden kann, wird jedoch weiterhin geführt[257].

165 Über diese elementare Beschreibung hinaus werden die Verhaltensnormen in der Rechtstheorie in Beziehung zu anderen *Normkategorien* gesetzt. Die wichtigsten davon werden nachfolgend dargestellt (vgl. 1. Teil / 2. Kapitel / II.). Damit gehen erste Präzisierungen der Verhaltensnormnotion einher.

166 Im Haftungsrecht stehen Verhaltensnormen ferner in einem *Haftungstatbestand,* gehören mithin zu den (materiellen) Voraussetzungen, die gegeben sein müssen, damit ein Geschädigter einen Schädiger haftpflichtig machen kann. Welche Rolle die Verhaltensnormen dabei spielen, ist Gegenstand der Überlegungen, die jenen zu den rechtstheoretischen Differenzierungen nachfolgen (vgl. 1. Teil / 2. Kapitel / III.). Dabei wird zwar vom positiven Schweizer Privatrecht *ausgegangen*. Alsdann stellen wir aber nicht einfach auf dieses ab. Aus Gründen, die noch näher darzulegen sind,

---

nicht Gebrauch gemacht wird – folgenlos bleibt, also auch *nicht* die Anwendung von Sanktionsnormen zur Folge hat.

253 Vgl. bspw. auch BLÖSER, 29 (im Zusammenhang mit der kantischen Zurechnungslehre), wobei *«Handlungen»* (zurechenbare) Unterlassungen mitumfassen dürften (vgl. DIES., 32).

254 BLÖSER, 29.

255 *«Der Begriff des Rechts* [..] *betrifft* [..] *nur das äußere und zwar praktische Verhältnis einer Person gegen eine andere,* [..]» (KANT, MdS, 230 [Hervorhebung MK]); vgl. ferner bspw. BLÖSER, 29 f.; HAAS, FS Müller-Graff, 44; oder BYRD/HRUSCHKA, insb. Fn. 42 (55); und aus der rechtswissenschaftlichen Literatur (in Bezug auf die sog. ‹innere Fahrlässigkeit›) bspw. auch STATHOPOULOS, FS Larenz, 634 f.

256 Vgl. hinten, Rn. 387 m.H.

257 So bspw. im Kontext der strafrechtlichen Diskussion um gewisse ‹besondere› subjektive Tatbestandsmerkmale, die über das Vorsatz- und Fahrlässigkeitserfordernis hinausgehen, wie Absichten, Beweggründe oder Gesinnungen (vgl. dazu kurz hinten, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 7. / C. / c. / dd)).

erfolgt vielmehr eine Darstellung, die in anderen Normensystemen anschlussfähig ist, vorab – selbstredend – in jenem des öffentlichen Rechts.

II. Verhaltensnormen als Normkategorie

1. Verhaltensnormen und Ermächtigungs- sowie Verweisungsnormen

Die Kategorien der Ermächtigungs- und der Verweisungsnormen wurden im Zusammenhang mit der Stufenbaulehre bereits dargestellt. Der Fokus lag dabei auf der Darstellung der Strukturen, denen gemäss öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im privaten Haftungsrecht Anwendung finden. Die Ermächtigungs- und Verweisungsnormen des privaten Haftungsrechts bieten dazu Hand. 167

Nachfolgend geht es um das Verhältnis der Normkategorien der ‹Ermächtigungs- und Verweisungsnormen› zu der Normkategorie der ‹Verhaltensnormen›. Dabei erinnern wir uns zunächst an die folgenden Überlegungen: 168

Ermächtigungsnormen dienen der Normerzeugung. Sie legen die Bedingungen fest, unter denen eine Norm gültig zur Entstehung gebracht werden kann. Adressaten sind der Gesetzgeber, der Richter oder Private. 168.1

Verweisungsnormen unterscheiden sich von Ermächtigungsnormen dadurch, dass der Richter im Rahmen ersterer *nie* als *genuiner* Normerzeuger fungiert. Im Rahmen der Zweiteren ist diese Möglichkeit demgegenüber (zumindest residual) vorgesehen. Liegt eine Verweisungsnorm vor, ist dem Richter stets aufgegeben, eine bereits erzeugte Regelung beizuziehen (oder eben nicht, falls [etwaige] Verweisungskriterien nicht gegeben sind). Handelt es sich dabei um eine Regelung aus einem anderen Normensystem (*in casu* des öffentlichen Rechts), kann davon gesprochen werden, dass die Verweisungsnorm eine ‹Erzeugung› der Regelung in dem Normensystem zur Folge hat, in das sie übernommen wird (*in casu* das private Haftungsrecht)[258]. 168.2

[258] Entsprechend wird der Verweisungsnorm des § 823 Abs. 2 BGB die Funktion zugedacht, das Deliktsrecht weiterzuentwickeln, indem die Verweisung es erlaubt, an Entwicklungen teilzunehmen, die ausserhalb des Deliktsrechts stattfinden.

169 Bei den Ermächtigungsnormen und den Verweisungsnormen handelt es sich um etwas ***«prinzipiell anderes»*** als bei den Normen, für deren Erzeugung sie sorgen[259]. Die erzeugten Normen kommen ihrerseits vorab als *Verhaltensnormen* daher. Diese stehen in der theoretischen Diskussion um das Verhältnis von Verweisungs- und/oder Ermächtigungsnormen und Normen, die auf deren Grundlage erzeugt werden, denn auch ganz im Vordergrund[260].

170 In der ‹Haftungsnorm›, die wir sogleich – ab Beginn des nachfolgenden Unterkapitels – näher beschreiben werden, stehen neben den Verhaltensnormen Sanktionsnormen sowie weitere Haftungselemente, die *keine* Verhaltensregelung betreffen. Diesen liegen ebenfalls Ermächtigungsnormen zu Grunde[261] (sowie je nach Ausgestaltung der einschlägigen positivrechtlichen Regelung auch Verweisungsnormen). Die *Erzeugungsmodalitäten* von Verhaltensnorm, Sanktionsnorm und übrigen Haftungselementen sind freilich nicht zwingend dieselben.

Das belegen die folgenden beiden Begebenheiten: Erstens können die Parteien aufgrund einer an sie gerichteten Ermächtigungsnorm gewisse Regelungen selber treffen, bei gegebenen Voraussetzungen namentlich ihre vertraglichen Pflichten, deren Verletzung eine Haftungsvoraussetzung darstellt (vgl. Art. 97 Abs. 1 OR). Andere Haftungsvoraussetzungen sind der Regelungsgewalt der Parteien demgegenüber entzogen, da sie durch den Gesetzgeber zwingend vorgegeben werden[262]. Zweitens werden gewisse Haftungsvoraussetzungen von Gesetzes wegen in relativ unbestimmter Weise festgehalten[263], derweil die gesetzlichen Vorgaben bezüglich anderer Haftungsvoraussetzungen bestimmter sind[264]. Wenn gemäss der Stufenbaulehre auch in beiden Fällen von einer Ermächtigung des Richters auszugehen ist (da die Normerzeugungskette erst bei der individuellen Entschei-

---

259 So ADOMEIT/HÄHNCHEN, Rn. 51; ferner bspw. BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre, 199 (‹ein grösserer Unterschied ist kaum denkbar›); R. WALTER, 25 (‹wesentlicher Unterschied›); vgl. ferner bereits die H. vorne in Fn. 230.

260 Vgl. bspw. ADOMEIT/HÄHNCHEN, Rn. 51 ff.; BUCHER, Subjektives Recht, 51; BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre, insb. 199; HART, insb. 81; MERKL, 281.

261 Vgl. insb. auch R. WALTER, 25 ff., der im Rahmen seiner Unterscheidung zwischen ‹Zwangsnorm› und ‹Zwangsnormerzeugungsregel› ausdrücklich davon ausgeht, dass erstere neben der Sanktion (‹Zwangsakt›) auch etwaige Bedingungen enthält, die gegeben sein müssen, damit die Sanktion ausgesprochen werden kann, inklusive der Regelung des *«Verhaltens, auf dessen Hintanhaltung die Rechtsordnung gerichtet ist»*.

262 So bspw. die nachfolgend unter der Überschrift ‹Zurechnung zur Schuld› zu behandelnde Urteilsfähigkeit (vgl. Art. 16 und 18 ZGB).

263 Bspw. die vom Geschäftsherrn gemäss Art. 55 Abs. 1 OR geforderte Sorgfalt.

264 Bspw. ist in Art. 399 Abs. 2 OR, der einen ähnlichen Regelungsgegenstand wie Art. 55 Abs. 1 OR hat, konkreter davon die Rede, dass der Auftraggeber ‹nur für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten› haftet.

dungsnorm endet), ist je nachdem mithin von einem eher grossen oder eher kleinen Ermessensspielraum des Richters bei der Normerzeugung auszugehen.

171 Mit anderen Worten verlassen wir mit dem nachfolgenden Unterkapitel die (dynamische) Ebene der Normerzeugung und wenden uns der (statischen) Ebene der Betrachtung der ‹erzeugten Haftungsnorm› zu. Dabei wird grundsätzlich von generell-abstrakten Haftungsnormen ausgegangen, die freilich auf individuelle oder gar individuell-konkrete Regelungen abstellen, namentlich wenn es um vertragliche Pflichten geht. Mithin ist auch die Perspektive eine andere als im Rahmen der Darstellung der Stufenbaulehre, die den Fokus auf die Perspektive des Richters legte, der letztlich individuelle Entscheidungsnormen zu setzen hat. Diese Perspektive wird nunmehr verlassen, zumal das Ziel, das ihr zu Grunde lag, erreicht, scil. die Struktur, welcher gemäss die Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im privaten Haftungsrecht vor sich geht, offen gelegt werden konnte. Der Fokus liegt nunmehr vielmehr auf generell-abstrakten Haftungsnormen, so wie sie vom Gesetzgeber gesetzt werden.

172 Zunächst kommen wir aber auf den im Grundlagenteil gegebenen Hinweis zurück, wonach *an die Ermächtigungen und Verweisungen regelmässig bestimmte Bedingungen beziehungsweise Kriterien geknüpft sind*. Regelungen, die entstehen, ohne dass diese **Vorgaben** beachtet werden, sind ‹ungültig›[265], das heisst – auf vorliegenden Zusammenhang gemünzt – insbesondere, dass die Inbezugnahme öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen nicht gelingt. Im Allgemeinen stellen zum Beispiel die Bedingungen der an die Privaten gerichteten Ermächtigungsnorm, für sich vertragliche Regelungen zu treffen – wie etwa die Handlungsfähigkeit (vgl. Art. 12 ZGB) –, entsprechende Vorgaben dar. Ferner ist man sich in der Schweizer Praxis und Doktrin beispielsweise weitgehend einig, dass die ausgelegte Vorschrift des Art. 41 Abs. 1 OR gemäss dem darin enthaltenen Widerrechtlichkeitserfordernis eine Verweisung auf sog. ‹Schutznormen› vornimmt, wenn es um die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden geht[266]. Damit solche Schutznormen zum Zug kommen, müssen

---

265 In Bezug auf Ermächtigungsnormen ist regelmässig davon die Rede, dass die Regelungen, die entgegen den einschlägigen Bedingungen entstehen, anfechtbar oder nichtig sind, vgl. sogl., Rn. 174 ff. m.H. Stehen Verweisungsnormen in Frage, ist in vorliegendem Zusammenhang vorab an den Fall zu denken, in dem ein Richter eine öffentlich-rechtliche Verhaltensnorm zur Anwendung bringt, ohne dass die gesetzlich vorgegebenen Verweisungskriterien erfüllt sind. Ein solcher Entscheid ist gesetzeswidrig, infolgedessen die betroffenen Parteien ihn – gemäss einschlägigem, positivem Zivilprozessrecht – auf dem Rechtsmittelweg anfechten können.

266 Vgl. dazu und zum Folgenden hinten, 2. Teil / 3. Kapitel, *passim*.

bestimmte Kriterien erfüllt sein, unter anderem den Schutznormen ein sog. ‹Individualschutzzweck› innewohnen.

173 Diese Vorgaben sind von den ‹erzeugten› Normen gleichermassen unterscheidbar wie die Ermächtigungen oder Verweisungen selbst. FRANZ BYDLINSKI bringt das betreffend die Ermächtigungsnormen auf den Punkt, wenn er festhält, dass dabei *«selbstverständlich auch an jene Regeln zu denken* [ist], *die eine erteilte Ermächtigung an bestimmte Voraussetzungen knüpfen und dadurch beschränken»*[267].

174 In diesem Zusammenhang steht schliesslich eine **Eingrenzung des Gegenstands vorliegender Arbeit**. Dabei geht es um deren vertragsrechtlichen Teil. Öffentlich-rechtliche Normen spielen nicht nur bei der Begründung von Leistungspflichten eine Rolle, deren Verletzung alsdann zu Schadenersatzansprüchen führen kann. Ihre zweite wichtige Funktion besteht – in gewissem Sinn gegenteilig – darin, Leistungspflichten an ihrer Entstehung zu hindern. Diese – sog. *‹rechtshindernde›*[268] – *Funktion* kommt im positiven schweizerischen Recht dadurch zum Ausdruck, dass vertragliche Vereinbarungen, die einen widerrechtlichen Inhalt haben, mit der Nichtigkeitsfolge belegt werden (vgl. Art. 20 Abs. 1 OR)[269].

175 Die Funktion lässt sich als Bedingung einordnen, welche die an die Privaten gerichtete Ermächtigungsnorm beschränkt, ihre Verhältnisse selber zu regeln[270]. Sie lautet, dass die von den Privaten gesetzten Regelungen inhaltlich nicht gegen die fraglichen Normen verstossen dürfen. Ein Verstoss zieht entsprechend nicht wie bei den öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen eine Sanktion (vorliegend eine Schadenersatz-

---

267 Juristische Methodenlehre, 197; vgl. betreffend die Verweisungskriterien auch bereits vorne, Rn. 119 m.H.; sowie bspw. auch BUCHER, Subjektives Recht, 51, wenn er die eben erwähnte Handlungsfähigkeit den sog. ‹mittelbaren Normen› zuordnet, die er den sog. ‹unmittelbaren Normen› entgegensetzt, welche ihrerseits unter anderem durch die Parteien gesetzte Verhaltensregelungen betreffen (in der Sache ähnlich ADOMEIT/HÄHNCHEN, Rn. 55).

268 Vgl. zum Attribut ‹rechtshindernd› insb. ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 102, Rn. 8 ff. m.H., die u.a. § 134 BGB, die Parallelvorschrift zu Art. 19/20 OR, zu den von ihnen sog. ‹rechtshindernden Normen› zählen.

269 Vgl. zur Behandlung von Verträgen, deren Inhalt gegen öffentlich-rechtlichen Vorschriften verstösst, im schweizerischen Privatrecht ausführlich ROUILLER, *passim*.

270 So ADOMEIT/HÄHNCHEN, Rn. 52. Ferner dürften sie sich der in der Normentheorie bisweilen angeführten Kategorie der einschränkenden Rechtsnormen zuordnen lassen, vgl. RÜTHERS/FISCHER, Rn. 135, und LARENZ, Methodenlehre, 259 f.

pflicht[271]) nach sich, sondern die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit des Normerzeugungsakts[272].

Haben öffentlich-rechtliche Normen *allein* eine solche rechtshindernde Funktion, können sie vom Gegenstand vorliegender haftungsrechtlicher Arbeit ausgeschlossen werden. Sie gebieten oder verbieten in diesem Fall im Sinn der zum Ausgangspunkt genommenen Beschreibung der Verhaltensnormnotion noch nicht einmal ein bestimmtes Verhalten[273]. Allerdings kommt diese Funktion auch den bereits erwähnten Doppelnormen zu, sofern diese zwingendes Recht darstellen. Diese sind durchaus Bestandteil der Studie. Es handelt sich dabei um Normen, die *gleichzeitig* ein Verhalten vorschreiben *und* die Parteien an der Möglichkeit hindern, eine entgegenstehende Regelung zu treffen[274]. Auch wenn die ‹positive› Verhaltensregelung in hiesigem Zusammenhang im Vordergrund steht, ist auf die rechtshindernde Funktion von Doppelnormen zurückzukommen, wenn es um die Rolle ausländischer öffentlich-rechtlicher Normen gehen wird[275]. 176

Nunmehr wenden wir uns aber der Haftungsnorm zu, die zunächst Verhaltens- und Sanktionsnormen enthält. 177

271 Vgl. sogl.

272 ADOMEIT/HÄHNCHEN, Rn. 52, ferner Rn. 55; RENZIKOWSKI, FS Gössel, 13; vgl. auch bereits MERKL, 272.

273 Vgl. insofern auch VERDE, Straftatbestände, Rn. 384.

274 Im rechtstheoretischen Schrifttum wird die Möglichkeit von zwingenden Normen, die zugleich eine Verhaltensregelung treffen, bspw. von W. BURCKHARDT, Methode, 176 ff., oder von WEINBERGER, Norm, 95, in Betracht gezogen.

275 Vgl. hinten, insb. Rn. 1142.

2. Verhaltensnormen und Sanktionsnormen

178 Die Unterscheidung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnormen ist im rechtstheoretischen Schrifttum verbreitet[276] und wird bisweilen als weitgehend[277] oder gar allgemein[278] anerkannt bezeichnet. Nicht einheitlich sind die Begriffe, anhand welcher die Unterscheidung erfasst wird. So ist nicht allein von Verhaltens- und Sanktionsnormen[279] die Rede, sondern auch von primären und sekundären Normen[280], von Verhaltensnormen und Straf- sowie Belohnungsnormen[281], von Verhaltensregeln- und Zurechnungsregeln[282], von Norm und Strafgesetz[283] sowie – insbesondere in der neueren Literatur – auch von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen[284].

179 Auch nicht einheitlich ist der Inhalt der *Sanktionsnormen,* wobei sich insbesondere zwei Traditionen mit je einem verschiedenen Fokus unterscheiden lassen dürften[285].

180 In der Tradition der sog. *‹Imperativentheorie›* handelt es sich in einer allgemeinen Umschreibung um Normen, die sich an **andere Personen** als die Adressaten der Verhaltensnormen richten und diesen ein **Einschreiten** (zumindest) **gestatten**, falls die Verhaltensnormen nicht eingehalten werden[286].

---

276 Die Unterscheidung lässt sich bis auf HOBBES zurückführen, wobei BENTHAM als deren eigentlicher Begründer gilt (vgl. zur Entwicklungsgeschichte u.a. RENZIKOWSKI, FS Gössel, 4 ff. m.w.H.); in der Deutschen Strafrechtsdogmatik ist sie unmittelbar mit dem Namen BINDING verknüpft (so DERS., a.a.O., 3; dazu, ob und inwiefern BINDING auf HOBBES und BENTHAM abstellt, DERS., a.a.O., 4; zur Unterscheidung bei BINDING und deren Aufnahme in der deutschen Strafrechtsdoktrin vgl. u.a. GÜNTHER, 154 ff.). Vgl. zu den beiden Traditionen ferner sogl. hinten.

277 So – für die Strafrechtstheorie – AST, 10.

278 So ENGISCH, Einführung, Fn. 22 (60).

279 DÖRNER, JuS 1987, 324 f.; RÖHL/RÖHL, 223; VOGEL, Norm und Pflicht, 27 ff.; SCHULTZ, SR AT I, 23 ff., spricht sodann von Verhaltensnormen, nicht aber von Sanktionsnormen, sondern nur von Sanktionen; vgl. ferner die H. bei GOTZLER, Fn. 109 (143).

280 BUCHER, Subjektives Recht, 51 f.; GÜNTHER, 154 ff., insb. 155 f. m.w.H.; F. KAUFMANN, 91 ff.; NAWIASKY, 13 f. und 99 ff.

281 WEINBERGER, Norm, 88 ff.

282 HRUSCHKA, Rechtstheorie 1991, 450 ff. und *passim*.

283 So BINDING, vgl. VERDE, Straftatbestände, 114 m.H.

284 Vgl. ENGISCH, Einführung, Fn. 22 (60) m.w.H.; FUNKE, Allgemeine Rechtslehre, Fn. 350 (266) m.w.H.; RENZIKOWSKI, FS Gössel, 3 ff. m.w.H.; auch DÖRNER, JuS 1987, 324 m.w.H.

285 So in der Sache bspw. VOGEL, Pflicht und Norm, 27 f.

286 RÖHL/RÖHL, 223.

Den Vertretern der *herkömmlichen* Imperativentheorie ginge selbst eine solche Formulierung *als Erlaubnis* zu weit. Sie halten nämlich *sämtliche* Rechtsnormen für Sollenssätze. Die Unterscheidung von Verhaltens- und Sanktionsnormen wird entsprechend ebenfalls anhand von Sollenssätzen ausgedrückt. Dabei richten sich die Normen an unterschiedlichen Adressaten – die Verhaltensnormen an das Publikum (‹Du sollst nicht töten›) und die Sanktionsnormen (grundsätzlich[287]) an den Rechtsstab (‹Du sollst jeden Mörder mit lebenslänglicher Freiheitsstrafe bestrafen›)[288]. Im Übrigen folgen wir der herkömmlichen Imperativentheorie auch insofern nicht, als diese die Unterscheidung zwischen Verhaltensnormen und Ermächtigungs- sowie Verweisungsnormen, die wir auf Grundlage der Stufenbaulehre getroffen haben, traditionell nicht abzubilden vermag[289].

Im *Strafrecht* – in dessen Zusammenhang die Unterscheidung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnormen wohlgemerkt vorab diskutiert wird – steht fest, dass sich die Sanktionsnormen an den *Rechtsstab* richten. Dieser spricht bei Verletzung der Verhaltensnorm (und sofern die weiteren einschlägigen Voraussetzungen gegeben sind) eine Strafe aus[290]. Demgegenüber schliesst im *Haftungsrecht* an die Verletzung der (primären) Verhaltensnorm zunächst eine Schadenersatzpflicht an. Diese wird ihrerseits anhand einer (sekundären) Verhaltensnorm erfasst, die ebenfalls als an den Schädiger gerichtet angesehen werden kann (‹Du sollst dem Geschädigten Schadenersatz leisten›). Erst sobald dieser auch die sekundären Verhaltensnormen verletzt, kommt die an den Rechtsstab gerichtete Sanktionsnorm zum Tragen[291]. In der Unterscheidung zwischen primären- und sekundären Verhaltensnormen kommt dabei zugleich die zivilrechtliche Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundäransprüchen beziehungsweise Erfüllungs- und Schadenersatzansprüchen zum Ausdruck[292]. 181

---

287 Vgl. freilich auch noch sogl.

288 So bereits BENTHAM (vgl. RENZIKOWSKI, FS Gössel, 7 f., woher auch die Bsp. stammen, sowie DERS., Normentheorie, 115 und 117 f. m.w.H.), der für den Begründer der Imperativentheorie gehalten wird (vgl. nur RÖHL/RÖHL, 230).

289 Die Unterscheidung zwischen Verhaltensnormen und Ermächtigungs- sowie Verweisungsnormen in Verabschiedung der Imperativentheorie wird in der Literatur gleichsam als eine der hervorragenden Leistungen von HART angesehen (vgl. bspw. BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre, 198 f.); allerdings lassen sich auch versöhnliche Positionen vertreten (vgl. ENGISCH, Einführung, 60 f. inkl. Fn. 24 (61); ferner BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre, 198). Einen anderen Aspekt der Imperativentheorie greifen wir dggü. durchaus auf (vgl. hinten, Fn. 309 m.H.).

290 Vgl. statt Vieler RÖHL/RÖHL, 223; VOGEL, Norm und Pflicht, 27 f.

291 Vgl. RÖHL/RÖHL, 223.

292 Vgl. dazu BUCHER, Subjektives Recht, 110 ff. m.w.H., u.a. auch auf die Unterscheidung zwischen *‹antedecent rights›* und *‹remedial rights›* in der *Common Law* Doktrin. Die Unterscheidung zwischen (primären) Leistungsansprüchen und (sekundären) Schadenersatz-

182 Bei den Erfüllungsansprüchen schliesst an die Verletzung der (primären) Verhaltensnorm sogleich die an den Rechtsstab gerichtete Sanktionsnorm an (‹Du sollst den Schuldner zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflicht verurteilen›). Parallel dazu kann – in Abweichung zu den eben erfolgten Überlegungen – auch *bereits* die Schadenersatzpflicht der Sanktionsnorm zugeordnet werden. Dazu sind im Licht eingangs erfolgter Umschreibung freilich die *Geschädigten* als Adressaten der Sanktionsnorm zu betrachten; mit anderen Worten gestattet ihnen diese, im Fall der Verletzung einer Verhaltensnorm durch den Schädiger einzuschreiten, *scil*. den Richter anzurufen.

183 Der haftungsrechtliche Rechtssatz ist damit erstellt; staatlichen Zwangs in Form einer an den Rechtsstab gerichteten Sanktionsnorm bedarf es insofern nicht[293]. Entsprechend lässt sich die Schadenersatzpflicht der Sanktionsnorm zuordnen. Zu demselben Ergebnis kommt übrigens auch die herkömmliche Haftungsrechtsdoktrin, wenn sie die Schadenersatzpflicht im Rahmen des haftungsrechtlichen Rechtsatzes als Rechtsfolge einordnet (während die Verhaltensnorm als Haftungsvoraussetzung als dem Tatbestand zugehörig erachtet wird)[294].

Bisweilen werden in der Doktrin weitergehend auch das Schadenselement sowie die sog. haftungsausfüllende Kausalität als Rechtsfolge eingeordnet[295]. Zweiteres Element ist allerdings nicht zwingend von Bedeutung, wenn – wie vorliegend – eine Einstandspflicht für reine Vermögensschäden in Frage steht[296]. Im Übrigen gehen wir auf die Diskussion nicht ein; sie bestätigt in vorliegendem Zusammenhang höchstens die noch zu leistende Feststellung, dass sich das Haftungselement des Erfolgs in Form eines (reinen) Vermögensschadens von der Verhaltensnorm loslösen lässt[297].

184 Die zweite Tradition zur Bestimmung des Gehalts der Sanktionsnormen geht auf KARL BINDING zurück. Dieser Tradition gemäss handelt es sich bei den Sanktionsnormen im Allgemeinen um Normen, die anordnen, **unter welchen Voraussetzungen ein Verstoss gegen eine Verhaltensnorm zu welchen Rechtsfolgen**

---

ansprüchen wird in der schweizerischen Vertragsrechtdoktrin regelmässig verwendet (vgl. bspw. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Bd. II, Rn. 2846).

293 Vgl. BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre, 196 f.; auch BUCHER, Subjektives Recht, 111; und RÖHL/RÖHL, 190.

294 Vgl. insb. DEUTSCH, Haftungsrecht I, 41; ferner ENGISCH, Einführung, 70.

295 So in der Schweiz insb. ROBERTO, Schadensrecht, 108 f. und 126 m.w.H.; vgl. ferner bspw. GOTZLER, 144 f., der die beiden Elemente der Sanktionsnorm zuordnet.

296 Vgl. hinten, Rn. 279 mit Fn. 496.

297 Vgl. hinten, 1. Teil / 2. Kapitel / III. / 5.

führt[298]. Die Verhaltensnorm schreibt im Sinn vorne stehender Umschreibung den Rechtsunterworfenen auch hier ein bestimmtes äusseres Verhalten vor.

Damit steht zunächst fest, dass die *eigentliche Sanktion* – im haftungsrechtlichen Zusammenhang die Schadenersatzpflicht[299] – auch gemäss dieser Tradition Bestandteil der Sanktionsnorm ist. Eine der durch die Sanktionsnorm festgehaltenen Voraussetzungen ist sodann die Verletzung einer *Verhaltensnorm*. Daraus folgt eine Differenzierung der beiden Normkategorien[300] – schon nur im Licht der Unterscheidung von Aussage (Sanktionsnorm) und Bezugsobjekt (Verhaltensnorm bzw. Verstoss gegen dieselbe)[301]. Zu der Verhaltensnorm kommen *weitere Haftungsvoraussetzungen* hinzu, die – im Gegensatz zur Verletzung der Verhaltensnorm – im Allgemeinen der Sanktionsnorm zugeordnet werden[302]. 185

Steht – wie hier – die Präzisierung der Verhaltensnormnotion in Frage, interessiert die **Abgrenzung der Verhaltensnorm zu diesen weiteren Haftungsvoraussetzungen** näher. In der Rechtstheorie finden sich (mindestens) zwei Vorschläge, wie diese zu leisten ist. 186

Erstens wird auf die Unterscheidung der Sprachtheorie zwischen präskriptiven (bzw. genauer imperativen[303]) und askriptiven Sätzen abgestellt[304]. Erstere schreiben ein bestimmtes Verhalten *vor*. In hiesigem Zusammenhang treten sie als positivrechtliche Gebote oder Verbote in Erscheinung und zeichnen ein Verhalten als rechtlich richtig oder unrichtig aus. Letztere zielen darauf ab, jemanden für äussere Begebenheiten verantwortlich zu machen, insbesondere für dessen äusseres Verhalten. Diese Begebenheiten werden ihm gleichsam *zu*geschrieben. Die Sätze, aufgrund welcher 187

298 Vgl. RENZIKOWSKI, ARSP 2001, 122; ferner APPEL, KritV 1999, 307; A. SCHNEIDER, 37 f.; VOGEL, Norm und Pflicht, 27.

299 So A. SCHNEIDER, 37; vgl. ferner DÖRNER, JuS 1987, insb. 525; VERDE, Straftatbestände, Rn. 111.

300 Vgl. ferner nur VERDE, Straftatbestände, Rn. 113 m.w.H.

301 Vgl. zu dieser Unterscheidung im Allgemeinen hinten, Rn. 211 m.H.

302 Vgl. bspw. A. SCHNEIDER, 37 f.

303 Vgl. hinten, insb. Rn. 350 m.H.

304 Vgl. dazu und zum Folgenden VOGEL, Norm und Pflicht, 27 f. inkl. Fn. 13 m.w.H.; ferner APPEL, KritV 1999, 307 m.w.H.

die Zurechnung erfolgt (sog. ‹Zurechnungsregeln›[305]), sind ebenso wie die Verhaltensgebote und -verbote regelmässig durch das positive Recht vorgegeben[306].

188 Die Zurechnungsregeln können *nota bene* auch Verhaltensnormen beinhalten, solange man der vorne zum Ausgangspunkt genommenen Beschreibung folgt. Die vorliegend relevante Unterscheidung kommt im *Zweck* zum Ausdruck, der präskriptiven und askriptiven Sätzen im Rechtszusammenhang je zukommt. Entweder wird ein Verhalten vor dem Hintergrund der Ziele, die in einem bestimmten Rechtsgebiet verfolgt werden, kategorisch verboten oder geboten (auch wenn eine Person alsdann dafür *nicht* zwingend verantwortlich gemacht werden kann). Oder ein Verhalten wird in den Haftungstatbestand aufgenommen, um eine Aussage über die Zurechnung eines *anderen,* nämlich des kategorisch gebotenen oder verbotenen Verhaltens machen zu können[307].

189 *Zweitens* wird insbesondere in der Strafrechtsdoktrin an die sog. ‹Bestimmungsfunktion› von Verhaltensnormen angeknüpft. Danach werden die Rechtsunterworfenen aufgefordert, ein (gemäss der sog. ‹Bewertungsfunktion›) positiv bewertetes Verhalten tatsächlich auch an den Tag zu legen[308]. Mit anderen Worten werden sie zu einem solchem Verhalten ‹bestimmt›. *Arguendo* erfüllen Verhaltensnormen diese Funktion jedoch nur, sofern *eine Person in einer konkreten Situation überhaupt die Möglichkeit hat, sich an der fraglichen Verhaltensnorm auszurichten* (Parömie: *ultra posse nemo obligatur*)[309]. Je nachdem ob Haftungsvoraussetzungen mit Rücksicht auf diese Möglichkeit die Bestimmung des Verhaltens eines konkreten Schädigers betreffen,

---

305 VOGEL, Norm und Pflicht, Fn. 13 (S. 28).

306 Vgl. VOGEL, Fn. 13 (S. 28); und in der Sache PUPPE, Juristisches Denken, 49 f. Für Bsp., in denen eine beso. Abhängigkeit vom positiven Recht besteht, vgl. hinten, Rn. 260, 267 und 271.

307 So in der Sache auch VOGEL, Norm und Pflicht, 80. Paradigmatisch dafür stehen die hinten näher zu erläuternden ‹Sorgfaltsobliegenheiten› im Vergleich zu den Verhaltensvorgaben auf der Stufe der ‹Pflichtverletzung› (vgl. dazu insb. Rn. 249 ff.).

308 Vgl. bspw. ESER, 44 ff.; A. SCHNEIDER, 36; beide m.w.H.

309 Vgl. A. SCHNEIDER, 41. Ferner lassen sich diese Überlegungen auf die Grundlage der sog. Imperativentheorie stellen, die gleichsam auf die Bestimmungsfunktion der Verhaltensnorm abstellt, und zwar – mit den Worten von RENZIKOWSKI – wie folgt: *«Gemäß der Funktion der Verhaltensnormen, das Handeln der Normadressaten zu steuern, muss die Normverletzung von der Fähigkeit des Normadressaten abhängen, die Verpflichtung zu erfüllen»* (Normentheorie, 125; vgl. ferner 133 f.; je m.H.; sowie die H. von VERDE, Rn. 159). Vgl. schliesslich bspw. auch FREUND, MünchKommStGB, Vor. §§ 13 StGB, Rn. 135 ff. m.w.H.; und – nicht zum Straf- sondern zum (deutschen) Deliktsrecht – DEUTSCH, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 448 m.w.H.; WAGNER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 823, Rn. 53 f. m.w.H.

können diese alsdann auf die Verhaltens- *oder* die Sanktionsnorm aufgeteilt werden[310].

Die *Operationalisierung* der Kriterien gemäss den beiden Vorschlägen hat meines Erachtens über die Diskussion der einzelnen Voraussetzungen zu erfolgen, die in den einschlägigen positivrechtlichen Haftungstatbeständen stehen. Entsprechend kommen wir im Rahmen der sogleich nachfolgenden Ausführungen, welche die Rolle der Verhaltensnorm im Haftungstatbestand beleuchten, darauf zurück. Eine andere Frage ist im Übrigen, ob und inwiefern das positive schweizerische Recht im Rahmen konkreter Haftungsvoraussetzungen, namentlich jener der ‹Widerrechtlichkeit› (vgl. Art. 41 Abs. 1 OR), auf die den beiden Vorschlägen zu Grunde liegenden Überlegungen abstellt. Insofern verweisen wir auf den materiell-rechtlichen Teil. 190

III. Verhaltensnormen im Haftungstatbestand

1. Vorbemerkungen zur nachfolgenden ‹Skelettierung› des Haftungstatbestands

A. Ausgangslage / Erfordernis rechtssystemunabhängiger Begriffe

Abgesehen von der Beschreibung, wonach Verhaltensnormen den Rechtsunterworfenen ein gewisses äusseres Verhalten vorschreiben, haben wir die Bedeutung der Verhaltensnormen bis anhin *negativ* präzisiert, nämlich in Abgrenzung zu den Ermächtigungs- sowie Verweisungsnormen und den Sanktionsnormen. 191

Hinsichtlich ersterer wurde festgehalten, dass sie die Normerzeugung regeln und mithin auf einer kategorial anderen Ebene als die erzeugten Normen stehen. Das gilt mit Blick auf sämtliche Bestandteile der Haftungsnorm, mithin die Verhaltensnormen, die haftungsrechtlichen Rechtsfolgen sowie etwaige übrige Vorschriften, die im Haftungstatbestand stehen. 191.1

Die Sanktionsnormen decken zumindest die haftungsrechtlichen Rechtsfolgen ab – d.h. die Schadenersatzpflicht. Darüber hinaus finden sich in der Literatur Kriterien, anhand welcher weitere Haftungsvoraussetzungen von der Verhaltensnorm losgelöst werden können, die – wie eben herausgestellt – allerdings mit Rücksicht auf die einzelnen Haftungsvoraussetzungen zu diskutieren sind. 191.2

310 Ebenso geht namentlich A. SCHNEIDER vor, vgl. 40 ff.

192 Um eine weitere Präzisierung der Verhaltensnormnotion zu erreichen, sind folglich die Voraussetzungen zu beleuchten, die vorhanden sein müssen, damit die Schadenersatzpflicht eintritt. Diese werden bisweilen anhand der Notion der **‹Tatbestandsnorm›** erfasst[311].

193 Verhaltensnorm und Tatbestandsnorm unterscheiden sich, sobald eine der Verhaltensnorm widersprechende Handlung oder Unterlassung *für sich allein nicht* die Anwendung der Sanktionsnorm zur Folge hat, sondern dazu *weitere Voraussetzungen* gegeben sein müssen[312]. Dass dies gemäss dem positiven Privatrecht der Fall ist, liegt auf der Hand. Es genügt ein Blick auf den Wortlaut der beiden Grundtatbestände des Haftungsrechts, *i.e.* Art. 41 Abs. 1 OR (Deliktsrecht) und Art. 97 Abs. 1 OR (Vertragsrecht). Diese setzen zunächst ‹Widerrechtlichkeit› beziehungsweise eine ‹ausbleibende oder nicht gehörige Erfüllung› voraus, mithin die *Verletzung einer Pflicht,* die ohne Weiteres durch Verhaltensnormen festgehalten wird[313]. Zudem werden ‹Absicht› oder ‹Fahrlässigkeit› bzw. ein ‹Verschulden› sowie ein ‹Schaden› postuliert, und zumindest gemäss Art. 97 Abs. 1 OR auch ein kausales Element (‹daraus entstanden›), das im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR unbestritten ebenfalls gegeben sein muss.

194 Falls vorliegende Studie ihren Blick *allein* auf das *positive private Haftungsrecht der Schweiz* richten würde, könnte die Verhaltensnormnotion auf Grundlage dieser positiven Haftungsvoraussetzungen diskutiert werden. Dem ist jedoch nicht so, denn es

311 Vgl. LARENZ, Methodenlehre, 251 ff.

312 So F. KAUFMANN, 92, gemäss welchem der Eintritt einer Sanktion meist von einer Fülle von Ereignissen abhängig gemacht wird, wobei in diesen Ereignissen auch die Handlungen oder Unterlassungen des Pflichtsubjekts selbst enthalten sein können; und GOTZLER, der zwischen Verhaltens- und Sanktionsnormen sowie ‹Anerkennungsnormen› und ‹übrigen Zurechnungselementen› unterscheidet (vgl. 143 ff.); vgl. auch WEINBERGER, der die Auslösung der ‹Straf- und Belohnungsregel› von neben dem Bruch mit der ‹Verhaltensregel› weiteren Bedingungen abhängig macht (Norm, 88 f.). Bisweilen werden allerdings – abgesehen von jenen, die Regelungsgegenstand der Verhaltensnorm sind – sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen der Sanktionsnorm zugeordnet, vgl. bspw. AST, 14.

313 Vgl. zu gewissen Versuchen zur gemeinsamen Erfassung der Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit bzw. der Pflichtverletzung im Delikts- und Vertragsrecht sowie der deliktischen und vertraglichen Haftung im Allgemeinen, WEBER, BK, Art. 97 OR, Rn. 28 f. m.H. Auch die nachfolgenden Ausführungen weisen eine grosse *strukturelle* Ähnlichkeit der beiden Haftungstatbestände aus (vgl. ferner bspw. SCHWENZER, die in ihrem Lehrbuch zum allgemeinen Teil des Schweizer Obligationenrechts drei der vier Haftungsvoraussetzungen, *i.e.* Schaden, Kausalität und Verschulden, im Rahmen eines Teils zu den ‹allgemeinen Grundlagen vertraglicher und deliktischer Haftung› behandelt [vgl. OR AT, 3. Teil / Kapitel 1–3]).

stehen Verhaltensnormen des *öffentlichen Rechts* in Frage, inklusive Straf- und Aufsichtsrecht. Diese werden mitunter durch Verweisungen des Privatrechts in Bezug genommen, deren Reichweite im Einzelnen noch zu bestimmen sein wird. Daraus wird sich unter anderem ergeben, dass die Verweisungen nicht einfach auf das Erfordernis der Pflichtverletzung beschränkt sind, sondern weitere Haftungsvoraussetzungen erfassen. Ferner erstrecken sich die Verweisungen – wie wir ebenfalls herausarbeiten werden – (auch) auf *ausländisches Recht*.

Damit akzentuiert sich ein Problem, das im internationalen Privatrecht unter der Rubrik der **‹Qualifikation›** diskutiert wird. Es lässt sich dahingehend fassen, dass *«die materiellen Unterschiede der verschiedenen Rechtsordnungen und die Unterschiede der Technik, mit der sie dieselben Interessenskonflikte oft in materiell derselben Weise lösen, die Anwendung der in Bezug auf ein bestimmtes Recht geprägten Begriffe auf Normen eines anderen Rechtssystems erschweren oder sogar unmöglich machen»*[314]. 195

In casu besteht insbesondere die Gefahr, dass die *schweizerische Privatrechtsordnung,* wenn sie im Rahmen einzelner Haftungsvoraussetzungen auf andere Normensysteme Bezug nimmt, Begriffe verwendet, die in diesen eine andere Bedeutung haben *oder* gar keine Entsprechung finden[315]. Eine Verhaltensnormnotion, die auf der Grundlage derartiger Begriffe gewonnen würde, wäre entsprechend wenig anschlussfähig. 196

Ein Beispiel ist der in Art. 41 Abs. 1 OR festgehaltene Begriff der ‹Widerrechtlichkeit›, mit dem ein Verweis auf andere Normensysteme einhergeht[316]. So führt in der Schweiz das *Strafrecht* einen Widerrechtlichkeitsbegriff, der vom Privatrecht divergiert[317], während das *Aufsichtsrecht* gar keinen äquivalenten Begriff kennt. Im gemeineuropäischen Kontext, der bedeutsam würde, sofern der Verweis (auch) auf *ausländisches Recht* zielt, stellt die Widerrechtlichkeit sodann überhaupt *«keine brauchbare Kategorie»*[318] dar. Die Erwartung an die anderen Normensysteme, dass 197

---

314 R. NEUNER, 132; vgl. statt Vieler ferner W. BURCKHARDT, FS Huber, 290; und darüber hinaus die kollisionsrechtliche Standardliteratur.

315 Vgl. mit Blick auf die Unterscheidung zwischen ‹Haftungstatbestand› und ‹Haftungsauffüllung› auch DORNIS, SZIER 2015, 199. Zu dessen Lösungsvorschlag vgl. noch hinten, Fn. 1957.

316 Vgl. dazu hinten, 2. Teil / 3. Kapitel, *passim*.

317 Vgl. bspw. TROXLER, Universalität, Rn. 64 ff. insb. Rn. 78; und ferner hinten, Rn. 728.1 m.w.H.

318 VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht II, Rn. 490, vgl. auch Rn. 211 ff.

diese den Begriff der Widerrechtlichkeit gleichermassen kennen, würde also enttäuscht; ein Verweis, der darauf zählt, wäre entsprechend untauglich.

198 Um dieser Gefahr zu begegnen, sind die unterschiedlichen Rechtssysteme ***zu koordinieren*** – entsprechend der Aufgabe, die bisweilen dem internationalen Privatrecht überhaupt zugedacht wird[319]. Die Koordination hat dabei von einem *bestimmten Bezugspunkt* aus zu geschehen[320]; in vorliegendem Zusammenhang den (auszulegenden) Begriffen, die das Verweisungsobjekt bezeichnen (sog. ‹Verweisungsbegriffe› oder ‹Systembegriffe›)[321]. Damit geht der Hinweis von KEGEL in seinem Beitrag zu einem ‹Allgemeinen Kollisionsrecht› einher, wonach das Qualifikationsproblem *«in der Auslegung der Systembegriffe»* bestehe[322]. Der Beitrag betrifft (auch) Verweisungen wie die Hiesigen, *i.e.* nicht nur solche auf ausländisches Recht, sondern auch solche auf andere Gattungen von Normen innerhalb einer Rechtsordnung, wie solche des Privatrechts auf das öffentliche Recht[323].

199 Eine Koordination gelingt allerdings eben nicht, wenn schlicht auf die Begriffe gemäss der Rechtsordnung abgestellt wird, der die Verweisungen entstammen (im internationalen Privatrecht die [materiell-rechtliche] *lex fori*). Vielmehr hat die Auslegung der Verweisungsbegriffe *im Hinblick auf die Regelungen der anderen Normensysteme* zu erfolgen, so dass jene diese zu erfassen vermögen[324]. Die Begriffe müssen gleichsam *‹rechtssystemunabhängig›* formuliert werden können. Damit im Einklang wird in der Rechtsvergleichung im Verhältnis zu den Rechtsordnungen, die verglichen werden sollen, nach einem *tertium comparationis* gesucht[325].

Im Übrigen wäre es der angestrebten Koordination gleichermassen *nicht* förderlich, schlicht die Begriffe der Rechtsordnung zum Nennwert zu nehmen, auf die jeweils ver-

---

319 Vgl. betr. das internationale Privatrecht grundlegend BATIFFOL, 16 ff., 19 ff. und alsdann 102 ff.; sowie (im Anschluss an diesen) bspw. SCHWANDER, FS Heini, 397, wobei bei DEMS. die Koordination der verschiedenen nationalen *IPR*-Systeme im Vordergrund steht.

320 Vgl. betr. das internationalen Privatrecht BATIFFOL, 31; und betr. die Rechtsvergleichung gleichsam SALOMON, 29.

321 Vgl. betr. das internationalen Privatrecht auch BATIFFOL, 31 ff.

322 KEGEL, 60 f.

323 Für KEGEL ist das entscheidende Kriterium einer Verweisung, dass eine Norm nicht selbst in der Sache entscheidet, sondern dafür auf eine ‹Gattung› von anderen Normen verweist (vgl. 49 ff.). Dies trifft zu, wenn das Privatrecht Teile des Inhalts der Haftungsnorm (gemäss gewissen Vorgaben) aus öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen bezieht (vgl. vorne, Rn. 125 f.).

324 Vgl. betr. das internationalen Privatrecht weiterhin BATIFFOL, 31 ff.

325 Vgl. MICHAELS, Oxford Handbook of Comparitive Law, III./2.; EBERT, 26 ff.; in der Sache auch bereits SALOMON, 28 ff.

wiesen wird (im internationalen Privatrecht die *lex causae*). Dagegen sprechen ferner mindestens zwei weitere Gründe. Zum einen besteht die Gefahr, dass diese Rechtsordnung mit den Verweisungsbegriffen überhaupt nichts anfangen kann[326]. Zum andern würde damit die Möglichkeit von Verweisungsbegriffen vergeben, denen in sämtlichen (Anwendungs-)Fällen eine *einheitliche* Bedeutung zukommt. Wie sich noch zeigen wird, erscheint es aber gerade im vorliegenden Kontext als relevant, dass die Verweisungsbegriffe im Haftungsrecht, dem sie gleichsam entstammen, einheitlich ausgelegt werden können[327].

Rechtssystemunabhängige Begriffe lassen sich in vorliegendem Zusammenhang meines Erachtens auf Grundlage der Frage gewinnen, welche **Funktion** das Verweisungsobjekt im Haftungstatbestand hat. Damit klingt die *funktionelle Qualifikation* an, wonach mit den oft zitierten Worten des deutschen BGH, der (*in casu*) deutsche Richter die Aufgabe hat, *«die Vorschriften des ausländischen Rechts* [..] *nach ihrem Sinn und Zweck zu erfassen, ihre Bedeutung vom Standpunkt des ausländischen Rechts zu würdigen und sie mit Einrichtungen der deutschen Rechtsordnung zu vergleichen. Auf der so gewonnen Grundlage sind sie den aus den Begriffen und Abgrenzungen der deutschen Rechtsordnung aufgebauten Merkmalen der deutschen Kollisionsnormen* [..] *zuzuordnen»*[328]. Die Wendung ‹Sinn und Zweck› (einer Rechtsfigur) soll dabei – weiterhin in vorliegendem Zusammenhang – nicht normativ aufgeladen werden[329]. Vielmehr wird auf eine *Deskription der Probleme* abgezielt, die anhand der fraglichen Rechtsfiguren – hier der fraglichen ‹Haftungselemente›[330] – gelöst werden[331]. 200

326 Vgl. insofern auch den Hinweis in der IPR-Doktrin, wonach eine Qualifikation *de lege causae* zu Normmängeln führen kann (vgl. bspw. SCHWANDER, IPR AT, Rn. 264); für ein Bsp. vgl. sodann hinten, Rn. 728.2.

327 Vgl. hinten, Rn. 729.

328 BGH 19.12.1958, BGHZ 29, 137 (139); zit. bspw. im Lehrbuch von VON HOFFMANN und THORN, § 6, Rn. 30.

329 Dahingehend zum internationalen Privatrecht aber bspw. BATIFFOL, 37 ff., insb. 43 f.; bzgl. Tendenzen in der Rechtsvergleichung unter der Rubrik eines funktionellen Ansatzes stellt sodann MICHAELS, Oxford Handbook of Comparitive Law, II./6., fest; vgl. auch bereits SALOMON, 30 ff.

330 In Abgrenzung zu positivrechtlicher Haftungsvoraussetzung.

331 Vgl. auch SCHWIND, FS Coing, 488, dem gemäss sich ‹funktionell entsprechende Begriffe› dadurch auszeichnen, dass sie *«technisch* [je] *dieselbe Rechtsfrage lösen»,* wobei es nicht darauf ankommt, wie die Frage gelöst wird.

201 Mithin ist das Attribut *‹deskriptiv›* einschlägig, das freilich uneinheitlich verwendet wird. Gemäss hiesigem Verständnis bedeutet ‹deskriptiv› (entgegen der [zumindest] in der deutschen Strafrechtslehre vorherrschenden Auffassung[332]) *nicht* einfach empirisch, d.h. sinnlich wahrnehmbar. Vielmehr wird dem Sprachgebrauch gefolgt, den (ebenfalls mit besonderem Fokus auf das [deutsche] Strafrecht) in der rechtswissenschaftlichen Literatur insbesondere INGEBORG PUPPE geprägt hat[333]. Demgemäss lassen sich neben natürlichen auch sog. institutionelle Tatsachen deskriptiv erfassen[334]. Allgemein ist dazu erforderlich, dass hinsichtlich eines Sachverhalts bestimmt werden kann, ob dieser – in vorliegendem Zusammenhang – unter eine bestimmte Problematik fällt oder nicht. Das ist nicht der Fall, wenn sich die Problematik nur unter Verwendung von Begriffen beschreiben lässt, die eine Wertung ausdrücken. Zum Beispiel ist der sinnlichen Wahrnehmung *nicht* zugänglich, ob zwei Personen in eine qualifizierte Rechtsbeziehung (‹Sonderverbindung›) getreten sind. Trotzdem ist es möglich, das Institut der Sonderverbindung wertungsfrei zu bestimmen, abstrakt einstweilen dahingehend, dass sich im Licht eines bestimmten Verhaltens zweier Personen die Problematik stellen kann, ob zwischen diesen im Vergleich zu sog. ‹Jedermannsbeziehungen› qualifizierte Pflichten gelten.

202 Dem Attribut ‹deskriptiv› wird regelmässig das Attribut *‹normativ›* entgegengesetzt, so auch durch PUPPE. Diese versteht unter ‹normativen› Begriffen mithin allein solche, die eine Wertung ausdrücken. Demgegenüber wird das Attribut ‹normativ› in vorliegender Studie im Sinn von *nicht-empirisch* verwendet, zumal diese Verwendung in der rechtswissenschaftlichen Diskussion anschlussfähiger erscheint. Folglich bestehen zwischen den beiden Attributen gewisse Schnittmengen. Bei dem eben erwähnten Institut der Sonderverbindung handelt es sich etwa um ein in diesem Sinn ‹normatives› Institut, das sich jedoch – wie eben dargestellt – deskriptiv erfassen lässt.

Die Haftungselemente, welche die deskriptiven Probleme regeln, verwenden im Übrigen oftmals auch im Sinn des Verständnisses von PUPPE normative Begriffe. Dies würde beispielsweise dann zutreffen, wenn eine (hypothetische) positive Rechtsordnung von einer Sonderverbindung ausgehen würde, sobald eine Person gemäss ‹Treu und Glauben› von einem bestimmten Verhalten ihres Gegenübers ausgehen darf[335].

---

332 Vgl. V. HAAS, FS Puppe, 93 m.H.

333 Vgl. PUPPE, Juristisches Denken, 33 ff.; im Anschluss an PUPPE ferner V. HAAS, FS Puppe, *passim;* vgl. ferner bereits ENGISCH, FS 100 Jahre DJT, 412 f.

334 Vgl. PUPPE, Juristisches Denken, 35; V. HAAS, FS Puppe, 93; allgemein zur Unterscheidung zwischen den beiden Arten von Tatsachen bspw. RÖHL/RÖHL, 60.

335 Vgl. dazu, dass es sich beim Begriff ‹Treu und Glauben› um einen normativen Begriff handelt, bspw. PUPPE, Juristisches Denken, 39.

Ähnliche Überlegungen finden sich auch im Zusammenhang mit dem sog. *funktionellen Ansatz der Rechtsvergleichung* (der zur funktionellen Qualifikation Berührungspunkte aufweist[336]): 203

Von den verschiedenen Spielarten[337] ist insbesondere jene von Interesse, die MAX SALOMON geprägt hat. Demnach sind als *tertium comparationis* im Verhältnis zu den einzelnen Rechtsordnungen die Probleme einzusetzen, betreffend welche die Rechtsordnungen alsdann Lösungen vorsehen[338]. Wie sich aus der Bezugnahme auf das ‹Problem der Schuld› ableiten lässt[339], geht SALOMON dabei (auch) von Fragen aus, die Gegenstand einzelner Haftungselemente sind. 203.1

Ferner erwähnenswert sind der sog. *‹factual approach›,* dessen Hauptvertreter RUDOLF SCHLESINGER ist[340]. SCHLESINGER unterscheidet gleichsam zwischen natürlichen und institutionellen Tatsachen, wobei er letztere (unter gewissen Umständen) ebenfalls als für die Formulierung der relevanten Probleme tauglich erachtet[341]. 203.2

Diese problembasierten Ansätze werden auf dem Gebiet der Rechtsvergleichung – gerade wenn es um institutionelle Begriffe geht[342] – bisweilen kritisiert, zumal die Forderung gestellt wird, dass die Probleme Gültigkeit für *sämtliche* Rechtsordnungen (gleichsam Allgemeingültigkeit) erlangen müssen[343]. Diese Kritik wiegt *vorliegend* freilich kaum allzu schwer. So kann bei der Formulierung der Probleme auf das positive schweizerische Haftungsrecht abgestellt werden (vgl. sogleich). Sollte alsdann ein bestimmtes Rechtsystem ein Problem nicht adressieren, ist im Einzelfall zu überprüfen, wie damit umgegangen werden soll. Insbesondere in Frage kommen dabei (bei einer an den Richter gerichteten Ermächtigungsnorm) eine ‹Lückenfüllung› durch den Richter *sowie* (bei einer Verweisungsnorm) die Annahme, dass das entsprechende Haftungselement nicht erforderlich oder nicht gegeben ist.

---

336 Grundlegend insofern wohl MAKAROV, 24 ff.

337 Vgl. dazu MICHAELS, Oxford Handbook of Comparitive Law, *passim*.

338 Vgl. 32 ff.; und (im Anschluss an diesen) bspw. EBERT, 27 ff.; vgl. ferner MICHAELS, Oxford Handbook of Comparitive Law, II./4. m.w.H.

339 SALOMON 36, auch 63.

340 Vgl. dazu SCHLESINGER, FS Yntema, 72 ff.; vgl. auch EBERT, 29.

341 Vgl. SCHLESINGER, FS Yntema, 74 ff.

342 Vgl. SCHLESINGER, FS Yntema, 74 ff.

343 Vgl. MICHAELS, Oxford Handbook of Comparitive Law, III./2.

343A Art. 97 Abs. 1 OR ist auch im Auftragsrecht einschlägig, das im Finanzmarktbereich im Vordergrund steht. Art. 398 Abs. 2 OR, der eine Haftung des Beauftragten für die *«getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes»* vorsieht, ist als Haftungsgrundlage überflüssig (vgl. FELLMANN, BK, Art. 398 OR, Rn. 13).

204 Auf dieser Grundlage lässt sich **endlich** eine anschlussfähige Verhaltensnormnotion gewinnen. Statt auf die Begriffe gemäss den Haftungsvoraussetzungen des positiven Privatrechts abzustellen, sind allgemein *die Probleme zu bezeichnen, welche im Rahmen des Haftungstatbestands adressiert werden.* Dadurch gelingt es, den Haftungstatbestand zu ‹skelettieren›, die entsprechenden Haftungselemente zueinander in Beziehung zu setzen und so die Bedeutung der Verhaltensnorm(-en) im schadenersatzrechtlichen Haftungstatbestand zu präzisieren.

205 Angesichts des Gegenstands der Arbeit wird dabei der Haftungstatbestand gemäss den beiden erwähnten Grundtatbeständen des Schweizer Haftungsrechts (Art. 41 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 1 OR) berücksichtigt, die im Zusammenhang mit der Ersatzfähigkeit von reinen Vermögensschäden im Zentrum stehen[343A]. Im Licht dieses Ausgangspunkts erfolgen nachfolgend zugleich einige *allgemeine Hinweise zum Gehalt der positiven Haftungsvoraussetzungen*. Auf diese können wir im materiellen Teil alsdann zurückgreifen (sofern sie Besonderheiten betreffen, die sich daraus ergeben, dass öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im Haftungstatbestand stehen).

206 Bevor die einzelnen Haftungselemente nachfolgend derart dargestellt werden (vgl. 1. Teil / 2. Kapitel / III. / 2.-10.), ist *im Allgemeinen* weiter Folgendes zu bemerken:

207 Betreffen die Probleme, die im Rahmen eines bestimmten Haftungselements adressiert werden, das äussere Verhalten einer Person, handelt es sich bei den entsprechenden Regelungen um Verhaltensnormen. Alsdann ist eine Gegenüberstellung mit jenen Problemen möglich, die sich *nicht* auf das äussere Verhalten einer Person beziehen. Die Regelungen betreffend diese Probleme gehören *nur* der Tatbestandsnorm an.

208 Wie sich herausstellen wird, beziehen sich ferner *verschiedene Probleme* auf das äussere Verhalten – wobei je nachdem das Verhalten verschiedener am Haftungsverhältnis beteiligter Personen oder verschiedene Verhaltensweisen derselben Person in Frage stehen. Diese Probleme sind gleichermassen Gegenstand von *verschiedenen Verhaltensnormen*. Anhand einer deskriptiven Erfassung des Haftungstatbestands lässt sich nicht nur herausstellen, um welche Probleme es sich dabei handelt, sondern auch, welche Rolle diese im Haftungstatbestand einnehmen (inklusive deren Beziehung untereinander). Zugleich lassen sich so die Haftungselemente beschreiben, in deren Rahmen ein Verweis auf öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen denkbar ist.

209 Weiter ist an dieser Stelle die *Unterscheidung zwischen Erfolgs- und Verhaltensunrecht* einzuführen. Dabei geht es (unter anderem) um die Beschreibung des pflichtwidrigen Verhaltens. Entweder man bezeichnet zunächst bestimmte Rechtsgüter und erklärt alsdann *jedes* Verhalten, das deren Verletzung zur Folge hat, für pflichtwidrig (Erfolgsunrecht). Oder das rechtswidrige Verhalten wird durch Regeln des Gesetzge-

bers oder Richters *näher* bestimmt, indem die Regeln die Art und Weise beziehungsweise die Mittel der Verursachung der Rechtsgutsverletzung festlegen (Verhaltensunrecht)[344]. Im ersten Fall ist zum Beispiel auch ein legaler Waffenverkauf grundsätzlich verpönt[345]. Im zweiten Fall ist demgegenüber nur jener Umgang mit Waffen pflichtwidrig, der gesetzlichen oder richterlichen Regeln zuwiderläuft – wie etwa den Vorschriften des Waffengesetzes, welche die sichere Aufbewahrung von Waffen vorschreiben (vgl. Art. 33 Abs. 1 Bst. e sowie Art. 26 Abs. 1 und Art. 34 Abs. 1 Bst. e). Im Bereich der Haftung für reine Vermögensschäden bewegen wir uns eindeutig *im Bereich des Verhaltensunrechts*[346]; ferner sind die Normen, die das Verhalten gleichsam näher bestimmen, angesichts des Gegenstands der Arbeit *gesetzlicher Natur*. Dies werden wir im Rahmen der nachfolgenden Überlegungen zu den einzelnen Haftungselementen bisweilen zu berücksichtigen haben.

Schliesslich lassen sich viele Probleme, die sich im Rahmen des (delikts- und strafrechtlichen) Haftungstatbestands stellen, anhand der *naturrechtlichen Zurechnungslehre* beschreiben, die im Folgenden in allgemeiner Weise entsprechend kurz dargestellt wird. Dabei macht bereits die Bezeichnung deutlich, dass sich die naturrechtliche Zurechnungslehre der askriptiven Sprache bedient, wenn sie Zurechnungsregeln aufstellt. Insofern wird *zugleich* vorne erwähnter Unterscheidung zwischen präskriptiven und askriptiven Sätzen Nachachtung verschafft[347]. Die Unterscheidung ist nachfolgend allerdings auch über die naturrechtliche Zurechnungslehre hinaus von Bedeutung. Im Übrigen wird sich erweisen, dass abgesehen davon die Sprachtheorie vereinzelt noch anderweitig einen Beitrag zur Beschreibung der einschlägigen Probleme leistet (inklusive deren Verhältnis zueinander). 210

344 Vgl. in der Sache für die Schweiz bereits MERZ, ZBJV 1955, 308 ff. und 312 ff.

345 Bisweilen wird derartiges Verhalten freilich unter dem Titel der ‹Sozialadäquanz› oder des ‹Erlaubten Risikos› von der Haftung ausgenommen, wobei positivrechtlich unterschiedliche Haftungsvoraussetzungen für einschlägig gehalten werden (vgl. dazu bspw. FREI, Rn. 217 ff. [Strafrecht] und Rn. 478 ff. [Privatrecht]).

346 Vgl. für das Deliktsrecht grundlegend MERZ, ZBJV 1955, 312 ff.; für das Vertragsrecht WEBER, BK, Art. 97 OR, Rn. 30. Zu den Hintergründen vgl. hinten, 2. Teil / 1. Kapitel, *passim*.

347 Die naturrechtliche Zurechnungslehre wird mit den sprachtheoretischen Überlegungen bspw. auch in Verbindung gebracht durch HRUSCHKA (vgl. Imputation, 123 f.) oder VOGEL (Norm und Pflicht, bspw. 80).

211 Eine weitere wichtige Unterscheidung ist jene zwischen Aussage und (deren) Bezugsobjekt[348] beziehungsweise – gemäss Nomenklatur der traditionellen Logik[349] – Prädikat und Subjekt. Wie sich ergeben wird, lässt sich damit oftmals die Beziehung der verschiedenen Haftungselemente zueinander erfassen. Dies wird teilweise durch die naturrechtliche Zurechnungslehre zum Ausdruck gebracht, gilt allerdings auch hinsichtlich jener Haftungselemente, die diese (gemäss hergebrachter Fassung) nicht adressiert.

212 Zu guter Letzt ist an den Vorschlag zu erinnern, wonach die Zuteilung eines Haftungselements zur Verhaltens- oder Sanktionsnorm im Kern davon abhängt, ob dieses das *Verhalten einer Person bestimmt oder nicht*. Dabei liegt der Fokus allerdings nicht auf den deskriptivistischen Problemen, die den einzelnen Haftungselementen zu Grunde liegen, sondern pauschal auf eben diesem – freilich gleichfalls deskriptivistischen – Unterscheidungsmerkmal. Daran werden die einzelnen Haftungselemente im Rahmen eines separaten Unterkapitels gemessen (vgl. 1. Teil / 2. Kapitel / III. / 11.). Indem das Unterscheidungsmerkmal gleichfalls deskriptiv verfährt, genügt es dem in vorliegendem Kapitel herausgestellten Erfordernis der Rechtssystemunabhängigkeit übrigens ebenfalls.

B. Die naturrechtliche Zurechnungslehre

213 Die sog. ‹Zurechnungslehre› war ein im Naturrechtszeitalter (über das Recht hinaus[350]) verbreitetet diskutiertes Konzept. Im Zug der nachfolgenden Positivierung fand die Lehre allerdings nur wenig Nachklang[351]. Deren Wiederentdeckung in der Moderne ist – soweit ersichtlich – zu einem guten Teil dem Strafrechtler JOACHIM

348 Die Unterscheidung versteht sich im Prinzip von selbst; vgl. ferner aber bspw. erstens die Ausführungen von V. HAAS, Kausalität, 293 ff., der im Kontext der strafrechtlichen Lehre von der sog. ‹Objektiven Zurechnung› herausstellt, dass das Risiko eines (unerwünschten) Erfolgs logisch nicht zugleich Bestandteil (i) des Zurechnungsgrunds (*i.e.* des Grunds dafür, ein bestimmtes Element in der Kausalkette zu inkriminieren) und insofern *Aussage* sowie (ii) des Zurechnungsgegenstands (*i.e.* des ‹zu vermeidenden› Elements in der Kausalkette selbst) und insofern *Bezugsobjekt der Aussage* sein kann; und zweitens die Unterscheidung zwischen Wertung eines Objekts *(Aussage)* und Objekt der Wertung *(Bezugsobjekt der Aussage),* die vorab WELZEL geprägt hat (vgl. DERS., 24).

349 Vgl. bspw. LORENZ, Stichwort ‹Prädikat›, Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Bd. 6, 394 f.

350 Vgl. zu deren Rolle für die kantische Ethik bspw. BLÖSER, 22 f. und *passim*.

351 Zur Geschichte der Zurechnungslehre, inkl. H. auf die wesentlichen Autoren, vgl. HRUSCHKA, Strukturen, 1 ff.; DERS., Zurechnung seit Pufendorf, *passim*.

HRUSCHKA zu verdanken[352]. Zwischenzeitlich wird die Lehre (*nota bene* vorab unter Berufung auf HRUSCHKA) verschiedentlich auch in zivilrechtlichen Arbeiten berücksichtigt[353]. Im Folgenden wird vorab auf die moderne Rekonstruktion der Lehre abgestellt.

Im Allgemeinen untersucht die naturrechtliche Zurechnungslehre die Umstände, 214
unter welchen ein (bestimmtes) äusseres Verhalten einer Person als *frei* angesehen oder, mit anderen Worten, eine Person als (kausale) ‹Erstursache› für ihr Verhalten eingesetzt werden kann[354]. Mit Blick auf die sog. ‹Determinismusdebatte› setzt die Lehre damit voraus, dass menschliches Verhalten zumindest als nicht allein durch natürliche Ursachen bestimmt verstanden werden kann. Das muss man gleichsam annehmen, falls man Personen (in sinnvoller Weise) Verantwortung zuschreiben will (derweil die Frage, ob eine Person tatsächlich frei ist, nicht beantwortet zu werden braucht)[355]. Da im Haftungsrecht – zumindest im Geltungsbereich des Verschuldensprinzips[356] – ebenfalls Verantwortung zugeschrieben wird, ist die Annahme im Übrigen auch hier zu treffen.

Von *‹Zurechnung›* ist vor dem Hintergrund die Rede, dass die entsprechenden Um- 215
stände (wie beispielhaft das aktuelle Bewusstsein einer Person[357]) der *sinnlichen Wahrnehmung grösstenteils nicht zugänglich* sind, ebenso wenig wie die Freiheit einer Person überhaupt[358]. Dass solche Umstände vorhanden waren – und, letztlich, dass eine Person frei war –, wird also nicht empirisch festgestellt, sondern eben zuge-

352 Grundlegend: HRUSCHKA, Strukturen (der Zurechnung); erschienen 1976.

353 Vgl. insb. UNBERATH, Vertragsverletzung, 294 ff.; JAUN, 78 ff. (der freilich die sog. ‹ausserordentliche Zurechnung› unberücksichtigt lässt, die gerade im Zusammenhang mit dem Gegenstand seiner Arbeit, der Fahrlässigkeitshaftung, fruchtbar gemacht werden könnte [vgl. hinten, grundlegend Rn. 249 ff.]); ferner SCHERMAIER, HKK-BGB, vor § 276, Rn. 19 ff.

354 Vgl. JOERDEN, Zurechnung, Rn. 13 f.; ferner BLÖSER, 26 f.; GEISMANN, 61 und 62 f. (in Abgrenzung zur Zurechnung in der Ethik).

355 JOERDEN, Zurechnung, Rn. 13 m.w.H.; vgl. auch GEISMANN, 15 ff.; HRUSCHKA, Strukturen, 8 f. und 38 ff.; sowie (einlässlich) BLÖSER, 86 ff.; und aus der (deutschen) strafrechtlichen Literatur bspw. ROXIN, SR AT I, § 19, Rn. 36 ff. m.w.H.; im Übrigen ergibt auch die Alltagserfahrung, dass Menschen ihre Entscheidungen für frei halten und entsprechendes anderen Menschen zuschreiben (vgl. bspw. BOMMER, BSK-SR I, Vor Art. 19 StGB, Rn. 16 m.H.).

356 Vgl. JAUN, 76 f.; REPGEN, FS Lampe, 400 f. und 419.

357 Vgl. HRUSCHKA, Strukturen, 16 f., auch 5 f.

358 Vgl. nur JOERDEN, Zurechnung, Rn. 13; sowie JAUN, 219 f. m.w.H.

rechnet[359]. Je nachdem, wie offen die Vorgaben des Gesetzgebers sind, steht dem Rechtsanwender dabei ein beträchtlicher Ermessensspielraum zu[360].

216 Beim **Verhalten, das einer Person zuzurechnen ist**, handelt es sich um ein äusseres Verhalten in im voranstehenden Kapitel eingeführten Sinn[361]. Dieses Verhalten wird *ausserhalb* des Zurechnungsurteils an (in hiesigem Zusammenhang) rechtlichen Regeln gemessen[362]. Diese Regeln werden als Verhaltensregeln bezeichnet und den Zurechnungsregeln gegenübergestellt[363]. Die Operation, gemäss welcher das äussere Verhalten an (derartigen) Verhaltensregeln gemessen wird, besteht in einem Subsumtionsschluss[364]. Dieser untersteht den Regeln der Hermeneutik[365].

217 Wiederum im Zusammenhang mit dem Zurechnungsurteil kann eine Person in *zweierlei Sinn* als *frei* gedacht werden[366]. Zum einen geht es darum, frei handeln zu können, also um das Vorliegen (mindestens) einer (zugerechneten) Handlungsalternative – im Gegensatz zur (gleichfalls zugerechneten) Determiniertheit des fraglichen Verhaltens. Zum andern geht es um die Freiheit einer Person, sich für die rechtliche Regelung zu entscheiden beziehungsweise sich von dieser zu ihrem Verhalten motivieren zu lassen. Diesen beiden Freiheitsbegriffen entsprechen zwei Zurechnungsstufen, jene der Zurechnung zur Tat und jene der Zurechnung zur Schuld.

218 Eine **Zurechnung zur Tat** setzt voraus, dass eine Person die (zugerechnete) Möglichkeit hat, sich anders zu verhalten als in Verletzung der fraglichen rechtlichen Regelung.

218.1 Das trifft erstens *nicht* zu, wenn (im Tatzeitpunkt) *physisch* überhaupt keine Handlungsalternative bestand. Entweder war es unmöglich, regel*gemässes* Verhalten an den Tag zu legen, beispielsweise wenn wie im Fall eines Fahrrads ohne

---

359 Vgl. insb. HRUSCHKA, Strukturen, 4 ff.; ferner JAUN, 220.

360 Vgl. insb. PUPPE, Juristisches Denken, 48 ff., inkl. H. wie der Rechtsanwender an diesen herangehen soll.

361 Vgl. BLÖSER, 29; ferner JOERDEN, Zurechnung, Rn. 21; HRUSCHKA, Strukturen, 4 f.; DERS., Pufendorfs Zurechnungs- und Notstandslehre, 182 f.

362 Vgl. BLÖSER, 33 f.; HRUSCHKA, Strukturen, 30 ff.; ferner DERS., Pufendorfs Zurechnungs- und Notstandslehre, 184; DERS., Rechtstheorie 1991, 450 f. und öfters.

363 Vgl. insb. HRUSCHKA, Rechtstheorie 1991, *passim;* ferner DERS., Pufendorfs Zurechnungs- und Notstandslehre, 184.

364 Vgl. HRUSCHKA, Zurechnung seit Pufendorf, insb. 21 f.; RIEDEL, 108 f.

365 Vgl. in vorliegenden Zusammenhang RIEDEL, 101 f. und 105 f.; SANCHEZ-OSTIZ, FS Roxin, 368 f.

366 Vgl. dazu und zum Folgenden HRUSCHKA, Rechtstheorie 1991, 452 ff.; DERS., Strukturen, 41; ferner JOERDEN, Zurechnung, Rn. 21 f.

funktionierende Bremsen die Gesetze der Schwerkraft wirken, oder das regel*widrige* Verhalten war notwendig, etwa aufgrund eines unumgänglichen Zwangs *(vis absoluta);* (Parömie: *Impossibilium et necessariorum nulla est imputatio*)[367].

Zweitens wird vorausgesetzt, dass die Person um die ihr grundsätzlich verfügli- 218.2
che(-n) Handlungsalternative(-n) *weiss,* beziehungsweise von einem entsprechenden Wissen auszugehen ist. Dies setzt (im Tatzeitpunkt) ein Wissen um die relevante Tatumstände voraus (Parömie: *Ignoratorum nulla est imputatio*)[368]. Im Fall einer unwahren Aussage ist beispielsweise ein Wissen um deren Unwahrheit erforderlich. Andernfalls kann eine Person nicht derart angesehen werden, dass sie das Bewusstsein hat, auch eine wahre Aussage tätigen zu können.

Im Rahmen der **Zurechnung zur Schuld** wird ein auf der ersten Stufe zurechenbares 219
und im Rahmen der Gesetzesanwendung als regelwidrig herausgestelltes Verhalten unter gewissen Umständen entschuldigt[369]. In durchaus paralleler Weise zur Zurechnung zur Tat[370] werden dabei wiederum zwei Voraussetzungen unterschieden.

Zum einen wird einer Entschuldigung stattgegeben, wenn eine Person zwar phy- 219.1
sisch die Möglichkeit hatte, sich regelgemäss zu verhalten, allerdings als dazu (im Tatzeitpunkt) aufgrund Geisteskrankheit, Trunkenheit, Kindesalter oder ähnlicher Zustände[371] *‹motivational unfähig›* angesehen wird[372]. Dasselbe gilt, wenn eine Person aufgrund einer Notsituation für nicht in der Lage gehalten wird, sich (im Tatzeitpunkt) zu einem regel*gemässen* Verhalten zu motivieren – beispielsweise, wenn sie einer Drohung ausgesetzt ist. Insbesondere dieses Urteil ist durch entsprechende Bestimmungen des positiven Rechts näher zu bestimmen[373].

---

367 Vgl. HRUSCHKA, Imputation, 144 f.; DERS., Rechtstheorie 1991, 454; DERS., Strukturen, 17 und 18; ähnlich JOERDEN, Zurechnung, Rn. 21.

368 Vgl. HRUSCHKA, Rechtstheorie 1991, 454 und 455 f.; ferner DERS., Imputation, 156; DERS., Strukturen, 16 f. und 17 f.; JOERDEN, Zurechnung, Rn. 21.

369 Vgl. HRUSCHKA, Strukturen, 40 f.; JOERDEN, Zurechnung, Rn. 22; ferner HRUSCHKA, Rechtstheorie 1991, 455 f.

370 HRUSCHKA, Rechtstheorie 1991, 455.

371 Unter gegebenen Voraussetzungen dürfte aufgrund dieser Zustände freilich auch bereits von einer Zurechnung zur Tat abgesehen werden können (vgl. betr. Trunkenheit BLÖSER, 25; betr. Kindesalter HRUSCHKA, Strukturen, 27 f.).

372 Vgl. dazu und zum Folgenden HRUSCHKA, Strukturen, 44; JOERDEN, Zurechnung, Rn. 22; ähnlich HRUSCHKA, Rechtstheorie 1991, 456.

373 Vgl. insb. HRUSCHKA, Strukturen, 42 f.

219.2 Zum zweiten wird regel*widriges* Verhalten dann entschuldigt, wenn eine Person (im Tatzeitpunkt) nicht um die fragliche rechtliche Regelung wusste (beziehungsweise nicht von einem entsprechenden Wissen auszugehen war)[374].

220 Nach alledem lassen sich gemäss der Zurechnungslehre *drei Ebenen* unterscheiden (wovon *pro memoria* nur zwei Zurechnungsurteile betreffen): Die Zurechnung zur Tat, die ‹Anwendung des Gesetzes auf die Tat› und die Zurechnung zur Schuld[375]. Die erste Operation soll dabei vor der zweiten erfolgen, derweil die dritte Operation der zweiten nachfolgen soll[376]. Damit dürfte keine Prüfungsreihenfolge angesprochen werden, sondern wohl vorab, dass die Zurechnung zur Schuld ein regelwidriges Verhalten impliziert[377], zumal eine ‹Entschuldigung› bereits unter Anwendung der Bezeichnung im landläufigen Sinn ein derartiges Negativum erfordert[378]. Im Einzelnen braucht dem freilich nicht nachgegangen zu werden, da vorliegend die Unterscheidung der Probleme interessiert, die Gegenstand der verschiedenen Ebenen sind. Darauf ist im Rahmen der Darstellung der einzelnen Haftungselemente zurückzukommen.

221 Schliesslich werden *zwei Weisen* unterschieden, auf welche zugerechnet wird, nämlich die **ordentliche und die ausserordentliche Zurechnung**[379]. Diese kommen auf *beiden* Zurechnungsstufen zum Tragen.

221.1 Die bisherigen Ausführungen gehen von einer *ordentlichen Zurechnung* aus. Kann einer der dargestellten Umstände einer Person im Tatzeitpunkt nicht zugerechnet werden, ist eine Person als (im Sinn des Freiheitsbegriffs der entsprechenden Zurechnungsstufe) unfrei anzusehen. Infolgedessen scheidet die Möglichkeit einer ordentlichen Zurechnung aus.

---

374 Vgl. HRUSCHKA, Rechtstheorie 1991, 455 f.; JOERDEN, Zurechnung, Rn. 22; ferner HRUSCHKA, Strukturen, 41 f. und 43.

375 Vgl. bspw. die Zusammenfassungen von BLÖSER, 50; HRUSCHKA, Pufendorfs Zurechnungs- und Notstandslehre, 183 (die *«Zurechnung des Rechts»* entspricht der Zurechnung zur Schuld); oder auch AICHELE, 530.

376 BLÖSER, 33 f.; HRUSCHKA, Pufendorfs Zurechnungs- und Notstandslehre, 183; DERS., Strukturen, 35 f.; vgl. auch JOERDEN, Zurechnung, Rn. 31.

377 Vgl. insb. HRUSCHKA, Rechtstheorie 1991, 456.

378 Vgl. zur Bedeutung von Schuld in vorliegendem Zusammenhang auch HRUSCHKA, Strukturen, 36 f.

379 Vgl. dazu und zum Folgenden JOERDEN, Zurechnung, Rn. 23 ff.; ferner HRUSCHKA, Rechtstheorie 1991, 456 ff.

Allerdings kann die Person für ihre aktuelle Unfreiheit selber verantwortlich sein. Das lässt sich anhand der erwähnten Beispiele veranschaulichen[380]: So können die Bremsen des Fahrrads bereits im Zeitpunkt nicht funktioniert haben, als der Schädiger das Fahrrad bestieg. Oder der Schädiger kann sich freiwillig dem Zwang eines zweifelhaften Charakters unterstellt haben. Sodann ist denkbar, dass der Schädiger die Unwahrheit seiner Aussage durch vorgängige Abklärungen leicht hätte entdecken können; ebenso etwa den Anwendungsbereich der Rechtsregel, dessen er sich im Tatzeitpunkt nicht bewusst war. Endlich kann der Schädiger auch seine Trunkenheit selbst herbeigeführt haben (derweil entsprechendes in Bezug auf eine andauernden Geisteskrankheit schwerer[381] und in Bezug auf das Kindesalter [logisch] nicht vorstellbar ist); ebenso eine Notsituation, beispielsweise wenn die Drohung von einem notorischen Kriminellen stammt, dem sich der Schädiger leichtfertig anvertraut hat. In all diesen (sowie gleichartigen) Fällen ist über eine *ausserordentliche Zurechnung «nachzudenken»*[382]. Ob und inwiefern eine solche alsdann auch vorgenommen werden soll, ist eine Frage, die (in besonderem Masse) gesetzgeberischer Vorgaben bedarf[383]. Einstweilen ist das Konzept der ausserordentlichen Zurechnung von Interesse, weil es der Strukturierung der Probleme dient, die im Haftungstatbestand stehen. Für Näheres verweisen wir auf die nachfolgenden Ausführungen zu den einzelnen Haftungselementen. 221.2

C. Exkurs: Zurechnung von Erklärungsverhalten gemäss der naturrechtlichen Zurechnungslehre

Die naturrechtliche Zurechnungslehre schreibt nach vorne erfolgten Ausführungen einer Person ein äusseres Verhalten zu. Dabei hat der Fokus bis anhin auf einem Tun oder Unterlassen gelegen, das an Rechtsgesetzen gemessen wird. Aufgrund dieses Vorgangs lässt sich entscheiden, ob sich eine Person regelgemäss oder regelwidrig verhalten hat, beziehungsweise – letztlich – ob sie zivilrechtlich haftbar gemacht werden kann oder nicht. 222

Vorliegende Arbeit hat jedoch nicht nur die Haftung gemäss einem vollumfänglich *gesetzlich* vorgegebenen Haftungstatbestand zum Gegenstand. Vielmehr können die 223

380 Vgl. für andere Beispiele JOERDEN, Zurechnung, Rn. 23 f.

381 Vgl. bspw. auch BOMMER, BSK-SR I, Art. 19 StGB, Rn. 92.

382 JOERDEN, Zurechnung, Rn. 25.

383 Vgl. dazu, insbesondere betreffend das deutsche Strafrecht, JOERDEN, Zurechnung, Rn. 25 ff.

öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen, deren Verletzung potentiell eine Haftung zur Folge hat, auch autonom durch die Parteien gesetzt werden. Dazu ist ein entsprechendes *äusseres Erklärungsverhalten* erforderlich. Dieses ist einer Person ebenfalls *zuzurechnen*[384].

Den Zusammenhang zwischen vertrags- und haftungsbegründendem Verhalten hat KARL LARENZ im Übrigen bereits im Vorwort zu seiner Habilitationsschrift zur ‹Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts› erkannt (nachdem er drei Jahre zuvor mit einer Arbeit zu ‹Hegels Zurechnungslehre und dem Begriff der objektiven Zurechnung› promoviert worden war): *«Indessen sprechen wir von «Zurechnung» gerade dann, wenn es sich darum handelt, eine Handlung mit einem Handlungssubjekt, eine Willensäusserung mit einem Willensträger der Art zu verknüpfen, dass dadurch die Verantwortlichkeit des letzteren begründet wird* [..][385]». Alsdann ist der Aufsatz von ERNST A. KRAMER zum ‹Prinzip der objektiven Zurechnung im Delikts- und Vertragsrecht› erwähnenswert. Darin stellt KRAMER nicht nur den Zusammenhang her, sondern postuliert für beide Situationen dasselbe Zurechnungskriterium: *«Der objektiven Zurechnung der Tat im Deliktsrecht entspricht die objektive Zurechnung des Wortes im Kontraktsrecht»*[386] (wobei mit ‹objektiver Zurechnung› gemäss Nomenklatur der naturrechtlichen Zurechnungslehre ‹ausserordentliche Zurechnung› [gemäss einem objektiven Massstab] gemeint ist). Die naturrechtliche Zurechnungslehre – und ihre Ausdifferenzierungen (vgl. sogl.) – stehen allerdings weder bei LARENZ noch bei KRAMER im Zentrum.

224 Auch dieser Vorgang lässt sich meines Erachtens anhand der naturrechtlichen Zurechnungslehre strukturieren[387]:

224.1 So geht es auch hier zunächst darum zu bestimmen, ob eine Person als derart frei gedacht werden kann, dass ihr eine Handlungsalternative zum konkreten Erklärungsverhalten zur Verfügung stand (‹Zurechnung zur Tat›).

---

384 Vgl. für die Schweiz KRAMER, BK, Art. 1 OR, Rn. 50; SCHMIDLIN, BK, Vorbem. Art. 23–27 OR, Rn. 149; für Deutschland insb. SCHERMAIER, HKK-BGB, §§ 116–124, Rn. 15 ff. mit Hinweisen; a.A. offenbar MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip, 114 f. (keine eigenständige Bedeutung der Zurechnung neben der Auslegung gemäss dem Vertrauensprinzip).

385 LARENZ, Auslegung des Rechtsgeschäfts, V.

386 AcP 1971, 473, vgl. ferner 434, 437 ff. und *passim*.

387 SCHERMAIER verweist in vorliegendem Zusammenhang allgemein auf die Aristotelische Zurechnungslehre, *«auf die alle späteren zurückgehen»* (vgl. HKK-BGB, §§ 116–124, Fn. 128 [419]); vgl. sodann HRUSCHKA, demgemäss ein äusseres Verhalten, das einer Person gemäss der naturrechtlichen Zurechnungslehre zugerechnet wird, mit jeder beliebigen Art von Regeln konfrontiert werden kann (vgl. Strukturen, insb. 30 ff.; entsprechende Überlegungen sind auch gemäss BLÖSER *«in systematischer Hinsicht ernst zu nehmen»,* aber mit der spezifisch kantischen Prägung der Zurechnungslehre [aus Gründen, die hier nicht interessieren] kaum vereinbar [vgl. 52 f.]); (zu den in vorliegendem Zusammenhang einschlägigen Regeln vgl. sogl.).

Sodann ist dieses Verhalten auszulegen. Dabei gelangen prinzipiell die Regeln der Hermeneutik zur Anwendung[388], die auch im Rahmen der erläuterten Gesetzesanwendung auf das haftungsbegründende Verhalten zum Tragen kommen[389]. Anders formuliert ist im Anwendungsbereich des Vertrauensprinzips, das heute bei der Begründung rechtsgeschäftlicher Pflichten im Vordergrund steht, aus der Perspektive eines vernünftigen Dritten in den Schuhen des Erklärungsempfängers eine *individuell-konkrete Norm* zu gewinnen. Diese besagt, ob das Verhalten des sich Erklärenden, auf welches sie anzuwenden ist (‹Anwendung des Gesetzes auf die Tat›), *als rechtsgeschäftliche Bindung qualifiziert oder nicht*[390]. Dass die entsprechende Operation von jener der Zurechnung zu unterscheiden ist, wird in der Literatur im Übrigen bereits festgestellt[391]. 224.2

Schliesslich lässt sich die Frage stellen, ob dem Erklärenden die Möglichkeit zugeschrieben werden kann, sich (um bei der Formulierung zu bleiben) von der eben erwähnten individuell-konkreten Norm zu seinem Verhalten motivieren zu lassen (‹Zurechnung zur Schuld›). Gerade in diesem Zusammenhang wird im Einzelnen vieles vom positiven Recht abhängen, wobei der Schweizer Gesetzgeber die Frage offensichtlich adressiert, wie die Vorschriften zur Urteilsfähigkeit (Art. 16 und 18 ZGB) oder zur Drohung (Art. 29 f. OR) erweisen. 224.3

Mit dem Erklärungsverhalten und dessen Zurechnung stehen gemäss der im Zusammenhang mit der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung verwendeten Diktion im Übrigen die Bedingungen in Frage, unter denen die Parteien ermächtigt sind, für sich Regelungen zu treffen, beziehungsweise unter denen von einer entsprechenden Regelung der Parteien ausgegangen werden kann. Damit lassen sie sich von den Pflichten, die gemäss diesen Bedingungen gesetzt werden (und mithin von dem Gegenstand der nachfolgenden Operationalisierung der naturrechtlichen Zurechnungslehre), ohne Weiteres *unterscheiden*[392]. 225

Die Zurechnung des Erklärungsverhaltens wird erneut Gegenstand der Ausführungen zum materiellen Recht sein, inklusive einer näheren Darstellung der Umstände, unter 226

388 Vgl. auch SCHERMAIER, HKK-BGB, §§ 116–124, Rn. 16, insb.: *«Vertrauen» ist* [..] *kein Reflex der Mitteilung, sondern Folge eines hermeneutischen Prozesses»;* vgl. ferner hinten, 2. Teil / 2. Kapitel / III. / 2. / A., *passim*.

389 Vgl. vorne, Rn. 216 m.H.

390 Vgl. ferner KILIAN, insb. 274 ff., demgemäss es bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip um die ‹Bewertung von Sachverhalten anhand relevanter Rechtsnormen› geht.

391 Vgl. SCHERMAIER, HKK-BGB, §§ 116–124, insb. Rn. 15 f.; und zumindest betreffend die Zurechnung zur Tat auch bereits LARENZ, Auslegung des Rechtsgeschäfts, 82.

392 Vgl. bereits vorne, Rn. 169 m.H.

denen einer Person ihr Erklärungsverhalten zuzurechnen ist. Nunmehr widmen wir uns aber den einzelnen Haftungselementen, die in einem mit Rücksicht auf die beiden Grundtatbestände des positiven Schweizer Haftungsrechts (Art. 41 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 1 OR) formulierten allgemeinen Haftungstatbestand stehen.

2. Pflichtverletzung

227 Art. 41 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 1 OR setzten je die Verletzung einer Pflicht voraus, die durch eine Verhaltensnorm gemäss hiesigem Verständnis stipuliert wird. Damit steht im Einklang, dass im Rahmen des Haftungselements ein *präskriptiver Sprachgebrauch* erfolgt – dem Adressaten der Pflicht wird ein bestimmtes äusseres Verhalten *vor*geschrieben.

228 In Anlehnung an die vorne erfolgten Überlegungen zur **Stufenbaulehre** haben die Pflichten gemäss *Art. 41 Abs. 1 OR* ihren Ursprung in einer an den Privatrechtsgesetzgeber gerichteten Ermächtigungsnorm, falls die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden in Frage steht. Der Privatrechtsgesetzgeber verweist in Ausübung seiner Ermächtigung in vorliegendem Zusammenhang auf öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen, die alsdann als sog. ‹Schutznormen› qualifizieren. Gemäss einer regelmässig vertretenen Auffassung soll der Richter zusätzlich ermächtigt sein, selbst Pflichten festzulegen (insbesondere im Rahmen von Art. 2 ZGB). Wie im Rahmen des materiell-rechtlichen Teils zu zeigen sein wird, ist dies jedoch abzulehnen[393].

229 Was sodann *Art. 97 Abs. 1 OR* betrifft, kommen Pflichten in Frage, die – je aufgrund entsprechender Ermächtigungsnormen – durch den Gesetzgeber, die Parteien *oder* den Richter aufgestellt werden. Bei den durch den Gesetzgeber vorgegebenen Pflichten handelt es sich um solche zwingenden oder dispositiven Rechts, in vorliegendem Zusammenhang sog. Doppelnormen. Die Parteien sowie der Richter nehmen öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen, wie erläutert, im Rahmen der an sie gerichteten Ermächtigungsnormen in Bezug.

230 Um die Rolle zu bestimmen, welche die Pflichten im Haftungstatbestand spielen, brauchen diese ‹Entstehungsgründe› jedoch *nicht* berücksichtigt zu werden. Insbesondere Art. 97 Abs. 1 OR differenziert nicht danach, auf welche Weise die Pflicht

393 Vgl. hinten, Rn. 788 ff. Eine an den Richter gerichtete Ermächtigungsnorm stellt demgegenüber im Übrigen Art. 41 Abs. 2 OR dar (sittenwidrigen Schädigung), der freilich in der Schweizer Gerichtspraxis (und Doktrin) bis anhin keine tragende Rolle gespielt hat (vgl. näher hinten, Rn. 416).

entstanden ist, die *«nicht gehörig erfüllt»* wurde[394]. Dasselbe gilt für Art. 41 Abs. 1 OR[395] (sollten im Bereich der Haftung für reine Vermögensschäden nicht ohnehin *allein* gesetzliche Pflichten hinreichend sein). Die beiden Vorschriften setzten insofern schlicht rechtsgültig bestehende Pflichten voraus.

Damit müssen (immerhin) die Bedingungen beziehungsweise Kriterien erfüllt sein, denen gemäss aufgrund einer Ermächtigungs- oder Verweisungsnorm gültige Regelungen entstehen. *In casu* sind das insbesondere die (i) Bedingungen der Ermächtigungsnorm, aufgrund welcher Private vertragliche ‹Verbindlichkeiten› (vgl. Art. 97 Abs. 1 OR) setzen können, sowie (ii) Kriterien der Verweisung auf Schutznormen, welche der (ausgelegte) Art. 41 Abs. 1 OR stipuliert.

In der **Sprache der Zurechnungslehre** ist die Pflichtverletzung auf der *Ebene der ‹Anwendung des Gesetzes auf die Tat›* anzusiedeln. Es geht mithin um das *äussere* Verhalten, das einer Person gemäss den erwähnten Zurechnungsurteilen zuzuschreiben ist. 231

Das Haftungselement adressiert das Problem, wonach ein Schädiger den Kausalverlauf, der einen Schaden zur Folge hat, tatsächlich in Gang gesetzt haben muss (Tun), beziehungsweise es ihm aufgetragen ist, in einen solchen Kausalverlauf einzugreifen (Unterlassen). Ein entsprechendes Tun oder Unterlassen ist also *notwendig* für die Begründung einer Haftung. Beschränkt auf das vom Schädiger geforderte *äussere* Verhalten, kann es freilich auch *hinreichend* sein. 232

Das ist vorab bei einer *vorsätzlichen* Pflichtverletzung der Fall[396]. Wenn beispielsweise ein Anlageberater hinsichtlich eines riskanten Anlageprodukts in Verletzung seiner vertraglichen und/oder gesetzlichen Pflichten eine Risikoaufklärung unterlässt, obwohl er sich der Risiken bewusst ist, ist abgesehen von dieser wissentlichen Unterlassung des Anlageberaters kein weiteres äusseres Verhalten zur Haftungsbegründung erforderlich. 233

394 Vgl. CHAPUIS, AJP 2005, 655 ff.; vgl. – wenn auch ohne Unterscheidung richterlicher Regelungen – ferner WEBER, BK, Art. 97 OR, Rn. 30.

395 Beispielsweise würde es keine Rolle spielen, ob die Generalklausel gemäss Art. 2 ZGB wie die (bestimmteren) gesetzlichen Vorschriften für eine Schutznorm gehalten werden oder der Richter als ermächtigt angesehen wird, Normen des ungeschriebenen Rechts zu schaffen, die gleichfalls für Schutznormen gehalten werden.

396 Vgl. MERZ, ZBJV 1955, 316 f., JAUN, 397 f., wenn auch beide betr. den Geltungsbereich der Lehre vom Erfolgsunrecht; allgemein – zum deutschen Strafrecht – aber bspw. VOGEL, Pflicht und Norm, 52 f. und 67 ff. und – zum deutschen Deliktsrecht – STATHOPOULOS, FS Larenz, 643.

234 Anders verhält es sich bei *fahrlässigen* Pflichtverletzungen. So verlangt das positive schweizerische Recht zum Beispiel von einem sorgfältigen Anlageberater, dass er sich über die Risiken der Produkte, die er vertreibt, Kenntnisse verschafft, um gegebenenfalls über deren Risiken aufklären zu können[397]. Damit stellt es eine Verhaltensanforderung auf, die zu der Risikoaufklärungspflicht *hinzukommt*. Allerdings handelt es sich – anders als bei der Pflichtverletzung – nur um eine *‹Obliegenheit›*[398].

234.1 Deren Verletzung kann zur Haftungsbegründung *notwendig* sein (nämlich wenn kein vorsätzliches Verhalten vorliegt). Sie ist aber – weiterhin was die Anforderungen an das äussere Verhalten einer Person betrifft – *nie hinreichend*. Zum Beispiel ist denkbar, dass sich ein Anlageberater im Zusammenhang mit einer Auskunft über die Risikofähigkeit eines Produkts auf die Angaben seiner Frau verlässt, die sich während eines telefonischen Beratungsgesprächs zufällig in seinem Büro befindet, obwohl er weiss, dass diese zeitlebens Kinderbücher verfasste. Weist dann das Produkt tatsächlich nur geringe Risiken auf, haftet der Anlageberater trotz Unsorgfalt nicht. Es ist vielmehr *«noch einmal ‹gut gegangen›»*[399].

234.2 *Umgekehrt* hat die Respektierung der Obliegenheit nicht zwingend eine Ausnahme von der Haftung zur Folge. So kann der Anlageberater sich die erforderlichen Informationen zwar beschafft haben. Macht er seinem Kunden dann falsche Angaben, haftet er – wegen vorsätzlichem Verhalten – nichtsdestotrotz[400]. Wie wir im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zum Haftungselement der Zurechnung zur Tat zeigen werden, kommt die Obliegenheit im Rahmen der Operation der ausserordentlichen Zurechnung zum Tragen. Auf diese braucht wiederum gar

---

397 Allgemeiner geht es um das Gebot *‹know your product›,* vgl. dazu bspw. SCHALLER, SZW 2011, *passim*.

398 Vgl. CARTIER, Rn. 439; in der Sache auch REY, Rn. 843; sowie OFTINGER/STARK, Bd. I, § 5, Rn. 58 (‹die Sorgfaltspflicht ist keine Rechtspflicht›) und im Anschluss daran TROXLER, Universalität, Rn. 372; zum deutschen Vertragsrecht UNBERATH, Vertragsverletzung, 301 F.; zum deutschen Deliktsrecht JANSEN, AcP 2016, 131 f.; zum deutschen Strafrecht VOGEL, Pflicht und Norm, 79 f. m.w.H.; ferner bereits HRUSCHKA, Strukturen, 49 f.; DERS., FS Bockelmann, 425 f. und öfters.

399 So UNBERATH, Vertragsverletzung, 302, betreffend ein anderes Bsp.; vgl. in der Sache zum schweizerischen Auftragsrecht bspw. auch DERENDINGER, Rn. 255; sowie eine Aussage von FELLMANN, nämlich: *«Ist das Leistungsziel erreicht, spielt es* [..] *in der Regel keine Rolle, ob der Schuldner* [..] *innerlich die nötige Sorgfalt aufgebracht hat»* (BK, Art. 398 OR, Rn. 18); für ein weiteres Bsp. (Transport einer Glasscheibe in angeheitertem Zustand, wobei die Scheibe – *«vom Glück der Trunkenen begünstigt»,* unversehrt bleibt – vgl. OSWALD, 44 (m.H. auf LEONHARD).

400 Vgl. auch VOGEL, Pflicht und Norm, 52 mit einem anderen Bsp.

nicht zurückgegriffen zu werden, falls über das Vorsatzerfordernis eine ordentliche Zurechnung gelingt.

Diese Überlegungen gelten wohlgemerkt vorab im Bereich der Haftung für reine Vermögensschäden. Hier besteht die Pflichtwidrigkeit im Sinn der Lehre vom Verhaltensunrecht in *bestimmten Verhaltensanforderungen*. Im Bereich der Haftung für absolut geschützte Rechtsgüter kann es dagegen vorkommen, dass es sich bei den Sorgfaltsobliegenheiten um die *einzigen* Anforderungen an das äussere Verhalten des Schädigers handelt; zum Beispiel wenn es darum geht, dass in einem Supermarkt regelmässig der Boden gewischt werden muss, damit dieser nicht rutschig wird[401]. In diesen Situationen muss der Schädiger in seinem Verantwortlichkeitsbereich gewissermassen einen *bestimmten Zustand* verhindern (der im Sinn der Lehre vom Erfolgsunrecht einen Schaden zur Folge haben kann) und nicht ein bestimmtes Verhalten.

Geht es um die **Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen**, steht das Haftungselement der Pflichtverletzung endlich *sowohl im Vertrags- als auch im Deliktsrecht im Vordergrund, wenn es um den Ersatz reiner Vermögensschäden geht*. Die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen finden Eingang in den Haftungstatbestand, indem sie die entsprechenden Pflichten stipulieren. Der Fokus der Ausführungen zum materiellen Recht wird entsprechend auf dieses Haftungselement gerichtet sein (vgl. hinten, 2. Teil / 2. und 3. Kapitel). 235

3. Zurechnung zur Tat

Bei der Zurechnung zur Tat geht es, wie erwähnt, um zwei Probleme. Zum einen muss einer Person eine *physische Handlungsalternative* zum pflichtwidrigen Verhalten zugeschrieben werden können, zum andern ein *Wissen um die Tatumstände* (damit die Person so angesehen werden kann, dass sie sich einer Handlungsalternative bewusst ist). Es besteht je die Möglichkeit einer ordentlichen sowie einer ausserordentlichen Zurechnung. Beide Probleme werden im schweizerischen Haftungsrecht adressiert und die bezüglichen Zurechnungsurteile zur Haftungsbegründung letztlich grundsätzlich für erforderlich gehalten. Relativ unklar bleibt demgegenüber, welche 236

401 Vgl. JANSEN, AcP 2016, 132, dem auch das Bsp. entnommen wurde. Der Streit um die Einordnung dieser in der Schweiz oftmals sog. ‹Sorgfaltspflichten› (vgl. hinten, Rn. 249 ff. m.H.) ist in Bezug auf absolut geschützte Rechtsgüter denn auch besonders akut. Eine Konsequenz dieses Unterschieds ist ferner, dass bei der Zuteilung der Sorgfaltspflichten zum Widerrechtlichkeits- bzw. Verschuldenselement in der Sache zwischen den beiden Situationen differenziert werden kann (so bspw. VERDE, Widerrechtlichkeit, vgl. insb. Rn. 71 und Rn. 72).

positiven Haftungsvoraussetzungen einschlägig sind. Auf diese beiden Punkte ist im Folgenden vorab einzugehen.

Die Tatumstände, hinsichtlich welcher ein (ordentlich oder ausserordentlich zugerechnetes) Wissen vorliegen muss, werden in vorliegendem Kontext durch die einschlägigen öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen bezeichnet. Das ist der Ausgangspunkt, wenn wir im vorliegenden Kontext von ‹Wissen um die Tatumstände› schreiben. Darüber hinaus können positivrechtlich weitere ‹Wissenselemente› vorausgesetzt sein, wie etwa die sog. ‹besonderen subjektiven Tatbestandsmerkmale›[402] oder das Wissen um einen Vermögensschaden, den die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen womöglich nicht voraussetzen. Auf diese kommen wir (spätestens) im materiell-rechtlichen Teil zurück.

237 Wenn ein Schädiger im Tatzeitpunkt **physisch keine Handlungsalternative** hat (ordentliche Zurechnung) und es auch nicht zu verantworten hat, dass es ihm an einer solchen mangelt (ausserordentliche Zurechnung), trifft ihn *im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 oder Art. 97 Abs. 1 OR im Prinzip keine Haftpflicht*[403].

238 Die nachfolgenden Erläuterungen des Appellationsgerichts Basel-Stadt, die im Zusammenhang mit einer Reflexhandlung erfolgen, veranschaulichen dies[404]: *«Beim Aufstehen von ihrem Barhocker stürzte die Beklagte und versuchte, sich an der Klägerin festzuhalten. Dadurch kamen beide Frauen zu Fall und stürzten zu Boden. Entsprechend den vorstehenden Ausführungen, wonach Verschulden insbesondere den Vorwurf der Vermeidbarkeit des Schadens umfasst, kann ein solches im Verhalten der Beklagten nicht erblickt werden. Dass sie sich, der plötzlichen Gefahr eines Sturzes gewahr werdend, reflexartig an der Klägerin zu halten versuchte, lässt einen Schuldvorwurf nicht zu. Es ist eine Erfahrungstatsache, dass der Mensch bei einem plötzlichen Sturz aus einem Reflex heraus nach irgend etwas greift* [ordentliche Zurechnung]. [..]. *Es lässt sich auch nicht sagen, der Schreckreaktion der Beklagten sei ein eigenes Fehlverhalten vorausgegangen, weshalb das reflexartige Greifen nach der Klägerin sie nicht entlasten könne* [ausserordentliche Zurechnung[405]]*»*.

---

402 Vgl. STRATENWERTH, SR AT I, § 9, Rn. 117, in Abgrenzung zum Wissen betr. den sog. ‹Objektiven Tatbestand›, welches wir vorliegend meinen.

403 Vgl. zum Deliktsrecht die einlässlichen Ausführungen von JAUN, 341 ff. m.w.H. In der vertragsrechtlichen Literatur wird auf die Situation in erster Linie im Kontext der Zurechenbarkeit von Willenserklärungen Bezug genommen (vgl. bspw. SCHWENZER, OR AT, Rn. 36.03 m.H.), indes wird betreffend das haftungsbegründende Verhalten nichts anderes gelten (vgl. zur Relevanz der Zurechnungslehre in *beiden* Bereichen vorne, Rn. 223).

404 BJM 2001, 300.

405 Vgl. dazu ferner die weiteren Ausführungen des Gerichts, BJM 2001, 300 f.; JAUN, 343 ff., kritisiert dieses Ergebnis. Zu beachten ist jedoch, dass angesichts der jedenfalls offenen Vorgaben des Gesetzgebers (vgl. zu der einschlägigen Rubrik sogl.) ein gewisser

Die Erläuterungen zeigen zugleich, dass eine *Zurechnung* erfolgt. Ob die Klägerin im Tatzeitpunkt tatsächlich eine Handlungsalternative hatte, wird sich nie ergründen lassen. Stattdessen stellt das Gericht auf die (durchaus plausible[406]) Erfahrungstatsache ab, wonach dies nicht der Fall ist. 239

Mit dem **Wissen um die Tatumstände** verhält es sich sodann analog. Sind diese dem Schädiger im Tatzeitpunkt (in zugeschriebener Weise) nicht bewusst (ordentliche Zurechnung) und trifft ihn auch keine Verantwortung, diese zu erkennen (ausserordentliche Zurechnung), *muss er für den verursachten Schaden auf der Grundlage von Art. 41 Abs. 1 oder Art. 97 Abs. 1 OR grundsätzlich nicht einstehen*[407]. Auch hierfür findet sich in der Gerichtspraxis ein illustratives Beispiel. Gemäss Sachverhalt näherte sich eine Gruppe von ortsfremden Besuchern einem auf einer Bauernhofanlage gelegenen Restaurant. Dabei trug sich insbesondere Folgendes zu: *«Alors que Taulemesse et son ami Legrand passaient, en se dirigeant vers le silo, devant la porte de la grange restée ouverte, un gros chien de garde en est brusquement sorti.* [..]. *Il s'est précipité sur Legrand et lui a déchiré son manteau. Pris de peur, Taulemesse s'est sauvé en courant en direction du silo, a franchi le muret et cherché à s'agripper aux échelons de l'échelle du silo, qu'il a manqués de justesse, tombant au fond de la fosse»* [408]. 240

In der Folge stellte sich die Frage, ob Taulemesse ein Selbstverschulden traf. Das Bundesgericht hielt in Bezug auf die Umstände (‹*faits*›), aufgrund welcher ein solches in Frage kommt (vgl. Art. 44 Abs. 1 OR), folgendes fest: *«en vertu du principe de la faute qui prévaut en responsabilité aquilienne, ces faits doivent pouvoir être imputés à faute à la victime»*[409]. Das Gericht verwendet damit wohlgemerkt dieselbe Sprache wie die Zurechnungslehre. 241

Ermessensspielraum des Gerichts besteht, den dieses im Lichte seiner wohlbegründeten Überlegungen m.E. nicht fehlerhaft ausgeübt hat.

406 Vgl. auch JAUN, 344.

407 Hintergrund ist das beidenfalls vorgesehene Verschuldenserfordernis, das entweder Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraussetzt; vgl. zum Deliktsrecht ferner OFTINGER/STARK, Bd. I, § 5, Rn. 37 (keine Haftung bei ‹entschuldigendem› Sachverhaltsirrtum; ebenso BREHM, BK, Art. 41 OR, Rn. 176); und zum (deutschen) Vertragsrecht bspw. WOLF, Soergel-BGB, 12. Aufl., § 276, Rn. 50 ff. und 99 ff., insb. Rn. 99: Dem Wissen um die Tatbestandsmerkmale (im Rahmen des Vorsatzerfordernisses) entspricht deren Erkennbarkeit (im Rahmen des Fahrlässigkeitserfordernisses).

408 Vgl. BGE 102 II 232, Bst. A. der Sachverhaltsdarstellung.

409 BGE 102 II 232, E. 3a.

242 In der Sache wurde hinsichtlich des Wissens um die Tatumstände von Taulemesse alsdann Folgendes erwogen: *«Le demandeur ne savait pas qu'un chien de garde se tenait dans la grange; il ne connaissait pas les lieux et ignorait en particulier que derrière le muret se trouvait une fosse en ciment de 4 à 5 m de profondeur, dans laquelle le silo était construit. Le jugement déféré constate qu'il fallait se pencher par-dessus le muret pour se rendre compte de la profondeur de la fosse. Rien n'indique que le demandeur l'ait fait, avant l'attaque du chien. Il ne voyait donc que le muret, le silo et l'échelle qui y était installée»*[410].

243 Taulemesse wurde also kein aktuelles Wissen um die Umstände zugerechnet, unter denen er handelte (ordentliche Zurechnung) – insbesondere der (neuen) Umgebung, in der er sich befand, inklusive der Grube, in die er fiel. Entsprechend hatte er keinen Grund, sich anders zu verhalten. Implizit geht das Gericht zudem davon aus, dass ihn auch keine Pflicht traf, sich mit der Umgebung vorgängig vertraut zu machen (ausserordentliche Zurechnung).

244 Als weiteres Beispiel aus der Gerichtspraxis, welches die vorliegend in Frage stehenden Kategorien der Zurechnungslehre zum Ausdruck bringt, lässt sich die sog. *‹Business Judgement Rule›* aus dem Verantwortlichkeitsrecht anführen. Diese Regel fordert unter anderem, dass Verwaltungsratsentscheide «*auf einer angemessenen Informationsbasis*» beruhen. Dabei *«ist auf die Informationen abzustellen, über die das Verwaltungsratsmitglied im Zeitpunkt der Pflichtverletzung verfügte* [ordentliche Zurechnung] *oder verfügen konnte* [ausserordentliche Zurechnung]»[411].

245 Hinter der Forderung, wonach der Schädiger zumindest als dafür verantwortlich angesehen werden können muss, dass er im Tatzeitpunkt physisch keine Handlungsalternative hatte, beziehungsweise sich einer solchen nicht bewusst war, steht im Übrigen das *Verschuldensprinzip*[412]. Art. 41 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 1 OR (vgl. auch noch Art. 99 Abs. 1 OR) verschaffen diesem Nachachtung. MANUEL JAUN ist zuzustimmen – es *«ist unmittelbar einleuchtend und wird niemand in Abrede stellen, dass Verschulden etwas mit personaler Verantwortlichkeit zu tun hat»*[413]. Diese setzt ihrerseits voraus, dass der Schädiger in seinen Handlungen als frei angesehen werden

410 BGE 102 II 232, E. 3a.

411 Entscheid 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012, E. 5.1; einen Überblick zur Behandlung der *Business Judgement Rule* in der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre hat unlängst GERHARD, SZW 2016, 255 ff., gegeben.

412 Vgl. einstweilen allein das vorne, Rn. 241, ausgeführte Zitat aus BGE 102 II 232, E. 3a.

413 Vgl. Sorgfaltspflichtverletzung, 75 (Hervorhebung im Original).

kann[414], beziehungsweise in der Sprache der Zurechnungslehre zumindest eine Handlungsalternative hatte. Zurechnung ist gleichsam ‹Operationalisierung von Verantwortlichkeit›[415].

Weniger klar ist die nähere Einpassung der Zurechnungsurteile in den positiven Haftungstatbestand[416]. 246

Immerhin etwas erscheint als klar. Das (zugerechnete) Wissen um die Tatumstände im Tatzeitpunkt wird *im Rahmen des* ***Vorsatzerfordernisses*** geprüft[417]. Das Vorsatzerfordernis ist im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR (‹Absicht›) sowie von Art. 97 Abs. 1 OR Bestandteil der Haftungsvoraussetzung des ‹Verschuldens›[418]. 247

Vorsatz wird im Allgemeinen dann für gegeben gehalten, wenn wissentliches und willentliches Verhalten vorliegt[419]. Vom Wissen lässt sich meines Erachtens jedoch auf ein Wollen schliessen, mit den deutlichen Worten von JOACHIM HRUSCHKA: *«Mit der Annahme, dass das handelnde Subjekt Rx aktuell bewusst realisiert, ist daher die Annahme, dass das Subjekt die Anwendung auch will, immer schon mitgesetzt. Das Gegenteil lässt sich jedenfalls nicht im Ernst behaupten, würde es uns doch nicht nur als unglaubwürdig, sondern als schlechterdings absurd erscheinen, wollte jemand sagen, er habe bei seiner Handlung zwar das aktuelle Bewußtsein der Anwendung von Rx, nicht aber den Willen dazu gehabt»*[420]. Diesen Schluss vom Wissen auf ein Wollen zieht im Strafrecht regelmässig auch das Bundesgericht, wenn es Eventual- 248

414 Vgl. REPGEN, FS Lampe, 401 f.; FELLMANN, SJZ 1995, 46 m.w.H. *(«Voraussetzung ist, dass der Schuldner in der gegebenen Situation* [..] *anders hätte handeln können»);* ferner CARTIER, Rn. 387 ff. und 439 (dessen Verweis an letzterer Stelle darauf, dass es sich ‹ethisch› so verhalten soll, allerdings nicht als notwendig erscheint – wir bewegen uns durchaus auf der Ebene des Rechts); JAUN, 74 ff.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 6, Rn. 1.

415 So der Titel eines Sammelbandes, hg. von KAUFMANN und RENZIKOWSKI, vgl. auch deren Vorwort, 7 ff.

416 Vgl. einstweilen die Besprechung des vorne erwähnten Basler Entscheids durch ROBERTO, recht 2002, 145 ff. Bereits deren Titel ist instruktiv: *«Verschulden statt Adäquanz oder sollte es gar Rechtswidrigkeit sein?».*

417 Vgl. mit Blick auf das deutsche Strafrecht TOEPEL, 24; VOGEL, Pflicht und Norm, 70 ff.; vgl. allgemein auch JAUN, 94.

418 Vgl. allein WEBER, BK, Art. 99 OR, Rn. 56 m.w.H. (unter Verweis auf Art 99 Abs. 1 OR, der eine Haftung für ‹jedes› Verschulden vorsieht).

419 Vgl. Art. 12 Abs. 2 StGB und für das Zivilrecht statt Vieler SCHWENZER, OR AT, Rn. 22.12.

420 Strukturen, 27; vgl. auch noch die H. i.Zh.m. der Rechtsgeschäftslehre hinten, Rn. 512.2.

vorsatz von bewusster Fahrlässigkeit abgrenzt[421] (wenn gleich es begrifflich an der sog. ‹voluntativen Theorie› festhält, wonach die Abgrenzung auf der Willensseite zu erfolgen habe[422]).

249 Der Frage, ob *aktuell* eine physische Handlungsalternative vorgelegen hat (ordentliche Zurechnung), wird sodann nur wenig Beachtung geschenkt. Der Fokus liegt hier – aus praktischer Warte wohl zu Recht – auf der Frage, ob die entsprechende Situation hätte vermieden werden können (ausserordentliche Zurechnung)[423]. Gleichermassen auf der Stufe der ausserordentlichen Zurechnung kann den Schädiger gemäss vorne erfolgten Ausführungen die Obliegenheit treffen, aktuelles Wissen um die Tatumstände zu erwerben.

250 Im Zusammenhang mit diesen beiden Operationen werden in der Schweizer Haftpflichtrechtsdoktrin jedenfalls im Bereich des Erfolgsunrechts oftmals die Begriffe der *‹Erkennbarkeit›* und der *‹Vermeidbarkeit›* verwendet[424].

251 Dem Schädiger ist einerseits aufgegeben zu erkennen, dass ein bestimmtes Verhalten kausal zu einem Schaden führen kann. Wie VITO ROBERTO zutreffend festhält, geht es dabei allerdings um die Erkenntnis des *rechtlich geforderten* Verhaltens (und nicht der [tatsächlichen] Tatumstände), mithin um das Institut des Rechtsirrtums[425]. Dem entspricht bei gesetzlich vorgegebenen Verhaltensnormen die Frage, ob und inwiefern der Schädiger diese (in zurechenbarer Weise) gekannt hat oder kennen musste. Diese Frage stellt sich erst auf der Stufe der Zurechnung zur Schuld.

---

421 Die Formel lautet: Der Richter darf *«vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich dem Täter die Verwirklichung der Gefahr als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, sie als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolges ausgelegt werden kann»* (vgl. aus der publizierten Praxis zuletzt BGE 135 IV 152, E. 2.3.2 [ein französischsprachiger Entscheid; die deutsche Formel wurde BGE 130 IV 58, E. 8.4, entnommen]); für H. auf BGE, die diesen Schluss i.Zh.m. sog. direkten Vorsatz ziehen, vgl. DONATSCH, OFK-StGB, Art. 12, Rn. 9.

422 Vgl. für H. DONATSCH, OFK-StGB, Art. 12, Rn. 12.

423 Exemplarisch die relativ einlässlichen Überlegungen von JAUN, 341 ff., welcher in der Sache durchaus zwischen ordentlicher und ausserordentlicher Zurechnung unterscheidet (vgl. u.a. dessen Rede vom ‹Zustand› fehlender Selbstbestimmungsfähigkeit).

424 Vgl. zum Deliktsrecht kürzlich VERDE, Widerrechtlichkeit, Rn. 47 und 55, je m.w.H.; und zum Vertragsrecht bspw. WEBER, BK, Art. 99 OR, Rn. 90 m.w.H.; vgl. auch DEUTSCH, JZ 1998, 995.

425 Vgl. Haftpflichtrecht, Rn. 07.15.

Unter der Rubrik der ‹Vermeidbarkeit› wird andererseits eingefordert, dass man sich in die Lage versetzt, die fragliche Tätigkeit alternativ auszuführen, *oder* sie, falls das nicht möglich ist, gänzlich unterlässt[426]. 252

Die alternative Ausführung im Kontext der ersten Fälle wird regelmässig als sorgfältiges Tätigwerden bezeichnet[427]. 252.1

Im Kontext der zweiten Fälle ist in der Doktrin bisweilen davon die Rede, dass *«das Einfallstor des sog. Übernahmeverschuldens»* durchschritten wird[428], das – im Einklang mit der naturrechtlichen Zurechnungslehre[429] – folglich ebenfalls auf der Stufe der ausserordentlichen Zurechnung zu prüfen ist. 252.2

Im Allgemeinen wird für die entsprechenden Anforderungen an das Verhalten des Schädigers oft der Begriff der ‹Sorgfaltspflicht› verwendet[430], wobei es sich jedenfalls im Bereich der Haftung für reine Vermögensschäden eigentlich um Obliegenheiten und nicht um Pflichten handelt. Zutreffender ist mithin die Notion der *‹Sorgfaltsobliegenheit›*[431]. 252.3

Sorgfaltsobliegenheiten können sowohl den Erhalt von physischen Handlungsmöglichkeiten als auch die Verschaffung von Wissen um die Tatumstände betreffen. Insofern beschlägt die Rubrik der ‹Vermeidbarkeit›, die nachfolgend freilich nicht weiter verwendet wird, beide Situationen. Im (hiesigen) Finanzmarktkontext stehen die letzteren Situationen allerdings klar im Vordergrund. 253

Die Obliegenheit des Anlageberaters, Kenntnisse hinsichtlich der Risiken der vertriebenen Produkte zu erwerben, wurde beispielhaft bereits erwähnt. Verwendet man das Konzept des ‹Übernahmeverschuldens›, lässt sich die Situation dahingehend fassen, dass ein Berater über keine Produktekategorie Auskunft geben darf, betreffend die er nicht über die erforderlichen Kenntnisse verfügt. Ferner hat ein Anlageberater beispielsweise im

426 Vgl. VERDE, Widerrechtlichkeit, Rn. 55 m.w.H.

427 Vgl. VERDE, Widerrechtlichkeit, Rn. 55 m.w.H.

428 DEUTSCH, JZ 1998, 995; vgl. zum Übernahmeverschulden einstweilen die Umschreibung von HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 6, Rn. 17: *«Wer die notwendigen Fähigkeiten nicht hat, darf bestimmte Arbeiten oder Aufträge nicht übernehmen»;* sowie nunmehr GLOOR, *passim*.

429 Vgl. das Bsp. des unwissenden Arztes, der eine Behandlung mit letalem Ausgang übernimmt, bei HRUSCHKA, Strukturen, 65 f.

430 Vgl. statt Vieler zum Deliktsrecht VERDE, Widerrechtlichkeit, Rn. 47; und zum Vertragsrecht BUCHER, OR AT, 347 f. Im deutschen Deliktsrecht steht jedenfalls im Zusammenhang mit der Haftung für die Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter der Begriff der ‹Verkehrspflichten› im Vordergrund; derweil im deutschen Vertragsrecht der Begriff der ‹Sorgfalt› bereits im BGB selbst verwendet wird (vgl. § 276 Abs. 2 BGB).

431 Entlehnt bei JANSEN, AcP 2016, 231; sowie Struktur, 618.

Rahmen eines telefonischen Beratungsgesprächs den Ausführungen des Kunden, *e.g.* betreffend dessen Risikobereitschaft, die nötige Aufmerksamkeit zu schenken (und nicht nebenbei Emails zu schreiben). Nur so kann sichergestellt werden, dass er dem Kunden Auskünfte gibt, welche sämtliche relevanten Umstände in Rechnung stellen[432]. Demgegenüber lassen sich Fälle von *vis absoluta,* Reflexhandlungen, unvorhersehbaren Anfällen oder ähnlichem zwar nicht ausschliessen, dürften aber doch Seltenheitswert haben.

254 Die Unklarheiten in Bezug auf die Einordnung der Zurechnungsurteile im Haftungstatbestand laufen nun weitgehend *mit den Unklarheiten betreffend die Einordnung der Sorgfaltsobliegenheiten gleich*.

254.1 Im *Deliktsrecht* erfolgt die Prüfung gemäss herkömmlicher Auffassung auf der Stufe des Verschuldens, genauer der Fahrlässigkeit[433]. Demgegenüber verweist eine (weiterhin[434]) vordringliche Auffassung auf die Stufe der Widerrechtlichkeit[435]. Dabei liegt der Fokus bisweilen auf der Haftung für die Verletzung absolut geschützte Rechtsgüter[436], derweil andere Autoren auf die Haftung für reine Vermögensschäden abzielen (u.a. unter dem Titel ‹dritte Widerrechtlichkeitstheorie›)[437]. Noch einmal andere halten dafür, dass gerade, wenn gesetzliche Verhaltensnormen zum Schutze des Vermögens zur Haftungsbegründung beigezogen werden, auf der Stufe des Verschuldens sinngemäss keine Verletzung einer Sorgfaltsobliegenheit mehr zu prüfen sei[438].

---

432 Diese Umstände werden bisweilen anhand des Gebots ‹*know your customer*› erfasst, vgl. TRAUTMANN/VON DER CRONE, *passim*. Die Wendung wird auch im Zusammenhang mit den geldwäschereirechtlichen Abklärungspflichten verwendet.

433 Vgl. statt Vieler REY, Rn. 843 m.H. Eine andere Frage ist, ob eine etwaige Verweisung auf ausserprivatrechtliche Normen im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses die Sorgfaltsobliegenheiten bzw. allgemeiner das Verschuldenselement mitumfasst (vgl. dazu hinten, 2. Teil / 2. Kapitel / II. / 7. / C.).

434 Vgl. jüngst VERDE, Widerrechtlichkeit, *passim*.

435 Vgl. VERDE, Widerrechtlichkeit, Rn. 9 ff. m.H.; DERS., Straftatbestände als Schutznormen, Rn. 311 ff.

436 So grundsätzlich ROBERTO, Haftpflichtrecht, vgl. 05.67 ff. und § 4 *passim* (anders freilich noch DERS., GesKR 2006, *passim*) und wohl auch HONSELL/ISENRING/KESSLER, vgl. § 4, Rn. 20 ff. und § 6, Rn. 20 ff.; gleichermassen die deutsche Diskussion (vgl. bereits LARENZ, FS Dölle, 169).

437 Vgl. insb. die ‹Basler Gruppe› um SCHWENZER, grundlegend DIES./SCHÖNENBERGER, 376 ff.; zur Bezeichnung ‹dritte Widerrechtlichkeitstheorie› insb. SCHÖNENBERGER, HAVE 2004, *passim*.

438 Vgl. MERZ, ZBJV 1955, 316.

Auch im *Auftragsrecht,* dem viele im Finanzmarktbereich relevante Verträge unterstehen, ist die Abgrenzung von Vertragsverletzung und Verschulden immer noch *«Objekt heftiger Kontroverse»*[439]. Zum einen gibt es Stimmen, die in der Verletzung der Sorgfaltsobliegenheit eine Vertragsverletzung sehen und zum andern (wiederum) solche, welche die Rubrik des Verschuldens für einschlägig halten. Zudem werden Zwischenlösungen vorgeschlagen[440]. 254.2

Im Rahmen der vorliegenden Studie werden wir zu diesen Kontroversen im materiell-rechtlichen Teil Stellung nehmen, soweit es deren Gegenstand erfordert. Aus der deskriptiven Warte, die im Licht der Zielsetzungen des Grundlagenteils sogleich eingenommen wird, sind die erforderlichen Differenzierungen nämlich möglich. 254.3

Im Übrigen liegt den Unklarheiten unter anderem die Begebenheit zu Grunde, wonach im Delikts- und Vertragsrecht grundsätzlich ein *objektiver Sorgfaltsmassstab* zur Anwendung gelangt, d.h. das Verhalten des Schädigers an einem Drittmassstab gemessen wird[441]. Nachfolgende Überlegungen lassen sich jedoch auch *unbesehen davon* anstellen, ob positivrechtlich ein objektiver oder ein subjektiver Sorgfaltsmassstab zum Tragen kommt (in dessen Rahmen die individuellen Fähigkeiten des Schädigers berücksichtigt werden). Die Sorgfaltsobliegenheiten haben demnach ein anderes deskriptivistisches Problem zum Gegenstand als die Pflichtverletzung, bei dessen Regelung alsdann ein objektiver *oder* subjektiver Massstab zur Anwendung gebracht werden kann.

Aus **deskriptiver Warte** können unter Rückgriff auf die Zurechnungslehre ohne Weiteres zwei Probleme auseinandergehalten werden, nämlich (i) jenes gemäss der Rubrik der Pflichtverletzung (‹Anwendung des Gesetzes auf die Tat›) und (ii) jenes gemäss der Rubrik der Zurechnung zur Tat. Sie stehen zueinander in einer *Prädikats-Subjekts-Relation*. 255

---

439 So SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2007, Fn. 22.

440 Vgl. einlässlich H.P. WALTER, Abgrenzung, 61 ff. m.H. zum Meinungsstand; und ferner bspw. WEBER, BK, Art. 99, Rn. 84 m.w.H.

441 Vgl. zum Deliktsrecht bspw. CARTIER, insb. Rn. 222; oder FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, Rn. 556; und zum Vertragsrecht betr. Art. 97 Abs. 1 OR bspw. WIEGAND, BSK-OR I, Art. 99, Rn. 43, und betr. ‹Dienstleistungsobligationen›, mithin insb. das Auftragsrecht, H.P. WALTER, Abgrenzung, 62. Vgl. für einen weiteren Grund, der indessen nur die Haftung für die Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter betrifft, vorne, nach Rn. 234.2. Dazu, *dass* ein objektiver Massstab anzulegen ist, vgl. zum Deliktsrecht hinten, Rn. 942 m.H.; und zum Vertragsrecht betr. Art. 97 Abs. 1 OR bspw. WIEGAND, a.a.O., Rn. 42 f.; und betr. Art. 398 Abs. 2 OR bspw. FELLMANN, BK, Art. 398 OR, Rn. 355.

256 Auf der Stufe der *ordentlichen* Zurechnung muss im Tatzeitpunkt eine physische Handlungsalternative zu dem potentiell pflichtwidrigen, tatsächlichen Verhalten bestehen sowie ein Wissen um die Umstände desselben vorliegen[442].

257 Auf der Stufe der *ausserordentlichen* Zurechnung wird das Prädikat der physischen Handlungsalternative(-n) beziehungsweise des Wissens um die Tatumstände alsdann *ersetzt*[443]. An dessen Stelle tritt eine Obliegenheit, sich die Möglichkeit, physisch alternativ zu handeln beziehungsweise das fragliche Wissen zu verschaffen[444] oder – negativ gewendet – den Zustand der Alternativlosigkeit beziehungsweise der Unwissenheit im Tatzeitpunkt zu vermeiden[445]. Diese Obliegenheit entspricht der vorne erwähnten Sorgfaltsobliegenheit[446].

258 Zu den ‹Hauptpflichten›[447], die vorne durch das Element der Pflichtverletzung markiert worden sind, kommt demnach eine weitere Kategorie von Verhaltensanforderungen hinzu[448]. Die Prädikats-Subjekts-Relation bleibt aber gewahrt, nachdem die

---

442 Vgl. insofern auch ENGISCH, FS 100 Jahre DJT, 427 f.; NOWAKOWSKI, ZStW 1951, 312 f.: Vorsatz als Innenseite der ‹ausserweltlichen› Handlung (ähnlich SCHULTZ, SR AT, 176, in Bezug auf den Begriff der ‹Schuld› [inkl. Vorsatz und Fahrlässigkeit] im Allgemeinen). Damit angesprochen ist die Unterscheidung von innerer und äusserer Sorgfalt (vgl. bspw. DEUTSCH, JZ 1988, *passim*), die allerdings nicht der vorliegend vertretenen Unterscheidung von Pflichtwidrigkeit und subjektiver Zurechnung (bzw. positivrechtlich Fahrlässigkeit) entspricht, da die Sorgfaltsobliegenheiten (auch) äusseres Verhalten zum Gegenstand haben können.

443 Vgl. auch HRUSCHKA, FS Bockelmann, 426, vgl. auch 424 und öfters; ferner VOGEL, Norm und Pflicht, 78; vgl. – *vice versa* – auch den Hinweis von A. KAUFMANN, wonach im Fall gegebener Voraussicht sich fahrlässiges Verhalten in vorsätzliches verwandle (ZfRV 1964, 53).

444 Vgl. ENGISCH, FS 100 Jahre DJT, 430 f. inkl. Fn. 23: *«Erkenntnisverschaffungspflicht»;* HRUSCHKA, JZ 1997, 25; IDA, FS Hirsch, 226; ferner OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16, Rn. 25.

445 Vgl. HRUSCHKA, FS Bockelmann, 425 f.; VOGEL, Norm und Pflicht, 79; UNBERATH, Vertragsverletzung, 302 und 326; ferner WERRO, Capacité, Rn. 363.

446 Vgl. in der Sache bspw. auch KINDHÄUSER, FS Hruschka, 531 f., der dabei herausstreicht, dass dies auch dann noch gilt, wenn für die Bestimmung der Sorgfalt ein objektiver Massstab herangezogen wird.

447 So VOGEL, Norm und Pflicht, 74.

448 Vgl. auch UNBERATH, Vertragsverletzung, 325 f.: *«zwei Pflichten»;* und, wenn auch begrenzt auf den Bereich des sog. Erfolgsunrechts, MERZ, ZBJV 1955, 316 f.: *«eigenes Rechtswidrigkeitsproblem»;* ferner VOGEL, Norm und Pflicht, 74 (‹Haupt-› und ‹Vorsorgepflichten›); sowie bereits die H. vorne, Rn. 234. Das gilt wiederum vorab im Bereich der Haftung für reinen Vermögensschädigungen (vgl. vorne, nach Rn. 234.2, inkl. H. zur Situation bei der Haftung für die Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter).

Verhaltensanforderungen Elemente ersetzen, welche zu den ‹Hauptpflichten› in einer ebensolchen Relation stehen. Es wird gleichsam je dasselbe äussere Verhalten (ordentlich bzw. ausserordentlich) zugerechnet[449]. Die Relation kommt zudem zum Ausdruck, wenn festgehalten wird, dass die Verhaltensanforderungen letztlich auf die Einhaltung des von den ‹Hauptpflichten› eingeforderten Verhaltens abzielen[450].

Der entsprechende Gehalt der Sorgfaltsobliegenheiten lässt sich auch anhand der rechtstheoretischen Kategorie der sog. *‹Aufgabennormen›* reflektieren (auch ‹teleologische› oder ‹finale Normen›)[451]. Inhalt des Sollens ist hier nicht ein bestimmtes Verhalten, sondern die Aufgabe, ein gewisses Ziel zu erreichen. Dabei handelt es sich in vorliegendem Zusammenhang um die erforderliche Handlungsalternative(-n) beziehungsweise das erforderliche Wissen und damit *letztlich* die (zugeschriebene) Möglichkeit, dem von der ‹Hauptpflicht› geforderten Verhalten nachzukommen. 259

Diese Aufgabe ist positivrechtlich schliesslich zu konkretisieren. Das erwähnte Ziel ist im Licht des Verschuldensprinzips also *nicht unter allen Umständen* zu erreichen. Zudem geht es um normative Verhaltensanforderungen, die über die Feststellung eines bloss individuell-konkreten ‹Vermeidenkönnens› hinausgehen können[452]. Allerdings sind die Vorgaben des Gesetzgebers eher unbestimmt. Exemplarisch wird § 276 Abs. 2 BGB, der Fährlässigkeit mit der Ausserachtlassung der *«im Verkehr erforderliche Sorgfalt»* gleichsetzt, als Generalklausel bezeichnet[453]. In der Schweiz 260

449 Vgl. ausserhalb der naturrechtlichen Zurechnungslehre aus der strafrechtlichen Doktrin ferner bspw. NOWAKOWSKI, ZStW 1951, 300 f. m.w.H., wonach sich Vorsatz und Fahrlässigkeit (als Ausdruck ordentlicher und ausserordentlicher Zurechnungsurteile auf der ersten Stufe) deskriptiv oft auf *dieselbe* objektive Tatseite beziehen; sowie aus der deliktsrechtlichen Doktrin SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 212 m.w.H. (Fahrlässigkeit als ‹relatives, normbezogenes› Konzept).

450 Vgl., wenn auch begrenzt auf den Bereich des sog. Erfolgsunrechts, auch MERZ, ZBJV 1955, 317; ferner die H. betr. die analogen Obliegenheiten des Geschäftsherrn hinten, Rn. 327. Ebenso Ausdruck davon sind ferner (i) der Hinweis, dass die Sorgfaltsobliegenheit für die Verletzung der Hauptpflicht kausal sein muss (so im Ergebnis betreffend den Bereich des sog. Erfolgsunrechts PUPPE, Rechtswissenschaft 2011, 416 f.; da jene im Hinblick auf diese zu formulieren ist, erscheint eine separate Prüfung, ob ein hinreichender Kausalzusammenhang vorliegt, allerdings nicht erforderlich); sowie (ii) die Auffassung, wonach Sorgfaltspflichten bzw. -obliegenheiten unselbstständige Pflichten sind, die selbstständige Pflichten (*i.e.* die Hauptpflichten) zum Bezugsobjekt haben (vgl. hinten, insb. Rn. 699 ff. m.H.).

451 Vgl. hierzu und zum folgenden WEINBERGER, Norm, 94; in der Sache ähnlich IDA, FS Hirsch, 228 f.

452 Vgl. im Zusammenhang mit dem Wissenselement nur HRUSCHKA, FS Bockelmann, 425 inkl. Fn. 10.

453 Vgl. bspw. WOLF, Soergel-BGB, § 276, Rn. 74.

sind die Formulierungen in Art. 41 Abs. 1 OR *(«sei es aus Fahrlässigkeit»)* und Art. 97 Abs. 1 OR (Beweis des Schädigers, *«dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle»*) tendenziell noch rudimentärer.

261 Ist im Haftungstatbestand eine Verletzung der Sorgfaltsobliegenheit zu prüfen, liegt folglich eine **an den Richter gerichtete Ermächtigungsnorm** vor. Diese lässt ihm Raum, *zur Konkretisierung der Sorgfaltsobliegenheit öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen beizuziehen*[454]. Darauf ist im materiellen Teil zurückzukommen.

Zur Illustration sei an dieser Stelle kurz einer der vorne erwähnten Fälle aufgegriffen. Demgemäss schreibt ein Anlageberater nebenher Emails, statt im Rahmen eines Beratungsgesprächs seine volle Aufmerksamkeit dem Kunden zu schenken. Art. 24 Abs. 3 KAG sieht nun eine Protokollierungspflicht vor, welche Angaben über das Risikoprofil eines Kunden mitumfasst[455]. Geht man davon aus, dass die Pflicht nicht nur Beweiszwecken, sondern auch der Sicherstellung einer Beratung unter Zugrundelegung der spezifischen Kundenbedürfnisse (inkl. bzgl. Risiken) dient[456], könnte der Richter eine etwaige Verletzung der Protokollierungspflicht berücksichtigen, wenn er zu entscheiden hat, ob der Anlageberater seiner Sorgfaltsobliegenheit nachgekommen ist.

4. Zurechnung zur Schuld

262 Sobald ein Verhalten (ordentlich oder ausserordentlich) zur Tat zugerechnet *und* auf der Ebene der Gesetzesanwendung eine Pflichtverletzung festgestellt werden kann, stellen sich Probleme, welche die naturrechtliche **Zurechnungslehre** auf einer zweiten Zurechnungsstufe unter der Rubrik der Zurechnung zur Schuld zusammenfasst. Dabei werden – wie bei der Zurechnung zur Tat – wiederum zwei Situationen *und* zwei Weisen der Zurechnung unterschieden. Beide Situationen betreffen die *Fähigkeit des Schädigers, sich durch seine Pflichten motivieren zu lassen*.

263 Zum einen kann eine Person für *unfähig* angesehen werden, sich im Tatzeitpunkt zu einem regelgemässen Verhalten zu motivieren – sei es aufgrund ihres Zustands oder weil sie sich in einer Notsituation befindet (ordentliche Zurechnung). Sollte ein entsprechendes (‹negatives›) Zurechnungsurteil gefällt werden, besteht weiter die Möglichkeit, die Person für die Herbeiführung des fraglichen Zustands oder der Notsituation verantwortlich zu halten (ausserordentliche Zurechnung).

---

454 Vgl. – betr. § 276 Abs. 2 BGB – auch KÖNDGEN, AcP 2006, 520, der die Vorschrift (wie wohl vorab mit Blick auf die Inbezugnahme privater Regelwerke) als ‹Inklusionsnorm› bezeichnet.

455 Vgl. bspw. FRICK, BSK-KAG, Art. 24, Rn. 36.

456 Vgl. FRICK, BSK-KAG, Art. 24, Rn. 28.

Zum zweiten wird die erforderliche Motivation als nicht gegeben erachtet, falls die fragliche Pflicht einer Person im Tatzeitpunkt (in zugerechneter Weise) *unbewusst* ist (ordentliche Zurechnung). Ausserdem kann von einer Person gefordert werden, dass sie ein entsprechendes Wissen hätte erwerben müssen (ausserordentliche Zurechnung). 264

Die naturrechtliche Zurechnungslehre evoziert für die zweite Zurechnungsstufe den *Begriff der Schuld*. Ein entsprechender Sprachgebrauch ist vorab im **Strafrecht** anschlussfähig; im (privaten) Haftungsrecht findet er dagegen in der Regel keine Verwendung. Insbesondere umfasst der privatrechtliche Begriff des Ver*schuld*ens gemäss herkömmlicher Auffassung Elemente, die auf der Stufe Zurechnung zur Tat (wie jedenfalls jenes des Vorsatzes) wie auch solche, die auf der Ebene der Zurechnung zur Schuld (wie jenes der Urteilsfähigkeit) anzusiedeln sind[457]. Da die folgenden Hinweise zum Strafrecht auf eine Deskription des zu Grunde liegenden Problems abzielen, sind sie für unsere Überlegungen zum privatrechtlichen Haftungselement freilich von Interesse. 265

Der strafrechtliche Begriff der Schuld entspricht weitgehend jenem der naturrechtlichen Zurechnungslehre. Zudem werden dieselben Situationen adressiert. Entsprechend hält GÜNTHER STRATENWERTH in seinem einflussreichen Lehrbuch zum Schuldelement folgendes fest[458]: *«Es geht, wie überall betont wird, um die Möglichkeit, die rechtliche Sollensforderung zu erkennen und sich nach ihr zu richten.* [..] *Ausgeschlossen sein kann sie einerseits bei Defiziten, die in der Person des Täters liegen; das ist der Fall mangelnder Schuldfähigkeit. Andererseits kann es dem Täter aber auch in der konkreten Situation, in der er sich befindet, verwehrt sein, das Unrecht seines Verhaltens zu erkennen oder nach seiner Einsicht zu handeln; das sind die Fälle des unvermeidbaren Rechtsirrtums und der Unzumutbarkeit.»* 266

Mit der Rubrik der ‹Unzumutbarkeit› werden im Allgemeinen Situationen erfasst, in denen Güterkollisionen bestehen, aufgrund welcher es als für den Täter nicht zumutbar erachtet wird, sich durch die strafrechtliche Verhaltensnorm motivieren zu lassen[459]. Die naturrechtliche Zurechnungslehre dürfte ebensolche Situationen im Auge 267

---

457 Vgl. insb. BREHM, BK, Art. 41 OR, Rn. 169, 170 ff. und 183 ff.; OFTINGER/STARK, Bd. I, § 5, Rn. 40, 44 ff. und 112 ff.

458 SR AT, § 11, Rn. 5 (Hervorhebungen im Original).

459 Vgl. STRATENWERTH, SR AT I, § 11, Rn. 64. Die insb. von CONINX vertretene Auffassung, wonach erst Art. 18 Abs. 2 StGB, der eine derartige Unzumutbarkeit voraussetzt, die Schuldebene betrifft, erscheint mithin beachtlich (vgl. ZStrR 2013, 121 ff.). Zur Abgrenzung zu Güterkollisionen, die – vor dem Hintergrund des strafrechtlichen Prüfungsaufbaus – ‹bereits› eine Rechtfertigung zur Folge haben, vgl. ferner hinten, Rn. 273 ff.

haben, wenn sie auf das positive Recht verweist, um näher zu bestimmen, wann eine *Notsituation* vorliegt[460].

268 Betreffend den *Rechtsirrtum* ist sodann bemerkenswert, dass die zwei Zurechnungsstufen im Schweizer Strafrecht bereits von Gesetzes wegen unterschieden werden. So lautet Art. 21 StGB wie folgt: *«Wer bei Begehung der Tat nicht weiss* [ordentliche Zurechnung] *und nicht wissen kann* [ausserordentliche Zurechnung]*, dass er sich rechtswidrig verhält, handelt nicht schuldhaft.* [..]». Den Täter trifft entsprechend eine ‹Erkenntnisverschaffungspflicht› betreffend die Rechtslage – analog zur ausserordentlichen Zurechnung, wenn es um das Wissen um die Tatumstände geht[461].

269 Ferner wird zum strafrechtlichen Schulderfordernis in der Doktrin festgehalten, dass eine Bewertung des ‹Unrechtssachverhalts› vorgenommen wird, *ergo* insbesondere der tatsächlichen Elemente, die den (objektiven und subjektiven) Tatbestand ausmachen. Dieser sei mithin ‹Objekt der Wertung›, so dass er von dem Schulderfordernis logisch abgelöst werden könne[462]. GÜNTHER STRATENWERTH hält allerdings zu Recht fest, dass auf der Unrechtsebene auch Bewertungen vorzunehmen und auf der Schuldebene auch Tatsachen festzustellen seien[463].

270 Unter Rückgriff auf die eben noch einmal zusammengefassten Überlegungen der naturrechtlichen Zurechnungslehre können die zu Grunde liegenden Probleme *gleichwohl* **deskriptiv unterschieden** werden[464]:

270.1 Zumindest in *Notsituationen,* wie beispielsweise einer Drohung *oder* im Fall eines *Rechtsirrtums,* kann dem Täter durchaus zugestanden werden, dass er physisch (zumindest) eine Handlungsalternative zum pflichtwidrigen Verhalten hat sowie – gleichsam im Sinn des Erfordernisses des subjektiven Tatbestands – sich der Tatumstände und mithin der physischen Handlungsalternative(-n) bewusst ist (Zurechnung zur Tat)[465]. Sodann wird gemäss dem Erfordernis des objektiven

460 Vgl. vorne, Rn. 219.1 m.H.

461 Vgl. nur die sinngemässen Hinweise auf die Gerichtspraxis bei STRATENWERTH, SR AT I, § 11, Rn. 55.

462 Vgl. STRATENWERTH, SR AT I, § 11, Rn. 3 m.w.H.; die prägnante Gegenüberstellung von ‹Objekt der Schuldbewertung› und ‹Wertung› selbst geht auf WELZEL zurück (und zwar auf dessen grundlegenden Aufsatz ‹Um die finale Handlungslehre›, vgl. dort, 24); vgl. ferner bspw. WIETHÖLTER, JZ 1963, 205.

463 Vgl. STRATENWERTH, SR AT I, § 11, Rn. 3; ähnlich bspw. auch bereits NOWAKOWSKI, ZStW 1951, 302 f.

464 Vgl. aus der Strafrechtsdoktrin ferner bspw. PUPPE, FS Otto, 390 f. und 392 f., die festhält, dass sich die Schuld auf das Unrecht beziehe.

465 Vgl., was Drohungen betrifft, auch VON THUR/PETER, 429; wohl unzutreffend insofern daher JAUN, 342. Betreffend Rechtsirrtümer kommt diese Möglichkeit in der sog.

Tatbestands bestimmt, ob ein Verhalten pflichtwidrig ist (‹Anwendung des Gesetzes auf die Tat›). Die Frage, welche das Schulderfordernis adressiert, lautet schliesslich dahingehend, ob die Nichtergreifung der vorhandenen Handlungsalternative(-n) entschuldigt werden kann. Dazu muss dem Täter die Möglichkeit abgesprochen werden, sein Verhalten an der Pflicht auszurichten (Zurechnung zur Schuld).

270.2 Entsprechende Unterscheidungen sind auch im Zusammenhang von *Zuständen wie Geisteskrankheit, Trunkenheit oder Kindesalter* möglich. *Praktisch* fällt jene zwischen Zurechnung zur Tat und zur Schuld hier jedoch schwerer. So kann einer Person, die sich in einem entsprechenden Zustand befindet, durchaus bereits das Wissen um die relevanten Tatumstände oder gar eine physische Handlungsalternative abgesprochen werden[466]. Gerade im Schweizer Privatrecht ist es jedoch die Rechtsordnung, die im Fall derartiger Zustände von motivationalen Defiziten ausgeht (vgl. Art. 16 ZGB sowie sogl. hinten).

271 Neben dem Strafrecht setzt sich (mithin) auch das **positive (private) Haftungsrecht** mit den Situationen auseinander, die auf der Stufe der Schuld beziehungsweise gemäss der naturrechtlichen Zurechnungslehre auf der zweiten Zurechnungsstufe abgehandelt werden. Sie werden positivrechtlich allerdings *nicht* sämtlich für relevant gehalten.

271.1 Eine Haftung gemäss Art. 41 Abs. 1 wie auch gemäss Art. 97 Abs. 1 OR setzt Urteilsfähigkeit voraus (vgl. Art. 16 und 18 ZGB)[467]. Neben der Rubrik der Urteilsfähigkeit werden dabei die Rubriken der Delikts-[468], Schuld[469]- und/oder Verschuldensfähigkeit[470] und/oder der subjektiven Komponente des Verschuldens verwendet[471]. Gerade oft vorfindlicher Umschreibung muss eine Person fähig

---

Schuldtheorie zum Ausdruck (in Abgrenzung zu der sog. Vorsatztheorie), welcher nunmehr auch der Schweizer Strafrechtsgesetzgeber folgt (vgl. Art. 21 StGB), dazu STRATENWERTH, SR AT I, § 11, Rn. 52 f. m.w.H.

466 Für H. vgl. vorne, Fn. 371.

467 Im vertraglichen Bereich ist als Konstituente der Handlungsfähigkeit (vgl. Art. 13 ZGB) faktisch zudem Mündigkeit des Schädigers (vgl. Art. 14 ZGB) erforderlich, da die Begründung der Vertragsbeziehung, die Handlungsfähigkeit erfordert (vgl. Art. 12 ZGB), spätestens gleichzeitig mit der Pflichtverletzung erfolgen muss (vgl. näher hinten, Rn. 351).

468 Bspw. AEBI-MÜLLER/HAUSHEER, Personenrecht, Rn. 06.35 ff.

469 Bspw. FURRER/WEY, CHK, Art. 99 OR, Rn. 9.

470 Bspw. AEBI-MÜLLER/HAUSHEER, Personenrecht, Rn. 06.35 ff.

471 Vgl. bspw. BREHM, BK, Art. 41 OR, Rn. 179 ff.; REY, Rn. 810 ff.; auch FURRER/WEY, CHK, Art. 99 OR, Rn. 9.

sein, das Unrecht ihres Vorhabens einzusehen (sog. intellektuelle Komponente) und entsprechend dieser Einsicht zu handeln (sog. voluntative Komponente)[472]. Die einschlägige gesetzliche Regelung geht freilich recht konkret dann von Urteils*un*fähigkeit aus, wenn es jemandem wegen Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände an der Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln (Art. 16 ZGB). Damit sind die bereits erwähnten Zustände angesprochen, aufgrund welcher auch die naturrechtliche Zurechnungslehre einer Person die Fähigkeit abspricht, sich durch die einschlägigen normativen Anforderungen zu einem bestimmten Verhalten bestimmen zu lassen.

Was die *praktische Relevanz* der Anforderung der Urteilsfähigkeit betrifft, beobachtet PETER MAX GUTZWILLER[473] für den Bereich von Vermögensstrukturierungen, dass *«das Bedürfnis nach und die Bereitschaft zu Anpassung oder völliger Neugestaltung oft noch im fortgeschrittenen Alter besteht»,* infolgedessen er sich veranlasst sah, *«sich eingehender mit Fragen der Rechtsgestaltung durch alternde Personen zu beschäftigen, insbesondere mit der Frage der Urteilsfähigkeit»*. Im Haftungstatbestand kommen diese Beobachtungen insbesondere auf der Stufe des Selbstverschuldens zum Tragen, da es sich bei den alternden Personen in der Regel um die potentiell Geschädigten handeln dürfte.

271.2 Über die Regelung der Urteilsfähigkeit hinaus werden aktuelle Rechtsunkenntnis (ordentliche Zurechnung) sowie Verletzungen der Obliegenheit, die einschlägigen Pflichten zu erkennen (ausserordentliche Zurechnung), gemäss herrschender – aber nicht unumstrittener – *deliktsrechtlicher* Auffassung für *nicht* einschlägig gehalten[474] (Parömie: *error iuris nocet*). In der *vertragsrechtlichen* Literatur ist demgegenüber immer wieder der Hinweis zu finden, dass keine Haftung einsetzen soll, wenn der Schädiger seine vertraglichen Verpflichtungen nicht kenne und auch nicht kennen müsse[475]. Geht es um durch den Gesetzgeber vorgegebene Vertragspflichten (zwingendes oder dispositives Recht), steht dem der in der publizierten Bundesgerichtspraxis regelmässig wiederholte Grundsatz entgegen,

---

472 Vgl. allg. AEBI-MÜLLER/HAUSHEER, Personenrecht, Rn. 06.35; zum Vertragsrecht bspw. FURRER/WEY, CHK, Art. 99 OR, Rn. 10 m.w.H.; zum Deliktsrecht bspw. BREHM, BK, Art. 41 OR, Rn. 180 m.w.H.; und REY, Rn. 810 m.w.H. Wenn dabei von Einsicht in die Schädigungsmöglichkeit (o.ä.) die Rede ist, läuft dies jedenfalls auf dem Gebiet der Lehre vom Erfolgsunrecht im Ergebnis ebenfalls auf eine Einsicht in das Unrecht bzw. das unrechte Verhalten hinaus (vgl. vorne, Rn. 251).

473 Vgl. AJP 2008, 1223.

474 Vgl. statt Vieler BREHM, BK, Art. 41 OR, Rn. 180; VERDE, Straftatbestände, Rn. 512; beide m.w.H. (inkl. auf die Gerichtspraxis).

475 Vgl. insb. WEBER, BK, Art. 99 OR, Rn. 26, 63 und 68 m.H.

wonach Gesetze mit der amtlichen Publikation des Textes grundsätzlich als bekannt gelten, so dass insofern niemand aus seiner eigenen Rechtsunkenntnis Vorteile ableiten kann[476]. Stehen autonom gesetzte Vertragspflichten in Frage, liegt demgegenüber eine Problematik vor, die unter der bereits erwähnten Rubrik ‹Zurechnung von Erklärungsverhalten› zu behandeln ist – *scil.:* Muss sich eine Partei aufgrund ihres Verhaltens zurechnen lassen, dass sie die fragliche Pflicht gesetzt hat? Ist eine entsprechende Zurechnung möglich, dürfte sich eine Partei kaum darauf berufen können, dass sie im Zeitpunkt der Vertragsverletzung die Pflicht nicht gekannt hat und auch nicht kennen musste[477].

Stellt man auch hier die Frage nach der *praktischen Bedeutung,* wird ein Rechtsirrtum nicht leichthin anzunehmen sein. Unter Zugrundelegung des im Schweizer Haftungsrecht vorherrschenden, objektiven Fahrlässigkeitsmassstabs wird es den Normadressaten grundsätzlich geboten sein, die Normen, die ihre Tätigkeit regeln, zu erkennen. Gerade in internationalen Sachverhalten besteht freilich Potential; zumal bei Tätigkeiten im *‹world wide web›*. Hier wird ein Schädiger beziehungsweise Täter oftmals *«den Kontakt zu einer anderen Rechtsordnung überhaupt nicht in Erwägung ziehen bzw. die nach dieser Rechtsordnung als strafbar angesehene Rechtsgutverletzung überhaupt nicht als Unrecht erachten»* [478]. Hinzuweisen ist ferner auf die immer zunehmende Regelungsdichte des Verwaltungsstrafrechts, die eine Anwendung von Vorschriften, die einen Rechtsirrtum entschuldigen, ebenfalls begünstigen dürfte[479].

Auch Notsituationen, die der inneren Motivationsfähigkeit des Schädigers (in zu- 271.3
gerechneter Weise) entgegenstehen können, führen – soweit ersichtlich – nicht prinzipiell zu einem Ausschluss von dessen Haftung. Zwar werden in der Literatur zahlreiche Gründe angeführt, die ein widerrechtliches – beziehungsweise auf der Stufe ‹Anwendung des Gesetzes auf die Tat› als pflichtwidrig qualifiziertes – Verhalten von einer Haftung ausnehmen, unter anderem jene, die in Art. 52 OR gesetzlich vorgesehen sind[480]. Diese Gründe umschreiben – soweit ersichtlich –

476 Vgl. BGE 136 V 331, E. 4.2.3.1 m.H.

477 Vgl. dazu hinten, Rn. 573 ff.

478 So VALERIUS, NStZ 2003, 342.

479 So wird denn im Allgemeinen auch darauf hingewiesen, dass Art. 21 StGB praktisch vor allem im Nebenstrafrecht bedeutsam ist (vgl. bspw. NIGGLI/MAEDER, BSK-SR I, Art. 21 StGB, Rn. 9 m.H.).

480 Vgl. insb. BREHM, BK, Art. 41 OR, Rn. 60 ff.; sowie KESSLER, BSK-OR I, Art. 52 OR, *passim*. Ob Art. 52 OR auch im vertraglichen Haftungsrecht einschlägig ist, erscheint als nicht geklärt; die Vorschrift wird in der Kommentarliteratur im Kontext von Art. 99 Abs. 3 OR, der auf das Deliktsrecht verweist, nicht aufgeführt, weder im positiven noch im negativen Sinn (vgl. nur die jüngsten Auflagen der Kommentierungen von FURRER/WEY, CHK, Art. 99 OR, Rn. 29 ff.; und WIEGAND, BSK-OR I, Art. 99, Rn. 14 ff.). Ausgeschlossen erscheint dies allerdings nicht.

jedoch äussere Tatumstände und zielen nicht auf die innere Motivationsfähigkeit des Schädigers ab. Insbesondere kennt das Zivilrecht keinen entschuldigenden Notstand im Sinn von Art. 18 Abs. 2 StGB, zumal Art. 52 Abs. 2 OR allein den sog. rechtfertigenden Notstand regelt[481]. Das heisst indes nicht, dass der Schädiger selbst dann stets haftet, wenn die (in zugerechneter Weise) fehlende Motivationsfähigkeit auf das Verhalten des *Geschädigten* zurückzuführen ist. Der Grund hierfür lässt sich anhand der Parömie *‹ex turpi causa non oritur actio›* zum Ausdruck bringen. Ihr liegt der Gedanke zu Grunde, dass *«derjenige, der sich durch gesetzes- oder sittenwidriges Verhalten selbst ausserhalb der Rechtsordnung stellt, auch nicht auf sie soll berufen können, wenn er durch sein Verhalten wider Erwarten nicht einen Vor-, sondern einen Nachteil erleidet»*[482]. Der Parömie wird im positiven Haftungsrecht anhand des Instituts des Selbstverschuldens Nachachtung verschafft[483]. Folglich führt beispielsweise ein pflichtwidriges Verhalten, das durch eine Drohung herbeigeführt wurde, nicht zwingend zu einer Schadenersatzpflicht. Ob und inwiefern das schweizerische Haftungsrecht entsprechende Situationen, die von *Dritten oder durch Zufall* herbeigeführt wurden, in Rechnung stellt, untersuchen wir im Übrigen nicht näher.

272 Demnach wird im Haftungstatbestand gemäss positivem Recht auf der Stufe der Zurechnung zur Schuld vorab *Urteilsfähigkeit* vorausgesetzt. Im Zusammenhang damit wird schliesslich auch die Unterscheidung zu den in der naturrechtlichen Zurechnungslehre vorgesehenen Ebenen ‹Zurechnung zur Tat› und ‹Anwendung des Gesetzes auf die Tat› reflektiert. In Art. 54 OR (im Vertragsrecht i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR[484]) ist eine Haftung Urteils*un*fähiger vorgesehen. Dabei sind Widerrechtlichkeit und Verschulden wohlgemerkt weiterhin erforderlich[485] – mithin jene zwei Haftungsvoraussetzungen, auf denen die Ebenen der Zurechnung zur Tat und der ‹Anwendung des Gesetzes auf die Tat› eingefangen werden. Ob die Verletzung der Sorgfaltsobliegenheit auf der Stufe der Widerrechtlichkeit oder des Verschuldens zu prüfen ist, ist insofern also im Übrigen noch nicht einmal zu entscheiden.

273 Schliesslich ist auf die **Unterscheidung zwischen den Elementen Schuld und Rechtfertigung** hinzuweisen. (Auch) dieser Unterscheidung wird vorab im Strafrecht Nachachtung verschafft. Neben den einzelnen Strafvorschriften des sog. Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs bestehen allgemeine Rechtfertigungsgründe.

481 Vgl. auch HEIERLI, Fn. 2215 (411); sowie im Ergebnis TROXLER, Universalität, Rn. 116.

482 VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht II, Rn. 515.

483 Vgl. ROGERS, FS Widmer, Rn. 2.

484 Vgl. auch WEBER, BK, Art. 99 OR, Rn. 51 ff. und 152.

485 Vgl. MÜLLER, CHK, Art. 52 OR, Rn. 10.

Diese entkräften die Unrechtsindikation, die mit der Erfüllung des objektiven und subjektiven Tatbestands dieser Vorschriften auf ein bestimmtes Verhalten einhergeht[486].

Insoweit verhält es sich ähnlich wie mit dem Schulderfordernis, wird auf dessen Grundlage doch gleichsam ein auf der ersten Stufe zugerechnetes und alsdann als pflichtwidrig qualifiziertes Verhalten von einer Sanktionierung ausgenommen (*scil*. ‹entschuldigt›). 274

Allerdings legen die Rechtfertigungsgründe *äussere* Tatumstände fest, unter denen ein Verhalten erlaubt ist; sie sagen dem Rechtsunterworfenen gleichsam, was er tun und lassen darf[487]. Die Rechtfertigungsgründe gehören somit zum *‹System der Verhaltensnormen›*[488] beziehungsweise zur Stufe der ‹Anwendung des Gesetzes auf die Tat›[489]. Dem entspricht, dass von präskriptiven Sätzen Gebrauch gemacht wird, wenn bestimmte Verhaltensweisen als erlaubt ausgezeichnet werden[490]. Indem sie ein gemäss den einzelnen (im Strafrecht ‹besonderen›) Verhaltensnormen einmal als pflichtwidrig bestimmtes Verhalten aufgrund allgemeiner Überlegungen von der Tatbestandsmässigkeit wieder ausnehmen, nehmen sie allerdings die Pflichtverletzung in Bezug[491]. Daher werden sie vorliegend im Rahmen eines separaten Haftungselements erfasst (namentlich den sog. ‹allgemeinen Verteidigungsgründen›, vgl. hinten, 1. Teil / 2. Kapitel / III. / 7.). 275

Im Rahmen des Schuldelements ist demgegenüber die *innere* Motivationsfähigkeit des Täters entscheidend[492], die diesem allerdings aufgrund der äusseren Tatumstände zugeschrieben wird – eine Operation, die so nicht erforderlich ist, falls es um Rechtfertigungsgründe geht (insb. um den rechtfertigenden Notstand). 276

---

486 Vgl. TROXLER, Universalität, Rn. 5; speziell zum Strafrecht statt Vieler STRATENWERTH, SR AT I, § 10, Rn. 1.

487 Vgl. HRUSCHKA, Rechtstheorie 1991, 450.

488 Vgl. HRUSCHKA, Pufendorfs Zurechnungs- und Notstandslehre, 186 f.; ferner A. SCHNEIDER, 44; und mit Blick auf das deutsche Strafrecht PUPPE, FS Otto, 392 f.

489 Vgl. SANCHEZ-OSTIZ, FS Roxin, 362; in der Sache auch HRUSCHKA, Pufendorfs Zurechnungs- und Notstandslehre, 186 f.

490 Vgl. VOGEL, Norm und Pflicht, 28 f.

491 Vgl. betr. das deutsche Strafrecht PUPPE, FS Otto, 392 f.

492 *Insoweit* trifft die Auffassung, wonach dem entschuldigenden Notstand eine ‹subjektive Prägung› innewohnt (so TRECHSEL/GETH, PK-StGB, Art. 18, Rn. 2), m.E. durchaus zu.

Das heisst im Übrigen nicht, dass ein Täter nicht auch in Rechtfertigungssituationen als innerlich aufgewühlt angesehen werden kann. Voraussetzung für eine Rechtfertigung ist ein entsprechendes Zurechnungsurteil jedoch nicht[493].

5. Erfolg

277 Die Begründung einer Haftung erfordert im Allgemeinen, dass das pflichtwidrige Verhalten (zumindest) einen Erfolg verursacht, beziehungsweise im Fall von Handlungsgeboten dessen Eintreten nicht verhindert. Unter ‹Erfolg› verstehen wir zunächst schlicht deskriptivistische Zustandsveränderungen, die – gemäss vorne erläutertem Verständnis des Attributs ‹deskriptiv› – nicht zwingend auch empirischer, *scil*. tatsächlicher Natur sein müssen.

278 Gemäss Art. 41 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 1 OR wird *in jedem Fall* ein Erfolg in Gestalt eines Vermögensschadens vorausgesetzt[494]. Dieser (bzw. die Pflicht zu dessen Ersatz) ist für die eingangs eingeführte Notion des Haftungsrechts geradezu begriffsnotwendig[495].

279 Der Fokus der vorliegenden Arbeit liegt auf der **Haftung für *reine* Vermögensschäden**, die vorliegen, falls es an einer Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts fehlt. Steht eine Haftung für die Verletzung absolut geschützter Rechte in Frage, ist zu deren Begründung neben einem Vermögensschaden die vorgängige Verletzung eines derartigen Rechtsguts erforderlich, so dass im Haftungstatbestand zwei Erfolge vorausgesetzt werden[496]. Im Fall reiner Vermögensschädigungen wird tatbestandlich demgegenüber *kein zweiter Verletzungserfolg* gefordert[497].

---

493 Vgl. CONINX, ZStrR 2013, 122, deren Überlegungen zur Unterscheidung zwischen rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand (a.a.O., *passim*) vorliegenden überhaupt nahe kommen.

494 Schadenersatz kann gemäss positivem Haftungsrecht nur im Fall eines Vermögensschadens gefordert werden (vgl. nur ROBERTO, Schadensrecht, 9).

495 Vgl. näher vorne, Fn. 11.

496 Dies kommt insbesondere zum Ausdruck, wenn im Zusammenhang mit der Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter zwischen haftungsbegründender Kausalität (zwischen Pflichtverletzung und Verletzung des absolut geschützten Rechtsguts) und haftungsausfüllender Kausalität (zwischen Verletzung des absolut geschützten Rechtsguts und Vermögensschaden) unterschieden wird (einlässlich STOLL, AcP 1976, 181 ff.; vgl. aus der Schweizer Literatur bspw. FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, Rn. 415 ff.).

497 Vgl. SPICKHOFF, Karlsruher Forum 2007, 82; ferner DEUTSCH, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 866; und ROBERTO, Haftpflichtrecht, Rn. 05.66.

Das heisst selbstredend nicht, dass im Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Vermögensschaden in bestimmten Situationen positivrechtlich nicht weitere Ereignisse für notwendig erachtet werden können. Das gilt insbesondere für sog. ‹Beziehungsdelikte›, in deren Tatbestand selbstschädigende Verhaltensweisen des Geschädigten stehen[498]. Im Finanzmarktbereich handelt es sich dabei vorab um Geschäfte, die Anleger im Nachgang an pflichtwidrige Fehlinformationen tätigen; konkreter beispielsweise um sog. ‹nachteilige Vermögensdispositionen› in Fällen, die unter der Rubrik der ‹Vertrauenshaftung› geführt werden[499], oder um Kaufentschlüsse in Prospekthaftungsfällen[500]. Solche zusätzlichen Ereignisse werden für die Begründung einer Haftung nach Art. 41 Abs. 1 und/oder Art. 97 Abs. 1 OR im Allgemeinen allerdings *nicht zwingend* vorausgesetzt[501].

Die Unterscheidung des einschlägigen Haftungselements von jenem, welches das pflichtwidrige Verhalten adressiert, liegt sodann bereits pragmatisch nahe. 280

Geht man der Unterscheidung auf den Grund, stellt man freilich fest, dass zur Begründung früher regelmässig auf das naturwissenschaftliche (*scil*. empirische) Prinzip der strengen Kausalität zurückgegriffen wurde[502]. Danach lässt sich jedes Ereignis auf *eine* Ursache zurückzuführen. Setzt man das Verhalten als Ursache oder den Erfolg als Ereignis ein, lassen sich diese entsprechend voneinander scheiden, da die Ursache dem Ereignis *voran*geht[503]. Das Prinzip galt in den Naturwissenschaften anfangs als unanfechtbar[504]. Der entsprechende Konsens wurde (vorab) durch die Quantenmechanik durchbrochen, die zu Tage förderte, dass sich ein Ereignis nur noch wahrscheinlich auf eine bestimmte Ursache zurückführen lässt[505]. In der Folge kann ein Verhalten auch nicht mehr zwingend als einem Erfolg vorangehend identi- 281

498 Vgl. dazu hinten, Rn. 306 ff.

499 Vgl. bspw. Entscheid 4C.70/2005 vom 18. Mai 2005, E. 3.1 m.w.H. Dass die ‹Verleitung zur Selbstschädigung› im Anwendungsfeld der Vertrauenshaftung liegt, hält bspw. JAUN, 484 ff., fest.

500 Vgl. bspw. CHAMMARTIN/VON DER CRONE, SZW 2006, 455 ff. m.w.H. Die Unterscheidung zwischen fehlerhaftem Prospekt und individuellem Kaufentschluss sowie zwischen diesem und dem Vermögensschaden erfolgt bisweilen sogar unter dem Titel des in Fn. 496 eingeführten Begriffspaars von haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität (vgl. DIES., a.a.O.).

501 Vgl. bspw. die dem Geldwäschereifall zu Grunde liegende Situation, in welcher der Geschädigte im der Geldwäschereihandlung nachfolgenden Ursachenzusammenhang keine Rolle spielt.

502 Für H. vgl. MÜNZBERG, 24 ff., insb. Fn. 43.

503 Vgl. MÜNZBERG, 24 f. (wo er den Fall behandelt, in dem der Erfolg festgesetzt ist) und 31 (wo er den Fall behandelt, in dem das Verhalten festgesetzt ist).

504 Vgl. SPINDLER, AcP 2008, 289 f. m.H.

505 Vgl. SPINDLER, AcP 2008, 289 f. m.H.

fiziert werden – beziehungswiese umgekehrt ein Erfolg als einem Verhalten nachgehend.

282 Erklärungen mit empirischen Prinzipien wie jenem der strengen Kausalität tragen ohnehin nicht, falls die rechtsrelevanten Erfolge nur anhand *normativer Begriffe* erfasst werden können, und das wiederum ist der Fall, wenn man Vermögensschädigungen als Erfolg einsetzt. So ist meines Erachtens der Auffassung zu folgen, wonach es keine natürliche Notion des Vermögensschadens gibt, sondern diese *«notwendigerweise von der Rechtsordnung geprägt»* ist[506]. Gemäss der im Privatrecht vorherrschenden Differenzhypothese sind die Vermögensbilanzen des potentiell Geschädigten vor und nach dem deliktischen Akt zu vergleichen. Alsdann ist gleichsam auf dem Weg einer rechtlichen Bewertung zu bestimmen, ob und inwiefern eine bestimmte Position in diese Bilanzen aufzunehmen ist oder nicht[507]. Dabei können auch Positionen Berücksichtigung finden, die nicht in sinnlich wahrnehmbaren Zustandsveränderungen bestehen (wie bspw. entgangener Gewinn).

283 Das Prinzip der strengen Kausalität vermag eine Unterscheidung der Haftungselemente Erfolg und pflichtwidriges Verhalten insofern *nicht* zu leisten. Indem es zwischen Ursache und Ereignis unterscheidet, weist es trotzdem in die richtige Richtung.

283.1 Ein Teil der Haftungsrechtsdoktrin stellt entlang dieser Begebenheiten, *scil*. betreffend einerseits die Reichweite der persönlichen Verantwortlichkeit und andererseits die zu schützenden Güter, verschiedene Wertungsfragen[508].

283.2 In vorliegendem Zusammenhang bedeutsamer ist jedoch, dass die Begebenheiten deskriptiv unterschiedliche Probleme markieren. Zum einen geht es um die Interessen des Geschädigten (*scil*. ob und inwiefern dessen Güter schützenswert sind) und zum andern wird auf die Person des Schädigers abgezielt (*scil*. ob und inwie-

---

506 Vgl. ROBERTO, Schadensrecht, 103 und insb. 114 ff., je m.w.H. (Zitat auf S. 103); ferner ARZT, BSK-SR I, Art. 146 StGB, Rn. 28. Auch MERTENS, der sich in seiner Habilitationsschrift ausdrücklich auf die Suche nach einem ‹natürlichen Begriff des Vermögensschadens› begab und in der Folge das Vermögen als *«soziale Tatsache»* zu erfassen versuchte (123), stellt später klar, dass die Notion, zu der er letztlich gelangte, keineswegs wertungsfrei ist (vgl. den Hinweis bei ROBERTO, Schadensrecht, Fn. 65 [18]); entsprechend besteht denn auch die Möglichkeit eines unterschiedlichen Vermögensbegriffs in Zivil- und Strafrecht (vgl. ausführlich CASSANI, Protection pénale, 67 ff.; und ferner [zum deutschen Recht] WITTIG, 190).

507 Vgl. ROBERTO, Schadensrecht, 115 f. m.w.H.

508 Vgl. hinten, Rn. 380 m.H.

fern dieser aufgrund seines Verhaltens für eine etwaige Verletzung dieser Güter verantwortlich zu halten ist)[509].

Dasselbe bringt VOLKER HAAS unter Rückgriff auf die Sprachtheorie zum Ausdruck[510]. Demnach ist der Rechtsgutsbegriff als *zweistellige* Relation zwischen einem Subjekt (hier dem Geschädigten) und einem bestimmten Zustand oder Vorgang (hier dessen Interessen) zu kennzeichnen. *«Infolgedessen liegt es ausserhalb seiner Möglichkeiten* [d.h. den Möglichkeiten des Rechtsgutsbegriffs]*, über den Schaden als* [..] *Erfolgsunwert hinaus zu beschrieben, wodurch der Geschehensablauf definiert sein muss, um der rechtlich gewollten Güterverteilung zu widersprechen»*[511]. Bezogen auf das Vermögen können Aussagen dazu, ob dieses eine Schädigung erfahren hat, folglich *nicht* darauf abstellen, wie das Verhalten des Schädigers beschaffen ist. Die Festlegung des Erfolgs bleibt für jene des Verhaltens mithin ohne Bedeutung. 283.3

Wenn wir schliesslich auf die Unterscheidung zwischen präskriptiven und askriptiven Sätzen zurückgreifen, geht es bei dem Haftungselement nicht darum, dem Schädiger ein bestimmtes Verhalten vorzuschreiben, sondern darum, ihn für sein Verhalten zur Verantwortung zu ziehen, weil ein bestimmter Erfolg eingetreten ist. Die Sprache des Haftungselements ist also askriptiv; und das Element selbst gemäss dem entsprechenden Vorschlag zur Unterscheidung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnormen[512] folglich der zweiteren Normkategorie zuzuordnen. 283.4

Nach alledem bestätigt die Theorie gleichwohl die pragmatische Haltung, wonach sich pflichtwidriges Verhalten und Erfolg auseinander halten lassen. Alsdann ist im Vergleich zum Erfolg auch eine Unterscheidung der Haftungselemente der Zurechnung zur Tat und zur Schuld möglich. Diese stehen – wie dargestellt – in einer Relation zum pflichtwidrigen Verhalten, mit der Folge, dass sie diesem im vorliegenden Kontext gleichsam nachfolgen. 284

Diesem Befund verschaffen die beiden Grundtatbestände der deliktischen und vertraglichen Haftung (Art. 41 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 1 OR) **positivrechtlich** Nachachtung, indem sie als *separates* Haftungsmerkmal einen (Vermögens-)Schaden voraussetzen. Im Übrigen kann sich das Wissenselement, das im Rahmen der Zu- 285

---

509 JANSEN, Struktur, 106 f. m.w.H.; Fn. 140 (S. 571 f.); vgl. ferner bspw. GOTZLER, 114; oder ROUSSOS, 235 ff., insb. 243 f. m.w.H.

510 Vgl. zum Folgenden Kausalität, 69; ihm folgt RENZIKOWSKI, Normentheorie, 123 f.; vgl. ferner die Unterscheidung zwischen Verhaltens- und Anerkennungsnormen durch GOTZLER, 143 f.

511 V. HAAS, Kausalität, 69.

512 Vgl. vorne, Rn. 187 f.

rechnung zur Tat festgehalten wird, gemäss positivem Recht durchaus (auch) auf den Erfolg beziehen, ohne dass damit die Möglichkeit, die Elemente deskriptiv zu unterscheiden, beeinträchtigt wird.

6. Objektive Zurechnung

286 Das Haftungselement der objektiven Zurechnung ist im Allgemeinen der Formel *«niemand ist für alles zuständig»*[513] geschuldet. Es geht darum, aus allen menschlichen Verhaltensweisen, die dem fraglichen Erfolg (*in casu* dem Vermögensschaden) vorangehen, jene auszuwählen, die bei gegebenen weiteren Voraussetzungen eine Haftung begründen. Das im Haftungsrecht gebräuchlichere sog. ‹Kausalitätserfordernis› ist demnach – so viel vorneweg – mitumfasst.

287 Wie die Rubriken, unter denen andere Haftungselemente geführt werden, wird auch jene der ‹Objektiven Zurechnung› nicht einheitlich verwendet[514]. Gemäss hiesigem Verständnis werden mit der Rubrik die deskriptivistischen Begebenheiten bewertet, die sich auf den *Ursachenzusammenhang zwischen dem äusseren Verhalten des potentiellen Schädigers und dem Erfolg* auswirken. Als Begebenheiten, die der Zurechnung eines Erfolgs entgegenstehen können, kommen dabei letztlich allein das Verhalten oder Zustände anderer Personen (*i.e.* Dritter, aber auch des Geschädigten[515]) oder Zufälle beziehungsweise höhere Gewalt in Frage[516].

---

513 Nach SEELMANN/GETH, SR AT, Rn. 111.

514 Vgl. insb. die Warnung aus der deutschen Strafrechtslehre, wonach *«sich die Lehre von der objektiven Zurechnung allmählich zu einer heterogenen dogmatischen Superkategorie ‹ungelöster Tatbestandsfragen› zu entwickeln droht»* (FRISCH, 8).

515 Vgl. insofern – gleichsam zum Selbstverschulden – auch noch hinten, 1. Teil / 2. Kapitel / III. / 7. / B.

516 Vgl. auch SEELMANN/GETH, Rn. 111, wonach es bei der Objektiven Zurechnungen um die Abgrenzung der Zuständigkeit des potentiellen Täters zur Zuständigkeit Dritter oder des Zufalls geht. Ferner handelt es sich bei den bezeichneten Begebenheiten gemäss positivem Haftungsrecht um die Gründe, die für eine Unterbrechung des (normativen) Kausalzusammenhangs zu sorgen vermögen (vgl. statt Vieler SCHWENZER, OR AT, Rn. 20.01 f.). Allerdings geht es vorliegend *nicht* nur um Begebenheiten, die *allein* die Intensität aufweisen, um gemäss positivem Haftungsrecht eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs zu sorgen, sondern um *sämtliche* Begebenheiten der bezeichneten Art, die sich auf den Ursachenzusammenhang zwischen dem äusseren Verhalten des potentiellen Schädigers und dem Erfolg auswirken.

So gelingt aus deskriptiver Warte zunächst die **Abgrenzung zu den Haftungselementen der Zurechnung zur Tat und der Zurechnung zur Schuld**[517]. Diese beziehen sich zwar auch auf das äussere Verhalten des potentiellen Schädigers. Allerdings geht es dabei um die Beziehung zu der *Person des Schädigers,* indem im Rahmen der naturrechtlichen Zurechnungslehre gefragt wird, ob das Verhalten als von diesem (erst-)verursacht angesehen, diesem mithin zugerechnet werden kann. Ferner ist dazu Folgendes zu vermerken: 288

Die Abgrenzung wird in der Sache bereits von *Vertretern der naturrechtlichen Zurechnungslehre* vollzogen, namentlich von KANT. Dieser geht – wie CLAUDIA BLÖSER herausarbeitet – davon aus, dass eine Person im Grundsatz *sämtliche* (natürlich) kausalen negativen Folgen ihres Verhaltens zu vertreten hat, *sobald* ihr das Verhalten auf den beiden Zurechnungsstufen zugeschrieben werden kann[518] (wenn es auf der Ebene der ‹Anwendung des Gesetzes auf die Tat› zudem als pflichtwidrig zu qualifizieren ist[519]). 288.1

In der *früheren Strafrechtsdoktrin* wurde in ähnlicher Weise zwischen der Lehre von der ‹objektiven› und jener von der ‹subjektiven› Zurechnung unterschieden. Die Begebenheiten, die *ausserhalb* des dem Täter zuzurechnenden Verhaltens stehen, wurden dabei durch die Lehre von der objektiven Zurechnung adressiert[520]. 288.2

Demgegenüber bezieht sich das Wissenselement, das im Rahmen der Zurechnung zur Tat festgehalten wird, gemäss *positivem Recht* je nachdem auch auf den Ursachenzusammenhang zwischen Verhalten und Erfolg. Sobald dies der Fall ist, nehmen die Abgrenzungsprobleme zu, da das ‹subjektive Zurechnungsurteil› nunmehr nicht mehr nur das Verhalten betrifft, sondern – wie das ‹objektive Zurechnungsurteil› – auch den Erfolg[521]. Die Möglichkeit, die Elemente deskriptiv zu unterscheiden, bleibt davon allerdings unberührt. 288.3

Wenden wir uns der **Differenzierung des Haftungselements zu jenem der Pflichtverletzung** zu, bietet sich im Sinn einer *ersten Begründung* ein Rückgriff auf die Unterscheidung zwischen präskriptivem und askriptiven Sprachgebrauch an. Wie 289

---

517 Vgl. hierzu und zum Folgenden auch VOGEL, Norm und Pflicht, 60 f.

518 Vgl. BLÖSER, insb. 188 f.

519 Vgl. dazu sogl., Rn. 289 ff.

520 Vgl. den kurzen Abriss von SANCHEZ-OSTIZ, FS Roxin, 370 ff. m.H.; vgl. aus der zeitgenössischen Doktrin ferner bspw. KINDHÄUSER, FS Hruschka, *passim*.

521 Vgl. dazu aus der Warte des Schweizer Rechts ausführlich FREI, Rn. 131 ff. (zum Strafrecht) und Rn. 399 ff. (zum Privatrecht); und zum (theoretischen) Hintergrund der ‹subjektiven Überformung› des Tatbestandsmerkmals V. HAAS, Kausalität, 284 ff.

bereits die Rubrik ‹Objektive *Zurechnung*› ergibt, geht es vorliegend um askriptive Aussagen. Der Erfolg wird einem Verhalten zugeschrieben (und dieses aufgrund der Elemente der Zurechnung zur Tat und zur Schuld ihrerseits einer Person, so dass diese *letztlich* für den Erfolg haftbar gemacht werden kann). Entsprechend ist das Haftungselement der ‹Objektiven Zurechnung› der Sanktionsnorm zuzuordnen – anders als jenes der Pflichtverletzung, das der Verhaltensnorm zugehört.

290 In der Literatur zum positiven schweizerischen Haftungsrecht wird der Regelungsgegenstand des Elements der objektiven Zurechnung sodann herkömmlicherweise unter den Rubriken des natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs (Tun) beziehungsweise des hypothetischen Kausalzusammenhangs (Unterlassen) geführt. Dabei bezieht sich die Literatur nicht selten auf den Ursachenzusammenhang zwischen einem *bestimmten* Verhalten, dessen Pflichtwidrigkeit *bereits feststeht,* und dem fraglichen Erfolg[522]. Das Haftungselement der objektiven Zurechnung bringt insofern zumindest besser zum Ausdruck, dass gewisse Verhaltensweisen im Licht ihrer Ursächlichkeit für den Erfolg positivrechtlich bereits *von vorneherein* aus dem Haftungstatbestand ausgeschieden werden sollen[523].

Beispielhaft zu nennen sind Situationen, in denen sich ein Schädiger auf das Institut des sog. ‹erlaubten Risikos› berufen kann, wie beispielsweise beim erwähnten legalen Waffenverkauf[524]. Dabei geht es meines Erachtens weiterhin um die Abgrenzung der Zuständigkeit des potentiellen Schädigers zu jener eines Dritten oder des Zufalls. Liegen nämlich kein ungewöhnliches Drittverhalten (wie bspw. ein illegaler Weiterverkauf der Waffe) und kein Zufall vor (wie bspw. ein plötzliches Feuer, das die Explosion einer Handgranate zur Folge hat), dürfte es gar nicht zu einer Schädigung kommen, die nicht bereits gerechtfertigt ist (wie bspw. eine Tötung in einem legalen Krieg).

291 Wird das fragliche Verhalten des Schädigers durch eine *öffentlich-rechtliche Verhaltensnorm* geregelt, wird dessen Pflichtwidrigkeit jedoch durch die öffentlich-rechtliche Verhaltensnorm bestimmt, sofern diese nicht allein die Verursachung eines bestimmten Erfolgs verbietet. Ferner stellt die Schweizer Rechtsordnung mit ihrer marktwirtschaftlichen Verfassung (systemimmanent) keine Normen auf, die Vermögensschädigungen *schlechthin* verbieten. Damit fällt eben erwähnter konzeptioneller

---

522 Vgl. die entsprechenden Formulierungen in der Literatur, bspw. bei WEBER, BK, Art. 97 OR, Rn. 217; FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, Rn. 405 m.w.H.

523 Eine andere Frage ist, ob das notorisch wenig selektive Kriterium des natürlichen und die ‹generalklauselartigen› Erfordernisse des adäquaten (vgl. REY, Rn. 528) und hypothetischen Kausalzusammenhangs dazu materiell nicht auch Hand bieten würden (vgl. dazu im Einzelnen FREI, Rn. 468 ff., 476, 487 ff., 500 ff.).

524 Vgl. vorne, Rn. 209; und zu weiteren entsprechenden Instituten FREI, Rn. 464 ff.

Unterschied zwischen ‹Objektiver Zurechnung› und Kausalität für die Zwecke vorliegender Studie *nicht* ins Gewicht.

Vor diesem Hintergrund steht nunmehr die *zweite Begründung* der Differenz des hier diskutierten Haftungselements zu jenem der Pflichtverletzung[525]. 292

Anhand der *Verhaltensnorm* wird ein bestimmtes Verhalten des Schädigers bewertet mit der Konsequenz eines entsprechenden Gebots oder Verbots. Der abstrakt zu vermeidende Erfolg kann bei dieser Bewertung durchaus eine Rolle spielen. Alsdann wendet der Richter das Gebot oder Verbot auf ein konkretes Verhalten an. 292.1

Im Rahmen der *objektiven Zurechnung* werden dagegen die (normativen) Bedingungen aufgestellt, denen gemäss der Richter alsdann bestimmt, ob ein konkretes Verhalten einen konkreten Erfolg herbeigeführt hat. Einem ursächlichen Verhalten des potentiellen Schädigers geht die Tatbestandsmässigkeit letztlich entweder aufgrund des Verhaltens oder eines Zustands anderer Personen ab oder aufgrund von Zufall beziehungsweise höherer Gewalt. Gegenstand der Bewertung sind folglich diese Begebenheiten (und nicht das Verhalten des Schädigers oder der Erfolg[526]). 292.2

Insgesamt kann also auch das Haftungselement der Pflichtverletzung von jenem der objektiven Zurechnung theoretisch geschieden werden. Letzteres geht bei reinen Vermögensschädigungen dabei in der Frage nach dem Ursachenzusammenhang zwischen einer – *in casu* durch eine öffentlich-rechtliche Verhaltensnorm geregelten – Pflichtverletzung und einem (reinen) Vermögensschaden auf. 293

Positivrechtlich ist folglich die Regelung dieses Ursachenzusammenhangs entscheidend. Die Praxis und die vorherrschende Doktrin stellen dabei sowohl im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR[527] als auch von Art. 97 Abs. 1 OR[528] auf die bereits angesprochenen Rubriken des natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs beziehungsweise eines hypothetischen Kausalzusammenhangs ab. Die einschlägigen Formeln werden als bekannt vorausgesetzt[529]. 294

---

525 Vgl. dazu und zum Folgenden auch FRISCH, 58 f. und 62 *(«sachlogisch vorrangige Frage»);* und im Kontext der (heute) sog. Schutzzwecklehre ferner MÜNZBERG, Fn. 251 (126).

526 Vgl. FRISCH, 59.

527 Vgl. nur FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, Rn. 404 und 406 ff., insb. Rn. 407, 410 und 414 sowie 423, je m.H. auf Lehre und Praxis.

528 Vgl. nur WEBER, BK, Art. 97 OR, Rn. 217 ff., insb. 219, 222 und 239 m.H. auf Lehre und Praxis.

529 Vgl. im Übrigen bspw. die in den beiden vorangehenden Fn. erwähnten Literaturstellen.

7. Allgemeine Verteidigungsgründe

A. Im Allgemeinen

295 Im positiven Haftungsrecht wird als gesonderte Haftungsvoraussetzung regelmässig das Fehlen der bereits erwähnten Rechtfertigungsgründe angeführt[530]. Darunter fallen verschiedene Gesichtspunkte wie die Verwirkung des Deliktsschutzes durch den Geschädigten (‹Notwehr› und ‹Selbsthilferecht›), überwiegende Interessen des Schädigers, unbeteiligter Dritter oder der Allgemeinheit (‹Notstand›) sowie die Einwilligung des Geschädigten[531]. Vorliegendes Haftungselement ist weiter gefasst und wird in Anlehnung an CHRISTIAN VON BAR mit der Bezeichnung *‹allgemeine Verteidigungsgründe›* versehen[532]. Zu den Rechtfertigungsgründen kommen dabei in erster Linie Selbstverschulden und Haftungsfreizeichnungen hinzu[533]. Gemeinsame Klammer ist, dass es sich um äussere Tatumstände handelt, die sich auf die Pflichtverletzung beziehen[534]. Sie sprechen gegen eine Haftung – oder haben zumindest eine Reduktion der Schadenersatzpflicht zur Folge –, *obwohl* eine Pflichtverletzung vorliegt[535].

296 Wie bei der objektiven Zurechnung geht es dabei *nicht* um das (womöglich innere) Verhältnis der Person des Schädigers zu ihrem äusseren Verhalten. Damit wird eine deskriptive **Abgrenzung zu den Haftungselementen der Zurechnung zur Tat und zur Schuld** möglich, die ihrerseits ebendieses Verhältnis betreffen. Da die allgemeinen Verteidigungsgründe die Pflichtverletzung *in Bezug nehmen,* lassen sie sich auch **vom Haftungselement der Pflichtverletzung unterscheiden**. Sie betreffen *andere* äussere Tatbestände als jene, welche die Pflichtverletzung begründen.

---

530 Vgl. betr. das Deliktsrecht bspw. OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16, Rn. 320; ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Rn. 76 ff.; SCHWENZER, OR AT, Rn. 50.34 ff.; und einlässlich TROXLER, Universalität, 3. Kapitel / § 3 / C. (130 ff.); im Vertragsrecht wird die entsprechende Diskussion demgegenüber kaum geführt (vgl. nunmehr einlässlich aber TROXLER, Universalität, 3. Kapitel / § 3 / D. [227 ff.]).

531 So zum deutschen Recht prägnant KÖTZ/WAGNER, Rn. 204; vgl. auch OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16, Rn. 224; ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Rn. 77 f.; SCHWENZER, OR AT, Rn. 50.35.

532 Vgl. den Titel des fünften Paragraphen des zweiten Bands seines ‹Gemeineuropäischen Deliktsrechts›.

533 Vgl. VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht II, Rn. 517 ff. und Rn. 540 ff. Zusätzlich führt VON BAR, a.a.O. Rn. 545 ff. die Verjährung an, die in vorliegendem Zusammenhang allerdings keiner weiteren Erläuterungen bedarf.

534 Vgl. betr. die Rechtfertigungsgründe bereits vorne, Rn. 275 m.H.

535 Vgl. in der Sache auch VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht II, Rn. 485.

Schwerer fällt die Abgrenzung zum Haftungselement der objektiven Zurechnung. Dies gilt vorab mit Blick auf das Selbstverschulden, das nicht nur unter der Rubrik der allgemeinen Verteidigungsgründe geführt wird, sondern – wie das Verhalten Dritter – auch eine Begebenheit darstellen kann, die der Zurechnung des Erfolgs zum Verhalten des Schädigers entgegensteht[536]. Wie die hiesigen Ausführungen zu dessen deskriptiver Erfassung zeigen, lässt sich der Gegenstand des Selbstverschuldens trotzdem so formulieren, dass er in anderen Normensystemen anschlussfähig ist. Deshalb brauchen wir uns um die Abgrenzung nicht weiter zu kümmern.

297 Im Folgenden adressieren wir allein die allgemeinen Verteidigungsgründe **Selbstverschulden, Einwilligung und Haftungsfreizeichnung** näher, wobei wir die beiden letzten Elemente unter der Rubrik ‹Rechtsgeschäftliches Verhalten des Geschädigten› führen. Gleichsam nehmen die Elemente allesamt auf das Verhalten *des Geschädigten* Bezug. Auch insofern sind deskriptiv andere Tatumstände betroffen als jene, die dem Haftungselement der Pflichtverletzung zu Grunde liegen, also das Verhalten des *Schädigers* betreffen.

298 Die Einwilligung gehört als Rechtfertigungsgrund dem System der Verhaltensnormen an; der Sprachgebrauch ist entsprechend präskriptiv. Die Elemente der Haftungsfreizeichnung und (grundsätzlich[537]) des Selbstverschuldens bedienen sich demgegenüber eines askriptiven Sprachgebrauchs. So geht es (wiederum grundsätzlich) nicht um das Verhalten des Schädigers, sondern darum, diesen gegebenenfalls von der Verantwortlichkeit für sein Verhalten zu entbinden. Insofern gehören die beiden Elemente dem System der Sanktionsnormen an.

299 Die **Rechtfertigungsgründe** werden, *abgesehen von der Einwilligung,* an dieser Stelle demnach *nicht* näher behandelt. Sie dürften praktisch nicht im Vordergrund stehen, falls es um Ersatzansprüche wegen reinen Vermögensschädigungen geht. So werden im Kontext der *spezifischen* Verhaltensvorgaben, deren Missachtung bei gegebenen Voraussetzungen *allein* zu Vermögensschäden führt, in der Regel *spezifische* Ausnahmetatbestände vorgesehen (so bspw. die *‹Safe Harbor-Rules›* gemäss Art. 143 Abs. 2 FinfraG oder die Möglichkeit eines Bekanntgabeaufschubs gemäss Art. 54 KR). Zwar sind die Grenzen fliessend, zumal die Rechtfertigungsgründe – wie erwähnt – dem System der Verhaltensnormen angehören. Da die Rechtfertigungsgründe gemeinhin auf *allgemeinen* Überlegungen gründen, sind derartige Aus-

---

536 Vgl. bereits vorne, Rn. 287; und ferner allein OFTINGER/STARK, Bd. I, § 3, Rn. 151 ff. Die Abgrenzungsschwierigkeiten werden bspw. dokumentiert durch die Hinweise von VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht II, Rn. 412 und 460.

537 Ausnahmsweise ist das Verhalten des Geschädigten (das Selbstverschulden) konstitutiv für die Formulierung der Verhaltensnorm (vgl. hinten), infolgedessen es auch an deren präskriptivem Sprachgebrauch teilnimmt.

nahmetatbestände aber wohl nicht als Rechtfertigungsgründe zu führen. Vielmehr dürften sie noch der Umschreibung des objektiv gebotenen beziehungsweise verbotenen Verhaltens *auf Stufe Pflichtverletzung* zugerechnet werden.

300 Zu vermerken bleibt immerhin, dass im (privaten) Haftungsrecht zur Rechtfertigung einer Pflichtverletzung bisweilen die Beachtung *öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen* angerufen werden kann. Das gilt namentlich für etwaige öffentlich-rechtliche Erlaubnisse, die im *Deliktsrecht* – ähnlich wie im Strafrecht (vgl. Art. 14 StGB) – als Rechtfertigungsgründe anerkannt sind[538]. Auch im *vertraglichen Haftungsrecht* ist die Berufung auf öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen zur Rechtfertigung von Pflichtverletzungen denkbar. So wird beispielsweise ein Finanzintermediär, der sich gegenüber seinen Kunden vertraglich zu absoluter Verschwiegenheit verpflichtet hat, haftungsrechtlich *a priori* nicht belangt werden können, wenn er – in grundsätzlicher Verletzung dieser Pflicht – bei Geldwäschereiverdacht eine Meldung im Sinn von Art. 9 GWG erstattet[538A]. Besondere Probleme stellen sich hier allerdings nicht, so dass wir darauf im weiteren Verlauf der Arbeit nicht besonders zurückkommen (auch nicht im materiell-rechtlichen Teil).

B. Selbstverschulden

301 Gegenstand des Selbstverschuldens ist allgemein die durch den Geschädigten *«an den Tag gelegte Sorglosigkeit im Hinblick auf die eigenen Interessen»*[539]. *Mutatis mutandis* steht dabei die Erfüllung des Haftungstatbestands mit den vorliegend dargestellten Haftungselementen in Frage – freilich nicht bezogen auf den Schädiger sondern auf den *Geschädigten*[540]. In diesem Zusammenhang ist von einem ‹Spiegelbildprinzip› die Rede, wonach was dem Geschädigten, *«wäre er in der Position des Schädigers, zur Haftung gereichen würde»*, ihm *«auch dann zum Nachteil gereicht, wenn er verletzt wurde»*[541].

Eine einlässliche Darstellung, ob und – vor allem – auf welche Weise die einzelnen Haftungselemente *des positiven Schweizer Rechts* den Geschädigten treffen, wird vorliegend

538 Vgl. bspw. KESSLER, BSK-OR I, Art. 52, Rn. 23a m. Bsp.

538A Vgl. für ein weiteres Beispiel in der Sache MAURENBRECHER, FS von der Crone, 564 f.

539 So VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht II, Rn. 518.

540 Vgl. betr. das deutsche Recht JANSEN, AcP 2016, 131 m.H.; und betr. das österreichische Recht REISCHAUER, in: Rummel, § 1311, Rn. 21.

541 VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht II, Rn. 518 m.H., wobei der dortigen Verwendung des Begriffspaars von ‹Kläger› und ‹Beklagtem› angesichts der Möglichkeit negativer Feststellungsklage des Schädigers vorliegend nicht gefolgt wird; vgl. ferner WERRO, Capacité, Rn. 365.

nicht geleistet[542]. Überblicksartig erscheint aber als selbstverständlich, dass zunächst ein äusseres Verhalten vorliegen muss (Element der Pflichtverletzung), das in einem Ursachenzusammenhang zum Erfolg steht (Elemente der Objektiven Zurechnung und des Erfolgs). Ferner wird vorab in der deutschen Doktrin festgehalten, dass dem Geschädigten sein äusseres Verhalten auch zur Tat zugerechnet werden können muss[543]. Das Element der Zurechnung zur Schuld muss jedenfalls insofern vorhanden sein, als Selbstverschulden Urteilsfähigkeit voraussetzt (vgl. Art. 16 und 18 ZGB)[544]. Endlich kann dem Geschädigten unter gegebenen Voraussetzungen auch das Verhalten Dritter als Selbstverschulden angelastet werden[545] (Element der ‹Haftung für andere›, vgl. dazu alsbald, 1. Teil / 2. Kapitel / III. / 8.).

Im Gegensatz zur Schädigung anderer (Parömie *‹neminem laedere›*), ist es rechtlich allerdings im Grundsatz nicht verboten, sich selbst zu schädigen[546] und entsprechend knüpfen daran *per se* auch keine Sanktionen an. Deswegen werden die an die Geschädigten gerichteten Verhaltensanforderungen gemeinhin auch als ‹Obliegenheiten› bezeichnet[547]. 302

Das Institut des Selbstverschuldens wird in der Schweiz anhand einer *positiven Regelung* erfasst, nämlich Art. 44 Abs. 1 OR (im Vertragsrecht i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR[548]). Selbstverschulden führt zu einer Reduktion des Schadenersatzanspruchs oder, falls es genügend schwer ist, zu dessen vollumfänglicher Ablehnung[549]. Die gesetzlichen Vorgaben sind – ähnlich wie bei den vorne erwähnten Sorgfaltsoblie- 303

542 Vgl. zu einem Aspekt freilich noch hinten, Rn. 973 ff.

543 Vgl. OETKER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 254, Rn. 29 m.w.H.: Das durch den Geschädigten an den Tag gelegte Verhalten muss vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden sein. Vgl. ferner meine H. zu BGE 102 II 232 vorne, Rn. 240 ff.

544 Statt Vieler auch SCHWENZER, OR AT, Rn. 16.05.

545 Vgl. einlässlich BREHM, BK, Art. 44 OR, Rn. 40 ff. m.w.H.; ferner bspw. SCHWENZER, OR AT, Rn. 16.05 m.w.H.

546 Vgl. bspw. auch BREHM, BK, Art. 44 OR, Rn. 18 m.H.

547 Vgl. HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 9, Rn. 9; oder SCHWENZER, OR AT, Rn. 16.04 m.H.

548 Vgl. auch WEBER, BK, Art. 99 OR, Rn. 152 sowie 251 ff. und 254 ff.

549 Ob letzterenfalls auf Art. 44 Abs. 1 OR abgestellt oder von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs ausgegangen wird, dürfte in vorliegendem Zusammenhang keine Rolle spielen; das *Regelungsproblem* bleibt dasselbe, während die gesetzlichen Vorgaben betr. das Kausalitätserfordernis (vgl. Art. 41 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 1 OR) eher noch rudimentärer daher kommen als jene gemäss Art. 44 Abs. 1 OR (vgl. dazu sogl.); (vgl. zum [umstrittenen] Verhältnis der beiden Alternativen gemäss positivem Schweizer Haftungsrecht dggü. bspw. die Positionen von KESSLER, BSK-OR I, Art. 44, Rn. 16 [‹Art. 44 Abs. 1 OR als Ermässigungsgrund neben den Fällen, in denen von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs auszugehen ist›], *oder* SCHWENZER, OR AT, Rn. 20.05 [‹Abwicklung sämtlicher Fälle von Selbstverschulden über Art. 44 Abs. 1 OR›]).

genheiten – nicht sehr bestimmt; in Art. 44 Abs. 1 OR ist allein von (für den Schaden ursächlichen) Umständen die Rede, *«für die er* [der Geschädigte] *einstehen muss».*

304 Mithin kann von einer *an den Richter gerichteten Ermächtigungsnorm* ausgegangen werden, die diesem die Möglichkeit eines *Beizugs öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen* eröffnet. Diese wiederum werden im Licht der Rolle des Selbstverschuldens im (privaten) Haftungsrecht grundsätzlich Verhaltensvorgaben stipulieren, um ihre Adressaten vor einer Verletzung *ihrer* Rechtsgüter zu schützen. Es geht im Prinzip also um sog. ‹direkten Paternalismus›[550] (wobei allerdings ein für den Schaden vorab verantwortliches Verhalten eines anderen, *i.e.* des Schädigers, hinzukommt). Für Näheres zur Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen auf der (privatrechtlichen) Stufe des Selbstverschuldens verweisen wir auf die materiell-rechtlichen Ausführungen.

305 Schliesslich wurde bereits darauf hingewiesen, dass sich die Regelungen von Pflichtverletzung und Selbstverschulden auseinander halten lassen. Davon ist gemäss den nachfolgenden Überlegungen jedoch *eine Ausnahme* zu machen.

306 Dem Verhalten des Geschädigten kommt ein *besonderes Gewicht* zu, wenn im Strafrecht – als ‹Fundus› öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen – sog. *‹Beziehungsdelikte›* in Frage stehen[551]. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass ein Verhalten des Schädigers sanktioniert wird, durch das dem Geschädigten ein Schaden *nicht direkt* zugefügt wird. Vielmehr wird dieser dazu gebracht, sich selbst zu schädigen[552].

307 Als Unterkategorie der Beziehungsdelikte fungieren die sog. *‹Kommunikationsdelikte›*. Hier besteht das tatbestandsmässige Verhalten des Schädigers in einer *informationellen Einwirkung* auf die Vorstellung des Geschädigten[553], infolgedessen dieser sich selber schädigt. Anhand dieses (deskriptiven) Gehalts der Kommunikationsdelikte lassen sich übrigens viele der Haftungssituationen abbilden, die der Finanz-

---

550 Vgl. zu den verschiedenen Erscheinungsformen des Paternalismus bspw. GKOUNTIS, 20 ff.

551 So die Bezeichnung, die in der deutschen Strafrechtsdoktrin verwendet wird (vgl. WITTIG, 221 f. m.H.). THOMMEN hält diese Bezeichnung für missverständlich und verwendet stattdessen jene des ‹Interaktionsdelikts› (vgl. ZStrR 2008, 17). Da letztere Bezeichnung in der deutschen Doktrin ihrerseits anders besetzt ist, nämlich als Alternative zur sogl. einzuführenden Bezeichnung ‹Kommunikationsdelikt› (vgl. WITTIG, 220 ff., insb. 222 m.H.), wird dem aber nicht gefolgt.

552 Vgl. nur THOMMEN, ZStrR 2008, 18 m.H.

553 HEFENDEHL, MünchKommStGB, 1. Aufl., § 263, Rn. 76 m.w.H.; auch STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, SR BT I, § 14, Rn. 30 m.w.H.

marktbereich aufwirft. Exemplarisch dafür stehen der Anlageberatungs- und der Ad hoc-Publizitäts-Fall.

Die Zuordnung zu den Kategorien der Beziehungs- und Kommunikationsdelikte *für sich* hat noch keine Abweichung vom Grundsatz zur Folge, wonach zwischen den Regelungen des Verhaltens von Schädiger und Geschädigtem differenziert werden kann. Das zeigt sich, wenn die Selbstschädigung als zusätzliches Element in der zum Vermögensschaden hinführenden Kausalkette angesehen wird. Beispielsweise wird zuweilen eine Ausnahme von der Haftung des Schädigers gemacht, falls der Geschädigte die Unwahrheit der in Frage stehenden Tatsache bereits kennt und trotzdem eine Verfügung vornimmt, die einen Schaden nach sich zieht[554]. Ob vorgängig eine pflichtwidrige Fehlinformation vorgelegen hat (die betreffend den fraglichen Geschädigten gleichsam ins Leere zielte), lässt sich *unabhängig hiervon* bestimmen. 308

Anders verhält es sich, falls die an den Schädiger gerichtete Verhaltensnorm geradezu *mit Rücksicht auf das Verhalten des Geschädigten formuliert* wird. Der Betrugstatbestand – gleichsam das Paradigma unter den (strafrechtlichen) Beziehungsdelikten – fordert ein *arglistiges* Verhalten des Schädigers (vgl. Art. 146 Abs. 1 StGB). Ein solches liegt gemäss herkömmlicher Auffassung *nur* vor, wenn das Opfer nicht in einschlägiger Weise mitverantwortlich gemacht werden kann[555]. Entsprechend hat der Richter in einem konkreten Fall das Verhalten des Schädigers *und* des Geschädigten zu bewerten, um zu bestimmen, ob ersterer die an ihn gerichtete Verhaltensnorm verletzt hat. Ist das aufgrund des Verhaltens des Geschädigten nicht der Fall, besteht von vorneherein keine Pflichtwidrigkeit. Insofern wird der grundsätzlich 309

554 Die vorherrschende deutsche Auffassung ordnet positive Kenntnisse von haftungsbegründenden Fehlinformationen im Rahmen der Regelung des Selbst- bzw. – nach deutscher Nomenklatur – Mitverschuldens ein, wobei in der Folge ein Ausschluss der Haftung des Schädigers steht (vgl. HELLGARDT, Kapitalmarktdeliktsrecht, 520 und 531 f. m.H.). In der Schweiz wird im Fall derartiger Kenntnisse bisweilen geradezu eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs wegen Selbstverschulden angenommen (vgl. betr. die Prospekthaftung WATTER, BSK-OR II, Art. 752, Rn. 27 m.H.).

555 THOMMEN ZStrR 2008, 19 m.H. (dass vom Opfer nur ein ‹Mindestmass an Aufmerksamkeit› gefordert wird [vgl. DERS., a.a.O., 18 ff. m.H.] und ein weniger gravierendes Verschulden nicht unter dem Gesichtspunkt des tatbestandsmässigen Verhaltens geprüft wird, ändert an dieser grundsätzlichen Feststellung nichts); für das deutsche Recht – demgemäss nur ein Täuschung, nicht aber Arglist erforderlich ist (vgl. DERS., a.a.O., Fn. 4 [19] m.H.) – kommt bspw. WITTIG zum Schluss, dass *«das Opferverhalten über die Tatbestandsmässigkeit des Täterverhaltens entscheidet»* (325, vgl. 320 ff. und– zusammenfassend – 406), u.a. mit der Begründung, dass es sich beim Betrug um ein Kommunikationsdelikt handelt (vgl. 325 und – zusammenfassend – 406).

möglichen Ausdifferenzierung der Regelungen von Schädiger- und Geschädigtemverhalten im positiven Recht bisweilen *keine* Nachachtung verschafft.

C. Rechtsgeschäftliches Verhalten des Geschädigten

310 Einwilligung und Haftungsfreizeichnung stellen zwar auch Verhaltensweisen des Geschädigten dar, die eine Entlassung des Schädigers aus seiner Haftung zur Folge haben[556]. Es handelt sich dabei jedoch um *Rechtsgeschäfte* – bei der Einwilligung um einseitige[557], bei der Haftungsfreizeichnung um zweiseitige[558]. Gemäss Terminologie der Stufenbaulehre beruhen die (individuellen) Regelungen also auf einer Ermächtigungsnorm, die an die Privaten gerichtet ist, die einwilligen beziehungsweise die Haftungsfreizeichnung vereinbaren.

311 Folglich geht es – anders als beim Selbstverschulden – *deskriptiv* nicht darum zu bestimmen, ob ein bestimmtes Verhalten den (durch den Richter konkretisierten) gesetzlichen Vorgaben entspricht, sondern darum, ob ein solches *als Einwilligung oder Haftungsfreizeichnung ausgelegt* werden kann[559]. Das (Erklärungs-)verhalten muss der Person, die es an den Tag legt, sodann zugerechnet werden können[560]. Schliesslich knüpft das positive Recht die Ermächtigungen an die Privaten an gewisse inhaltliche Vorgaben, die eingehalten werden müssen, damit eine Einwilligung

---

556 Neben Haftungsfreizeichnungen bzw. -ausschlüssen können auch (insb. summenmässige) Haftungsbeschränkungen vorgesehen werden, die nur eine Reduktion der Haftung zur Folge haben.

557 Vgl. nur SCHWENZER, OR AT, Rn. 50.36, und OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16, Rn. 243 m.w.H. insb. auch auf abweichende Ansichten in Fn. 352 (vorab aus Deutschland).

558 Vgl. ebenfalls SCHWENZER, wonach eine *«vertragliche Vereinbarung»* – mithin eine übereinstimmende gegenseitige Willenserklärung (vgl. Art. 1 OR) – vorauszusetzen ist (OR AT, Rn. 24.01 m.H.). Bei einseitigen Haftungsfreizeichnungen dürfte der potentielle Schädiger seine Zustimmung kaum je verweigern. Zudem dürfte selbst mangels einer dahingehenden Erklärung des Schädigers von dessen Zustimmung ausgegangen werden können. Die entsprechende Vertragsklausel wird ihm nur Vorteile bringen, so dass nach der Gerichtspraxis zu Art. 6 OR Schweigen eine Annahmeerklärung darstellt (vgl. statt Vieler DIES., a.a.O., Rn. 28.38 m.H.).

559 Vgl. allgemein bereits vorne, Rn. 224.2; zur Auslegung von ‹Einwilligungserklärungen› (im Vergleich zu [zweiseitigen] vertraglichen Vereinbarungen) vgl. ausführlich R. HAAS, Rn. 482 ff. (dessen H. sich zwar auf Einwilligungen in Persönlichkeitsverletzungen [Art. 28 Abs. 2 ZGB] beziehen, sich aber weitgehend verallgemeinern lassen dürften).

560 Vgl. betr. rechtgeschäftliche Erklärungen im Allgemeinen vorne, 1. Teil / 2. Kapitel / III. / 1. / C., und in Bezug auf das positive schweizerische Recht hinten, 2. Teil / 2. Kapitel / III. / 2. / A. / d.

beziehungsweise eine Haftungsfreizeichnung rechtsgültig zu Stande kommt[561]. Indessen können Verhaltensweisen, die ausserhalb dieser Zulässigkeitsgrenzen liegen und demnach keine rechtsgeschäftlichen Wirkungen zeitigen, unter Umständen unter dem Titel des Selbstverschuldens immer noch in Rechnung gestellt werden[562].

Abgesehen davon, dass es sich um ein- beziehungsweise zweiseitige Rechtsgeschäfte handelt, unterscheiden sich Einwilligung und Haftungsfreizeichnung im Übrigen auch noch in anderer Hinsicht. 312

Die *Einwilligung* betrifft die *Primärpflichten* des potentiellen Schädigers. Sie hebt die Tatbestandsmässigkeit einer grundsätzlich pflichtwidrigen Handlung auf. Im vertraglichen Bereich geht damit gleichsam eine Veränderung des Leistungsprogramms einher, so dass das Institut der Einwilligung regelmässig in jenem der vertraglichen Vereinbarung aufgeht[563]. 312.1

Beispielsweise ist ein Frachtführer grundsätzlich zum sorgfältigen Transport des Frachtguts verpflichtet[564]. Beauftragt ein Handelsunternehmen den Frachtführer mit dem Transport alter Aluminiumgegenstände und teilt mit, dass es ihm auf Beschädigungen im Verlauf des Transports nicht ankomme, solange die Substanz erhalten bleibt (ergo bspw. auf Verwölbungen), dürfte darin vertragsrechtlich eine Modifikation der Pflicht des Frachtführers zum sorgfältigen Transport zu sehen sein. Im Deliktsrecht geht es demgegenüber um eine Einwilligung in eine grundsätzlich pflichtwidrige Verletzung fremden Eigentums.

Die *Haftungsfreizeichnung* betrifft hingegen die *sekundäre Schadenersatzpflicht*. Im vertraglichen Bereich hat der Geschädigte entsprechend weiterhin einen primären Leistungsanspruch. Verletzt der Schädiger seine Pflichten, wird er dem Geschädigten – innerhalb der gesetzlich zulässigen Grenzen der Haftungsfreizeichnung – allerdings nicht schadenersatzpflichtig. 312.2

In eben erwähntem Beispiel könnten das Handelsunternehmen und der Frachtführer alternativ eine Haftungsfreizeichnung betreffend Beschädigungen vereinbart haben, welche die Substanz der Aluminiumsgegenstände nicht betreffen. Die Unterscheidung

561 Vgl. allgemein dazu vorne, Rn. 174 ff.; und betr. die einzelnen Schranken in Bezug auf das positive schweizerische Recht SCHWENZER, OR AT, Rn. 50.36 (Einwilligungen) und Rn. 24.03 ff. (Haftungsfreizeichnungen; vgl. insofern auch noch hinten, Rn. 464).

562 Vgl. R. HAAS, Rn. 995 ff. m.w.H.; ferner SCHWENZER, OR AT, Rn. 16.10 und 50.36. Wenn in Art. 44 Abs. 1 OR von ‹Einwilligungen› die Rede ist, sind gemäss herrschender Auffassung derartige Situationen gemeint (vgl. R. HAAS, Rn. 995 m.H.).

563 Vgl. im Allgemeinen auch R. HAAS, Rn. 148. Dass es sich bei vertraglichen Vereinbarungen um zweiseitige Rechtsgeschäfte handelt, dürfte dem kaum je entgegenstehen. Es verhält sich insofern gleich wie mit einseitigen Haftungsfreizeichnungen (vgl. dazu Fn. 558 vorne).

564 Vgl. Art. 440 Abs. 2 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 sowie Art. 448 OR.

kommt unter anderem bei vorsätzlichem Verhalten von Organen zum Ausdruck, für welche die Haftung unbestritten nicht ausgeschlossen werden kann (vgl. Art. 100 Abs. 1 OR[565]). Schlägt also beispielsweise ein Schiffskapitän, der im Frachtunternehmen Organstellung innehat, aus Langeweile fortwährend gegen die Aluminiumteile, würde das Frachtunternehmen theoretisch für den entstandenen Schaden haften – im Gegensatz zur Situation bei einer Einwilligung beziehungsweise vertraglichen Vereinbarung, aufgrund welcher dieses Verhalten dem Frachtführer gleichsam erlaubt wäre.

313 *Positivrechtlich* bestehen vorab die vorne erwähnten Voraussetzungen, die gegeben sein müssen, damit eine Einwilligung beziehungsweise Haftungsfreizeichnung rechtsgültig zustande kommt.

314 Eine gesetzliche Grundlage hat die *Einwilligung* im Bereich der reinen Vermögensschädigungen in der Schweiz freilich keine erfahren; sie gilt gleichsam ‹übergesetzlich›[566]. Weiter lässt sich auf das althergebrachte Prinzip *‹volenti non fit inuiria›* verweisen[567].

315 *Haftungsfreizeichnungen* werden im allgemeinen Teil des Obligationenrechts in Art. 100 und Art. 101 Abs. 2 und 3 dagegen erwähnt. Diese Vorschriften grenzen deren zulässiger Inhalt ein. Ferner ist erwähnenswert, dass Haftungsfreizeichnungen gemäss Schweizer Recht prinzipiell sowohl (quasi-)vertragliche als auch deliktische Ansprüche erfassen können[568]. Mit anderen Worten kann eine Haftung bei einer hinreichenden Formulierung und im Rahmen des zwingenden Gesetzesrechts grundsätzlich unbesehen davon ausgeschlossen werden, welche Haftungsgrundlage im Einzelnen zum Tragen kommt.

565 Haftungsfreizeichnungen betr. vorsätzliches Verhalten von Hilfspersonen sind gemäss Gesetzeswortlaut demgegenüber grundsätzlich zulässig (vgl. Art. 101 Abs. 3 OR).

566 So jüngst M. VISCHER, AJP 2016, 1485 m.w.H. Anders verhält es sich beispielsweise, wenn Persönlichkeitsrechte betroffen sind (vgl. Art. 28 Abs. 2 ZGB).

567 Vgl. zur Historie dieses Prinzips bspw. die von M. VISCHER, AJP 2016, Fn. 7 (1486), erwähnten Autoren.

568 Vgl. WEBER, BK, Art. 100 OR, Rn. 49 m.w.H.; ferner SCHWENZER, OR AT, Rn. 24.02.

8. Haftung für andere

Mit der Bezeichnung ‹Haftung für andere› erfassen wir Fälle, in denen der Geschädigte von einer Person Schadenersatz *für das Verhalten eines Dritten* anstrebt[569]. Diese Person wird im Folgenden der Einfachheit halber als ‹Geschäftsherr› bezeichnet. Das positive Privatrecht verwendet diese Bezeichnung vor allem im Zusammenhang mit der deliktischen Geschäftsherrenhaftung (vgl. Art. 55 OR), die allerdings *nur eines* der vorliegend einschlägigen Institute darstellt. 316

Hintergrund der Haftung des Geschäftsherrn ist regelmässig, dass dieser sich zur Ausführung einer bestimmten Tätigkeit eines Dritten bedient, infolgedessen dem Geschädigten aufgrund der Handlungen oder Unterlassungen des Dritten ein Schaden widerfährt[570]. Handelt es sich beim Geschäftsherrn um eine juristische Person, ist es im Übrigen gleichsam *zwingend,* dass Dritte, *scil*. natürliche Personen, für diese handeln. Juristische Personen sind bei natürlicher Betrachtungsweise nämlich keines eigenen Verhaltens fähig[571]. 317

Das hier in Frage stehende Haftungselement lässt sich im Allgemeinen dahingehend formulieren, dass es um die *Voraussetzungen* geht, *von denen die Zurechnung des Verhaltens des Dritten zum Geschäftsherrn abhängt*[572]. Daraus ergibt sich, dass das 318

---

569 Vgl. – zur deliktischen Geschäftsherrenhaftung – ZWEIGERT/KÖTZ, 632, deren Ausführungen freilich unter dem Titel ‹Haftung für Leute› erfolgen. Vorliegend wird die Bezeichnung ‹Haftung für andere› verwendet, die insofern zutreffender ist, als es sich bei den ‹anderen› auch um juristische Personen handeln kann (so bspw. die Hilfspersonen im Fall der vertraglichen Hilfspersonenhaftung [vgl. für die Schweiz WEBER, BK, Art. 101 OR, Rn. 39]).

570 Vgl. ZWEIGERT/KÖTZ, 632; ferner bspw. BREHM, BK, Art. 55 OR, Rn. 4 (betr. die deliktische Geschäftsherrenhaftung).

571 VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht I, Rn. 168; vgl. ferner nur DERS., Gemeineuropäisches Deliktsrecht II, Rn. 188; und die Diskussion um die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens, der diese Problematik zu Grunde liegt (Parömie: *Societas non delinquere potest;* vgl. GFELLER/NIGGLI, BSK-SR I, Art. 102 StGB, Rn. 9 ff.). Auch die sog. Organtheorie vermag dies nicht zu kaschieren, vgl. AICHELE, 517, u.a.: *«Auch der überzeugteste Organtheoretiker wird nicht behaupten wollen, jenen Organismus* [in der Sache die juristische Person] *sich einmal von A nach B* [..] *bewegen gesehen zu haben.»*

572 Der Begriff der ‹Zurechnung› wird im hiesigen Kontext v.a. in der strafrechtlichen Literatur verwendet (vgl. etwa VOGEL, StV 2012, *passim*). Vorliegend soll mit dem Gebrauch des Begriffs *weder* in die Diskussion eingegriffen werden, ob es sich bei einer Regelung um eine eigene Anspruchsgrundlage oder um eine Zurechnungsnorm handelt, wie sie bzgl. Unternehmensstrafbarkeit (vgl. bspw. NIGGLI/GFELLER, BSK-SR I, Art. 102 StGB, Rn. 18 ff. m.H.) oder vertraglicher Hilfspersonenhaftung geführt wird (vgl. bspw. WIE-

Haftungselement **von der Verhaltensnorm, die das Verhalten des Dritten bestimmt, abgegrenzt werden kann**[573]. Im Hintergrund der Abgrenzung steht die *Unterscheidung zwischen Prädikat beziehungsweise Aussage und Subjekt beziehungsweise Bezugsobjekt der Aussage:* Die Voraussetzungen, denen gemäss eine Zurechnung erfolgt, nehmen das Verhalten in Bezug, das gemäss der Verhaltensnorm als tatbestandsmässig festgelegt worden ist. Wie bereits die eben verwendete Rede von einer ‹Zurechnung› indiziert, stehen zudem *askriptive Sätze* in Frage. Der Geschäftsherr wird für das Verhalten eines Dritten verantwortlich gemacht, das ihm gleichsam *zu*geschrieben wird. Das Haftungselement ist gemäss der entsprechenden Unterscheidung folglich Gegenstand der Sanktionsnorm (derweil das Element der Pflichtverletzung, mit dem ein präskriptiver Sprachgebrauch einher geht, Gegenstand der Verhaltensnorm ist).

319 Das bedeutet jedoch *nicht,* dass das Verhalten des Dritten **positivrechtlich** seinerseits *zwingend* einen *separaten* Haftungstatbestand (vorliegend Art. 41 Abs. 1 oder Art. 97 Abs. 1 OR) oder auch nur ein Haftungselement eines solchen erfüllen muss. Vielmehr wäre es denkbar, dass die Verhaltensnorm, welcher der Dritte zu entsprechen hat, damit eine Haftung des Geschäftsherrn zum Tragen kommt, *allein* im Hinblick auf die Haftung des Geschäftsherrn stipuliert wird.

320 Stehen reine Vermögensschädigungen im Finanzmarktbereich in Frage, wird die ‹Haftung für andere› erfasst durch Art. 55 Abs. 1 OR (deliktische Geschäftsherrenhaftung), Art. 101 Abs. 1 OR (vertragliche Haftung für Hilfspersonen), Art. 55 Abs. 2 ZGB (Haftung der Gesellschaft für ihre Organe) und Art. 399 Abs. 2 OR (Haftung des Beauftragten für seine [in zulässiger Weise beigezogenen] Substituten)[574]. Die Vorschriften setzen allesamt eine Pflichtverletzung des Dritten voraus, wie sie im Rahmen der Grundtatbestände von Art. 41 Abs. 1 oder Art. 97 Abs. 1 OR

GAND, BSK-OR I, Art. 101, Rn. 2 m.H.), *noch* soll eine Analogie zur naturrechtlichen Zurechnungslehre hergestellt werden (vgl. dazu AICHELE, insb. 529 ff.).

573 Davon wird für die Ausführungen zur Haftung für andere ausgegangen, *auch wenn* sich die Verhaltensnorm zunächst an den Geschäftsherrn richtet. Damit wird dem Gedanken entsprochen, dass die Rechtsposition des potentiell Geschädigten nicht dadurch verschlechtert werden darf, dass sich der Geschäftsherr durch eigenmächtigen Beizug eines Dritten seiner Pflichten entledigt (vgl. z.B. die allgemeinen H. zur Hilfspersonenhaftung von WEBER, BK, Art. 101, Rn. 6 und 9).

574 Ferner fällt die Organhaftung für das Verhalten von (anderen) Organen (vgl. Art. 754 Abs. 2 OR) oder Drittpersonen (vgl. Entscheide 4A_501/2007 und 4A_503/2007, beide vom 22. Februar 2008, je E. 3) unter die Kategorie der ‹Haftung für andere›. Diese wird nachfolgend allerdings im Grundsatz nicht näher adressiert. Ebenso wenig adressiert wird die Haftung für Substituten, deren Beizug nicht zulässig ist (vgl. Art. 399 Abs. 1 OR).

vorausgesetzt wird[575]. Diese besteht in den Fällen, die den Gegenstand der Arbeit auszeichnen, regelmässig in der Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Verhaltensnorm durch den Dritten. Folgerichtig lässt sich das Haftungselement der Pflichtverletzung des Dritten von dem hier diskutierten Haftungselement, das gemäss den eben erwähnten Bestimmungen eine separate Regelung erfährt, *auch im Licht des positiven Rechts* unterscheiden.

Ob und inwiefern in Bezug auf das Verhalten des Dritten *weitere* Haftungselemente eines separaten Haftungstatbestands gegeben sein müssen, ist im Übrigen ebenfalls mit Rücksicht auf die Vorgaben des positiven Rechts zu bestimmen. Besondere Probleme ergeben sich dabei im Zusammenhang mit dem Verschuldenserfordernis im Kontext der deliktsrechtlichen Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR). Diese werden im materiell-rechtlichen Teil adressiert. 321

Die **einzelnen Elemente,** anhand welcher die Haftung des Geschäftsherrn modelliert werden kann, evoziert JOACHIM VOGEL (im Zusammenhang mit der [deutschen] Diskussion um eine Unternehmensstrafbarkeit) konzis wie folgt: *«Die Frage nach der Konstituierung von Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht betrifft dessen Allgemeinen Teil, der regeln muss,* [i] *welche Unternehmen für* [ii] *welche Taten* [iii] *welcher Menschen* [iv] *unter welchen Voraussetzungen* [v] *wie verantwortlich sind.»* Auf dieser Grundlage erfolgt im Folgenden unter Berücksichtigung der eben erwähnten, positivrechtlichen Vorschriften eine kurze Darstellung der Voraussetzungen einer Zurechnung des Verhaltens eines Dritten zum Geschäftsherrn. Im Fokus stehen dabei die (deskriptiven) Probleme, die damit einhergehen. 322

Das erste Element (‹i›) ist in vorliegendem Zusammenhang in erster Linie deswegen von Interesse, als es die Fragen beschlägt, ob der Geschäftsherr als juristische Person konstituiert sein kann und, falls ja, welche Besonderheiten sich daraus ergeben. *Darauf ist zurückzukommen*. Das letzte Element (‹v›) betrifft die Ausgestaltung der Rechtsfolgen, die *nicht* näher behandelt werden. 323

Gemäss dem dritten Element ist nunmehr regelmässig ein bestimmt geartetes *Verhältnis des Dritten mit dem Geschäftsherrn* erforderlich, damit der Dritte überhaupt in das Blickfeld einer ‹Haftung für andere› gerät (vgl. ‹iii›). Die positivrechtlichen Vorschriften bringen dies dadurch zum Ausdruck, dass sie den fraglichen Dritten näher charakterisieren. Es geht um Hilfspersonen (Art. 55 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 1 324

575 Vgl. betr. Art. 55 Abs. 1 OR hinten, Rn. 1036 m.H.; betr. Art. 101 Abs. 1 OR bspw. WEBER, BK, Art. 101 OR, Rn. 111 ff. m.H.; betr. Art. 55 Abs. 2 ZGB hinten, a.a.O. m.H.; und betr. Art. 399 Abs. 2 OR in der Sache FELLMANN, BK, Art. 399 OR, Rn. 75 (wenn er bemerkt, dass von einem ‹fehlerhaften› Verhalten des Substituten auszugehen ist).

OR, wobei die Notion je unterschiedlich zu verstehen ist[576]), um Organe (Art. 55 Abs. 2 ZGB) oder Substituten (Art. 399 Abs. 2 OR). Das Verhältnis zum Dritten wird in der überwiegenden Zahl der Fälle[577] durch eine *rechtsgeschäftliche* Erklärung des Geschäftsherrn (oder einen verbandsrechtlichen Beschluss) begründet. Und selbst in den übrigen Fällen dürfte ein bestimmt geartetes Verhalten *des Geschäftsherrn* erforderlich sein[578].

325 Auch wenn der Dritte einmal bestimmt ist, haftet der Geschäftsherr nicht für sämtliche *Verhaltensweisen, die der Dritte an den Tag legt*. Das zweite Element (‹ii›) sorgt dabei für eine *Auswahl*. Nach den hier relevanten Vorschriften des positiven Rechts ist ein sog. ‹funktioneller Zusammenhang› zwischen dem fraglichen Verhalten des Dritten und der geschäftlichen Verrichtung erforderlich, die der Dritte aufgrund seines Verhältnisses zum Geschäftsherrn zu erbringen hat[579]. In vorliegendem Kontext tritt das Problem vorab in Gestalt der Frage auf, ob sich die durch den Dritten verletzte Verhaltensnorm in den Aufgabenkreis einordnen lässt, der diesem durch den Geschäftsherrn übertragen wurde. Dazu muss festgestellt werden, *welche Verhaltensnorm im Einzelnen* verletzt worden ist. Entsprechend bestätigt sich vorne

576 Vgl. statt Vieler SCHWENZER, OR AT., 23.04 und 23.15 ff. je m.H.

577 So – betr. die schweizerische Hilfspersonenhaftung – WEBER, BK, Art. 101 OR, Rn. 48; vgl. auch die Aussage von VON BAR zur deliktischen Geschäftsherrenhaftung, wonach es die Arbeitgeberhaftung sei (welcher ihrerseits ein Vertragsverhältnis zu Grunde liegt), die *«rein zahlenmässig ganz im Vordergrund»* steht (Gemeineuropäisches Deliktsrecht I, Rn. 191).

578 So ist bspw. auch noch bei der Organstellung aufgrund Kundgabe auf das Verhalten des Geschäftsherrn bzw. – da der Geschäftsherr als juristische Person naturgemäss keines eigenen Verhaltens fähig ist – auf das Verhalten der Vertreter des Geschäftsherrn abzustellen. Dieses Verhalten soll jedoch allein in einem unterlassenen Einschreiten bestehen können, wenn ein Dritter nach aussen den Eindruck erweckt, er habe Organkompetenzen, sofern die Organe der Geschäftsherrin davon Kenntnis haben (vgl. WATTER, BSK-OR II, Art. 722, Rn. 7). *Im Allgemeinen* dürfte eine anderweitige Regelung mit dem *«Leitbild der Privatautonomie und der ihr korrespondierenden Verantwortung»* nur schwer vereinbar sein – es gilt: (nur, aber immerhin) *«wer handelt, soll für die Handlungsfolgen einstehen»* (vgl. REPGEN, FS Lampe, 412).

579 Die Voraussetzung ist einschlägig im Rahmen der Hilfspersonenhaftung (vgl. nur SCHWENZER, OR AT, Rn. 23.09 f. m.w.H.), der deliktischen Geschäftsherrenhaftung (SCHWENZER, OR AT, Rn. 23.19 f. m.w.H.) und der Haftung für Organe (für das Aktienrecht WATTER, BSK-OR II, Art. 722, Rn. 9 ff.; vgl. ferner RIEMER, BK, Art. 54/55 ZGB, Rn. 35 f.). Hinsichtlich der auftragsrechtlichen Haftung für Substituten wird das Problem dagegen kaum unter dem Titel des ‹funktionellen Zusammenhangs› diskutiert. In der Sache wird ein solcher freilich vorliegen müssen, zumal Art. 399 Abs. 2 OR nur zum Tragen kommt, falls dem Substituten die typischen Leistungen des Beauftragten übertragen werden (vgl. FELLMANN, BK, Art. 399 OR, Rn. 86).

erfolgte Feststellung, wonach hiesiges Haftungselement das Verhalten in Bezug nimmt, das gemäss der Verhaltensnorm als tatbestandsmässig festgelegt worden ist.

Wie bereits erwähnt, obliegt es dem positiven Recht *zudem* zu bestimmen, welche Voraussetzungen das Verhalten des Dritten *an sich* aufweisen muss, wobei in vorliegendem Zusammenhang jedenfalls eine Pflichtverletzung erforderlich ist, die in den paradigmatischen Fällen in der Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Verhaltensnorm besteht. 326

Als weitere Voraussetzung hält das positive Recht zuweilen *Verhaltensanforderungen* fest, *die an den Geschäftsherrn gerichtet sind* (vgl. ‹iv›). Alsdann haftet der Geschäftsherr nur, wenn er diesen nicht nachkommt. In vorliegendem Zusammenhang trifft dies – jedenfalls gemäss Gesetzeswortlaut[580] – auf die deliktische Geschäftsherrenhaftung (vgl. Art. 55 Abs. 1 OR) zu sowie auf die auftragsrechtliche Haftung für Substituten (vgl. Art. 399 Abs. 2 OR)[581]. Wie wohl sie einen anderen Adressaten als den Schädiger treffen, haben diese Verhaltensanforderungen eine *ähnliche Funktion wie die Sorgfaltsobliegenheiten,* die auf der Stufe der (ausserordentlichen) Zurechnung zur Tat zum Tragen kommen[582]. 327

Auch hier handelt es sich insofern um Obliegenheiten, als deren Verletzung zur Haftungsbegründung nie hinreicht. Darüber hinaus ist stets eine Pflichtverletzung des Dritten erforderlich. Kommt es nicht dazu, bleibt die Obliegenheitsverletzung für den Geschäftsherrn rechtlich ohne Folgen. 327.1

Zudem wohnt den Verhaltensanforderung dasselbe teleologische Moment inne wie den Sorgfaltsobliegenheiten. Bereits in der Botschaft zum aOR wird festgehalten, dass dem Geschäftsherr der Entschuldigungsbeweis nach Art. 55 Abs. 1 OR – gleichsam der ihm obliegende Beweis, dass er den Verhaltensanforderungen nachgekommen ist – dann gelingen wird, wenn er *«die Handlung* [des Drit- 327.2

580 Vgl. im Einzelnen hinten, 2. Teil / 2. Kapitel / III. / 3. / C.

581 Auch wenn diese im Übrigen nicht näher behandelt wird, ist weiter die Organhaftung für das Verhalten von (anderen) Organen (vgl. Art. 754 Abs. 2 OR) oder von Drittpersonen (vgl. Entscheide 4A_501/2007 und 4A_503/2007, beide vom 22. Februar 2008, je E. 3) zu erwähnen.

582 Vgl. auch FELLMANN, HAVE 2016, 97 (dort gleichsam betr. die Obliegenheiten von Banken) und öfters. Ähnlich aus strafrechtlicher Warte ferner JEAN-RICHARD, der die ‹organisatorischen Vorkehren›, die gemäss Art. 102 Abs. 2 StGB zu treffen sind, für eine der Fahrlässigkeit strukturell verwandte Begehungsform einer Straftat erachtet (11 ff. m.w.H.; vgl. auch DONATSCH, OFK-StGB, Art. 102, Rn. 18; sowie SEELMANN/GETH, Rn. 475 [betr. die strafrechtliche Haftung des Geschäftsherrn für eigenes ‹Organisationsverschulden›]).

ten] *nicht verhindern konnte»*[583]. Die Verhaltensanforderungen begründen also *unselbstständige* Pflichten, die auf die Verhinderung der Pflichtverletzung abzielen[584].

327.3 Dass die Verhaltensanforderungen von jenen gemäss dem Haftungselement der Pflichtverletzung losgelöst werden können, ergibt sich nicht nur aufgrund dieser Relation, sondern auch daraus, dass die entsprechenden Regelungen sich mit dem Geschäftsherrn und dem Dritten je an einen anderen Adressaten richten.

327.4 Schliesslich werden die Verhaltensanforderungen an den Geschäftsherrn besonders im Rahmen von Art. 55 Abs. 1 OR auch ‹generalklauselartig› umschrieben. Gemäss Gesetzeswortlaut muss der Geschäftsherr nachweisen, *«dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat* [..]», um den von der Hilfsperson in einschlägiger Weise verursachten Schaden zu verhüten[585]. Entsprechend können wir ohne Weiteres von einer *an den Richter gerichteten Ermächtigungsnorm* ausgehen, die diesem den *Beizug öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen* ermöglicht. Darauf ist im materiell-rechtlichen Teil zurückzukommen.

328 Als letztes Element steht die *Person des Geschäftsherrn* in Frage (vgl. ‹i›). Bei der deliktischen Geschäftsherrenhaftung, der Hilfspersonenhaftung und der auftragsrechtlichen Haftung für Substituten kann es sich um eine natürliche oder juristische Person handeln, bei der Haftung juristischer Personen für ihre Organe – wie bereits der Sprachgebrauch ergibt – allein um eine juristische.

329 Ist der Geschäftsherr eine *juristische Person,* ist der bereits erwähnten Begebenheit Rechnung zu tragen, dass diese natürlich betrachtet kein eigenes Verhalten an den Tag zu legen vermag. Andererseits ist sie als ‹normative Person› Trägerin von Rech-

583 Vgl. Botschaft aOR, 189 und 189 f.

584 Vgl. zum deutschen Recht ferner MATUSCHE-BECKMANN, wonach die fraglichen Pflichten *«unselbstständig und Annex zu einer bestehenden deliktische Pflicht»* sind (vgl. 92 ff., ausgeführte Stelle befindet sich auf S. 96, der dort gemachte Vorbehalt [‹regelmässig›] erscheint dem Verfasser als nicht erforderlich); ferner LAMPE, FS Hirsch, 98 f, der auf ‹sozialontologischer› Grundlage im vorliegenden Zusammenhang zwischen der eigentlichen Handlung und einer sich auf einer vorgeschalteten Ebene befindlichen Handlung unterscheidet, welche die eigentliche Handlung *vorbereitet.*

585 Die fünf Fallgruppen, die in Praxis und Doktrin gebildet wurden (vgl. statt Vieler SCHWENZER, OR AT, Rn. 23.23 ff.; sowie die Übersicht bei BREHM, BK, Art. 55 OR, Rn. 47), ändern daran wenig, da sie ihrerseits eher allgemein gehalten sind, wobei dies insbesondere für die in vorliegendem Zusammenhang besonders relevante Pflicht zur sorgfältigen Organisation gilt. Der Ermessensspielraum des Richters im Rahmen von Art. 399 Abs. 2 OR ist demgegenüber kleiner (vgl. vorne, Fn. 264). Das heisst im Übrigen nicht, dass ein Beizug öffentlich-rechtlicher ausgeschlossen ist (vgl. dazu hinten, Rn. 1180).

ten und Pflichten – mithin auch Adressatin von Verhaltensnormen[586]. Auch gegen diese können empirisch allein natürliche Personen verstossen, *scil*. im Vergleich zur juristischen Person Dritte. Juristische Personen haften also auch *‹für andere›*, falls es um Pflichten geht, die *an sie* gerichtet sind. Entsprechend ist eine Zurechnung von Drittverhalten zur juristischen Person stets erforderlich, selbst wenn das Verhalten ihrer Organe in Frage steht[587].

Gerade aufsichtsrechtliche Verhaltensnormen, die privatrechtlich insbesondere im Rahmen des Haftungselements der Pflichtverletzung in Bezug genommen werden, sind grundsätzlich an juristische Personen gerichtet, da diese die *Bewilligungsträgerinnen* sind. Dasselbe gilt für die eben erwähnten Obliegenheiten des Geschäftsherrn, falls es sich bei diesem um eine juristische Person handelt. Ob und inwiefern anhand der erwähnten, positivrechtlichen (Zurechnungs-)Vorschriften den Problemen begegnet werden kann, die sich daraus ergeben, werden wir im materiell-rechtlichen Teil untersuchen. 330

Im Übrigen bringen haftungsrechtlich relevante Verhaltensnormen, die (mindestens zunächst) juristische Personen zum Adressaten haben, nicht nur Probleme mit sich, wenn es um die Begründung der Haftung juristischer Personen geht. Liegen solche Verhaltensnormen vor, stellt sich vielmehr auch die Frage, ob und inwiefern *die natürlichen Personen haften,* die diese tatsächlich verletzen. Diese Frage scheint im Zentrum der Diskussion um die sog. ‹Aussen-› bzw. ‹Eigenhaftung› von Organen und Hilfspersonen zu stehen[588]. Sie wird ebenfalls Gegenstand unserer materiell-rechtlichen Erörterungen sein.

---

586 Vgl. zum Element des personalen Geltungsbereichs von Verhaltensnormen das nachfolgende Unterkapitel.

587 Vor dem Hintergrund der Organtheorie anders bspw. noch C. BURCKHARDT, ZSR 1903, 538 (zur Vorgängervorschrift von OR 41 [aOR 50]). Weil freilich empirisch (auch) das Verhalten der Organe (nur) *deren* Verhalten und nicht jenes der juristischen Person ist, ist das Verhalten der Organe dieser normativ zuzuweisen – auch gemäss der Organtheorie (vgl. ausführlich KLEINDIEK, 151 ff., zusammenfassend 180 ff.).

588 Unter den Notionen der Aussen- oder Eigenhaftung wird regelmässig die (allgemeinere) Frage gefasst, ob Organe- und Hilfspersonen *neben* dem Geschäftsherrn deliktisch haften oder nicht (vgl. FOUNTOULAKIS/MÄSCH, ZEuP 2011, *passim;* SPITZ, SJZ 2003, *passim;* aus der Standardliteratur SCHWENZER, OR AT, Rn. 23.31 f.). Das ist zunächst eine Frage der Begrifflichkeiten. Wenn dann allerdings festgehalten wird, dass das Problem der Eigenhaftung in der Schweiz wenig beachtet wird (vgl. SPITZ, SJZ 2003, 165 und öfters), scheint der Grundstruktur des schweizerischen Haftungsrechts nicht hinreichend Beachtung geschenkt zu werden. Diese ist ‹personalistisch›, so dass grundsätzlich – insbesondere anhand des deliktsrechtlichen Grundtatbestands (Art. 41 Abs. 1 OR) – zunächst das Verhalten der Organe und Mitarbeiter beurteilt wird. Dieses Verhalten wird den juristischen Personen alsdann zugerechnet (vgl. näher dazu hinten, 2. Teil / 3. Kapitel / III. / 3., *passim*). Bei der Aussen- oder Eigenhaftung geht es folglich in erster Linie um die Prü-

9. Anwendungsbereich gesetzlicher Verhaltensnormen

331 Verhaltensnormen regeln nach hiesigem Verständnis ein äusseres Tun oder Unterlassen. Positivrechtlich fordern sie ein entsprechendes Verhalten allerdings nur im Rahmen eines bestimmten *räumlichen, zeitlichen und personalen* Anwendungsbereichs ein[589]. Das gilt auch für öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen.

Bisweilen ist *zusätzlich* von einem *‹sachlichen* Geltungsbereich› der Verhaltensnormen die Rede[590]. Darunter können – in Abgrenzung zur Umschreibung des tatbestandsmässigen Verhaltens – die *Tatumstände* verstanden werden, unter denen das gebotene oder verbotene Verhalten an den Tag zu legen ist. So stellt sich beispielsweise die Frage, ob pflichtwidriges Verhalten *in einer Fabrik im Sinn des englischen Factories Act* zu einem Unfall geführt hat oder nicht[591]. Obgleich die Formulierung der eigentlichen Verhaltensnorm vom Vorliegen des fraglichen Tatumstands nicht zwingend abhängig ist (so etwa wenn es im Bsp. um allgemeine Standards wie das Anbringen von Warnschildern im Fall nasser Gehoberflächen ginge), erscheint die Unterscheidung *kategorisch kaum als möglich*. Sie wird nachfolgend daher nicht weiterverfolgt[592].

332 Dass sich diese Vorgaben von den Vorgaben, welche die Verhaltensnormen ihrerseits aufstellen, loslösen lassen, liegt schon *pragmatisch* nahe[593].

---

fung der Haftungsvoraussetzungen gemäss Art. 41 Abs. 1 OR sowie potentieller weiterer Haftungsgrundlagen.

589 Vgl. einlässlich A. SCHNEIDER, 68 ff. m.w.H.; ferner bspw. R. WALTER, 25.

590 Einlässlich A. SCHNEIDER, 70 ff. m.w.H.; ferner bspw. SCHWANDER, FS Kramer, 404.

591 Vgl. ROGERS, in: Winfield and Jolowitz on Tort, Rn. 7–15 m.H., wobei dieser im Sinn eben erfolgten Hinweises zwischen den durch eine Norm festgehaltenen Verhaltensanforderungen und deren *‹sphere of application›* unterscheidet.

592 Offensichtlich auch nicht weiter führt die Kategorie für vorliegende Zwecke, wenn man mit A. SCHNEIDER, 70 ff., mit sachlichem Geltungsbereich die Verhaltensweisen meint, welche die fragliche Norm einfordert. Vielmehr würde sie sich mit der Kategorie der ‹Verhaltensnorm› gleichsam decken.

593 Vgl. bspw. BUCHER, Subjektives Recht, 51, der die *«Kollisionsregeln»,* die *«den Anwendungsbereich einer bestimmten rechtlichen Regelung umschreiben»,* ohne Weiteres den sog. ‹mittelbaren Normen› zuordnet. Diese wiederum setzt er den sog. ‹unmittelbaren Normen› entgegen, die ihrerseits Verhaltensregelungen betreffen.

Theoretisch kann dazu an die doktrinäre Feststellung angeschlossen werden, wonach die Bestimmung des räumlichen, zeitlichen und personalen Anwendungsbereichs einer Vorschrift Gegenstand von *Kollisionsnormen* ist[594]. Diese sind im Vergleich zu den Verhaltensnormen gleichsam auf einer logisch anderen Ebene angesiedelt – einer sog. *Meta-Ebene*[595]. 333

Dabei hat die Doktrin regelmässig *zweiseitige Kollisionsnormen* im Blick[596]. Begrifflich handelt es sich zunächst in der Tat nur dann um *Kollisions*normen, wenn auf denselben Sachverhalt potentiell die Anwendung *mehrerer* Sachnormen in Frage kommt[597], das heisst mehrerer Normen, welche die *«Rechte und Pflichten der Privaten direkt regeln»*[598] – *scil*. mehrerer Verhaltensnormen. Und selbst wenn man von diesem Sprachgebrauch absieht, liegt die Situation, wonach eine Auswahl unter mehreren Normen zu treffen ist, nur *zweiseitigen* Kollisionsnormen *zwingend* zu Grunde[599]. 334

Öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen, wie sie hier in Frage stehen, legen ihren Geltungsbereich demgegenüber regelmässig *einseitig* fest. Dabei setzen sie keine Kollision von Normen voraus, die denselben Sachverhalt betreffen. 335

Die zweiseitigen Kollisionsnormen wiederum lösen die Kollisionen in vorliegendem Zusammenhang dadurch, dass sie *Kriterien* stipulieren, *die für eine Anwendung von Sachnormen in Raum und Zeit sowie auf bestimmte Personen sorgen*. Alsdann sind die Sachnormen derjenigen Rechtsordnung anwendbar, welche die Kriterien erfüllt, derweil die Anwendung der Sachnormen der übrigen Rechtsordnungen ausgeschlossen wird. 336

Die sog. ‹einseitigen Kollisionsnormen› stipulieren nun *ebensolche Kriterien,* wenn auch allein bezüglich einzelner oder mehrerer Sachnormen einer bestimmten Rechtsordnung. Sind die Kriterien erfüllt, kommen die Sachnormen zum Tragen; sind sie 337

---

594 Vgl. nur KEGEL, FS Von Overbeck, *passim,* in seinem Versuch zu einem ‹Allgemeinen Kollisionsrecht›; vgl. aus der IPR-Doktrin sodann KEGEL/SCHURIG, § 1 / VII. / a); SCHWANDER, IPR AT, Rn. 79.

595 Vgl. – unter Rückgriff auf sprachtheoretische Überlegungen – HRUSCHKA, FS Larenz, 257 f. und *passim;* vgl. im Kontext des internationalen Privatrechts, *i.e.* der Frage nach dem räumlichen Anwendungsbereich, auch bereits SCHWANDER, Ausnahmen, 238.

596 Vgl. nur HRUSCHKA, FS Larenz, 257 f. und *passim;* und KEGEL, FS von Overbeck, 50 ff.

597 Vgl. ausführlich dazu OHLER, 84 ff.; entsprechend wird das Kollisionsrecht denn bisweilen auch als Auswahlrecht bezeichnet (vgl. A. SCHNEIDER, 68; *in der Sache* so bspw. auch KEGEL, FS von Overbeck, insb. 50).

598 SCHWANDER, IPR AT, Rn. 121.

599 Vgl. auch OHLER, 81 ff.

nicht erfüllt, bleiben sie gegenstandslos. Sollten Sachnormen einer anderen Rechtsordnung denselben Sachverhalt regeln, lösen die einseitigen Kollisionsnormen die sich daraus ergebenden Kollision – sofern deren Kriterien *erfüllt* sind – dadurch, dass in der Folge *keine* Anwendung der Sachnormen der anderen Rechtsordnung erfolgt. Kollisionen zwischen Sachnormen *zweier anderer* Rechtsordnungen vermögen sie demgegenüber nicht zu lösen[600].

338 Insofern als die einseitigen Kollisionsnormen demnach denselben Regelungsgegenstand wie die zweiseitigen Kollisionsnormen haben, stellen sie durchaus einen *Ersatz* für diese dar und lassen sich so *von den Sachnormen gleichermassen unterscheiden*[601]. Das ist in vorliegendem Kontext entscheidend. Ob es sich um ein- oder zweiseitige Kollisionsnormen handelt: Sie bereiten die Sachentscheidung, in deren Rahmen die Verhaltensnormen zur Anwendung gelangen, (nur) vor[602]. Insofern handelt es sich beidenfalls nicht nur um Normen, die auf einer Meta-Ebene liegen[603], sondern es kommt zusätzlich die bereits mehrfach erwähnte Unterscheidung von Prädikat beziehungsweise Aussage und Subjekt beziehungsweise Bezugsobjekt der Aussage zum Zug[604].

339 *Insgesamt* findet die pragmatische Vorahnung in der Theorie so hinreichenden Halt. Die Regelung des räumlichen, zeitlichen und personalen Anwendungsbereichs der Verhaltensnorm lässt sich von *deren* Regelung des Verhaltens differenzieren. Positivrechtlich sind die einzelnen Anwendungsbereiche im Übrigen im Hinblick auf die konkret einschlägigen öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen zu bestimmen; allgemeine Aussagen dazu unterbleiben mithin.

---

600 Vgl. bspw. SCHWANDER, IPR AT, Rn. 40.

601 Vgl. bspw. auch NEUHAUS, RabelsZ 1967, 770; und für weitere H. auf dahin gehende Auffassungen SCHWANDER, Ausnahmen, 426 ff. (inkl. auf NEUHAUS, a.a.O.); oder OHLER, 81 ff.

602 Vgl. KEGEL, FS von Overbeck, 50, wie wohl im Einklang mit seinem Verständnis von Kollisionsrecht als Auswahlrecht (vgl. vorne, Fn. 597) nur hinsichtlich zweiseitiger Kollisionsnormen.

603 So auch SCHWANDER, Ausnahmen, Fn. 4 (238).

604 Vgl. auch SCHWANDER, Ausnahmen, 238, der im Kontext des internationalen Privatrechts gleichermassen *beide* Konzepte erwähnt; eine Diskussion der Unterscheidung zwischen präskriptivem und askriptivem Sprachgebrauch erscheint in vorliegendem Zusammenhang demgegenüber nicht erforderlich, da bereits die Lokalisierung der Kollisionsnormen – und mithin nach eben erfolgten Ausführungen auch der (einseitigen) Regelungen des räumlichen, zeitlichen und personalen Anwendungsbereichs von Verhaltensnormen – auf einer Meta-Ebene sprachtheoretisch fundiert ist (es wird eine sog. ‹Meta-Sprache› verwendet, vgl. HRUSCHKA, FS Larenz, 257 f.).

10. Sonderverbindung

Die bis anhin angeführten Haftungselemente sind *grosso modo* als für die delikts- *und* die vertragsrechtliche Haftung (gemäss den jeweiligen Grundtatbeständen, Art. 41 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 1 OR) bedeutsam herausgestellt worden. Eine entsprechende Bedeutung kommt ihnen ferner dann zu, wenn man für das positive schweizerische Recht mit der heute wohl vorherrschenden Auffassung zusätzlich von einer *Vertrauenshaftung* als sog. ‹dritter Haftungsspur› ausgeht[605] (wobei bisweilen auch die Notion der ‹quasivertraglichen Haftung› Verwendung findet). 340

Vertragliche Institute und vertragsähnliche Institute, wie die Vertrauenshaftung, unterscheiden sich vom Deliktsrecht aber dadurch, dass die Parteien im Zeitpunkt der schädigenden Handlung in einer (normativ entsprechend bewerteten) Beziehung stehen, die *über deren ‹zufälliges Aufeinanderprallen› hinausreicht*[606]. Dabei ist regelmässig von einer **‹Sonderverbindung›** die Rede. Diese markiert gemäss vorherrschender Auffassung die *Abgrenzung der Deliktshaftung zur Vertrauenshaftung*[607]. Alsdann ist es höchstens die *Intensität* der Sonderverbindung, die für die *Abgrenzung der Vertrauenshaftung zur vertraglichen Haftung* sorgt[608] (wobei wir die Problematik, in was sich Vertrags- und Vertrauenshaftung – wenn überhaupt – unterscheiden, im Übrigen im materiellen Teil erörtern werden). 341

605 Vgl. SOMMER, demgemäss die Vertrauenshaftung, die vertragliche Haftung und die deliktische Haftung, mithin die vorliegend interessierenden Anspruchsgrundlagen, *«grundsätzlich auf den gleichen Tatbestandselementen beruhen»* (AJP 2006, 1039), wobei die Ausnahmen von diesem Grundsatz im Erfordernis der Sonderverbindung zu suchen sind (vgl. sogl.; sowie die Tabelle bei DEMS., a.a.O., auf S. 1040, wobei die Unterschiede in der 3., 4. und 5. Spalte sich auf die Sonderverbindung zurückführen lassen [vgl. DERS., a.a.O., 1036 f.]). Für näheres zur Vertrauenshaftung vgl. hinten, 2. Teil / 2. Kapitel / IV. / 2.

606 Von ‹zufälligem Aufeinanderprallen› ist in der schweizerischen höchstrichterlichen Praxis im Zusammenhang mit der zur Begründung der Vertrauenshaftung erforderlichen Sonderverbindung die Rede (vgl. BGE 130 III 345, E. 2.2 m.w.H.).

607 Vgl. nur SCHWENZER, OR AT, Rn. 52.02 und 52.04, je m.w.H.; sowie SOMMER, AJP 2006, 1032.

608 Vgl. einstweilen allein VON DER CRONE/WALTER, SZW 2001, 59; und SOMMER, AJP 2006, 1039.

342 Die (auch) für vorliegende Zwecke *grundlegende* Abgrenzung erfolgt demnach entlang der Frage, ob eine Sonderverbindung vorliegt oder nicht[609]. Gleichsam ist es die Sonderverbindung (und nicht allein die vertragliche Verpflichtung), die zu den *«conditions not usually applied in tort claims for negligence»* gehört[610].

Dennoch muss nicht etwa stets ein rein zufälliges Aufeinanderprallen der Parteien vorliegen, wenn das Deliktsrecht zur Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden Hand bietet. Eine Sonderverbindung ist aber *nicht* notwendig, wie etwa der Geldwäschereifall zeigt. Hier sind sich der Schädiger (die Bank) und der Geschädigte (das Opfer der Geldwäscherei-Vortat) vor dem Zeitpunkt, in dem der Vermögensschaden apparent und alsdann vom Geschädigten geltend gemacht wird, in der Regel gar nicht bekannt[611]. Die Beziehung zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten wird gewissermassen nicht durch diese selbst, sondern durch den Täter hergestellt, der die Geldwäscherei-Vortat begeht[612]. Im Normalfall fehlt es vor allem an einem Verhalten des *Schädigers,* auf dessen Grundlage der Geschädigte (bzw. ein vernünftiger Dritter in dessen Schuhen) davon ausgehen darf, dass jener sich diesem gegenüber vertraglich verpflichten wollte[613].

---

609 So – nach der Schuldrechtsreform – ausdrücklich auch die Konzeption des deutschen Rechts: Haftung bei Sonderverbindungen gemäss § 280 BGB (i.V.m. § 311 BGB), Deliktshaftung gemäss § 823 ff. BGB; und ferner bspw. JÄGGI, der im Rahmen seiner grundlegenden Überlegungen zu den ‹Arten der Rechtsverhältnisse› unter die ‹Sonderverhältnisse, die aus Normalkontakt entstehen› im Sinne eines Oberbegriffs sämtliche gewillkürten Kontakte erfasst, nicht nur solche vertraglicher Natur (vgl. ZK, Vorbem. Art. 1 OR, insb. Rn. 121).

610 So – zum englischen Recht – HOWARTH, 29, wobei sie dort zur deliktischen Haftung für reine Vermögensschäden ausnahmsweise gerade herangezogen wird (vgl. DERS., a.a.O.; VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht I, Rn. 286 f.; an solche Überlegungen schliesst im Übrigen die ‹Basler Gruppe› um SCHWENZER an [vgl. vorne, Fn. 437 m.H.], deren Auffassung sich jedoch nicht durchzusetzen vermochte); vgl. – ebenfalls zum englischen Recht – ferner KALSS, Liability, Rn. 22 (betr. Haftung für mangelhafte Kreditinformationen) und Rn. 30 (betr. Prospekthaftung), je m.w.H.

611 Vgl. auch HEIERLI, Rn. 434.

612 Vgl. ferner JÄGGI, der ‹allgemeinmenschliche Verhältnisse› dadurch charakterisiert, dass sie sich erst aufgrund eines Fehlkontakts zu einer Sonderverbindung verdichten (vgl. vorne, Rn. 42 m.H.), wobei dieser *in casu* in den Geldwäschereihandlungen besteht, die an das Verhalten des Vortäters anschliessen.

613 Zwar könnte insofern die Frage aufgeworfen werden, ob – wie wir dies mit Blick auf den Anlageberatungs- und den Ad hoc-Publizitätsfall noch näher darlegen werden (vgl. hinten, Rn. 525 ff.) – im Kontext des Bewilligungsgesuchs der Bank nach dem Vertrauensprinzip von einer vertraglichen Übernahme gewisser öffentlich-rechtlicher Verhaltenspflichten ausgegangen werden kann (vgl. insb. Art. 2 Abs. 2 Bst. a GWG, demgemäss Banken im Sinn des BankG automatisch als Finanzintermediäre qualifizieren, die ihrerseits Adressaten der Pflichten gemäss Art. 305ter StGB sowie gemäss GWG sind). Allerdings lassen sich die Opfer der Vortat dabei gemäss den einschlägigen Kriterien (vgl. dazu hinten,

Das Element der Sonderverbindung ist **im Haftungstatbestand** zunächst deswegen von **Bedeutung**, weil Pflichten, die *von den Parteien* aufgrund einer an sie gerichteten Ermächtigungsnorm (zumindest normativ) gesetzt werden, eine Sonderverbindung naturgemäss voraussetzen. 343

Zudem knüpfen *gesetzliche* Pflichten an das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses an (das *nota bene* wiederum auf dem Fundament einer gesetzlichen, an die Privaten gerichteten Ermächtigungsnorm steht[614]). Beleg dafür sind die Normen des zwingenden und dispositiven Vertragsrechts. Auch die Sonderverbindung im Tatbestand der Vertrauenshaftung (vgl. sogl.) hat potentiell eine entsprechende pflichtbegründende Funktion, wie sich unter anderem im Zusammenhang mit der im Finanzmarktzusammenhang *(de lege lata)* paradigmatischen Doppelnorm (*i.e.* Art. 11 BEHG) zeigen wird. 344

Betrachtet man weiter die *positivrechtlichen* Haftungsmodalitäten, ergeben sich zwischen Vertrags- und Deliktshaftung Unterschiede, wobei die Regelungen des Vertragsrechts den Geschädigten begünstigen. Erwähnt werden in erster Linie die Verjährung (Art. 127 f. im Vgl. zu Art. 60 OR), die Haftung für Hilfspersonen (Art. 101 Abs. 1 erfordert im Vergleich zu Art. 55 Abs. 1 OR keine Sorgfaltspflichtverletzung seitens des Geschäftsherrn[615]) und die Beweislastverteilung hinsichtlich der dem Verschuldenserfordernis zu Grunde liegenden Tatsachen (Art. 97 Abs. 1 OR sieht für das Vertragsrecht im Gegensatz zum Deliktsrecht eine Ausnahme zur grundsätzlichen Beweislast des Geschädigten vor)[616]. Bei der Vertrauenshaftung richtet sich die Haftung für Hilfspersonen gemäss Praxis sodann nach Vertragsrecht, die Verjährung dagegen nach Deliktsrecht, derweil das Bundesgericht die Frage betreffend die Beweislast im Zusammenhang mit dem Verschuldenserfordernis bis anhin offen lassen konnte[617]. 345

---

a.a.O.) kaum als Begünstigte einsetzten, so dass die Pflichten nicht als ihnen gegenüber übernommen gelten können.

614 Vgl. vorne, nach Rn. 102.2 m.H.

615 Vgl. zu diesem Unterschied im Zusammenhang mit der Verletzung von Schutznormen, die an eine juristische Person als Geschäftsherrin gerichtet sind, allerdings auch noch hinten, 2. Teil / 3. Kapitel / III. / 3. / C.

616 Vgl. statt Vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Bd. I, Rn. 964 ff. und 975 ff. m.H. Art. 127 f. OR stipulieren die Verjährungsfristen, die im Auftragsrecht gelten, das in vorliegendem Finanzmarktzusammenhang im Vordergrund steht (wobei auftragsrechtliche Schadenersatzansprüche gemäss Art. 127 OR nach zehn Jahren verjähren; vgl. nur WEBER, BSK-OR I, Art. 398, Rn. 33).

617 Vgl. für H. zum Meinungsstand LOSER, Vertrauenshaftung, Rn. 1123.

346 Betrachten wir die **Merkmale von Sonderverbindungen** etwas näher, werden diese grundsätzlich durch ein *Tun* des potentiellen Schädigers begründet. Dieses Erfordernis ist zunächst aufgrund bestimmter Gerechtigkeitsüberlegungen geboten, die hinter der Schweizer Privatrechtsgesetzgebung stehen. Kurzum darf niemand zu den akzentuierten Pflichten verbunden werden, die eine Sonderverbindung mit sich bringt, ohne dass er nicht (aktiv) gehandelt hat[618]. Auch die Doktrin weist – wenn auch nicht sehr oft – bisweilen ausdrücklich darauf hin. So wird gemäss HEINRICH DÖRNER das Vertragsrecht durch den *Grundsatz* beherrscht, dass Schweigen (*ergo* ‹Nichtstun›) ‹keinen Erklärungswert› hat (wobei wir auf die Ausnahmen zurückkommen werden)[619]. Nichts anderes kann für die Vertrauenshaftung gelten, falls dieser – wie sogleich darzustellen sein wird – ebenfalls rechtsgeschäftlicher Charakter zugedacht wird. Zudem ist im Kontext der Vertrauenshaftung regelmässig von einem ‹Verhalten› die Rede, das der Sonderverbindung zu Grunde liegen muss, wobei damit nicht selten eigentlich ein Tun gemeint sein dürfte[620].

347 Aus Sicht der Stufenbaulehre handelt es sich bei diesem Tun um eine Ausübung einer an die Privaten gerichteten Ermächtigungsnorm. Das wird in Betreff auf die Begründung vertraglicher Verpflichtungen niemand bestreiten. Auch zur Begründung der für eine Vertrauenshaftung erforderlichen Sonderverbindung setzt das Bundesgericht allerdings regelmässig ein bewusstes oder normativ zurechenbares Verhalten des Schädigers voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen des Geschädigten zu wecken, so dass dieser in berechtigter Weise darauf vertrauen darf[621]. Stellt eine Bindung aber derart auf ein pflichtbegründendes

---

618 Vgl. näher hinten, Rn. 483 f. m.H.

619 Vgl.– zum deutschen Recht – DÖRNER, HK-BGB, Vorbem. zu §§ 116–144 BGB; zum Schweizer Recht bspw. SCHWENZER, OR AT, Rn. 27.11 m.w.H. u.a. auf BGE 30 II 298.

620 Vgl. bspw. H.P. WALTER, ZSR 2001 I, 97 f. m.H. darauf, dass in der französischsprachigen Literatur bisweilen von *‹responsabilité pour la confiance créée›* die Rede ist. Ferner wird dies zumindest in der Sache gerade mit Blick auf eine Fallgruppe, die vorliegend interessiert – *i.e.* die Haftung für unterlassene Aufklärungen –, ausdrücklich festgehalten (vgl. LOSER, Vertrauenshaftung, Rn. 834). Daneben wird es Fälle geben, die zuweilen unter der Rubrik der Vertrauenshaftung geführt werden, aber kein Tun erfordern, bspw. Fälle sog. ‹Anscheins- oder Duldungsvollmachten› (vgl. BGE 120 II 197, E. 2b / bb m.H.), wobei die Rubrik der ‹Sonderverbindung› in diesem Zusammenhang nicht verwendet wird. In den Fällen, die hier interessieren (namentlich Fälle sog. ‹Kommunikationsdelikte›), ist die Begründung einer Sonderverbindung aufgrund Unterlassens allerdings nur schwer vorstellbar.

621 Vgl. aus der publizierten Praxis zuletzt BGE 142 III 84 E. 3.3 m.w.H.; ferner GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Bd. I, Rn. 982f f. m.w.H.

Verhalten des Schädigers ab, ist sie *«naturgemäss rechtsgeschäftlicher Natur»*[622]. Folglich hat sie ihre Grundlage ebenfalls in einer an die Privaten gerichteten Ermächtigungsnorm.

Bisweilen wird jedoch vertreten, dass die Vertrauenshaftung *gesetzlicher Natur* sei. Insbesondere wird die Vertrauenshaftung in der Doktrin mit dem Institut des sog. ‹einheitlichen gesetzlichen Schutzverhältnisses› verbunden, das für eine gesetzliche Begründung der anhand der Vertrauenshaftung sanktionierten Schutzpflichten sorgen soll[623]. Auch wenn das Bundesgericht in unpublizierten Entscheiden darauf vereinzelt Bezug genommen hat[624], hat es die Vertrauenshaftung in der publizierten Praxis (unter Anführung [unter anderem] der eben genannten Elemente, *scil*. eines ‹bewussten oder normativ zurechenbaren Verhaltens› des Schädigers und ‹konkreten und bestimmten Erwartungen› des Geschädigten) *unabhängig davon* entwickelt. In den Situationen, die hier interessieren[625], können wir daher auch im Licht der Praxis des Bundesgerichts davon ausgehen, dass Vertrauenstatbestände gemäss den eben erfolgten Hinweisen vom Schädiger im Sinn eines Rechtsgeschäfts gesetzt werden müssen. Es wird indessen andere anhand der Rubrik der Vertrauenshaftung erfasste Institute geben, die sich *nicht* rechtsgeschäftlich erklären lassen[626].

Das Tun des Schädigers – *scil*. das Erklärungsverhalten (vertragliche Haftung) beziehungsweise die Setzung des Vertrauenstatbestands (Vertrauenshaftung) – ist sodann daraufhin auszulegen, ob damit eine Sonderverbindung begründet werden soll[627]. Das Haftungselement zielt mithin auf sog. *performative* Aussagen ab, d.h. 348

622 So H.P. WALTER, ZSR 2001 I, 97; DERS., recht 2005, 73 m.H.; ferner ANEX, 19 f. m.w.H.; GONZENBACH, 38 m.H. (‹volitives Element›); sowie SPIRO, ZSR 1986 I, 638; vgl. dazu auch noch hinten, 2. Teil / 2. Kapitel / IV. / 2.

623 Vgl. bspw. BERGER/MOSER, AJP 1999, 546 m.w.H.; LOSER, Vertrauenshaftung, Rn. 1290 m.w.H.; sowie WIEGAND/BERGER, ZBJV 1999, 723 ff. m.w.H. In der Sache spricht sich ferner BUCHER, FS Wiegand, 126 ff., für eine gesetzliche Qualifikation der Vertrauenshaftung aus, wenn er davon ausgeht, dass diese auf einer an den Richter gerichteten Ermächtigungsnorm beruht. Vgl. speziell zum Institut des einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnisses sodann bspw. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Bd. I, Rn. 117a m.H.; und auch noch hinten, nach Rn. 599.

624 Vgl. die H. bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Bd. I, Rn. 117a m.H.

625 Vgl. dazu eben vorne, Fn. 620.

626 Vgl. KRAMER, BK, Vorbem. Art. 1 OR, Rn. 150.

627 Das bedarf für die vertragliche Haftung wiederum keiner weiteren Hinweise; betr. die Vertrauenshaftung vgl. zum deutschen Recht m.E. zutreffend C. KERSTING, 295 f., demgemäss die rechtsgeschäftlichen Auslegungsregeln auch bei der Auslegung der im Kontext der sog. Vertrauensinanspruchnahme abgegebenen Erklärungen zum Tragen kommen, und ferner SCHERMAIER, HKK-BGB, §§ 116–124, Rn. 27, wobei dies im Licht des rechtsgeschäftlichen Charakters, welcher der Vertrauenshaftung vorliegend zugedacht wird (vgl. eben vorne sowie hinten, 2. Teil / 2. Kapitel / IV. / 2.), nur konsequent ist.

solche, *mit deren Vollzug etwas bewirkt wird,* nämlich genau das, *«wovon in ihnen die Rede ist»*. An performative Aussagen kann gleichsam nur die Frage gestellt werden, ob sie wirksam oder unwirksam beziehungsweise gültig oder ungültig sind[628]. Dieser Sichtweise entsprechend wird das Versprechen (in einem allgemeinen, nicht nur rechtlichen Sinn) den performativen Aussagen zugeordnet[629].

349 Diesen stehen zunächst *deklaratorische Aussagen* entgegen, anhand welcher eine Sachverhaltsdarstellung erfolgt, die entweder wahr oder falsch sein kann. Liegt eine ‹nur› deklaratorische Äusserung vor, lässt sich daraus (grundsätzlich[630]) *keine* Konstituierung einer Sonderverbindung ableiten. Erwähnt zum Beispiel eine prudenziell beaufsichtigte Schweizer Bank in einem Vertrag mit einem Kunden, dass sie ‹unter der Aufsicht der FINMA steht›, lässt sich daraus grundsätzlich noch keine Verpflichtung ableiten, die entsprechenden aufsichtsrechtlichen Verhaltensnormen einzuhalten[631].

350 Ferner gelingt mit der Zuordnung des pflichtbegründenden Verhaltens zu den performativen Aussagen die **Abgrenzung zu den Haftungselementen, die das äussere Verhalten betreffen** und folglich durch Verhaltensnormen ausgedrückt werden können. Zwar erfolgen beidenfalls präskriptive Aussagen (im Gegensatz zu deskriptiven). Nicht nur performative Aussagen sind ‹nur› entweder gültig oder ungültig, sondern auch Aussagen, die ein bestimmtes Verhalten vorschreiben[632]. HANS ALBERT unterscheidet freilich verschiedene Unterkategorien[633], unter anderem die Unterkategorie der eben dargestellten performativen Aussagen. Verhaltensnormen fallen indes nicht unter diese Unterkategorie, sondern unter jene der *imperativen* Aussagen[634]. Deren Funktion besteht nämlich darin, anderen Personen ein bestimmtes Verhalten *vor*zuschreiben. Folglich erfolgen im Rahmen der beiden Haftungselemente *kategorial andere* Aussagen über das Verhalten des Schädigers. Zum einen steht in Frage, ob ein bestimmtes Verhalten des Schädigers eine Verpflichtung bewirkt; zum andern,

628 Vgl. zu alledem (inkl. die ausgeführte Stelle) HORNIG, Stichwort ‹Performativ›, HWPh, Bd. 7, 254 m.H.; vgl. auch CANARIS, FS 50 Jahre BGH, 136 ff. m.w.H. (auch aus der Sprachphilosophie); ALBERT, 184 inkl. Fn. 5 (202). Begründet wurde die ‹Aussagekategorie› von dem Philosophen JOHN AUSTIN.

629 HORNIG, Stichwort ‹Performativ›, HWPh, Bd.7, 254; ALBERT, Fn. 5 (202).

630 Vgl. aber noch sogl., nach Rn. 351 m.H.

631 Vgl. näher dazu hinten, Rn. 557 ff.

632 Vgl. nur VOGEL, Norm und Pflicht, Fn. 13 (S. 28).

633 Vgl. ALBERT, 183 ff.

634 Vgl. dazu und zum Folgenden ALBERT, 184.

ob er ein bestimmtes Verhalten an den Tag zu legen hat, beziehungsweise (retrospektiv), ob ebendies der Fall war.

In der Literatur wird endlich festgehalten, dass die Sonderverbindung *«vor und damit unabhängig von der Pflichtverletzung»* entsteht[635]. Würde dies *stets* zutreffen, gelänge die Abgrenzung zwischen dem Haftungselement der Sonderverbindung und (zumindest) jenem der Pflichtverletzung auch *ohne* Rückgriff auf vorne stehende sprachtheoretische Überlegungen. Allerdings können Pflichtbegründung und -verletzung gemäss positivem Recht *zusammenfallen*. Dies zeigen die Fälle, in denen davon ausgegangen wird, dass eine *«Bank, die sich auf ein Beratungsgespräch einlässt, damit konkludent das Angebot des Kunden auf Abschluss eines auf den konkreten, vom Kunden erfragten Gegenstand beschränkten Beratungsvertrags annimmt»*[636]. Im Rahmen des Beratungsgesprächs wird in den pathologischen Fällen nämlich zugleich die Pflichtverletzung erfolgen. Zugespitzt kann das Beratungsgespräch gleichsam auf diese beschränkt sein (beispielsweise auf die Erteilung einer [falschen] Auskunft[637]). 351

Die Fälle sind im Übrigen gerade in vorliegendem Zusammenhang relevant, wenn man sich die Literaturauffassung zum deutschen Recht vor Augen hält, wonach die Aufnahme des Beratungsgesprächs beziehungsweise die Erteilung einer Auskunft durch einen regulierten Finanzdienstleister nach dem Vertrauensprinzip dahingehend ausgelegt werden können soll, dass dieser damit den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Pflichtenkatalog gegenüber dem Kunden übernimmt[638]. Ferner ist zu vermerken, dass in den Fällen die Möglichkeit besteht, eine deklaratorische Aussage als performative zu deuten (bspw. wenn ein Anlageberater auf die Frage, ob eine Aktie unterbewertet und daher zum Kauf zu empfehlen sei, allein antwortet: ‹Ja, die Aktie ist unterbewertet›). Das dürfte CLAUS-WILHELM CANARIS übersehen, wenn er deklaratorischen Aussagen kategorisch die Möglichkeit abspricht, vertragliche Pflichten zu begründen[639]. Dazu ist allerdings ein Vorverhalten der Gegenpartei erforderlich, rechtlich ein Angebot zum Abschluss eines Vertrags. Steht eine deklaratorische Äusserung *alleine* da, wie bspw. die öffentliche Aussage einer Muttergesellschaft, dass ihre Tochtergesellschaft gut kapitalisiert sei, kann dieser kein

---

635 Vgl. BERGER, Verhaltenspflichten, 77 [Hervorhebung MK]; vgl. ferner bspw. GONZENBACH, 36 m.w.H.; SCHÖNENBERGER, Rat und Auskunft, 149 f. m.w.H.

636 Vgl. P.C. GUTZWILLER, 35 ff. m.w.H. (Zitat auf S. 35); vgl. allgemein auch HONSELL, OR BT, 319 f.; bisweilen wird in derartigen Fällen auch eine Vertrauenshaftung angenommen (vgl. DERS., a.a.O. 321 f.).

637 Vgl. zu dieser Situation JANSEN, Struktur, 531 ff., insb. 532 f. m.w.H.

638 Vgl. FORSCHNER, 142 ff. und dazu hinten, Rn. 548 ff.

639 Vgl. CANARIS, FS 50 Jahre BGH, 136 ff.; KRAMER, MünchKommBGB, 5. Aufl., Vor § 116, Rn. 9; vgl. insofern auch die Kritik von SCHERMAIER, HKK-BGB, §§ 116–124, Fn. 173 (S. 425).

performativer Gehalt entnommen werden. Mit anderen Worten vermögen deklaratorische Äusserungen kein Angebot zu begründen. Insoweit ist CANARIS zuzustimmen.

352 Demgegenüber ist auch ein und dasselbe Verhalten eines Schädigers daraufhin zu untersuchen, ob die vorne dargestellten, unterschiedlichen Aussagen je zutreffen, *scil*. ob sein Verhalten so ausgelegt werden kann, dass es eine Verpflichtung bewirkt, und/oder ob sich dieses mit einem gebotenen beziehungsweise verbotenen Verhalten deckt. Insofern bewältigen die Haftungselemente der Sonderverbindung und (insbesondere) der Pflichtverletzung deskriptiv unterschiedliche Probleme, so dass sie weiterhin auseinandergehalten werden können.

353 Für den Fall, dass die Verhaltensnormen *durch zwingendes Gesetzesrecht stipuliert* werden, ist schliesslich Folgendes zu beachten: Wäre das fragliche, pflichtbegründende Tun zugleich Gegenstand entsprechender Normen, müsste es gleichsam verboten oder geboten sein. Normen, die einen Vertragsschluss sozusagen *verbieten,* indem sie diesem beziehungsweise dem Verhalten, das dazu führen soll, die entsprechenden Wirkungen nicht zugestehen, lassen sich von den haftungsrechtlich relevanten Verhaltensnormen scheiden[640].

354 Derweil besteht geradezu ein Kontrahierungszwang, wenn das Verhalten *geboten* ist. Allerdings schliessen an die Unterlassung dieses gebotenen Verhaltens bisweilen gleichwohl Schadenersatzansprüche an – so beispielsweise gemäss (schweizerischem) spezialgesetzlichem Kartellhaftungsrecht[641]. Dabei wird dem Schädiger ein Verhalten vorgeschrieben (imperative Aussage). Die Aussage, ob dieses eine Verpflichtung bewirkt (performative Aussage), ergibt sich daraus *eo ipso,* so dass das Verhalten *nicht zusätzlich* dahingehend auszulegen ist. Im Übrigen ist der Bereich der sog. Abschlussfreiheit ungleich grösser als jener, in dem diese eingeschränkt ist, wobei dies auch für die (relativ stark regulierten) Tätigkeiten am Finanzmarkt gilt[642].

---

640 Vgl. vorne, Rn. 174 ff.

641 So löst bspw. die Verletzung der Kontrahierungspflicht nach Art 7 Abs. 2 Bst. a KG eine Schadenersatzpflicht gemäss Art. 12 Abs. 1 Bst. b KG i.V.m. Art. 41 OR aus (vgl. JACOBS/GIGER, BSK-KG, Art. 12, Rn. 76 und auch Rn. 59); einlässlich zur kartellrechtlichen Kontrahierungspflicht im Allg. ARNET, Rn. 227 ff.

642 In der Sache besteht immerhin ein Kontrahierungszwang der Börsen hinsichtlich der Zulassung von Effektenhändlern als Teilnehmer (vgl. statt Vieler BORENS/BAUMANN, SK-FinfraG, Art. 34, Rn. 9 f.); sowie letztlich auch hinsichtlich der Zulassung von Emittenten zur Kotierung (vgl. hinten, Rn. 808 m.H.). Auch wenn grundsätzlich spezialgesetzliche Regelungen vorliegen, ist des Weiteren denkbar, dass derartigen Dienstleistern angesichts ihrer marktbeherrschenden Stellung aufgrund kartellrechtlicher Vorschriften (wie den in der voranstehenden Fn. erwähnten) einem Kontrahierungszwang unterstehen. Alledem soll vorliegend im Einzelnen jedoch nicht nachgegangen werden.

Die Haftung wegen einer Verletzung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen, die eine Kontrahierungspflicht aufstellen, wird demnach nicht weiter verfolgt.

11. Verhaltensbestimmende und übrige Haftungselemente

Nachdem wir die einzelnen Haftungselemente und deren Verhältnis zu einander erörtert haben, widmen wir uns schliesslich einer weiteren Möglichkeit einer *deskriptiven* Präzisierung der Verhaltensnormnotion. Diese erfordert nunmehr gewissermassen eine Zusammenschau der einzelnen Elemente. Wie vorne erwähnt, besteht die Möglichkeit, *auf Grundlage der Bestimmungsfunktion der Verhaltensnormen* die einschlägigen Haftungselemente der Verhaltens- oder der Sanktionsnorm zuzuweisen. Dieser Ansatz lässt sich meines Erachtens weiterentwickeln. 355

Der *erste* Parameter ist dabei, ob ein Haftungselement um die Verhaltensanforderungen besorgt ist, denen sich ein Rechtsunterworfener in einer konkreten Situation gegenübergestellt sieht[643]. Das trifft zunächst für die vorne erwähnten ‹Meta-Vorschriften› zu, welche die Gültigkeit (Ermächtigungs- und Verweisungsnormen, inkl. Element der Sonderverbindung) und die Anwendbarkeit der Verhaltensnormen in Raum und Zeit sowie in personaler Hinsicht zum Gegenstand haben[644]. Ist eine Pflicht (ob gesetzlicher oder vertraglicher Natur) nicht gültig zustande gekommen oder in einer konkreten Situation räumlich, zeitlich oder personal nicht anwendbar, hat sich der Rechtsunterworfene auch nicht daran zu halten. Weiter ist selbstverständlich die eigentliche Beschreibung des Verhaltens zu nennen, das im Haftungstatbestand steht[645] (insbesondere aufgrund des Haftungselements der Pflichtverletzung). Auch die Rechtfertigungsgründe sind insofern ‹verhaltensbeschreibend›[646], inklusive Einwilligung (derweil eine Haftungsfreizeichnung nicht die primäre Verhaltens- sondern die sekundäre Schadenersatzpflicht des Schädigers betrifft). 356

643 So zumindest in der Sache auch A. SCHNEIDER, bspw. 40 f. und 42; ferner FREUND, MünchKommStGB, Vor. §§ 13 StGB, Rn. 151, der festhält, dass es zur Begründung eines Verhaltensnormverstosses neben der Möglichkeit, sich anders zu verhalten (vgl. dazu sogl.), auch eines rechtlichen Gebots bzw. Verbots bedarf.

644 Vgl. betr. den räumlichen, zeitlichen und personalen Anwendungsbereich der Verhaltensnormen auch A. SCHNEIDER, 66 ff., insb. 81.

645 Vgl. auch DORNIS, SZIER 2015, 203; A. SCHNEIDER, 40 f.; 70 ff.; 81; an letzteren beiden Stellen unter Bezugnahme auf den sachlichen Geltungsbereich einer Norm (vgl. dazu vorne, nach Rn. 331).

646 Vgl. auch DORNIS, SZIER 2015, 206 f.; A. SCHNEIDER, 44; ferner bereits vorne, Rn. 275.

357 Damit den Verhaltensanforderungen eine verhaltensbestimmende Funktion zukommt, müssen die Normadressaten *zweitens* **überhaupt die Möglichkeit haben, sich an der Verhaltensnorm auszurichten**. Dazu müssen die Rechtsunterworfenen *«die Fähigkeit besitzen, die Handlung in Übereinstimmung mit den relevanten Gesetzen auszuführen»*[647]. Sollen impliziert also durchaus (Anders-)Können[648].

358 Diese elementare Voraussetzung findet sich bereits bei IMMANUEL KANT[649]. Dessen Rechtsbegriff betrifft überhaupt nur sog. *‹facta›, i.e.* Taten[650]. Dabei liegt eine Tat nur vor, wenn einer Person ein äusseres Verhalten (bei KANT ‹Handlung›) zurechenbar ist[651]; und das wiederum ist im Allgemeinen nur dann der Fall, wenn (zumindest) eine alternative Handlungsmöglichkeit besteht[652].

359 Das ist offensichtlich nicht der Fall, wenn der Schädiger zur widerrechtlichen Handlung *physisch* keine Handlungsalternative hatte[653]. Dabei handelt es sich um vorne erwähntes, erstes Kriterium einer *Zurechnung zur Tat*. Auch das zweite bezügliche Kriterium ist vorauszusetzen. Wie gesehen, muss eine Person um die ihr grundsätzlich verfügliche(-n) Handlungsalternative(-n) *wissen,* damit sie diese ergreifen kann (bzw. muss von einem derartigen Wissen ausgegangen werden können). Das setzt ein Bewusstsein um die relevanten Tatumstände voraus[654]. Falls die Kriterien nicht im

---

647 So BLÖSER, 27, im Kontext des – in vorliegendem Zusammenhang relevanten (vgl. sogl.) – kantischen Begriffs der ‹Tat›.

648 Vgl. RENZIKOWSKI, Normentheorie, 125; und BLÖSER, insb. 72; allg. zu der Sentenz ferner bspw. BYRD/HRUSCHKA, 264 ff. (BLÖSER, a.a.O. und öfters, wurde auch der Begriff des ‹Anderskönnens› entnommen).

649 Vgl. bspw. auch W. KERSTING, WF, 79.

650 *«Der Begriff des Rechts* [..] *betrifft erstlich nur das äußere und zwar praktische Verhältnis einer Person gegen eine andere, sofern ihre Handlungen als Facta aufeinander (unmittelbar oder mittelbar) Einfluss haben können»* (MdS, 230 [Hervorhebung MK]). Die Überlegung, wonach sog. ‹unwillkürliche› Handlungen überhaupt keine rechtsrelevanten Handlungen sind, wurde in den Motiven zum BGB *nota bene* aufgegriffen (vgl. die H. bei WAGNER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 827, Rn. 1).

651 Vgl. näher bspw. BLÖSER, 27 ff. m.H.

652 Vgl. BLÖSER, 70 ff. m.H.

653 Vgl. auch GOTZLER, 64 m.w.H. und 72 f.; FREUND, MünchKommStGB, Vor. §§ 13 StGB, Rn. 139 ff.; WAGNER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 823, Rn. 53 f.; sowie die H. zur naturrechtlichen Zurechnungslehre vorne, insb. Rn. 218.1.

654 Vgl. die H. zur naturrechtlichen Zurechnungslehre vorne, insb. Rn. 218.2; ferner DORNIS, SZIER 2015, 207; sowie bereits KANT in einer Vorlesung unter Anführung des Beispiels, dass Kinder nicht als frei angesehen werden können, wenn sie etwas Nützliches verderben, weil sie ‹den Gegenstand nicht kennen› (Nachschrift Collins, 291).

Tatzeitpunkt erfüllt sind, besteht – wie ausgeführt – je die Möglichkeit einer ausserordentlichen Zurechnung.

Bei der *Zurechnung zur Schuld* geht es – bei Handlungsfreiheit gemäss dem im Rahmen der Zurechnung zur Tat gefällten Urteil – sodann um die Freiheit der Rechtsunterworfenen, sich von der Verhaltensnorm zu ihrem Verhalten motivieren zu lassen. Diese Freiheit kann einer Person abgehen aufgrund (i) motivationaler Defizite (positivrechtlich mangelnder Urteilsfähigkeit), (ii) einer Notsituation (positivrechtlich insb. einer Situation entschuldigenden Notstands) oder (iii) aufgrund eines Rechtsirrtums. 360

Von Bedeutung für die Möglichkeit, eine Verhaltensnorm zu befolgen, ist zunächst das Element des Rechtsirrtums[655]. Kann ein Rechtsunterworfener sich *tatsächlich* keine Rechenschaft über Bestand und Gültigkeit einer Verhaltensnorm ablegen, ist es ihm auch nicht möglich, sich an dieser auszurichten. Entsprechend bestimmen die (positivrechtlichen) Vorschriften, welche die Umstände bezeichnen, unter denen sich die Rechtsunterworfenen Verhaltensnormen bewusst sein müssen, ob eine Person so anzusehen ist, dass sie anders kann als sie soll (oder nicht). 361

Nichts anderes gilt für die beiden anderen Elemente der Zurechnung zur Schuld[656]. Zwar wird mit Recht festgehalten, dass ‹triebhafte Menschen› oder Kinder durchaus über das erforderliche Wissen und Können verfügen können, um sie als in ihren Handlungen frei anzusehen[657]. Dasselbe gilt ohne Weiteres für Personen, die in einer Notsituation handeln[658]. Allerdings gehen die fraglichen Elemente gerade davon aus, dass den Rechtsunterworfenen im Tatzeitpunkt die Möglichkeit fehlt, sich *der Verhaltensnorm gemäss* zu verhalten, da sie sich dazu nicht motivieren konnten – und 362

655 Vgl. auch RENZIKOWSKI, Normentheorie, 135; in der Sache ferner bereits KANT in einer Vorlesung (Nachschrift Vigilantius, 565 f.). Damit nicht zu verwechseln ist im Übrigen die betreffend die kantische Rechtsphilosophie bisweilen anzutreffend Aussage, wonach die Handlungsmotive im Recht *keine* Rolle spielen (vgl. GEISMANN, *passim,* bspw. 62 f.). So spielt es keine Rolle, ob sich eine Person in ihren Handlungen durch die rechtliche Regelung oder sonst wie hat motivieren lassen, *sobald* sie dazu (zumindest in zugerechneter Weise) die Möglichkeit hat (inkl. die Möglichkeit dazu, das Wissen über *«ein Gesetz zu erwerben, das zu dem Geschäft nötig war»* [vgl. KANT, a.a.O.]).

656 Vgl. in der Sache bspw. auch FREUND, MünchKommStGB, Vor. §§ 13 StGB, Rn. 137 ff. m.H.; RENZIKOWSKI, Normentheorie, 134 ff.

657 KINDHÄUSER, Gefährdung, 46 ff. sowie 122 f. Dazu, dass insofern die relevante Unterscheidung, *scil*. ob die Stufe der Zurechnung zur Tat oder jene der Zurechnung zur Schuld zum Zug kommt, bisweilen nicht einfach zu treffen sein dürfte, vgl. vorne, Rn. 270.2.

658 Vgl. zu alledem auch bereits die H. zur naturrechtlichen Zurechnungslehre vorne, insb. Rn. 219.

zwar auch noch, wenn diese Möglichkeit tatsächlich bestanden hat, weil sie über das erforderliche Wissen[659] und Können verfügten. Somit stellt sich sozusagen nicht die Frage nach einem tatsächlichen ‹Anders(handeln)können›, sondern nach einem normativen ‹Anderskönnen›.

363 Im Übrigen besteht die Möglichkeit einer ausserordentlichen Zurechnung auch auf der Stufe der Zurechnung zur Schuld.

364 Eine letzte Komponente des Elements des (Anders-)Könnens besteht darin, dass die Elemente, die das von den Rechtsunterworfenen geforderte Verhalten beschreiben, im Zeitpunkt, in dem diese das Verhalten an den Tag legen sollen, *feststehen* müssen[660]. Ob im Haftungstatbestand das Eintreten eines bestimmten Erfolgs vorausgesetzt wird, ist demnach ebenso wenig Gegenstand der Verhaltensnorm wie das Haftungselement der objektiven Zurechnung, das den Ursachenzusammenhang zwischen pflichtwidrigem Verhalten und Erfolg betrifft[661]. Das schliesst auch ein Selbstverschulden des Geschädigten ein, das dieser *im Nachgang* an die Pflichtverletzung durch den Schädiger an den Tag legt (während ein solches, sofern es die Formulierung der Verhaltensnorm gleichsam mitbestimmt[662], selbstverständlich [auch] das Verhalten des Schädigers beschreibt).

365 Würde es sich anders verhalten, wäre den Rechtsunterworfenen die Möglichkeit genommen, sich an der Verhaltensnorm auszurichten, da deren Formulierung von zukünftigen Ereignissen abhinge, die ausserhalb der Steuerbarkeit durch die Rechtsunterworfenen stehen[663]. Gleichsam gebieten Verhaltensnormen ein bestimmtes Verhalten und fordern – sobald der (potentielle) Schädiger diesem nachgekommen ist – im Grundsatz nicht auch noch eine nachträgliches Einschreiten desselben ein[664]

---

659 Gegebenenfalls durchaus sowohl betr. die tatsächlichen Umstände als auch die Rechtslage.

660 Vgl. auch A. SCHNEIDER, insb. 41; und auch noch HRUSCHKA, wenn er es als absurd bezeichnet, Verhaltensnormen die Funktion abzusprechen, *«dem virtuell Handelnden vorher – und damit rechtzeitig – zu sagen, was er, vom Standpunkt des Systems aus gesehen, denn nun tun und unterlassen soll»* (Rechtstheorie 1991, 451).

661 Vgl. A. SCHNEIDER, 41 f.; GOTZLER, 62 und 73.

662 Vgl. vorne, Rn. 306 ff.

663 Vgl. das plastische Bsp. von GOTZLER, 62: *«Mit der Betätigung des Abzugs endet die Steuerbarkeit des Geschehens».*

664 Zunächst ist festzulegen, wann das pflichtwidrige Verhalten als vollendet anzusehen ist (vgl. i.d.Zh. insb. die bzgl. strafrechtliche Diskussion, bspw. STRATENWERTH, SR AT I, § 12, Rn. 9 ff.). Alsdann gilt aber der Grundsatz, dass die Folgen des Zufalls jenen treffen, bei dem sie eintreten (Parömie: *casus sentit dominus*). In vertraglichen Verhältnissen kann jedoch eine Überwachungspflicht entstehen, die trotz pflichtgemässem Verhalten (bspw.

(selbst wenn ein solches möglich wäre[665], wie dies jedoch nicht immer der Fall ist[666]).

Nach alledem können die Haftungselemente, die vorne stehend mit Rücksicht auf die (Grund-)Tatbestände von Art. 41 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 1 OR formuliert worden sind, weitgehend der Verhaltens- oder der Sanktionsnorm zugewiesen werden. Darauf ist im materiell-rechtlichen Teil zurückzukommen, denn die dargestellten Parameter haben im Bereich der ausservertraglichen Haftung für reine Vermögensschäden gemäss Art. 41 Abs. 1 OR meiner Auffassung gemäss, die näher darzulegen sein wird, im Grundsatz eine positivrechtliche Validierung erfahren. 366

Vor dem Hintergrund, dass die vorne stehenden Überlegungen mithin gleichsam die Ausführungen zum positiven Recht vorbereiten, hat das Element der ‹Haftung für andere› im Übrigen keine Berücksichtigung gefunden. So wird der Umstand, wonach im Kontext dieses Haftungselements nicht das Verhalten derjenigen Person in Frage steht, die – im Sinn von Art. 41 Abs. 1 OR – eine Pflichtverletzung begangen hat, sondern (wenn überhaupt) das Verhalten des Geschäftsherrn, eine gesonderte Behandlung des Haftungselements erfordern (vgl. hinten, insb. 2. Teil / 3. Kapitel / III. / 3. sowie 2. Teil / 4. Kapitel / IV.). Dabei wird auch die Frage gesondert zu beantworten sein, welche Rolle die Unterscheidung zwischen verhaltensbestimmenden und übrigen Elementen spielt. Dass etwaige Anforderungen an das Verhalten des Geschäftsherrn *auf diesen* deskriptiv eine verhaltensbestimmende Wirkung haben, dürfte sich allerdings von selbst verstehen[667].

IV. Fazit

Verhaltensnormen schreiben den Rechtsunterworfenen gemäss der zum Ausgangspunkt genommenen Beschreibung ein gewisses äusseres Verhalten vor. Ferner haben wir – um ein besseres Verständnis über die Bedeutung zu erlangen, die Verhaltensnormen bei der Begründung einer zivilrechtlichen Haftung im Allgemeinen zukommt – die Verhaltensnormnotion wie folgt *präzisiert*. 367

korrekte Beratung), nachträglich ein Einschreiten erfordert (bspw. eine Warnung bei Auftreten von ursprünglich nicht vorhersehbaren, für den Kursverlauf negativen Ereignissen); (vgl. – gleichsam zum Anlageberatungsvertrag – bspw. P.C. GUTZWILLER, 28 FF.).

665 So hätte bspw. der Anlageberater auch noch in jenen Fällen die Möglichkeit einzuschreiten, in denen er *nicht* zu einer Überwachung verpflichtet ist (Fälle sog. punktuelle Anlageberatung, vgl. P.C. GUTZWILLER, 31).

666 Wie im Bsp. des einmal – in vorliegendem Zusammenhang in ‹ungefährlicher› Weise – abgegebenen Schusses (GOTZLER, 62).

667 Vgl. auch DORNIS, SZIER 2015, 205 f.

368 Zunächst lassen sich die Verhaltensnormen von den **Verweisungs- und Ermächtigungsnormen** abschichten, die bereits im ersten Kapitel des Grundlagenteils vorgestellt wurden, sowie von den **Sanktionsnormen**, die vorab die Rechtsfolgen anordnen (*in casu* die Schadenersatzpflicht). Den Ermächtigungsnormen ist das Erfordernis einer **Sonderverbindung** zuzuordnen, das zur Begründung vertraglicher und vertragsähnlicher Ersatzforderungen gemäss positivem schweizerischem Haftungsrecht vorausgesetzt wird. Wie die Verweisungs- und Ermächtigungsnormen befinden sich ferner auch die Regelungen des **räumlichen, zeitlichen und personalen Anwendungsbereichs** einer Verhaltensnorm auf einer Meta-Ebene. Sie fallen folglich ebenfalls nicht unter die Verhaltensnormnotion.

369 Im mit Rücksicht auf die beiden Grundtatbestände des Schweizer Haftungsrechts (Art. 41 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 1 OR) **allgemein formulierten Haftungstatbestand** steht sodann das Erfordernis der **Pflichtverletzung** im Zentrum. Dieses hat zwingend Verhaltensnormen zum Gegenstand, wobei gerade auch hier öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen beachtlich sind. Die **weiteren Haftungselemente** lassen sich von dem Erfordernis der Pflichtverletzung – und mithin den betreffenden Verhaltensnormen – unterscheiden. Im Licht der naturrechtlichen Zurechnungslehre sowie der Unterscheidung zwischen Aussage und Bezugsobjekt der Aussage beziehungsweise Prädikat und Subjekt beschreiben sie grundsätzlich *andere Probleme*. Eine gewisse Ausnahme stellen einzig die Rechtfertigungsgründe dar, die ebenfalls äussere Verhaltensanforderungen aufstellen. Dabei nehmen sie die Anforderungen, die im Rahmen des Erfordernisses der Pflichtverletzung bezeichnet werden, freilich in Bezug.

370 In einer Zusammenschau unserer bezüglichen Ausführungen, lässt sich dieses Ergebnis auch *sprachtheoretisch* abbilden. So werden im Rahmen des Haftungselements der Pflichtverletzung präskriptive beziehungsweise imperative Aussagen gemacht. Die Ermächtigungs- und Verweisungsnormen sowie die Vorschriften, welche den Anwendungsbereich der Verhaltensnormen bestimmen, verwenden im Vergleich dazu eine Metasprache (wobei im Zusammenhang mit der Begründung von Sonderverbindungen zusätzlich von performativen Aussagen ausgegangen werden kann). Im Rahmen der übrigen Haftungselemente erfolgen alsdann askriptive Aussagen. Die Sanktionsnorm schreibt dem Schädiger bei gegebenen Haftungsvoraussetzungen schliesslich zwar ebenfalls ein bestimmtes Verhalten vor, nämlich die Pflicht, Schadenersatz zu leisten. Dieses lässt sich von dem Verhalten, das auf der Stufe der Pflichtverletzung eingefordert wird, allerdings ohne Weiteres unterscheiden. Im Übrigen wird das Ergebnis annäherungsweise bisweilen auch in der Literatur zum Ausdruck gebracht; nämlich durch jene Stimmen, die *grosso modo* sämtliche

Rechtsvorschriften anhand der Kategorie der Verhaltensnormen *und* – mit welcher Bezeichnung auch immer – (nur) *einer* weiteren Normkategorie erfassen wollen[668].

371 Verhaltensnormen sind nicht einzig auf Stufe Pflichtverletzung von Bedeutung. Vielmehr können sie auch **im Rahmen weiterer Haftungselemente** zum Tragen kommen. Das haben wir im Zusammenhang mit den Elementen der Zurechnung zur Tat (*i.e.* den Sorgfaltsobliegenheiten des Schädigers im Rahmen des Fahrlässigkeitserfordernisses), des Selbstverschuldens und der Haftung für andere (*i.e.* den Sorgfaltsobliegenheiten des Geschäftsherrn) herausgearbeitet. Dabei eröffnet sich dem Richter je auch die Möglichkeit, öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen in Bezug zu nehmen.

372 Die Verhaltensnormen auf Stufe dieser weiteren Haftungselemente richten sich allerdings teils an andere Personen als den Schädiger. Insofern als sie die (Zurechnungs-) Frage betreffen, ob der Schädiger beziehungsweise der Geschäftsherr für die durch den Schädiger an den Tag gelegte Pflichtverletzung verantwortlich gemacht werden kann, haben sie im Haftungstatbestand zudem eine *andere Funktion* als die Verhaltensnormen auf Stufe Pflichtverletzung. Hier werden – anstelle (askriptiver) Zurechnungsvorgänge – auf präskriptive Weise die von der Rechtsordnung verpönten Eingriffe in die Freiheitsphäre des Geschädigten markiert. Demnach haben die Verhaltensnormen im Rahmen der verschiedenen Haftungselemente einen je unterschiedlichen Regelungsgehalt. Die Darstellung der Besonderheiten der Haftung für reine Vermögensschäden, die wir sogleich geben werden (vgl. 2. Teil / 1. Kapitel), geht gleichsam davon aus.

373 Auch die darauf folgenden materiell-rechtlichen Überlegungen schliessen daran an, dass öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen auf verschiedenen Haftungsstufen zum Tragen kommen. So betreffen sie zunächst öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen auf der *Stufe der Pflichtverletzung* (2. Teil / 2. und 3. Kapitel). Die Bedeutung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Rahmen der erwähnten, *weiteren Haftungs-*

---

668 So unterscheidet BUCHER bspw. zwischen Verhaltensnormen (‹unmittelbare Normen›) und *«Rechtssätzen, welche die Zuständigkeit staatlicher Organe regeln, die Handlungs- bzw. Geschäftsfähigkeit Privater umschreiben, die Möglichkeiten und Grenzen vertraglicher Selbstverpflichtung festsetzen, das Verfahren der Rechtsfindung vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden ordnen oder im Sinne von Kollisionsregeln den Anwendungsbereich einer bestimmten rechtlichen Regelung umschreiben»* (‹mittelbare Normen›); (Subjektives Recht, 51). Vgl. ferner APPEL, KritV 1999, 307: *«Der Verhaltensnorm selbst läßt sich nicht entnehmen, ob und inwieweit die Normadressaten an sie gebunden sind, unter welchen Bedingungen und in welcher Weise sie für eine Norm Verletzung (strafrechtlich) verantwortlich gemacht werden können bzw. haften und wie der Staat darauf reagieren darf»*. Das alles sei vielmehr Gegenstand der Sanktionsnorm.

elemente ist alsdann Gegenstand (kürzerer) separater Ausführungen (2. Teil / 4. Kapitel).

374 Schliesslich haben wir im Rahmen des voranstehenden Unterkapitels eine *weitere Möglichkeit* vorgestellt, die Verhaltensnormnotion zu präzisieren. Dabei werden die einzelnen Haftungselemente im Kern entlang des deskriptiven Kriteriums eingeordnet, ob ihnen eine **verhaltensbestimmende Wirkung** zukommt oder nicht. Die Möglichkeit geht weiter als jene, die wir bis anhin erläutert haben; insbesondere werden im Rahmen der eben erwähnten Abgrenzung der Freiheitsphären von Schädiger und Geschädigtem zu Gunsten des Ersteren auch gewisse Haftungselemente auf der Stufe der Zurechnung berücksichtigt. Darauf kommen wir im nachfolgenden materiell-rechtlichen Teil ebenfalls zurück, zumal der Verweis im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR in der Sache nach meinem Dafürhalten grundsätzlich auf das entsprechende Kriterium abstellt[669].

375 Zu guter Letzt haben wir am Anfang des Kapitels dargelegt, dass *rechtssystemunabhängige Begriffe* vorzugswürdig sind, wenn es darum geht zu bestimmen, ob und inwiefern Verhaltensnormen aus anderen Normensystemen (*i.e.* des öffentlichen oder gar des ausländischen Rechts) in das schweizerische Privatrecht Eingang finden. Die Präzisierungen betreffend die Verhaltensnormnotion (aber auch betreffend die weiteren Haftungselemente), die wir nunmehr herausgearbeitet haben, verschaffen dieser Begebenheit Nachachtung. Darauf werden wir im materiell-rechtlichen Teil zurückgreifen können, sobald wir den Gehalt der Verweisungen auf Verhaltensnormen anderer Normensysteme festzulegen haben, die verschiedenen Vorschriften des schweizerischen Haftungsrechts entnommen werden können.

376 Am Anfang des nachfolgenden materiell-rechtlichen Teils steht zunächst aber die eben erwähnte Darstellung der Besonderheiten der Haftung für reine Vermögensschäden, die – wie einleitend bemerkt – den genuinen Gegenstand unserer Studie ausmacht.

669 Vgl. 2. Teil / 3. Kapitel / II., *passim*.

2. Teil:

Öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im materiellen Schweizerischen Haftungsrecht

1. Kapitel: Besonderheiten der Haftung für reine Vermögensschäden

I. Überblick

Das vorliegende Kapitel betrifft im Grundsatz die Besonderheiten der Haftung für reine Vermögensschäden, die dafür verantwortlich sind, dass diese – im Vergleich zur Haftung für eine Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter – *speziell begründungsbedürftig* ist. Dabei nähern wir uns der Problematik sogleich anhand einiger genereller Überlegungen an, um daraufhin einen Überblick über das Vorgehen im Rahmen des Kapitels zu geben. 377

Das Haftungsrecht beantwortet *ganz allgemein* die Frage, ob ein finanzieller Schaden von demjenigen zu tragen ist, der ihn erleidet, oder ob dieser ihn auf einen andern abwälzen kann. Diese Frage stellt sich, sobald der Geschädigte den Schaden nicht selber verursacht hat[670]. Damit ist die sog. *Ausgleichsfunktion des Haftungsrechts* angesprochen, die weitherum als zentral angesehen wird[671]. Wie die deutsche Deliktsrechtdoktrin zu Recht bemerkt, lassen sich daraus allerdings *keine* materiellen Gehalte ableiten[672]. Dies leisten gemeinhin erst die einschlägigen *Zurechnungsprinzipien*. 378

Eine Haftung gemäss Art. 41 Abs. 1 OR und/oder Art. 97 Abs. 1 OR fusst alsdann auf dem *Verschuldensprinzips*. Damit einher geht, dass nur haftet, wer ein bestimmtes *Fehl*verhalten an den Tag legt[673]. Darin unterscheiden sich die Haftung für absolut geschützte Rechtsgüter und reine Vermögensschäden letztlich *nicht;* insbesondere 379

---

670 Vgl. betr. das Deliktsrecht allein OFTINGER/STARK, Bd. I, § 1, Rn. 9 f.; im vertraglichen Bereich gilt selbstverständlich nichts anderes.

671 Vgl. bzgl. das schweizerische Deliktsrecht bspw. FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, § 1, Rn. 3 m.w.H.; und allgemein bzgl. das schweizerische Schadenersatzrecht ROBERTO, Schadensrecht, 264 m.w.H. Ob daneben normativ eine Präventionsfunktion besteht oder dem Haftungsrecht schlicht zugestanden wird, dass es eine Prävention bewirkt, bleibt unklar (für einen Überblick zum Meinungsstand vgl. VERDE, Straftatbestände, Fn. 45 [10]); für Ersteres bspw. SCHWENZER, OR AT, 49.04; für Zweite bspw. OFTINGER/STARK, Bd. I, § 1, Rn. 15 (der Verweis von SCHWENZER auf Letztere erscheint mithin irreführend). Auch in Deutschland scheint diese Frage offen (vgl. WAGNER, MünchKommBGB, 6. Aufl., Vor § 823, Rn. 40 m.w.H.).

672 Vgl. dazu und zum sogl. folgenden WAGNER, MünchKommBGB, 6. Aufl., Vor § 823, Rn. 38 m.w.H.

673 FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, § 1, Rn. 15 m.w.H.

wird in beiden Fällen entweder Vorsatz oder eine Sorgfaltspflicht- bzw. Obliegenheitsverletzung gefordert (unbesehen davon, unter welcher Haftungsvoraussetzung diese erfasst wird).

380 Nun hat aber beispielsweise NILS JANSEN herausgearbeitet, dass sich einer positiven Haftungsrechtsordnung neben der Zurechnungsfrage eine *zweite Wertungsfrage* stellt. Diese zielt darauf ab, zu bestimmen, **welche Rechtsgüter in welchem Mass schützenswert sind**[674]. Eine ähnliche Differenzierung nehmen KARL OFTINGER und EMIL STARK vor. Sie halten zum einen fest, dass die *«Funktion der negativen rechtlichen Qualifikation eines bestimmten Verhaltens oder einer Schädigung – das grundlegende Werturteil –* [..] *im Haftpflichtrecht durch den Begriff der Rechtswidrigkeit wahrgenommen»* wird[675]. Davon unterscheiden sie zum andern das Problem der Zurechnung eines Verhaltens, das sich – zumal OFTINGER und STARK Vertreter der herkömmlichen Auffassung sind, wonach die Sorgfaltspflichtverletzung auf der Stufe des Verschuldens zu lozieren ist – auf der Stufe des Verschuldens stellt[676]. Im Übrigen weist auch die (mitunter eben gerade zusammengefasste) Unterscheidung zwischen präskriptivem und askriptivem Sprachgebrauch in die Richtung. So wird der Rechtsgüterschutz im Kontext der zweiten Wertungsfrage letztlich durch präskriptive Verhaltensvorgaben erreicht, derweil die ‹Sprache der Zurechnung› eine askriptive ist.

381 Die nachstehenden Überlegungen betreffen diese zweite Wertungsfrage. Dabei widmen wir uns zunächst dem *Stellenwert reiner Vermögensschädigungen in freiheitlichen Ordnungen* und kommen zum Schluss, dass sie – im Gegensatz zu Verletzungen absolut geschützter Rechtsgüter – grundsätzlich erlaubt sind (2. Teil / 1. Kapitel / II.).

381.1 Als zentrales Element freiheitlicher Ordnungen fungiert gemäss vorliegendem Verständnis die Selbstbestimmung; *ergo* gestattet eine entsprechende Ordnung ihren Bürgern im Grundsatz, ihre *«selbstgesteckte Ziele zu verfolgen und sich die durch eigene Anstrengung, d.h. durch eigene Leistung oder durch Einsatz eige-*

674 Vgl. Struktur, 106 f. m.w.H., 127 sowie 571 f. inkl. Fn. 140 m.w.H. und öfters.

675 Bd. I, § 1, Rn. 28 (Hervorhebung MK), ferner § 4, Rn. 20. Wenn von negativer Bewertung eines Verhaltens *oder* einer Schädigung die Rede ist, dürfte damit die Unterscheidung zwischen Verhaltensunrecht (im Bereich der reinen Vermögensschädigungen) und Erfolgsunrecht (im Bereich der Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter) angesprochen sein, um die es vorliegend – wie sich sogleich zeigen wird – gleichsam geht.

676 Vgl. Bd. I, § 1, Rn. 30 ff. Eine ähnliche Unterscheidung im Zusammenhang mit der vertraglichen Haftung findet sich ferner bei H.P. WALTER, Abgrenzung, 64.

nen Vermögens, erlangten Vorteile selbst vorzubehalten», ohne sie mit anderen teilen zu müssen[677].

Dieser Anspruch muss *von Rechtes wegen* allen gleichermassen zukommen, *scil*. das Recht muss alle gleich behandeln – insofern gibt es *«nur gleiche Freiheit oder keine Freiheit»*[678]. 381.2

Im Übrigen werden wir nachfolgend auf zwei praktisch-philosophische Konzeptionen hinweisen, nämlich die stoisch-römische Rechtsphilosophie und die Rechtsphilosophie von IMMANUEL KANT. Die beiden Konzeptionen stehen gemäss meinem Verständnis für eine freiheitliche Ordnung in diesem Sinn[679]. Indessen wird je zwischen Recht und Ethik unterschieden. Im Rahmen der Ethik werden alsdann durchaus sog. ‹materiale› Pflichten begründet, die mit eben gegebener Beschreibung nicht vereinbar sind[680]. 381.3

Daraufhin legen wir dar, wie die *positive Schweizer Haftungsrechtsordnung* diese Vorgaben umsetzt (2. Teil / 1. Kapitel / III.). Dazu skizzieren wir zunächst, dass das schweizerische allgemeine Haftungsrecht gemäss den gesetzgeberischen Vorgaben durchaus eine freiheitliche Ordnung darstellt. Reine Vermögensschädigungen sind mithin grundsätzlich erlaubt. Sodann wenden wir uns den Schranken zu, die ihnen gesetzt sind (in deren Gefolge alsdann auch Schadenersatzansprüche in Frage kommen). Verantwortlich dafür sind insbesondere gesetzliche Vorschriften (inkl. öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen) sowie Vorschriften, die – auf der Basis gesetzlicher Ermächtigungsnormen – durch den Richter oder die Parteien aufgestellt werden. 382

---

677 AUER, Materialisierung, 12, wobei damit Selbstbindung und Selbstverantwortlichkeit einhergehen (vgl. DIES., a.a.O., 13 f.). AUER beschreibt die Selbstbestimmung derart im Zusammenhang mit der Notion des ‹Individualismus›, derweil sie das vorliegend ebenfalls vorausgesetzte Erfordernis der Gleichheit nicht für konstitutiv zu halten scheint (vgl. aber immerhin die H auf S. 24). Ihr Verständnis von ‹Individualismus› deckt sich mit vorliegendem Verständnis von ‹Freiheit› mithin nicht vollumfänglich.

678 So NIDA-RÜMELIN, FS Kersting, 17 f.; vgl. zum Gleichbehandlungsgebot aus rechtlicher Warte bspw. die H. auf das traditionelle Privatrechtsverständnis von PUCHTA und SAVIGNY bei CARONI, FS Deschenaux, 60; ferner TROXLER, recht 2014, 154, bei Fn. 67 m.w.H. auch auf die Schweizer Literatur. Mit diesem Erfordernis grenzt sich vorliegendes Freiheitsverständnis insbesondere von libertären Positionen ab, denen gemäss auch ungleiches Recht denkbar ist (vgl. NIDA-RÜMELIN, a.a.O., 20 ff.); (und die, um die Hinweise in den vorangehenden Fn. zu unterstreichen, durch den Begriff des Individualismus von AUER noch als erfassbar erscheinen [vgl. DIES., Materialisierung, 15 f.]).

679 Betr. CICERO, der die stoisch-römische Philosophie nach vorliegender Lesart massgeblich wiedergegeben hat (vgl. insb. BACKHAUS, FS Laufs, *passim*), vgl. bspw. LIEDTKE, 294 f.; betr. KANT vgl. W. KERSTING, WF, 285 ff.

680 Vgl. für H. hinten, Rn. 396.3 und 400.

Wie sich zeigen wird, sind diese Modalitäten im Licht des freiheitlichen Charakters des schweizerischen allgemeinen Haftungsrechts *unterschiedlich* zu bewerten. Das wiederum wird auf die Diskussion der vertraglichen und ausservertraglichen Haftungsgrundlagen im Rahmen der weiteren Kapitel des materiell-rechtlichen Teils durchschlagen, die diesen Modalitäten Nachachtung verschaffen.

II. Reine Vermögensschädigungen in freiheitlichen Ordnungen

383 Die sogleich nachfolgenden Überlegungen betreffen in erster Linie die **deliktische Haftung von Konkurrenten im *(‹horizontalen›)* Wirtschaftswettbewerb**. Diese treffen dort regelmässig zufällig aufeinander, mithin geht es um den *Anwendungsbereich des klassischen Deliktsrechts*. Die Haftung von Finanzdienstleistern und Emittenten gegenüber Kunden oder Anlegern wird freilich eher durch die anschliessenden Überlegungen zu den sog. ‹Kommunikationsdelikten› abgedeckt, die den ‹*vertikalen* Wettbewerb› betreffen. Dabei ist neben oder anstelle einer deliktischen auch eine Haftung im Rahmen von Sonderverbindungen denkbar.

384 Wenden wir uns einstweilen dem klassischen Deliktsrecht zu, ergibt die Antwort auf die Frage, welche Rechtsgüter in welchem Mass schützenswert sind, einen **grundlegenden Unterschied zwischen der Haftung für die Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter und reinen Vermögensschädigungen**. In einer freiheitlichen Ordnung wird die *Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter negativ bewertet* und entsprechend zieht deren Verletzung prinzipiell einen Ausgleichsanspruch nach sich. Demgegenüber sind *reine Vermögensschädigungen grundsätzlich erlaubt,* so dass für sein Vermögen im Prinzip jeder selbst verantwortlich ist[681].

385 Diese Begebenheit lässt sich unter Zuhilfenahme des **Rechtsprinzips *neminem laedere,*** d.h. ‹niemanden schädigen›, erläutern. In der schweizerischen Deliktsrechtsdoktrin wird dieses zwar immer wieder erwähnt, regelmässig aber für zu vage erklärt[682]. Historisch lassen sich gemäss GOTTFRIED SCHIEMANN[683] zwei Lesarten unterscheiden; zum einen ein *«allgemeines Verbot schuldhafter Schädigungen»*, das hier nicht interessiert, und zum andern eine Lesart, die dem Prinzip eine freiheitliche

---

681 So betreffend ‹liberale Gesellschaften› JANSEN, Struktur, 127; vgl. ferner bspw. MERZ, ZBJV 1955, 324 f.

682 Vgl. stellvertretend BREHM, BK, Art. 41 OR, Rn. 43 m.H.

683 JuS 1989, *passim;* nachfolgend ausgeführtes Zitat befindet sich auf S. 345.

Bedeutung verleiht[684] und vorliegend demnach von Interesse ist. Hauptsächliche Quelle ist die stoisch-römische Rechtsphilosophie[685].

Für diese Lesart steht die folgende antike Parabel: Strebt ein Wettläufer im Stadion 386
nach allen Kräften nach dem Sieg, ist dies richtig; anders verhält es sich, wenn er einem Konkurrenten ein Bein stellt oder ihn anstösst[686]. Wettbewerb ist folglich im Prinzip erlaubt, auch solcher wirtschaftlicher Art[687]. Daraus gehen Gewinner und Verlierer hervor, wobei letztere zumindest in Form von entgangenen Erträgen reine Vermögensschäden erleiden. Die Grenze, innerhalb welcher Rechtssubjekte im Wettbewerb den eigenen Nutzen verfolgen können, wird gemäss SCHIEMANN bei ‹arglistigem Verhalten› *(dolus)* markiert. Ob die Verletzung absoluter geschützter Rechtsgüter darunter fällt, erscheint als fraglich[688], zumal deren Unterscheidung antike Wurzeln abgesprochen werden[689]. Es gibt aber durchaus moderne freiheitliche Deutungen des Prinzips, die bei der Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter eine weitere Grenze ziehen[690]. Jedenfalls ist das Prinzip des *neminem laedere* gemäss einer freiheitlichen Lesart im Fall von reinen Vermögensschädigungen erst verletzt, wenn die Grenzen arglistigen Verhaltens überschritten werden; reine Vermögensschädigungen sind im Prinzip also erlaubt.

Die Begebenheit kann ferner anhand eines zweiten Konzepts abgebildet werden, 387
nämlich des **kantischen allgemeinen Rechtsgesetzes**: *«Handle äusserlich so, dass der freie Gebrauch Deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen könne»*[691]. Dieses wird zumindest sinngemäss (auch) in der Haftpflichtrechtdoktrin in Bezug genommen, auch in jener der Schweiz[692]. Inhaltliche Forderungen werden daraus allerdings nur selten abgeleitet[693]. Indes ist das allgemeine Rechtsgesetz durchaus gehaltvoll[694].

---

684 Vgl. SCHIEMANN, JuS 1989, 347: *«In einer solchen Bedeutung lässt sich das Schädigungsverbot mit einem recht robusten Individualismus vereinbaren».*

685 SCHIEMANN, JuS 1989, 346 f. und überall; ausführlich BEHRENDS, 41 ff.; zu bemerken ist allerdings, dass es innerhalb der Stoa verschiedene Strömungen gab (vgl. DERS., *passim*).

686 Vgl. SCHIEMANN, JuS 1989, 347; das Bsp. stammt von CICERO.

687 Vgl. die bei SCHIEMANN, JuS 1989, zit. Äusserungen von CICERO (Fn. 35); ferner die H. aus der Haftpflichtrechtsdoktrin hinten, Rn. 733.

688 Vgl. dazu, was unter *dolus* zu verstehen ist, BEHRENDS, Fn. 49 (45 f.).

689 Vgl. BÄRTSCHI, 16 ff.

690 Vgl. insb. ISENSEE, HbStR, 97 f.; DERS., Vertragsfreiheit, 17.

691 KANT, MdS, 231.

692 Vgl. hinten, Rn. 432 m.H.

388 Vorliegend interessiert zunächst das Erfordernis der *Gleichheit* beziehungsweise Wechselseitigkeit. Dabei geht es mit KANT um die *«Unabhängigkeit, nicht zu mehrerem von anderen verbunden zu werden, als wozu man sie wechselseitig auch verbinden kann»*[695]. Daraus lässt sich ableiten, dass im Fall reiner Vermögensschädigungen im Wettbewerb im Prinzip kein Schadenersatz geschuldet ist. Denn eine Person kann sich *nicht* darauf berufen, von einer anderen in rechtsrelevanter Weise geschädigt worden zu sein, (nur) weil diese eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, die jene gleichermassen ausüben will[696]. Anders zu entscheiden käme einer (unzulässigen[697]) *rechtlichen* Privilegierung der wirtschaftlichen Tätigkeit durch jene Person gleich[698]. Verboten sind reine Vermögensschädigungen gemäss dem allgemeinen Rechtsgesetz – wie gemäss dem Prinzip *neminem laedere* nach vorne stehender Lesart – allerdings bei arglistigem Verhalten beziehungsweise Betrug[699]. Zudem werden im Kontext der kantischen Rechtsphilosophie prinzipiell auch Verletzungen absolut geschützter Rechtsgüter als unzulässig eingestuft[700]. *Kurzum* sind reine Ver-

693 Vgl. in der Sache bspw. RIPSTEIN, 671 ff., 677 ff. und *passim;* sowie RÖDL, 71 ff. Gewisse Autoren werfen dem Konzept dggü. überhaupt ‹Inhaltsleere› vor, bspw. JAUN, 421; in der Sache auch V. HAAS, FS Müller-Graff, *passim;* vgl. ferner W. KERSTING, WF, 81 ff. (zur bzgl. Diskussion in der praktischen Philosophie). Dem stehen (zumindest) die nachfolgenden Ausführungen entgegen.

694 Vgl. allgemein auch W. KERSTING, WF, 81: Der Freiheitsgebrauch eines Einzelnen sei den *«Bedingungen der Allgemeinheit, Gleichheit und Wechselseitigkeit»* unterstellt (und im Anschluss daran auch AUER, Privatrechtlicher Diskurs, Fn. 59 [59] m.w.H.); und nunmehr insb. RÖDL, *passim;* sowie in der Sache im deliktsrechtlichen Zusammenhang RIPSTEIN, 661. Im Folgenden wird auf die Skizze dieser Gehalte durch KANT selbst (MdS, 237 f.) abgestellt.

695 MdS, 237.

696 Der Leistungsfähigkeit der kantischen Rechtsphilosophie in diesem Zusammenhang kritisch ggü. scheint freilich AUER zu stehen (Privatrechtlicher Diskurs, 128 ff. i.V.m. 58 ff.). Deren Überlegungen lassen sich allenfalls insofern moderieren, dass bereits nach dem kantischen allgemeinen Rechtsgesetz ‹aus der Freiheit kein Recht folgt›, falls das Gegenüber aufgrund der mit einem derart angenommenen Recht einhergehenden Pflicht in seiner entsprechenden Freiheit eingeschränkt wird.

697 Vgl. nur W. KERSTING, WF, insb. 293 ff.; POGGE, Kant-Studien 1988, 420 f.

698 Vgl. in der Sache auch CANARIS, FS Larenz, 37. Zur Behandlung *tatsächlicher* Privilegien vgl. hinten, Rn. 396.2 und 405 f.

699 Vgl. W. KERSTING, WF, 43 m.w.H.; in der Sache auch RÖDL, 144 ff.

700 Vgl. betr. Verletzungen der körperlichen Integrität BYRD/HRUSCHKA, 78 f.; FLIKSCHUH, 254. Gemäss DERS., 256, soll das gleiche für die Verletzung von Eigentumsrechten gelten. Weiterführend wäre insbesondere das Werk des KANT-Schülers HUFELAND zu analysieren, der gleichsam als ‹Erfinder› der Unterscheidung von absolut und relativ geschützten Rechtsgüter dargestellt wird (vgl. BÄRTSCHI, 16), wobei der Zusammenhang zwischen

mögensschädigungen im Grundsatz jedenfalls auch gemäss dem kantischen allgemeinen Rechtsgesetz erlaubt[701].

Die Überlegungen aufgrund der beiden Konzepte dürften vor dem Hintergrund, dass auch in der Schweizer Haftpflichtdoktrin regelmässig festgehalten wird, reine Vermögensschädigungen seien im Wirtschaftswettbewerb nicht prinzipiell verboten[702], nicht überraschen. Allerdings haben die Konzepte einen weitergehenden Gehalt. Dazu nehmen wir nunmehr die erwähnten Kommunikationsdelikte in den Blick, beziehungsweise allgemeiner die Frage, unter welchen Umständen Informationspflichten entstehen (die alsdann zu einer Haftung führen). Dabei sind nicht mehr die (horizontalen) Beziehungen zwischen Konkurrenten betroffen, sondern die **(vertikalen) Beziehungen zwischen Anbietern und Kunden (oder auch Emittenten und Anlegern)**. Im Rahmen letzterer entstehen oftmals Sonderverbindungen. 389

In der **stoisch-römische Rechtsphilosophie** wird die Frage gestellt, ob ein Getreidehändler, der mit vollem Schiff den Hafen einer Stadt erreicht, in der Getreideknappheit herrscht, darüber aufklären muss, dass in Kürze weitere voll beladene Schiffe im Hafen eintreffen werden, oder ob er schlicht seine Ware verkaufen darf (infolgedessen er gemeinhin einen höheren Preis erzielen wird)[703]. Aus der Perspektive der Strömung der Stoa, welche die vorne diskutierte Lesart des Prinzips *neminem laedere* geprägt hat, fällt die Antwort eindeutig aus: Aufklärung ist *rechtlich nicht* geschuldet[704]; vielmehr darf der Verkäufer seinen Informationsvorsprung ‹ummünzen›. Die 390

dem allgemeinen Rechtsgesetz und dieser ‹Erfindung› in der Literatur in der Sache durchaus hergestellt wird (vgl. IMMENHAUSER, 172 f. inkl. Fn. 651).

701 Schwierigkeiten bereitet die Erfassung reiner Vermögensschädigungen anhand des allgemeinen Rechtsgesetzes jedoch, wenn Schäden in Frage stehen, die aus einer vorgängigen Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter eines *anderen* (ersten) Geschädigten entstehen (vgl. RIPSTEIN, 682 ff.). Paradigmatisches Bsp. sind die sog. Kabelbruchfälle (vgl. dazu KRAMER, recht 1984, passim). Da im Finanzmarktbereich Verletzungen absolut geschützter Rechtsgüter nicht im Vordergrund stehen – auch nicht solche, die reine Vermögensschäden vermitteln –, brauchen uns diese Fälle jedoch nicht zu interessieren.

702 Vgl. FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, Rn. 273 m.w.H.; HEIERLI, Rn. 528 m.w.H.; JAUN, 482 f. m.w.H.; A. KOLLER, in: Guhl, § 24, Rn. 5; MERZ, ZBJV 1955, 308 F. und 324 f.; OFTINGER/STARK, Bd. I, § 4, Rn. 3 ff., und Bd. II/1, § 16, Rn. 66 ff. sowie 97; POLTIER, 48; REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Rn. 667; rechtsvergleichend vgl. aus der deutschen Doktrin bspw. CANARIS, FS Larenz, 36 f. m.H. und aus der österreichischen Doktrin KAROLLUS, 48.

703 Vgl. BACKHAUS, FS Laufs, 4 ff.; BEHRENDS, 52 f.; WACKE, ZRG Rom. Abt. 1977, 204 und 208; je m.w.H. Zum Aktualitätsbezug des Beispiels (auch im Finanzmarktbereich) vgl. VON DER CRONE/WEGMANN, ZSR 2007 I, 132 f.

704 Vgl. WACKE, ZRG Rom. Abt. 1977, 204 und 208 m.w.H.; BACKHAUS, FS Laufs, 5.

rechtlichen Anforderungen werden allerdings von den *ethischen* geschieden, wobei mit Rücksicht auf letztere den Getreidehändler durchaus eine Aufklärungspflicht trifft[705].

391 Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass im Rahmen sog. Verkehrsgeschäfte (wie Kauf und Miete) *circumscribere,* d.h. *«‹übervorteilen›, ‹im Streben nach eigenem Gewinn dem anderen Nachteile zufügen›»,* grundsätzlich erlaubt ist[706]. Als Schranke fungiert wiederum arglistiges Verhalten[707]. Im Übrigen findet die Diskussion vorab im Zusammenhang damit statt, dass (Primär-)Leistungspflichten trotz *circumscribere* zu erfüllen sind[708]. Solange an der Wertung festgehalten wird, *circumscribere* grundsätzlich zu gestatten, sind jedoch im Hinblick auf (sekundäre) Schadenersatzansprüche gleichermassen keine Gründe dafür ersichtlich, unterhalb der ‹Betrugsschranke› Pflichten anzusetzen, deren Verletzung eine Ersatzpflicht begründet[709].

Dem antiken Konzept nahe kommt übrigens das sog. *‹bargain principle›* des traditionellen *common law,* das ebenfalls vorab die Frage betrifft, ob ein primärer Leistungsanspruch gegeben ist. PATRICK S. ATIYAH fasst es wie folgt zusammen[710]: *«Procedural fairness requires that nobody shall retain the fruits of a bargain extracted by fraud or force; but if both parties understand fully what they are doing and participate freely in the process, then the result is no concern of the law. This may be explained on the ground that the result of a fair bargain must by definition be fair; or, as it was put by counsel in the eighteenth-century case of Keen v Stuckeley, a man was obliged to perform a bargain, though it was a hard one; and where he was obliged in conscience, it was no hardship upon him to be compelled thereto.»*

---

705 Vgl. BACKHAUS, FS Laufs, 5 f.

706 Vgl. WACKE, ZRG Rom. Abt. 1977, *passim,* Zitat auf S. 220; ferner BACKHAUS, FS Laufs, 5. Gemäss WACKE, a.a.O., 192 und 235 f., verhält es sich bei Auftragsverhältnissen anders. Dies ist freilich (selbstredend) auf das klassische Mandat zugeschnitten, zu dem die Auftragsverhältnisse im Finanzmarkbereich als letztlich kommerzielle Dienstleistungsgeschäfte nur noch schwerlich zu zählen sind (vgl. bspw. ROBERTO, NZZ vom 6. November 2012, 21).

707 Vgl. WACKE, ZRG Rom. Abt. 1977, *passim,* i.Zh.m. dem Bsp. des Getreidehändlers, 204. Ein antikes Beispiel, in dem von arglistigem Verhalten auszugehen wäre, ist der Fall, in dem einem Käufer eines Grundstücks durch dazu veranlasste Fischer ein besonders hoher Fischbestand der Gegend ‹vorgegaukelt› wird (vgl. DERS., a.a.O., 201).

708 Vgl. WACKE, ZRG Rom. Abt. 1977, *passim,* i.Zh.m. dem Bsp. des Getreidehändlers, 208 f.

709 Im Übrigen bestehen gemäss positivem Schweizer Recht im Fall einer absichtlichen Täuschung entsprechend Einwände gegen die Erfüllung von Primärleistungspflichten und/oder einen Schadenersatzanspruch (vgl. Art. 31 Abs. 3 OR).

710 U. Toronto L.J. 1985, 2 m.H. zum erwähnten Fall *Keen v Stuckeley.*

In Anlehnung an die Überlegungen zum Prinzip *neminem laedere* lässt sich demnach gewissermassen festhalten, dass reine Vermögensschädigungen im Prinzip auch zwischen Anbietern und Kunden gestattet sind[711]. Im Fall des Getreidehändlers ergibt sich eine so verstandene Schädigung beispielsweise aus der Differenz zwischen dem Preis, den dieser (ohne Aufklärung) tatsächlich erzielt hat, und jenem, den ihm ein vollständig informierter Abnehmer bezahlt hätte (der bisweilen sog. ‹gerechte Preis›[712]). Aus der Sicht der Kunden ist dabei zu vermerken, dass ihnen ja bekannt ist beziehungsweise sie gleichsam davon ausgehen müssen, dass ihr Gegenüber zu seinem Vorteil handeln wird, wenn sie dessen Vorschlag ohne Weiteres zustimmen[713]. 392

Heute würde insofern womöglich eingewendet, dass die Kunden *tatsächlich* nicht im Stande sind, diese Erkenntnis umzusetzen, weil sie sich dazu aufgrund überlegener Fähigkeiten (inkl. Wissen) oder Marktmacht des Gegenübers nicht im Stande sehen (vgl. dazu sogl.). Damit würde man in der römischen Antike aber nicht gehört. *«Das von sozialstaatlichen Tendenzen ungefesselte römische Recht zeigte hier seine ganze Härte»*[714]. 393

Was das **kantische allgemeine Rechtsgesetz** betrifft, nimmt sich der Philosoph der Problematik im Zusammenhang mit der Frage nach den Umständen an, unter denen Lügen rechtlich (un-)zulässig sind. Er hält fest, dass sich aus dem allgemeinen Rechtsgesetz unter anderem die Befugnis ergebe, *«das gegen andere zu tun, was an sich ihnen das Ihre nicht schmälert, wenn sie sich dessen nur nicht annehmen wollen;»* wobei *«dergleichen ist, ihnen bloß seine Gedanken mitzuteilen, ihnen etwas zu erzählen oder zu versprechen, es sei wahr oder aufrichtig, oder unwahr und unaufrichtig (veriloquium aut falsiloquium), weil es bloß auf ihnen beruht, ob sie ihm glauben wollen oder nicht»*[715]. Mit anderen Worten schränkt eine Lüge an sich die Freiheitsphäre des (selbstverantwortlichen) Gegenübers noch nicht ein[716]. Es muss *Betrug* dazu kommen, d.h. die Lüge *«mit einer absichtlich damit verbundenen Läsion des anderen durch die Unwahrheit verübt»* werden[717]. Auf vorliegenden Kontext 394

711 Vgl. auch BELSER, Freiheit, 109, allerdings mit (sehr) negativer Bewertung.

712 Vgl. nur HONSELL, OR BT, 39 f. m.H.

713 Vgl. WACKE, ZRG Rom. Abt. 1977, 197.

714 Vgl. WACKE, ZRG Rom. Abt. 1977, 213 ff., Zitat auf 216 f.

715 Vgl. KANT, MdS, 238.

716 Vgl. auch GEISMANN, 27 und 238; BYRD/HRUSCHKA, 83.

717 So KANT in einer Vorlesung (Nachschrift Vigilantius, 700); ferner DERS., MdS, Fn. auf S. 238; und im Anschluss daran BYRD/HRUSCHKA, 83 f.

übertragen, werden reine Vermögensschädigungen folglich auch im vertikalen Wettbewerb (erst) durch die ‹Betrugsschranke› begrenzt.

395 Nach dem allgemeinen Rechtsgesetz grundsätzlich überhaupt nicht sanktioniert werden sodann Verletzungen von *positiven Pflichten,* erfasst dieses doch allein Verbote von Eingriffen in die Freiheit anderer[718]. Den Getreidehändler würde daher bereits insofern keine Aufklärungspflicht treffen, so dass eine reine Vermögensschädigung in vorne stehendem Sinn ebenfalls zulässig wäre.

396 Schliesslich sind betreffend das allgemeine Rechtsgesetz drei Präzisierungen anzubringen:

396.1 Erstens kann unter dessen Licht aufgrund einer *vorgängig begründeten Sonderverbindung* durchaus ein Recht auf wahre Aussagen oder Aufklärung entstehen[719], wobei im Fall des Getreidehändlers ein solche freilich nicht ersichtlich ist.

396.2 Zweitens eignet das allgemeine Rechtsgesetz mit seinem vorne erwähnten Erfordernis der Gleichheit beziehungsweise Wechselseitigkeit (im Einklang mit unseren dazu bis anhin erfolgten Ausführungen) schlecht, die zufällige *Verteilung von unterschiedlichen Ausgangslagen bezüglich Talent oder gesellschaftlicher Stellung auszugleichen*. So lässt es sich unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten mit LUDGER HEIDBRINK kaum rechtfertigen, *«dass wir jemanden der Verdienste seines Handelns zum Zweck des sozialen Ausgleichs berauben dürfen, obwohl sie das Resultat unverdienter natürlicher Eigenschaften sind, während jemand anderem das Recht auf Ausgleich zusteht, weil er sich aufgrund ebenfalls unverdienter Eigenschaften in einer nachteiligen Lage befindet»*[720]. Vorteile einzuebnen, die auf *genuiner* Leistung beruhen, lässt sich alsdann umso weniger rechtfertigen[721].

396.3 Drittens stehen neben den rechtlichen Pflichten (auch) bei KANT in beiden Fällen *ethische Pflichten,* die jeweils weitergehen (*scil*. auch ‹einfache› Lügen verbieten[722] und Handlungspflichten aufstellen[723]).

---

718 Vgl. statt Vieler SEELMANN, Solidaritätspflichten, 297 und *passim;* ferner LE BAR, 248: *«As a matter of freedom we are entitled to have others not prevent us from preserving ourselves; it does not follow that we are entitled to be provided for by them»;* HEIDBRINK, FS Kersting, 242 ff.

719 Vgl. betr. Handlungspflichten SEELMANN, Solidaritätspflichten, 298.

720 FS Kersting, 258.

721 Vgl. – im Zusammenhang mit genuin erworbenen Informationsvorsprüngen – AUER, Materialisierung, 41 m.H.

722 Vgl. KANT, MdS, Fn. auf S. 238; sowie DERS. in einer Vorlesung (Nachschrift Vigilantius, 604 f.; 701).

Insgesamt sind reine Vermögensschädigungen nach alledem im Prinzip nicht nur zwischen Konkurrenten, sondern auch im Verhältnis von Anbietern und Kunden erlaubt, beziehungsweise allgemeiner nicht nur im horizontalen, sondern auch im vertikalen Wettbewerb (inkl. jenem um Kapital, *scil*. zwischen Emittenten und Anlegern). Im Gegensatz zur Bedeutung reiner Vermögensschädigungen im wirtschaftlichen Konkurrenzkampf werden in der Haftungsrechtsdoktrin aus dem entsprechenden Gehalt der beiden Prinzipien beziehungsweise der freiheitlichen Werte, die dahinter stehen, seltener Konsequenzen gezogen. Das ist auch nicht zwingend, zumal wir noch nicht festgelegt haben, welchen Stellenwert diesen Werten im Rahmen des positiven (Schweizer) Rechts zukommt. Darauf kommen wir sogleich zurück. 397

Vorher nehmen wir noch einige Aspekte der **Diskussion um die sog. ‹Materialisierung des Vertragsrechts›**[724] in den Blick, die den eben verhandelten vertikalen Wettbewerb betrifft und für den weiteren Verlauf der Arbeit von Bedeutung ist. Dazu ist in die Diskussion zunächst kurz einzuführen. 398

Im Kern steht die Frage, ob das Privatrecht *allein* freiheitlichen Werten wie jenen gemäss den dargestellten Konzepten Nachachtung verschafft (beziehungswiese verschaffen soll) *oder* ob, darüber hinaus, Raum für ‹soziale Zwecke›[725] beziehungsweise ‹kollektivistische Interessen›[726] besteht (beziehungsweise bestehen soll). Die beiden Wertungsstufen werden bisweilen anhand der Rubriken der ‹formalen› und ‹materialen› Gerechtigkeit erfasst. 399

---

723 Vgl. statt Vieler SEELMANN, Solidaritätspflichten, 297 und *passim;* HEIDBRINK, FS Kersting, 242 ff.

724 Grundlegend für den deutschsprachigen Raum WIEACKER, Sozialmodell, *passim;* derweil aus der Praxis die sog. Bürgschaftsentscheidung (Beschluss vom 19. Oktober 1993, BVerfGE 89, 214) die höchsten Wellen geschlagen hat. Was die Schweiz betrifft, ist insbesondere BGE 123 III 292 zu nennen und alsdann die Dissertation von BELSER (‹Freiheit›), wobei es seither um die Problematik in der Literatur relativ still ist (vgl. insofern bspw. meine Hinweise zu einer Passage in BGE 133 III 449 hinten, Rn. 623.2 und 688 f., die weitgehend unbeachtet geblieben ist). In Deutschland wiederum gab im ersten Jahrzehnt des neuen Jahrtausends besonders das Allgemeine Gleichstellungsgesetz Anlass zur Diskussion (vgl. statt Vieler ISENSEE, FS Grossfeld, *passim*), derweil bspw. das am 1. Juli 1996 in Kraft getretene Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann die Schweizer Doktrin m.W. nicht zu grundlegenden Überlegungen veranlasste (das allerdings auch weniger weit reicht als das deutsche AGG). Insgesamt ist die Diskussion in Deutschland mithin viel präsenter als in der Schweiz.

725 So GRIGOLEIT, insb. 60 ff.

726 So AUER, Materialisierung, insb. 16 ff.

400 Die Materialisierung des Vertragsrechts wurde im Rahmen der vorne stehenden Überlegungen bereits angesprochen. Die stoisch-römische und kantische praktische Philosophie ordnen die ‹materialen Pflichten› *grosso modo* nicht dem Recht, sondern der Ethik zu. Damit geht jedenfalls in der kantischen Rechtsphilosophie einher, dass eine Verletzung entsprechender Pflichten nicht durch den Rechtsstab äusserlich erzwingbar ist, sondern allein ein individueller, innerlicher Selbstzwang deren Einhaltung bewirkt[727].

401 Damit im Einklang schwebte den Gesetzgebern des deutschen BGB[728] und zumindest des aOR aus dem Jahr 1881[729] eine Gesellschaft freier und verantwortlicher Bürger vor. Entsprechend sind die Erlasse grundsätzlich einer freiheitlichen Ordnung verpflichtet.

402 Aufhänger der Befürworter einer Materialisierung des Vertragsrechts ist nunmehr die These, dass diese Gesellschaftsstruktur den modernen tatsächlichen Begebenheiten nicht mehr entspricht[730]. Insbesondere fehle es den (mutmasslich) schwächeren Privaten in vielen Bereichen an der erforderlichen *tatsächlichen* Freiheit, um ihre vertraglichen Beziehungen mit den (mutmasslich) stärkeren Gegenparteien (Produkte- und Dienstleistungsanbieter, Arbeitgeber, Vermieter etc., und letztlich auch Emittenten[731]) selbstbestimmt zu gestalten. Folglich seien die Vorschriften der Privatrechtserlasse neu auszulegen oder anzupassen.

---

727 Vgl. dazu insb. GEISMANN, *passim*. Die Implikationen der Unterscheidung zwischen Recht und Ethik in der stoisch-römischen Rechtsphilosophie scheint nicht abschliessend klar, allerdings werden durchaus Positionen vertreten, die jener von KANT gleichen (vgl. dazu BACKHAUS, FS Liebs, 18 ff. m.H.).

728 Vgl. betr. das BGB insb. WIEACKER, Sozialmodell, *passim,* plastisch bspw. 16: Das BGB als *«spätgeborenes Kind des klassischen Liberalismus»*. Zumindest die Tragweite dieser Prämisse wird heute freilich bisweilen in Frage gestellt wird (vgl. bspw. RÜCKERT, HKK-BGB, § 1, Rn. 93 ff. m.w.H.).

729 Vgl. nur den H. in der Botschaft zum aOR, wonach der Verzicht auf ein gesondertes Handelsgesetzbuch mit dem *«in keinem Lande erreichten hohen Grade gelichmässig verbreiteter Schulbildung und geschäftsmässiger Begabung des Volkes»* begründet wurde (Botschaft aOR, 174); vgl. ferner hinten, Rn. 411.1. Zur Bedeutung der Revision von 1911 vgl. alsdann ebenfalls hinten, Rn. 411.2.

730 Vgl. nur WIEACKER, Sozialmodell, *passim,* und für die Schweiz BELSER, Freiheit, *passim.*

731 Gewisse Informationspflichten, die Emittenten auferlegt werden, dienen jedoch – zumindest auch – einem funktionierenden Kapitalmarkt (bspw. die Ad hoc-Publizitätspflicht, vgl. dazu hinten, Rn. 817 f.). Insofern dürften sie aus freiheitlicher Warte ähnlich dem Kartellrecht einzuordnen sein (vgl. dazu sogl.), mit der Folge, dass sie mit dem elementaren Gehalt des vorne stehend eingeführten Freiheitsbegriffs gleichsam nicht vereinbar sind (dahingehend auch EMMENEGGER, Bankenorganisationsrecht, 71 f.). Andere Pflichten ha-

Als *Faktoren, welche den Mangel an tatsächlicher Freiheit ausmachen,* werden – neben der prinzipiell unbestrittenen Möglichkeit subjektiver Zurechenbarkeit (‹Zurechnung zur Schuld›) – einerseits tatsächliche Defizite der Privaten, etwa in Bezug auf Wissen, Geschick oder ökonomischer Ausgangslage, ins Feld geführt[732]. Andererseits kann es ihnen an tatsächlicher Freiheit deswegen fehlen, weil sie sich marktmächtigen Anbietern oder Kartellen gegenüber sehen. Diese können ihre Konditionen durchsetzen, selbst wenn die Privaten über keine tatsächlichen Defizite verfügen[733]. Damit ist indessen die Domäne des Kartellrechts erreicht[734]. 403

Vorschriften, die für einen funktionierenden Wettbewerb sorgen, werden – im Gegensatz zu einer Berücksichtigung der erstgenannten Faktoren – zwar grundsätzlich auch von freiheitlichen Denkern befürwortet, die staatliche Interventionen im Hinblick auf die Befähigung (mutmasslich) Schwächerer ablehnen[735]. Mit dem elementaren Gehalt des vorliegend eingeführten Freiheitsverständnisses sind sie nichtsdestotrotz kaum vereinbar[736]. Das zeigt sich gut am Beispiel, wonach auch ein Unternehmen, das seine Marktmacht *‹am Markt›* erworben hat, bei gegebenen Voraussetzungen Art. 7 KG unterliegt (infolgedessen es beispielsweise einer Kontrahierungspflicht nachzukommen hat[737]). Hinter dem Kartellrecht stecken gesamtwohlfahrt- 404

ben ohne Weiteres einen ‹paternalistischen Einschlag›, so bspw. die Pflicht des Emittenten zur Erstellung eines sog. ‹Basisinformationsblatts› gemäss zukünftigen FIDLEG (vgl. CONTRATTO, 78 ff.; zum Basisinformationsblatt Botschaft FIDLEG/FINIG, 79 ff.).

732 Vgl. nur BELSER, Freiheit, 73 m.H., die zudem unterscheidet, ob diese Schwächen individueller oder strukturellen Natur sind.

733 Hohe Roaming-Gebühren, die auf einer (*nota bene* fiktiven) Absprache zwischen den relevanten Netzanbietern beruhen, treffen bspw. auch den wohlhabenden und erfolgreichen Wirtschaftsanwalt mit Spezialgebiet Telekommunikationsrecht, der angesichts deren Kostenstrukturen genau weiss, dass er durch die Anbieter übervorteilt wird.

734 Vgl. auch ZÖLLNER, AcP 1996, 30.

735 So bspw. von VON HAYEK (vgl. ausführlich PETERSEN, 154 f. und 169 ff. m.H.); sowie im Allgemeinen auch die Vertreter des sog. ‹Ordoliberalismus›. Im Übrigen erscheint das Potential des Kartellrechts beispielsweise im Zusammenhang mit der AGB-Problematik, die üblicherweise (in aus freiheitlicher Warte wiederum problematischer Weise, vgl. AUER, Materialisierung, 25 ff.) anhand einer Kontrolle des Vertragsinhalts angegangen wird (vgl. nunmehr Art. 8 UWG), noch nicht ausgeschöpft. Der entsprechende Hinweis von GAUCH, recht 2006, 77 f., wird m.W. in der Literatur nicht breit diskutiert.

736 Vgl. zum Spannungsfeld zwischen Privatautonomie, die zu wirtschaftlicher Macht führt, und deren Domestizierung grundlegend HOMBURGER, *passim*.

737 Vgl. dazu bereits die wenigen H. vorne, Rn. 354.

schaftliche Überlegungen[738], die sich mit dem vorliegend eingeführten Freiheitsverständnis, wie sogleich zu zeigen sein wird, gleichsam reiben.

405 Nach dieser Einführung in die Diskussion wenden wir uns der Auffassung gewisser Befürworter einer Materialisierung des Vertragsrechts zu. Danach sei es *bereits aus freiheitlicher Warte* geboten, dem (mutmasslich) Stärkeren Pflichten aufzuerlegen, um den (mutmasslich) Schwächeren **zur Ausübung seiner Freiheit tatsächlich zu befähigen**. Im Finanzmarktbereich ist zum Beispiel an eine Aufklärung über die Risiken eines Anlageprodukts zu denken, damit der Kunde eine informierte Anlageentscheidung treffen kann (wobei die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen in diesem Bereich ganz allgemein vorwiegend Informationspflichten vorsehen, denen regelmässig eine entsprechende Intention zu Grunde liegt).

406 Diese Auffassung ist im Licht des vorne gegebenen Verständnisses freiheitlicher Ordnungen kaum tragbar[739]. Unzureichend in Rechnung gestellt werden namentlich der Eingriff in die Freiheit des zu belastenden Anbieters[740] sowie die Selbstverantwortung des Abnehmers[741]. So kann im Finanzmarktbereich ein Kunde von einem Geschäft, dessen Implikationen er nicht überblickt, auch absehen oder die erforderlichen Kenntnisse auf *eigene* Initiative hin erwerben[742]. In einer freiheitlichen Ordnung

738 Vgl. Art. 1 KG; zum Schutzzweck des KG ferner bspw. ARNET, Rn. 229 ff. m.H. u.a. auf Vertreter zivilrechtlicher (wie wohl nicht zwingend [in vorliegend herausgestelltem Sinn] ‹freiheitlichen›) Begründungen, die auf Art. 28 ZGB abstellen. ARNET ihrerseits lehnt diese ab (vgl. a.a.O.).

739 Vgl. dazu die treffenden Ausführungen von AUER, Materialisierung, 29 ff. und (insb. betr. Aufklärungspflichten zur ‹Einebnung› von Informationsasymmetrien) 41 f., je m.H.; ISENSEE, FS Grossfeld, 505 f. m.H.; ZÖLLNER, AcP 1996, 24 f.; ferner NEUNER, FS Canaris, 915. In der Schweizer Doktrin versucht z.B. BELSER, Freiheit, insb. 163 ff., den Schein zu wahren, dass eine freiheitliche Begründung einer materialen Inpflichtnahme der (mutmasslich) stärkeren Partei möglich sei; ähnlich LOSER im Zusammenhang mit der Begründung einer über die vertragliche hinausreichende Vertrauenshaftung (dazu hinten, nach Rn. 692); so betr. das deutsche (und europäische) Recht bspw. auch RÖSLER, RabelsZ 2009, 906 f.

740 Vgl. JOERDEN, ARSP 1988, 320; sowie in der Sache AUER, Materialisierung, 41 f. m.w.H.; vgl. ferner bereits die H. zum allgemeinen Rechtsgesetz vorne, Rn. 396.2.

741 Vgl. insofern MERZ, Privatautonomie heute, 20; sowie die H. auf die Lehrbücher zum Schuldrecht von LARENZ bei WACKE, ZRG Rom. Abt. 1977, bei Fn. 126 (S. 212); oder auch KORNILAKIS, FS Meier, 383.

742 Eine sinnvolle ‹Willkürentfaltung›, wie sie zur Legitimation ‹besonderer Aufklärungspflichten in informationellen Ungleichgewichtslagen› angeführt wird (vgl. GRIGOLEIT, 63; allgemein ferner die im zweiten Satz von Fn. 739 Genannten), erscheint insofern auch ohne die Information des Gegenübers als durchaus möglich. Dasselbe gilt in Situationen, in denen ‹verbraucherschützende Widerrufsrechte› zum Tragen kommen, in denen dasselbe

ist jede Person für ihre Fähigkeiten beziehungsweise ihre sog. ‹Ausstattung› grundsätzlich selbst verantwortlich[743] (wobei dies gemäss KANT – wie gesehen – selbst dann noch zutrifft, wenn sich die Person mit einer [einfachen] Lüge einer anderen konfrontiert sieht).

Ebenso wenig entsprechen diesem Freiheitsverständnis sodann Konzepte, die sich an der **Gesamtwohlfahrt** ausrichten, wie sie insbesondere von Vertretern der sog. ökonomischen Analyse des Rechts regelmässig verfolgt werden[744]. Dies zeigt beispielsweise die Diskussion um den sog. effizienten Vertragsbruch, der gesamtwohlfahrtschaftlich erwünscht sein mag, aus freiheitlicher Warte im Licht des Zusammenspiels von Selbstbestimmung und Selbstbindung aber grundsätzlich nicht zulässig ist[745]. 407

In vorliegendem Zusammenhang interessiert dabei vorab die Diskussion um die ‹Indienstnahme des (klassischen) Privatrechts als ordnungspolitisches Steuerungsinstrument›, in deren Rahmen die Diskrepanz ebenfalls zu Tage tritt[746]. Sie wird im Licht der Begebenheit geführt, wonach privatrechtliche Klagen, die sich auf öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen stützen, auch die dahinter stehenden gesamtwohlfahrtschaftlichen Überlegungen befördern. In der Folge stellt sich die Frage, ob und 408

Legitimationskriterium für einschlägig gehalten wird (vgl. nur DERS., a.a.O.). So ist bspw. nicht ersichtlich, warum ein Konsument im Rahmen des klassischen Haustürgeschäfts nicht von vorneherein einen sinnvollen Entscheid treffen kann. Nüchtern betrachtet, geht es meines Erachtens vielmehr darum, dass der Kunde, Anleger oder Konsument für die schwächere Vertragspartei gehalten wird, die Schutz verdient. Das ist *rechtspolitisch* wohlgemerkt durchaus erwägenswert (erfrischend in etwas anderem Zusammenhang insofern bspw. [gleichsam] BELSER, FS Hänni, insb. 447 f.).

743 Vgl. – in Bezug auf die kantische Rechtsphilosophie – noch einmal LE BAR, 248: *«As a matter of freedom we are entitled to have others not prevent us from preserving ourselves; it does not follow that we are entitled to be provided for by them»;* sowie KERSTING, WF, 79 f.; vgl. ferner JOERDEN, ARSP 1988, 319 ff.

744 Grundlegend für die moderne (rechtliche) Diskussion insofern wohl WEINRIB (vgl. dazu RÖDL, 26 ff.); vgl. ferner ROHE, 160 f. m.H.; KORNILAKIS, FS Meier, 382; sowie die Gegenüberstellungen der beiden Konzepte bei ZWEIGERT/KÖTZ, 325 f.; oder JANSEN/MICHAELS, RabelsZ 2007, 350; prägnant auch bereits KANT: *«Der Nutzen Vieler gibt ihnen kein Recht gegen Einen»* (Nachlass Moralphilosophie, 97 [‹Reflexion 6568›]); und im Anschluss an diesen NIDA-RÜMELIN, FS Kersting, 18. Die Unterscheidung bleibt bspw. im Dunkeln, wenn LOSER zur Legitimation der Vertrauenshaftung undifferenziert die ökonomische Analyse *und* das kantische allgemeine Rechtsgesetz ins Feld führt (vgl. Vertrauenshaftung, Rn. 56).

745 Vgl. bspw. BÄRTSCHI, 94 ff. m.H.

746 Vgl. dazu nur POELZIG, 402 ff. m.H. Zu der Thematik sind in jüngerer Zeit zahlreiche Monographien entstanden, neben jener von POELZIG bspw. jüngst jene von HELLGARDT (Regulierung und Privatrecht).

inwiefern diese Begebenheit ein tragfähiges *Argument* zu Gunsten der Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im (privaten) Haftungsrecht darstellen soll[747].

409 Im Übrigen werden wir im Diskurs mit der Verwirklichung materialer Gerechtigkeitsüberlegungen nachstehend darstellen, dass die *schweizerische Privatrechtsordnung* dem eingeführten Freiheitsverständnis grundsätzlich folgt. Als Konsequenz davon wird sich insbesondere herausstellen, dass Eingriffe zu Gunsten materialer Gerechtigkeitsüberlegungen vorzugswürdig durch den Gesetzgeber zu erfolgen haben. Das gilt vorab für die Beförderung der Ausstattung (mutmasslich) Schwächerer. Analoge Schlüsse sind angesichts eben erfolgter Hinweise aber auch zu ziehen, sofern wirtschaftspolitische Ziele, *scil*. Ziele im öffentlichen Interesse[748], verwirklicht werden sollen[749].

410 Zuletzt seien in aller Kürze zwei meines Erachtens *zentrale* **Argumente** erwähnt, **die *gegen* eine Materialisierung des Vertragsrechts sprechen**[750] – ein teleologisches, bei dem gesamtwohlfahrtschaftliche Überlegungen wohlgemerkt nunmehr durchaus eine Rolle spielen, sowie ein rechtstechnisches.

410.1 Reine Vermögensschädigungen im vorne gezeichneten Sinn, *scil*. solche im horizontalen und im vertikalen Wettbewerb, fungieren in marktwirtschaftlichen Ordnungen erstens als treibende Kraft. So werden Erträge des einen *grosso modo* immer zu Lasten eines anderen gehen[751]. Schränkt man die entsprechenden Mög-

747 Für dieses Argument im deliktsrechtlichen Zusammenhang grundlegend steht die Schrift von BUXBAUM mit dem einschlägigen Titel ‹Die private Klage als Mittel zur Durchsetzung wirtschaftspolitischer Rechtsnormen›; vgl. dazu noch hinten, nach Rn. 714 m.w.H.

748 Vgl. zur entsprechenden Einordnung des mit dem Finanzmarktrecht verfolgten Funktionsschutzzwecks vorne, Rn. 68.

749 Vgl. auch EMMENEGGER, Bankenorganisationsrecht, 74, die nach eingehender Analyse zum Schluss kommt, dass insbesondere die Übertragung von Regelungsverantwortung vom öffentlichen Recht auf das Privatrecht *«Rahmenbedingungen und Modalitäten»* untersteht, wobei sie zu den Rahmenbedingungen unter anderem den (verfassungsrechtlichen) Gesetzesvorbehalt zählt (zur Rolle des Verfassungsrechts vgl. auch noch hinten, nach Rn. 425); sowie ferner DÜRR, ZK, Art. 1 ZGB, Rn. 395 ff., demgemäss der Zivilrichter im Rahmen der richterlichen Rechtsfortbildung keine öffentliche Interessen Berücksichtigen darf, wenn nicht Privatrechtsvorschriften bestehen, die diese umsetzen.

750 Für weitere Argumente vgl. GRIGOLEIT, 61 f. m.H.

751 Vgl. PETERSEN, 311, unter H. auf VON HAYEK; vgl. ferner bspw. auch FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, Rn. 273; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16, Rn. 66.

lichkeiten zu weitgehend ein, steht folglich plötzlich das Fundament marktwirtschaftlicher Ordnungen auf dem Spiel[752].

Zweitens ist das Kriterium des (mutmasslichen) Ungleichgewichts zwischen den Parteien *weitgehend unbestimmt,* so dass mit der Inpflichtnahme der (mutmasslich) stärkeren Partei auf dieser Grundlage die Gefahr einer sog. ‹Billigkeitsjustiz› einhergeht[753]. Dasselbe gilt, wenn es darum geht, Handlungspflichten zur Beförderung der Freiheit anderer zu bestimmen (im Gegensatz zu Pflichten, Eingriffe in die Freiheit anderer zu unterlassen)[754]. Der *slope* wird mithin *slippery*, wobei die damit einhergehende Rechtsunsicherheit wiederum der Marktwirtschaft hinderlich ist[755]. Diese Gefahr ist bei relativ klar umrissenen Tatbeständen wie jenem arglistigen Verhaltens zumindest geringer[756]. 410.2

Kleinere unabhängige Anlageberatungs- oder Vermögensverwaltungsgesellschaften sind zum Beispiel bisweilen von einigen wenigen Ankerkunden abhängig. Daran anschliessend könnte man die Frage stellen, ob diesen (auch mangels einer entsprechend auszulegenden Willenserklärung) eine Pflicht zukommen soll, ihren Vertragspartner mit einer gewissen Vorlaufzeit darüber zu informieren, dass sie planen, substantielle Vermögenswerte abzuziehen. Damit könnte sich dieser auf die neue Situation einstellen (bspw. durch Reduktion des Stellenpensums des zuständigen Mitarbeiters). Aber: Wie stark muss die Abhängigkeit sein, damit diese Pflicht eingreift, und wie lange die Vorlaufzeit? Ist die Pflicht auch gerechtfertigt, falls der Anleger den Grund für den Abzug der Vermögenswerte nicht zu vertreten hat? Und was ist, wenn die Perfor-

752 So bereits die einschlägigen Vertreter der stoisch- römischen Doktrin (vgl. BEHRENDS, 53; WACKE, ZRG Rom. Abt. 1977, 191 f.); vgl. ferner LOSER-KROGH, ZSR 2003 II, 148 f. m.w.H.; KALSS, ÖBA 2000, 548 f.; MERZ, Privatautonomie heute, 19 ff.; OFTINGER/STARK, Bd. I, § 4, Rn. 7; sowie die H. von RÖSLER, RabelsZ 2009, 892; und aus der praktisch-philosophischen Diskussion VON HAYEK (vgl. ausführlich zu dessen Einwänden gegen Regelungen, welche ‹soziale Gerechtigkeit› befördern, PETERSEN, 303 ff.; ferner RÖSLER, a.a.O., Fn. 20).

753 Vgl. ISENSEE, HbStR, § 150, Rn. 121 ff. m.H.; ferner DERS., FS Grossfeld, 506 f.; ADOMEIT, FS Bucher, 5; FASTRICH, Inhaltskontrolle, 67; ISENSEE, FS Grossfeld, 506 f. Eine Rechtsprechung nach Billigkeit lehnte im Übrigen bereits KANT ab, da einem Richter dabei die erforderlichen ‹Bedingungen› abgingen, um zu bestimmen, ‹wieviel oder auf welche Art› einem Anspruch genüge getan werden könne (vgl. MdS, 234 f.).

754 Vgl. statt Vieler SEELMANN, GA 1989, 247 ff. m.w.H.

755 Vgl. ISENSEE, FS Grossfeld, 506 f.

756 Gut zum Ausdruck kommt das *slippery slope*-Argument bspw. im Rahmen der Überlegungen von THÜSING dazu, welche Diskriminierungsgründe in ein – damals erst geplantes – (deutsches) Anti-Diskriminierungs-Gesetz Aufnahme finden sollen, auf dessen Grundlage alsdann die Vertragsfreiheit eingeschränkt werden können soll (vgl. FAZ vom 7. Februar 2002, 11); vgl. zu einem weiteren Anwendungsfall ferner hinten, Fn. 761 m.H.

mance nicht stimmt, auch wenn dem Dienstleister keine Vertragsverletzung angelastet werden kann? *Etc.* – Ob all dieser Fragen ist es durchaus denkbar, dass ein Richter sich dadurch leiten lässt, dass ein Einzelfall ‹sein Mitgefühl anspricht›[757] und dabei sachfremde Kriterien berücksichtigt (wie beispielsweise, dass der Inhaber der Anlageberatungs- oder Vermögensverwaltungsgesellschaften sich, um deren Betrieb aufrecht zu erhalten, privat verschuldet hat, nachdem andere Ankerkunden ihre Kundenbeziehung [rechtmässig] auflösten).

III. Umsetzung im Schweizer Haftungsrecht / Die Bedeutung gesetzlicher und insbesondere öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen

411 Wenn wir die Vorschriften des klassischen sozialen Privatrechts sowie die Gefährdungshaftungen ausser Acht lassen und uns auf die vorliegend einschlägigen Vorschriften des allgemeinen Deliktsrechts, des allgemeinen Vertragsrechts und des Auftragsrecht konzentrieren, dürften wir vom **Grundsatz** ausgehen können, dass das **schweizerische Haftungsrecht eine freiheitliche Ordnung** darstellt[758]. Die entsprechende Diskussion wird in der Schweiz allerdings bei weitem nicht so einlässlich geführt wie in Deutschland[759] und auch hier kann es nur bei einigen Bemerkungen bleiben:

411.1 Die freiheitliche Prägung des *aOR* erscheint als kaum bestreitbar. Sie wird vom Bundesgericht selbst im – isoliert gebliebenen[760] – Präjudiz bestätigt, in dem einer Materialisierung des Vertragsrechts grundsätzlich Nachachtung verschafft

757 So ADOMEIT, FS Bucher, 5.

758 Vgl. bspw. auch BUCHER, ZSR 1983 II, insb. 366 ff.; und zum Deliktsrecht OFTINGER/STARK, Bd. I, insb. § 1, Rn. 15; sowie ROBERTO, Schadensrecht, 269 (der feststellt, dass in der schadenersatzrechtlichen Literatur nur höchst vereinzelt vertreten wird, dass über die ausdrückliche Gesetzesvorschrift von Art. 44 Abs. 2 OR hinaus die Vermögensverhältnisse der Beteiligten zu berücksichtigen sind [vgl. neben den von ROBERTO zit. Autoren freilich auch noch OSER/SCHÖNEN-BERGER, ZK, Art. 43 OR, Rn. 7, und Art. 44 OR, Rn. 13]); ferner CARONI/SCHÖBI, BK, Allg. Einl. zu Art. 1–9 ZGB, Rn. 210; und zum deutschen Haftungsrecht dezidiert bspw. CANARIS, Systemdenken, 107 f.

759 Vgl. für H. Fn. 724.

760 CARONI und SCHÖBI, BK, Allg. Einl. zu Art. 1–9 ZGB, Fn. 308 (107) erwähnen darüber hinaus noch Entscheid 4A_404/2008 vom 19. Dezember 2008.

wird[761]. Weiter wurde der Verzicht auf ein gesondertes Handelsgesetzbuch in der Botschaft zum aOR geradezu damit begründet, dass in der Schweiz ein *«in keinem Lande erreichter hoher Grad gleichmässig verbreiteter Schulbildung und geschäftsmässiger Begabung des Volkes»* bestehe[762].

411.2 Alsdann wird in ebendiesem Präjudiz zwar festgehalten, dass sich im Rahmen der *Revision von 1911* eine Materialisierung angebahnt habe. Das Bundesgericht führt dabei die Einführung des Wuchertatbestands (Art. 21 OR) ins Feld[763]. Blickt man auf die Änderungen, welche die Revision für das Obligationenrecht mit sich brachte[764], dürften ferner die Einführung einer ‹wettbewerbsrechtlichen Generalklausel›[765] und allenfalls die damals neuen Generalklauseln gemäss Art. 2 und 4 ZGB[766] oder Art. 44 Abs. 2 OR (Berücksichtigung von Notlagen bei der Schadenersatzbemessung) angeführt werden können[767]. Über diese *vereinzelten* Regelungen hinausreichende Postulate für eine soziale Reform des aOR[768] wurden allerdings *nicht* berücksichtigt. *Von einem grundsätzlichen Charakterwandel im Rahmen der Revision von 1911 ist deswegen nicht auszugehen*[769], zumal EUGEN HUBER den grundsätzlich freiheitlichen Charakter des neuen Bundesprivatrechts selbst betont[770]. Materielle Änderungen des OR hätten dafür insgesamt

761 E. 2 / e) / aa): ‹rein geschäftsmässige Auffassung des Verkehrslebens›; vgl. ferner nur CARONI, FS Deschenaux, 41; IMMENHAUSER, 378; KRAMER, BK, Art. 19/20 OR, Rn. 24. Der rechtsphilosophische Standpunkt des (wichtigsten) Gesetzgebers des aOR, MUNZINGER, kommt sodann gut in dessen Aufsatz zur Wucherfrage zum Ausdruck, vgl. ZSR 1867, 41 ff., besonders prägnant auf S. 64 f. und 78 (dort in der Sache unter anderem mit Verweis auf das *slippery slope*-Argument [‹Wo soll die Grenze sein?›]).

762 Botschaft aOR, 174.

763 BGE 123 III 292, E. 2e / aa; ebenso KRAMER, BK, Art. 19/20 OR, Rn. 26.

764 Vgl. OSER, ZHR 1912, 71 ff.

765 Art. 48 aOR: *«Wer durch unwahre Auskündigung oder andere Treu und Glauben verletzende Veranstaltungen in seiner Geschäftskundschaft beeinträchtigt oder in deren Besitz bedroht wird, kann die Einstellung des Geschäftsgebarens und im Falle des Verschuldens Ersatz des Schadens verlangen»* (vgl. heute Art. 2 UWG).

766 Vgl. dazu hinten, 2. Teil / 2. Kapitel / III. / 2. / B. / b.

767 Weniger aber die Haftung für sittenwidrige Schädigungen, die an den ‹Betrugstatbestand› von § 826 BGB anlehnte (vgl. IMMENHAUSER, 386 m.H.; und zu § 826 BGB sogl.).

768 Vgl. dazu CARONI, FS Deschenaux, 41 m.H.; auch 48 m.H.

769 Vgl. auch BUCHER, ZSR 1983 II, 275; ENGEL, ebenda, 23 f.; ferner das Fazit von IMMENHAUSER, 387, wonach die Revision für das (vertragliche und deliktische) Schadenersatzrecht *«keine wesentlichen Strukturveränderungen gebracht hat».*

770 Erläuterungen VE-ZGB, 25 f.

wohl auch zu wenig im Fokus des Gesetzgebers gelegen[771]. Dementsprechend wird in der Praxis betreffend Art. 21 OR heute – also nachdem BGE 123 III 292 ergangen ist und wohlgemerkt in Auseinandersetzung mit diesem – festgehalten, dass dieser eine von den ‹Grundwerten unserer Rechtsordnung› abweichender Ausnahmetatbestand sei[772]. Im Allgemeinen könnte man meines Erachtens vor diesem Hintergrund auch davon sprechen, dass von jenen Vorschriften, die als solche mit materialem Gerechtigkeitsgehalt in das Gesetz Eingang gefunden haben, ein *Umkehrschluss* auf die übrigen zu ziehen ist.

Eine andere Frage ist übrigens, ob EUGEN HUBER *rechtspolitisch* nicht zu einer stärkeren Materialisierung des Vertragsrechts tendierte. Gemäss einer Analyse von PIO CARONI könnte HUBER durchaus eine Privatrechtsordnung vorgeschwebt haben, die *«den Leiden der Gesellschaft nicht neutral gegenüberstand, sondern die sich in einer bewussten Parteinahme für den Schwächeren verwirklichte»*[773]. Diese Position setzte er aber im Rahmen des Erlasses von ZGB und OR *nicht* grundsätzlich um, sondern beliess es bei *ausnahmsweisen* Eingriffen – gemäss CARONI, weil er sich bewusst war, dass er damit im Gesetzgebungsprozess nicht durchdringen würde[774].

411.3 *Seither* haben die hier in Frage stehenden Regelungsgebiete keine wesentlichen Änderungen mehr erfahren, so dass es (auch) *heute* an *gesetzgeberischen* Anhaltspunkten fehlt, die für eine Revision des eben Dargestellten sprechen[775].

412 Dieser grundsätzlichen Ausrichtung des schweizerischen Haftungsrechts entspricht, dass reine Vermögensschädigungen zwischen Konkurrenten im *horizontalen Wettbewerb* im Prinzip erlaubt sind. Das haben wir bereits erwähnt. Aber auch im Rahmen *vertikaler Beziehungen* (bspw. zwischen Anbietern und Kunden oder Emittenten und Anlegern) sind reine Vermögensschädigungen (in vorne herausgestelltem Sinn) grundsätzlich erlaubt[776]. Exemplarisch steht dafür der Grundsatz, wonach kein Ein-

771 Vgl. IMMENHAUSER, 384 m.H.; und ferner die H. bei BUCHER, ZSR 1983 II, 286.

772 So das Bundesverwaltungsgerichts in Entscheid B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, E. 11.3.1.1 m.H.; vgl. ferner die H. auf entsprechende höchstrichterliche Entscheide von HUGUENIN/MEISE, BSK-OR I, Art. 21, Rn. 1a.

773 CARONI, FS Deschenaux, 47 (Hervorhebung im Original); von einem bewussten Entscheid von HUBER für ein soziales Privatrecht geht auch MERZ, Privatautonomie heute, 7, aus; vgl. zur Position von HUBER auch noch die H. i.Zh.m. der Diskussion des Gerechtigkeitsgehalts von Art. 2 ZGB hinten, Rn. 605 ff.

774 Vgl. CARONI, FS Deschenaux, 48.

775 Vgl. ferner bspw. IMMENHAUSER, der die *richterrechtliche* Tendenz zu einem ‹materialeren› Haftungsrecht in den hiesig relevanten Bereichen auf *tatsächliche* Entwicklungen zurückführt (zusammenfassend 448 ff.).

776 Vgl. ganz allgemein ferner bspw. JEAN-RICHARD, 322, demgemäss in der schweizerischen Rechtsordnung *«auf Erwerb und Gewinn ausgerichtete Tätigkeiten grundsätzlich*

griff in die Vereinbarung der Parteien zu Gunsten eines sog. ‹gerechten Preises› erfolgt, der nicht nur im Kaufrecht gilt[777].

Das heisst allerdings noch *nicht,* dass das schweizerische Recht bei Vorliegen solcher Beziehungen beispielsweise *nie* von einer Aufklärungspflicht und bei deren Verletzung alsdann *nie* von einer Schadenersatzpflicht ausgehen würde; und auch nicht, dass dafür arglistiges Verhalten beziehungsweise Betrug vorliegen müssen. Ebenso wenig sind demnach im horizontalen Wettbewerb reine Vermögensschäden positivrechtlich zwingend nur im Betrugsfall ersatzfähig. Für den Moment ist allein festzuhalten, dass es sich dabei um Ergebnisse handelt, die von freiheitlichen Ordnungen gemäss vorne eingeführtem Verständnis und mithin gemäss ihrer Grundausrichtung auch von der schweizerischen Haftungsrechtsordnung favorisiert werden. Für materiale Gerechtigkeitsüberlegungen besteht insofern kein Raum. 413

Ob und inwiefern im schweizerischen Recht Raum für *weitergehende* entsprechende Überlegungen besteht, untersuchen wir im Folgenden im Licht der **Schranken**, **die das schweizerische allgemeine Haftungsrecht reinen Vermögensschädigungen setzt**. 414

Im Einklang mit den eingeführten freiheitlichen Rechtskonzeptionen stellen zunächst **Arglist beziehungsweise Betrug** eine entsprechende Schranke dar. Liegt eine absichtliche Täuschung vor, die in einen selbstschädigenden Vertragsschluss mündet, wird *prinzipiell ohne Weiteres* von einer Schadenersatzpflicht ausgegangen[778]. Umstritten ist allerdings die Haftungsgrundlage. Zur Diskussion stehen eine deliktische Haftung aus Art. 41 Abs. 1 OR[779] sowie eine vertragliche bzw. vertragsähnliche 415

als wichtig und nützlich eingestuft werden», und von der Vermutung auszugehen sei, *«dass nicht verbotene wirtschaftliche Tätigkeiten nicht nur erlaubt, sondern erwünscht ist»*.

777 Vgl. bspw. die instruktiven H. des Bundesverwaltungsgerichts in Entscheid B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, E. 11.3.1.1 f. (*nota bene* in Auseinandersetzung mit eben erwähntem leading case BGE 123 III 292); und zum Kaufrecht HONSELL, OR BT, 39 f. m.H. (u.a. auf die römisch-rechtliche Zulässigkeit des *circumscribere*).

778 Vgl. nur SCHMIDLIN, BK, Art. 31 OR, Rn. 133 (‹eine Schadenersatzpflicht ist selbstverständlich›); ferner BGE 108 II 419, E. 5. Sodann hielt etwa auch bereits MUNZIGER die ‹Betrugsschranke› – wenn auch i.Zh.m. der Frage nach der Zulässigkeit wucherischer Darlehen – für eine Selbstverständlichkeit (vgl. ZSR 1867, 78).

779 Vgl. Entscheid 4C_270/2003 vom 28. November 2003, E. 3.1; sowie bereits BGE 30 II 400, E. 3 und 4; ferner nur SCHMIDLIN, BK, Art. 31 OR, Rn. 138 m.H. Wie wohl man sich darüber einig ist, dass eine Ersatzpflicht besteht, variieren die in der Standardliteratur angeführten dogmatischen Grundlagen. Zuweilen wird Art. 28 OR als Schutznorm angeführt (vgl. BREHM, BK, Art. 41 OR, Rn. 41a), zuweilen im Allgemeinen auf ‹im Strafrecht enthaltene Verbote› verwiesen (VON THUR/PETER, 415), zuweilen schlicht darauf, dass eine

Haftung nach den Grundsätzen der *culpa in contrahendo*[780], wobei wir auf diesen Meinungsstreit nicht näher einzugehen brauchen[781]. Über diese Fälle hinaus kommt der strafrechtliche Betrugstatbestand (Art. 146 StGB) als Schutznorm in Frage[782]. Infolgedessen kann deren Verletzung in Verbindung mit Art. 41 Abs. 1 OR ebenfalls eine zivilrechtliche Haftung zur Folge haben[783]. Einen Haftungstatbestand, der *spezifisch* die Betrugs- beziehungsweise Arglistschranke markiert, kennt das schweizerische Recht jedoch nicht[784].

416 In *Deutschland* ist der Betrug ein ‹gesicherter Fall› von § 826 BGB[785], der eine deliktische Haftung für sittenwidrige Schädigungen vorschreibt und eine grosse Praxisrelevanz besitzt. Die *Schweizer Parallelvorschrift* des Art. 41 Abs. 2 OR ist gemäss heute wohl vorherrschenden Auffassung dagegen *«nur ausnahmsweise und mit grösster Zurückhaltung als gegeben anzunehmen»*[786]. Sie erfasst in erster Linie noch Verhaltensweisen, die nicht der Wahrnehmung eigener Interessen dienen, sondern ausschliesslich oder primär darauf abzielen, andere zu schädigen (sog. Schikanen)[787]. Im Fall einer absichtlichen Täuschung erfolgt die (provozierte) Selbstschädigung

absichtliche Täuschung eine unerlaubte Handlung i.S.v. Art. 41 OR sei (vgl. A. KOLLER, in: Guhl, § 17, Rn. 11) und zuweilen auf die ‹sittenwidrige Verletzung einer Allgemeinen Rechtspflicht› (vgl. SCHMIDLIN, BK, Art. 31 OR, Rn. 138; zu Art. 41 Abs. 2 OR, vgl. sogl.).

780 Vgl. nur SCHMIDLIN, BK, Art. 31 OR, Rn. 142 m.H.

781 Im Allgemeinen wird, wenn gemäss den einschlägigen Voraussetzungen von einer Sonderverbindung ausgegangen werden kann, auch von einer vertraglichen bzw. einer Haftung aus *culpa in contrahendo* auszugehen sein (ähnlich SCHMIDLIN, BK, Art. 31 OR, Rn. 138 ff.).

782 Vgl. nur VERDE, Straftatbestände, Rn. 632 m. zahlreichen H. auf Praxis und Doktrin.

783 Vgl. Entscheid 4A_59/2009 vom 7. September 2006, E. 6; Entscheid 4C_28/2007 vom 12. Juni 2007, E. 3.2 (nicht veröffentlicht in BGE 133 III 349); Entscheid 4C.408/2005 vom 1. Juni 2006, E. 4 und 6; ferner nur BREHM, BK, Art. 41 OR, Rn. 39.

784 Immerhin ist die Selbstverständlichkeit bemerkenswert, mit welcher die Vertreter einer deliktsrechtlichen Qualifikation im Fall einer absichtlichen Täuschung von einer unerlaubten Handlung ausgehen, ohne dass die Analyse der dogmatischen Grundlagen im Vordergrund steht (vgl. eben vorne, m.H.). Darin könnte die hervorragende Bedeutung des Betrugs in der kantischen Rechtsphilosophie, aber auch bereits im römischen Recht (Parömie: *fraus omnia corrumpit*) nachhallen.

785 Vgl. RÖDL, 164 ff. m.H.; vgl. im Zusammenhang mit dem Prinzip *neminem laedere* gemäss der Lesart der Stoa auch SCHIEMANN, JuS 1989, 347.

786 So BGE 124 III 97 E. 5e.

787 Vgl. BREHM, BK, Rn. 236a; HEIERLI, Rn. 966; je m.w.H. insb. auf den *leading case* BGE 124 III 97 E. 5e; aber auch auf abweichende Auffassungen.

demgegenüber regelmässig zu Gunsten des Betrügers. Art. 41 Abs. 2 OR wäre gemäss dieser Lesart folglich kaum einschlägig.

Auch *abgesehen davon* ist Art. 41 Abs. 2 in der Schweiz – gerade im Vergleich zu Deutschland[788] – *weitgehend bedeutungslos* geblieben[789]. Das gilt gerade auch für die Haftung wegen Verletzungen öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen als Gegenstand vorliegender Studie. Diese werden – wie sogleich zu zeigen sein wird – aufgrund des Widerrechtlichkeitserfordernisses des Art. 41 Abs. 1 OR in den Haftungstatbestand berufen. Diese Vorschrift geht jener von Art. 41 Abs. 2 OR gemäss herrschender Auffassung aber vor[790]. Folglich beschränkt sich der Anwendungsbereich zweiterer Vorschrift auf Fälle, in denen *«die absichtliche und unsittliche Schädigung an sich nicht gegen ein Gebot oder Verbot stösst»*[791]. Vor diesem Hintergrund braucht Art. 41 Abs. 2 OR *als eigenständige Haftungsgrundlage* nachfolgend nicht näher diskutiert zu werden. Das heisst freilich *nicht,* dass der Haftungsgrundlage *ausserhalb der Haftung wegen Gesetzesverletzungen* nicht eine grössere Bedeutung zukommen könnte, als ihr derzeit im Schweizer Haftpflichtrecht eingeräumt wird. Gerade in den Fällen einer Haftung für Falschinformationen, die sich nicht vertraglich erfassen lassen (weil von keiner performativen Aussage auszugehen ist[792]), hat die Haftungsgrundlage Potential[793]. Allgemeiner betont beispielsweise HANS MERZ die Ergänzungsfunktion von Art. 41 Abs. 2 OR, der als Haftungsgrundlage neben die Haftpflicht wegen Verletzungen absolut geschützter Rechtsgüter oder im Fall reiner Vermögensschädigungen Schutznormen nach Art. 41 Abs. 1 OR tritt[794].

Von ungleich grösserem Gewicht als die ‹Betrugsschranke› ist die Schranke, wonach 417
eine Vermögensschädigung unzulässig ist, wenn sie einen **Gesetzesverstoss** darstellt. Für die *deliktische Haftung* nach Art. 41 Abs. 1 OR hat dies das Bundesgericht einmal mit den folgenden Worten zum Ausdruck gebracht, die zugleich die grundsätzli-

788 Vgl. zur Bedeutung von § 826 BGB im Finanzmarktbereich statt Vieler WAGNER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 826, Rn. 72 ff. m.H.

789 Vgl. nur FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, Rn. 396; HEIERLI, Rn. 698 m.w.H.; REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Rn. 796 m.w.H.; und im Anschluss an diesen SCHWENZER/SCHÖNENBERGER, 357. Ganz im Gegensatz zur Situation in Deutschland (vgl. dazu statt Vieler WAGNER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 826, Rn. 76 ff. m.H.), erfasst auch die Diskussion um die Haftung wegen Verletzung der Ad hoc-Publizitätsvorschriften Art. 41 Abs. 2 OR kaum (vgl. auch KOWALEWSKI, 1066 f.).

790 Vgl. statt Vieler BREHM, BK, Art. 41 OR, Rn. 236 ff.; FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, Rn. 396; und HEIERLI, Rn. 698; alle m.w.H.; ferner BGE 108 II 305, E. 2c.

791 So BREHM, BK, Art. 41 OR, Rn. 236a.

792 Vgl. vorne, Rn. 348 ff.

793 Vgl. insofern auch BREHM, BK, Art. 41 OR, Rn. 51b; vgl. ferner auch die H. auf die frühere Doktrin in Fn. 1776 hinten.

794 Vgl. ZBJV 1955, 313 f.; ferner 327 f.

che Erlaubnis reiner Vermögensschädigungen evozieren: *«Nicht jede Stellung, die jemand in Verfolgung seiner geschäftlichen Tätigkeit errungen hat, geniesst Rechtsschutz. Jeder muss sich Werteinbussen seines «eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes» gefallen lassen, soweit sie nicht auf ein Verhalten von Mitbewerbern oder anderen Personen zurückzuführen sind, das nach den die Materie beherrschenden Sondergesetzen unerlaubt ist. Das liegt in der Natur der Sache. Sich geschäftlich betätigen, heisst nach Erfolgen streben, die sich wegen gleicher Tätigkeit anderer auch wieder verflüchtigen können»*[795].

418 Damit eine Ersatzpflicht aus Art. 41 Abs. 1 OR entsteht, müssen entweder absolut geschützte Rechtsgüter verletzt worden sein *oder,* falls reine Vermögensschädigungen vorliegen, eine sog. Schutznorm, wobei dazu in erster Linie Gesetzesvorschriften gehören. Das ist der Kerngehalt der vorherrschenden sog. ‹objektiven› Widerrechtlichkeitstheorie. Das Deliktsrecht unterscheidet dabei nicht zwischen horizontalen und vertikalen Beziehungen. Vielmehr kommt es beidenfalls zum Tragen, solange eine Schutznorm vorliegt, welche die Protektion des Geschädigten beziehungsweise von dessen Vermögen bezweckt. Bei Vorliegen vertikaler Beziehungen besteht allenfalls Konkurrenz zur Haftung im Rahmen einer Sonderverbindung[796]. Das Deliktsrecht hat sich insofern *von seinem klassischen Anwendungsbereich (‹zufälliges Aufeinanderprallen der Parteien›) durchaus entfernt*.

419 Auch im *vertraglichen Bereich* (sowie überhaupt bei Vorliegen von Sonderverbindungen) begrenzen Gesetzesvorschriften die Möglichkeit der Parteien, einander zu schädigen. Das gilt vorab für gesetzliche Vorschriften, anhand welcher der Vertragsinhalt kontrolliert wird (vgl. bspw. Art. 19 und 20 OR oder [betreffend allgemeine Geschäftsbedingungen] Art. 8 UWG). Diese interessieren im haftungsrechtlichen Zusammenhang an sich indes nicht[797]. Von Interesse sind demgegenüber (zwingende oder dispositive) Gesetzesvorschriften, die dem Schädiger *ein bestimmtes Verhalten vorgeben*. Legt er dieses nicht an den Tag, besteht die Möglichkeit, dass er für den daraus entstandenen Schaden haftet. Eine Einschränkung seiner Möglichkeit zur Schädigung des Gegenübers liegt dabei etwa insofern vor, als er der Gegenpartei preisrelevante Informationen offenlegen *muss*. Infolgedessen wird ihm diese einen geringeren Preis bezahlen beziehungsweise im Fall einer Pflichtverletzung den Vertrag für ungültig erklären und/oder – vorliegend besonders relevant – Schadenersatz geltend machen. Der Getreidehändlerfall ist exemplarisch, wobei in der stoisch-

795 BGE 87 II 40, E. 3c.

796 Vgl. näher zu alledem hinten, 2. Teil / 3. Kapitel / I. und II., *passim*.

797 Vgl. vorne, Rn. 174 ff.

römischen Philosophie gerade nicht von einer *rechtlichen* Aufklärungspflicht des Getreidehändlers ausgegangen wurde.

Öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen kommen im Deliktsrecht über die Verweisung im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses von Art. 41 Abs. 1 OR zum Zug; und im Rahmen von Sonderverbindungen vorab als sog. Doppelnormen[798]. 420

Gesetzesvorschriften *können* die Vorgaben einer freiheitlichen Ordnung reflektieren (bspw. wenn – wie angesprochen – der Betrugstatbestand als Schutznorm in den Haftungstatbestand Eingang findet), *müssen* dies aber selbstredend *nicht*. Für Zweiteres steht im Vertragsrecht insbesondere das sog. soziale Privatrecht (klassisch: Miet- und Arbeitsrecht), das mit (regelmässig) zwingenden gesetzlichen Vorgaben durchsetzt ist. Wie bereits angesprochen, gilt dies jedoch auch, wenn Vorschriften des positiven Vertragsrechts Aufklärungspflichten zu Gunsten von Kunden oder Anlegern vorsehen. Solche Aufklärungspflichten (wie auch Normen mit anderweitig sozialem Gehalt[799]) sind sodann auch Kandidaten für deliktsrechtliche Schutznormen[800]. 421

In einer freiheitlichen Ordnung sind **‹materiale Eingriffe›** – wenn sie denn erfolgen sollen – **auf Grundlage eines allgemeinen Gesetzes *vorzugswürdig***. Das hielt schon früh zum Beispiel FRANZ NEUMANN fest[801], ein (früher) Vertreter der sog. ‹kritischen Theorie›. Er war dem hier in Frage stehenden freiheitlichen Postulat *gleichwohl* positiv zugetan, denn (wohlgemerkt aus seiner Perspektive) ermöglicht *«die beschränkte, formale und negative Allgemeinheit des Gesetzes im Liberalismus* [..] *nicht nur kapitalistische Berechenbarkeit, sondern garantiert ein Minimum an Freiheit, da die formale Freiheit zweiseitig ist und so auch den Schwachen wenigstens rechtliche Chancen einräumt»*[802]. 422

Dabei benennt NEUMANN sinngemäss zugleich die einschlägigen Gründe: *Rechtssicherheit,* die insbesondere erforderlich ist, damit die Selbstbestimmung in gesicherten Bahnen ausgeübt werden kann[803], und *Rechtsgleichheit*. Im Einklang damit steht, 423

---

798 Vgl. zur Möglichkeit, dass öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen (über Generalklauseln) vom Richter oder von den Parteien in den Haftungstatbestand berufen werden, sogl., Rn. 426 ff. und 430 ff.

799 Vgl. bspw. die Diskussion um Art. 128 Abs. 1 StGB (Unterlassung der Nothilfe), dazu VERDE, Straftatbestände, Rn. 660 ff.

800 Für (weitere) Bsp. aus dem positiven Schweizer Recht vgl. bspw. DÜRR, ZK, Art. 1 ZGB, Rn. 399.

801 Vgl. ZfS 1937, 552 und *passim;* vgl. auch den H. auf DENS. bei BELSER, Freiheit, Fn. 452 (S. 171); vgl. ferner bspw. GERNHUBER, 213 m.H.

802 Vgl. NEUMANN, ZfS 1937, 552.

803 Vgl. bspw. ISENSEE, FS Grossfeld, 21 m.H.

dass vorne erwähnter *Einwand des slippery slope,* welcher der Einforderung materialer Gerechtigkeitsüberlegungen entgegengehalten wird, durch die Stipulierung gesetzlicher Pflichten mit präzisem Gehalt *moderiert werden kann*[804].

424 Weiter geniessen gesetzliche Regelungen *im Licht des Gewaltenteilungsprinzips eine höhere Legitimität* als solche des Richters[805]. Im Anschluss daran wird in der Privatrechtsdoktrin darauf hingewiesen, dass der Erlass ‹materialer Regelungen› beziehungsweise die Begrenzung der Möglichkeit, das Gegenüber am Vermögen zu schädigen – oder positiv formuliert: der Schutz des (reinen) Vermögens –, dem Gesetzgeber überlassen sein sollte. Dieser Hinweis kommt bisweilen in allgemeiner Form daher[806], bisweilen im Zusammenhang mit der Begründung von Pflichten im Rahmen von Sonderverbindungen[807] und – wohl am prominentesten – im Zusammenhang mit der Begründung einer ausservertraglichen Haftung für reine Vermögensschäden. Diese müsse im Prinzip auf Grundlage einer demokratisch legitimierten Gesetzesvorschrift erfolgen[808].

425 Aus diesen Überlegungen lässt sich *gesamthaft* schliessen, dass der Schutz des (reinen) Vermögens über gesetzliche Vorschriften *rechtsstaatlich kaum bedenklich* ist. Wenn schon in die Möglichkeit der Parteien eingegriffen werden soll, sich am (reinen) Vermögen zu schädigen, ist dieser Weg aus freiheitlicher Perspektive einem Eingriff durch den Richter vorzuziehen. Wie DAVID DÜRR zu Recht festhält, hat der Richter ‹materialen Vorgaben› des Gesetzgebers auch in einer grundsätzlich freiheitlichen Privatrechtsordnung gleichsam Nachachtung zu verschaffen[809].

---

804 Vgl. bspw. BIRNBACHER, 329 f., der das Argument der Unbestimmtheit von Handlungs- im Vergleich zu Unterlassungspflichten (vgl. dazu vorne, Rn. 395) dann nicht gelten lässt, wenn hinreichend bestimmte gesetzliche Vorgaben bestehen: *«Wenn es um rechtliche und insbesondere strafrechtliche Normen geht, ist jedoch zu fragen, ob sich diese Unbestimmtheiten nicht im Prinzip durch präzisere gesetzliche Formulierungen vermeiden lassen».*

805 Vgl. insb. BGE 74 II 106, E. 1; ferner statt Vieler KRAMER, Methodenlehre, 75 f. (betr. Generalklauseln, mithin die Paradigmata an den Richter gerichteter Ermächtigungsnormen).

806 DÜRR, ZK, Art. 1 ZGB, insb. 403 f.; GRIGOLEIT, 71; ISENSEE, FS Grossfeld, 507; vgl. auch KRAMER, BK, Art. 19/20 OR, Rn. 28 (‹Aufgabe der Gesetzgebung›).

807 VIONNET, FS von der Crone, 77.

808 BREHM, BK, Art. 41 OR, Rn. 52; LOSER-KROGH, insb. ZSR 2003 II, 148 m.w.H.; LOSER, Vertrauenshaftung, Rn. 1102; und im Anschluss an diesen JAUN, 480 m.w.H.; sowie VERDE, u.a. Widerrechtlichkeit, Rn. 39; DERS., Straftatbestände, Rn. 343.

809 Vgl. DÜRR, ZK, Art. 1 ZGB, Rn. 404.

In der Sache werden die damit angesprochenen Parameter in der *rechtstheoretischen Literatur* beispielsweise durch MARIETTA AUER erfasst, die im Rahmen ihrer Dissertation zum Charakter von Generalklauseln eine inhaltliche (Spannungsfeld zwischen Individualismus und Kollektivismus), eine formelle (Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit [sowie -gleichheit] und Einzelfallgerechtigkeit) sowie eine institutionelle Dimension (Spannungsfeld zwischen richterlicher Bindung durch das Gesetz und richterlicher Freiheit) unterscheidet[810]. Ferner hat das *Bundesgericht* gerade vor kurzem im Rahmen bemerkenswert grundlegender Ausführungen festgehalten, dass das Legalitätsprinzip die – im Rahmen der institutionellen und der formellen Dimension angesprochenen – Institute des Gesetzesvorbehalts sowie der Rechtssicherheit und -gleichheit absichert[811].

Im Übrigen haben die Überlegungen auch eine *verfassungsrechtliche Dimension*. Die Vertragsfreiheit geniesst nach überwiegender Auffassung grundsätzlich Grundrechtsschutz (insb. aufgrund von Art. 27 BV)[812]. Zumindest ein Teil der Literatur meint damit durchaus Vertragsfreiheit *im formalen Sinn*[813]. Folgt man dieser Auffassung, wären Eingriffe zur Herstellung materialer Gerechtigkeit an den Anforderung von Art. 36 BV zu messen[814], der unter anderem eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage verlangt (vgl. Art. 36 Abs. 1 BV). Ob der Richter beispielsweise aufgrund des (unbestimmten) Art. 2 ZGB (*scil*., ohne dass nach dem Vertrauensprinzip von einer vertraglichen Pflicht auszugehen ist[815]) eine Partei verpflichten kann, Informationsdefizite der anderen auszugleichen, könnte daher durchaus einer verfassungsrechtlichen Prüfung unterzogen werden. Nähere Hinweise können vorliegend allerdings nicht geleistet werden.

Wird der **Richter** dazu berufen, materiale Vorschriften zu erlassen, beziehungsweise 426
die Möglichkeit der Privaten zu beschränken, sich am (reinen) Vermögen zu schädigen, verhält es sich entsprechend *anders*. Dabei betreffen die vorne eingeführten Defizite nicht nur die eigentliche richterliche Rechtsfortbildung (Art. 1 Abs. 2

---

810 Vgl. näher dazu hinten, insb. Rn. 601 m.H.

811 Vgl. Entscheid 2c_867/2015 vom 13. Dezember 2016, E. 3.2.1. m.H.

812 Vgl. VALLENDER, SGK-BV, Art. 27, Rn. 44 f. m.H., u.a. auf die Praxis des Bundesgerichts.

813 Vgl. VALLENDER, SGK-BV, Art. 27, Rn. 44 m.H. auf HONSELL; sowie BELSER, Freiheit, 168. VALLENDER/HETTICH/LEHNE verweisen zum einen ebenso auf HONSELL und dessen formales Verständnis der Vertragsfreiheit (vgl. § 5, Rn. 59), halten zum andern aber auch fest, dass die Vertragsfreiheit ‹der Grundidee nach› gleiche Verhandlungsstärke voraussetze (vgl. a.a.O., Rn. 60). Insgesamt erscheint der präzise Gehalt der durch Art. 27 BV geschützten Vertragsfreiheit als wenig geklärt.

814 Vgl. auch BELSER, Freiheit, 168; und in der Sache EMMENEGGER, Bankenorganisationsrecht, 71 f.

815 Vgl. hinten, insb. Rn. 472 ff.

ZGB)[816], sondern auch die richterliche ‹Rechtsetzung› aufgrund von Generalklauseln, in deren Rahmen der Richter auch öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen beiziehen kann. Das gilt in Bezug auf vorne stehende freiheitliche Forderung, gesetzliche Eingriffe richterlichen aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit vorzuziehen[817], und – mangels präziser gesetzlicher Vorgaben – gleichsam auf den Einwand des *slippery slope* sowie auf die Proposition, wonach Richterrecht über eine weniger robuste demokratische Legitimität verfügt.

427 In der Schweiz werden im Licht dieser Defizite Art. 2 Abs. 1 ZGB[818], ungeschriebene Schutznormen im Sinn von Art. 41 Abs. 1 OR[819] sowie eine deliktische Generalklausel, wie sie von gewissen Stimmen in Art. 41 Abs. 1 OR gesehen wird[820], ins Auge gefasst[821]. *In der Sache geht es stets um den Bereich, in dem zwecks Ersetzung reiner Vermögensschäden von einer sog. ‹dritten Haftungsspur› ausgegangen wird,* wenn weder die deliktische Haftung wegen Gesetzesverstosses zum Zug kommt, noch von einer vertraglichen Beziehung ausgegangen werden kann. Mithin beruht die ‹dritte Haftungsspur› im Prinzip auf Richterrecht.

428 Hat der Richter über den Bestand einer Haftung zu befinden, stellt sich ihm alsdann jeweils die *Wertungsfrage, ob er freiheitliche oder materiale Überlegungen evozie-*

---

816 Vgl. insb. DÜRR, ZK, Art. 1 ZGB, Rn. 395 ff.; ferner VIONNET, vgl. FS von der Crone, 69 f. sowie 77 inkl. Fn. 132 (wo als Mindestanforderung Generalklauseln im Sinn der in Deutschland im Rahmen der Schuldrechtsreform eingeführten Vorschriften erwogen werden).

817 So setzte NEUMANN Generalklauseln den allgemeinen Gesetzen geradezu entgegen (vgl. 550 und *passim*); vgl. ferner nur WIEACKER, der i.Zh.m. § 242 BGB betont, dass Rechtssicherheit bzw. -gleichheit Merkmale allgemeiner Gesetze seien: *«Zweckmässigkeit und Berechenbarkeit, genauer Fallgerechtigkeit und Allgemeingültigkeit* [..] *geraten* [..] *in der Wirklichkeit meist in Konflikt. In diesem Konflikt strebt die Berufung auf die Generalklausel der Fallgerechtigkeit die Neigung zu ihrer Einschränkung der Gleichheit vor dem Rechte zu»* (Rechtstheoretische Präzisierung, 10).

818 So in der Sache VIONNET, vgl. FS von der Crone, 77; zum Gerechtigkeitsgehalt dieser Vorschrift näher hinten, Rn. 605 ff.

819 So BREHM, vgl. BK, Art. 41 OR, Rn. 52.

820 So LOSER-KROGH, vgl. insb. ZSR 2003 II, 149.

821 Die Überlegungen von DÜRR (vgl. eben vorne, bei Fn. 816) stehen alsdann zwar im Zusammenhang mit der sog. richterlichen Rechtsfortbildung. Gemäss seiner beachtenswerten Konzeption ist solche aber dann nicht mit dem Gewaltenteilungsprinzip vereinbar, *«wo die ratio legis mit der richterlichen Auffassung kollidiert»* (ZK, Art. 1 ZGB, Rn. 398). Geht man also von einem freiheitlichen Privatrecht aus (wie dies DERS., ohne Weiteres tut, vgl. a.a.O., z.B. Rn. 400), dürfte ein ‹materialer Richterspruch› auf Grundlage einer Generalklausel durchaus in eine Legitimationsnot geraten.

ren soll (während er im Fall der [vertraglichen und deliktischen] Haftung wegen einer Gesetzesverletzung diesbezüglich – wie erwähnt – über klare Vorgaben verfügt). Der in der Einleitung zitierte Befund von WOLFGANG WIEGAND, wonach *«die Frage, ob und in welchem Umfang Verhaltenspflichten anzunehmen sind, entscheidend von rechtspolitischen Zielsetzungen abhängt»,* und es deshalb *«weniger um die dogmatische Aufarbeitung und Qualifizierung* [geht] *oder darum, ob nun Interessenschutz im Wege des Deliktsrechts oder des Vertragsrechts erfolgen soll»*[822], wird für den Richter damit zur praktischen Herausforderung. Hinweise dazu, wie diese zu meistern ist, werden wir im Rahmen der nachfolgenden Besprechung der einzelnen Haftungsgrundlagen geben.

Im Übrigen zeigt sich hier der Unterschied zwischen reinen Vermögensschädigungen und Verletzungen absolut geschützter Rechtsgüter denn auch besonders klar. Sobald sich einem Richter eine Situation zweiterer Art präsentiert, ist er im Grundsatz nämlich *unbestrittenermassen* ermächtigt, Schadenersatzansprüche auszusprechen, auch wenn weder eine Sonderverbindung noch eine Verletzung einer Gesetzesvorschrift vorliegt. 429

Zu guter Letzt kann sich eine **private Partei** Pflichten zum Schutz des Vermögens der Gegenpartei auch noch *selbst* auferlegen. Ob dies der Fall ist, ist aufgrund der Auslegung von deren Erklärungsverhalten zu ermitteln[823]. Auf dieser Grundlage können ebenfalls öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen zum Tragen kommen. Aus freiheitlicher Warte stellen sich hier grundsätzlich keine besonderen Probleme, da die – gleichsam autonomen – Pflichten auf dem Verhalten der Parteien beruhen[824]. Da der Richter den Willen der Parteien regelmässig anhand des Vertrauensprinzips zu ermitteln hat (sog. ‹normative Auslegung›), stellen sich ihm zumindest ‹an den Rändern› allerdings ähnliche Herausforderungen wie im Kontext des eigentlichen Richterrechts. 430

Zusammenfassend werden reine Vermögensschädigungen auch in der Schweizer Rechtsordnung durchaus privilegiert. Sie sind – im Unterschied zur Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter – grundsätzlich erlaubt. Schranken sind dieser Erlaubnis zunächst durch das *Gesetz* gesetzt (im Rahmen des Delikts- und Vertragsrechts). Sodann besteht die Möglichkeit eines Schutzes des (reinen) Vermögens qua *Sonderverbindung*. Schliesslich stellt sich die Frage, ob auch der *Richter* die Möglichkeit 431

822 FS Gagnér, 562, vgl. auch 559.

823 Vgl. dazu hinten, 2. Teil / 2. Kapitel / III. / 2., *passim*.

824 Vgl. – aus rechtsphilosophischer Perspektive – bspw. auch JOERDEN, ARSP 1988, 309 ff. (die entsprechenden Pflichten stehen auf der von ihm sog. ‹ersten Ebene des Denkens über Gerechtigkeit›).

der Parteien unterbinden kann, sich am Vermögen zu schädigen. Der Gegensatz zwischen formaler und materialer Gerechtigkeit, der in den ersten beiden Situationen durch den Gesetzgeber beziehungsweise die Parteien gewissermassen *moderiert* wird, bleibt hier *einstweilen ungelöst*.

432 Im Übrigen wird – in offensichtlicher Anlehnung an das kantische allgemeine Rechtsgesetz – als *Aufgabe des Deliktsrechts* festgehalten, dass dieses die Rechtskreise zu bestimmen habe, innerhalb derer Individuen ihre Freiheit entfalten und ihren Interessen nachgehen können, ohne mit einer Schadenersatzpflicht belegt zu werden[825]. Das kann man durchaus auch als Aufgabe des Haftungsrechts überhaupt ansehen, wenn *mutatis mutandis* nicht des Rechts überhaupt[826].

433 Indem wir die eingangs erwähnte Wertungsfrage nach dem Ausmass, in dem (insbesondere) das reine Vermögen geschützt werden soll, nunmehr einer ersten Antwort zugeführt haben, erfolgt eine *Abgrenzung dieser Rechtskreise*. Die erwähnten Schranken, die für diese Abgrenzung sorgen (*i.e.* die gesetzlichen, [quasi-] vertraglichen oder gegebenenfalls auch durch den Richter gesetzten Verhaltensvorgaben), betreffen dabei die *Stufe der Pflichtverletzung*[827]. Sie verwenden – wie bereits angesprochen – entsprechend eine präskriptive Sprache.

434 *Nunmehr* wenden wir uns der Frage zu, unter welchen Voraussetzungen *auf dieser Stufe* gemäss Schweizer Vertragsrecht (vgl. 2. Teil / 2. Kapitel) und Deliktsrecht (vgl. 2. Teil / 3. Kapitel) öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen zum Tragen kommen. Die erwähnten Schranken und die bezüglichen freiheitlich-rechtsstaatlichen Implikationen schwingen dabei mit und zwar vorab wie folgt:

434.1 Die Schranken decken sich weitgehend mit den im Grundlagenteil herausgestellten Möglichkeiten, denen gemäss öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im pri-

---

825 FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, § 1, Rn. 34 m.H. auf die Materialen zur Entstehung des deutschen BGB (die dortige Stelle beruht offensichtlich auf dem kantischen allgemeinen Rechtsgesetz); und zum deutschen Recht die H. bei A. GRÜNEWALD, 120. Letztlich auch zum Ausdruck kommt das allgemeine Rechtsgesetz, wenn dem Deliktsrecht aufgegeben wird, zwischen Handlungsfreiheit und Rechtsgüterschutz abzuwägen (vgl. bspw. VERDE, Widerrechtlichkeit, Rn. 38 m.H.).

826 So vor mehr als hundert Jahren betr. die damals geltende *«Rechts- und Wirtschaftsordnung»* im Allgemeinen das Schweizer Bundesgericht, unter Bezugnahme auf STAMMLER (vgl. BGE 32 II 360, E. 3 m.H.); ferner bspw. DORNIS, SZIER 2015, 202, unter Bezugnahme auf VON HAYEK.

827 Vgl. – wiederum zum Deliktsrecht – bspw. auch STÖCKLI, FS Riklin, insb. 228 f. und öfters; oder auch bereits MERZ, ZBJV 1955, insb. 324 f. und öfters, die sinngemäss beide festhalten, dass das Widerrechtlichkeitserfordernis im Sinn der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie für eine Abgrenzung der Freiheitsphären der Rechtsunterworfenen sorgt.

vaten Haftungsrecht zum Zug kommen können ([i] Doppelnormen und Verweisungsnormen des Gesetzgebers; an [ii] den Richter und an [iii] Private gerichtete Ermächtigungsnormen). Die nachfolgenden Kapitel ihrerseits sind in der Sache entlang dieser Möglichkeiten strukturiert[828].

434.2 *Ganz allgemein* verwirklichen die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen regelmässig materiale Gerechtigkeitsüberlegungen. Dass deren Anwendung in der grundsätzlich freiheitlichen (privaten) Haftungsrechtsordnung begründungsbedürftig sein kann, liegt mithin nahe. Dies wiederum ist – den vorne stehenden Überlegungen entsprechend – vorab der Fall, wenn der Beizug öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Rahmen *an den Richter gerichteter Ermächtigungsnormen* in Frage steht.

828 Vgl. bereits vorne, Rn. 157.

2. Kapitel: Vertragsrecht

I. Vorbemerkungen

Die folgenden Ausführungen betreffen die Frage, ob und inwiefern im Rahmen von Sonderverbindungen auf Stufe Pflichtverletzung öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen zum Tragen kommen. Wie eine Zusammenschau der vorne stehenden Ausführungen zur Stufenbaulehre und der Lokalisierung des Elements der Sonderverbindung im Kontext des abstrakten Haftungstatbestands ergibt, bestehen dabei *grundsätzlich* zwei Möglichkeiten. 435

Zum einen können die Verhaltensnormen aufgrund der an die Parteien gerichteten Ermächtigungsnorm **durch die Parteien** selbst in den Haftungstatbestand berufen werden (wobei diese Konsequenz den Parteien im Rahmen der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip auch normativ zugeschrieben werden kann). 436

Zum andern knüpfen öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen **als gesetztes Recht** an das Vorliegen einer (bestehenden) Sonderverbindung an. Dies ist zunächst dann der Fall, wenn diese als *Doppelnormen* zugleich privatrechtlichen Charakter haben. Wie näher zu zeigen sein wird, verhält es sich aber strukturell auch dann so, wenn der Einbezug öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen in den Haftungstatbestand aufgrund durch den Gesetzgeber *an den Richter gerichteter Ermächtigungsnormen* erfolgt. Dieses Muster wird aktuell, sobald sich die Übernahme einer öffentlich-rechtlichen Verhaltensnorm nicht mehr (unmittelbar[829]) aufgrund des Erklärungsverhaltens einer Partei erklären lässt (und auch keine Doppelnorm vorliegt). 437

Im Folgenden gehen wir zunächst auf das Institut der *Doppelnorm* ein (2. Teil / 2. Kapitel / II.). Die *parteiautonome* Berufung von öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen in den Haftungstatbestand sowie jene durch den *Richter* (je aufgrund einer entsprechend ausgerichteten Ermächtigungsnorm) werden beide in dem nachfolgenden Unterkapitel behandelt (2. Teil / 2. Kapitel / III.). Im Hintergrund steht dabei, dass die Doktrin die *beiden* Modalitäten der Pflichtbegründung herkömmlicherweise weitgehend im Rahmen der Besprechung der Frage behandelt, ob und inwiefern im Rahmen der Auslegung und Ergänzung der Willenserklärungen der Parteien vertragliche Pflichten begründet werden können[830]. Allerdings wird sich zeigen, dass sich 438

---

829 Ein Erklärungsverhalten, das die erforderliche Sonderverbindung begründet, muss weiterhin vorliegen.

830 Vgl. nur die unlängst revidierte Kommentierung von Art. 18 OR im Rahmen des Zürcher Kommentars (JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, Art. 18 OR, *passim;* wobei sich der vorlie-

die Frage gleichsam entlang der beiden Modalitäten ausdifferenzieren lässt, so dass die Struktur des Unterkapitels diesen letztlich doch folgt (vgl. 2. Teil / 2. Kapitel / III. / 2. / A. und B.).

439 Die nachstehenden Ausführungen betreffen im Finanzmarktbereich vorab das **Aufsichtsrecht**. Strafrechtliche Verhaltensnormen spielen für die *Begründung von Pflichten im Rahmen von Sonderverbindungen* dagegen praktisch – höchstens – eine untergeordnete Rolle[831]. Sie beschlagen vorab den sog. ‹Jedermannsverkehr›. Von den *Beispielfällen* stehen demnach der Anlageberatungs- und der Ad hoc-Publizitätsfall im Vordergrund, zumal wir im Geldwäschereifall unseren Fokus auf die Verletzung strafrechtlicher Normen legen. Zudem wird hier ohnehin kaum je eine Sonderverbindung zwischen Schädiger und Geschädigtem vorliegen. *Doppelnormen* sind (im vertragsrechtlichen Kontext[832]) sodann nur in Situationen bedeutsam, wie sie dem Anlageberatungsfall zu Grunde liegen[833]. Im Ad hoc-Publizitätsfall steht der Emittent (als prinzipales Haftungssubjekt) *grundsätzlich* in keiner Sonderverbindung zu den Anlegern. Entsprechend fehlt der Ankerpunkt, an dem die Doppelnormen festgemacht werden können.

440 Die aufsichtsrechtlichen Pflichten richten sich regelmässig an die **Bewilligungsträger**. Das sind in der Regel juristische Personen, namentlich Finanzdienstleister und Emittenten. Der Bewilligungsträger ist zugleich Partei der potentiellen Vertragsbeziehungen, in deren Rahmen die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen zum Tragen kommen. Die *Organe und/oder Mitarbeiter* des Bewilligungsträgers werden auf der Grundlage einer Sonderverbindung mit den Kunden oder Anlegern (mangels einer ausdrücklichen Übernahme der entsprechenden Pflichten) demgegenüber nur

---

gend fragliche Standpunkt insb. darin zeigt, dass die Begründung von Nebenpflichten anhand der Auslegung oder der Ergänzung des Vertrags zu bewerkstelligen sei, vgl. Rn. 614).

831 Zu den – *mutatis mutandis* auch in vorliegendem Zusammenhang einschlägigen – Gründen vgl. vorne, Fn. 64. Anders verhält es sich, wenn es um deren rechtshindernde Wirkung geht (vgl. dazu vorne, Rn. 174 ff.), wobei sich bspw. der Bestechungsvertrag (das sog. ‹Schmiergeldversprechen›) anführen lässt (vgl. dazu nur GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Bd. I, Rn. 653a und 670).

832 Dass ausserhalb des Vertragsrechts Doppelnormen bestehen, die nicht an eine Sonderverbindung anknüpfen, belegt Art. 699 ZGB (vgl. zu dessen Doppelnormcharakter BGE 96 I 97, E. 2).

833 Der Grund hierfür dürfte darin zu sehen, dass Doppelnormen im Vertragsrecht keine Hauptpflichten regeln, sondern Nebenpflichten, zumal sie an bereits bestehende Sonderverbindungen anknüpfen (vgl. dazu näher hinten, Rn. 448 f.). In Situationen, wie sie dem Ad hoc-Publizitätsfall zu Grunde liegen, *scil*. im Verhältnis von Emittent und Anleger, ist derweil keine derartige Sonderverbindung auszumachen.

ausnahmsweise haftbar gemacht werden können[834]. Der Fokus der nachfolgenden Überlegungen liegt also klar auf den Bewilligungsträgern.

Auch vertragliche Pflichten können *naturgemäss* jedoch *nur* durch natürliche Personen verletzt werden. Die Zurechnung von deren Verhalten an die juristische Person im Rahmen von Art. 55 Abs. 2 ZGB (Organe) und Art. 101 OR (Hilfspersonen) bereitet allerdings keine besonderen Probleme, zumal insbesondere keine (zusätzliche) Verhaltensnormverletzung des Geschäftsherrn erforderlich ist[835]. Nähere Ausführungen erfolgen daher nicht. 441

Schliesslich werden nachfolgend allein die haftungsrechtlichen Vorschriften des *allgemeinen Teils des schweizerischen Obligationenrechts sowie des Auftragsrechts* behandelt. Beim **Auftrag** handelt es sich um den mit Blick auf die potentielle Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Finanzmarktbereich zentralen Vertragstyp. Insbesondere qualifizieren sowohl Vermögensverwaltungs-[836] als auch Anlageberatungsvertrag[837] entsprechend. Sog. ‹*Execution Only*-Geschäfte› werden sodann zwar als Kommissionsverträge erfasst, wenn der Erwerb von Aktien auf dem Sekundärmarkt in Frage steht[838]. Das Kommissionsrecht verweist residual indessen 442

834 Im Hintergrund steht hier der Grundsatz der Relativität von Schuldverhältnissen, der bei der Auslegung des Erklärungsverhaltens *(in casu)* der Organe bzw. Mitarbeiter zu berücksichtigen ist (vgl. in anderem Zusammenhang hinten, Rn. 534 ff.). Ist der Kunde bzw. Anleger mit dem Bewilligungsträger eine Sonderverbindung eingegangen, wird er nach dem Vertrauensprinzip nur in Ausnahmefällen davon ausgehen können, dass sich die Organe bzw. Mitarbeiter des Bewilligungsträgers auch persönlich verpflichten wollten (vgl. auch WIEGAND/BERGER, ZBJV 1999, 739 f., die allerdings von einer gesetzlichen Natur der Vertrauenshaftung ausgehen [vgl. dazu im Allgemeinen vorne, Rn. 347] und entsprechend vermeinen, das Problem so umgehen zu können). Abgesehen von einer ausdrücklichen Übernahme der Pflichten durch das Organ bzw. den Mitarbeiter, könnte ein entsprechender Ausnahmefall beispielsweise dann vorliegen, wenn ein Organ bzw. ein Mitarbeiter stets ausschliesslich auf sich und seine Fähigkeiten verweist (und nicht auf den Bewilligungsträger, mit dem dann aber formell der Vertragsabschluss stattfindet).

835 Vgl. auch noch die H. hinten, 2. Teil / 3. Kapitel / III. / 3. / B. und C. Die beiden Zurechnungsvorschriften kommen im Übrigen nicht nur im Fall einer Vertrags- sondern auch im Fall einer etwaigen Vertrauenshaftung zum Tragen (vgl. betr. Art. 55 Abs. 2 ZGB vgl. RIEMER, SHK-Vereins- und Stiftungsrecht, Art. 55 ZGB, Rn. 4; betr. Art. 101 Abs. 1 OR vorne, Rn. 345 m.H.).

836 Vgl. aus der publizierten Praxis zuletzt BGE 138 III 755, E. 4.2 m.H.

837 Vgl. bspw. Entscheid 4C.394/2005 vom 29. März 2006, E. 2.3 m.H.; ABEGGLEN, in: Vermögensverwaltung II, 83 f. m.H. (‹unbestritten›); ausführlich dazu ferner P.C. GUTZWILLER, 34 ff. m.w.H.; insb. betr. konkludent zu Stande gekommene Anlageberatungsverträge, STEININGER/VON DER CRONE, SZW 2009, 143 m.H.

838 Vgl. nur EGGEN, SZW 2011, 628 f. m.w.H.

wiederum auf das Auftragsrecht (vgl. Art. 425 Abs. 2 OR). Dieser Verweis beschlägt unter anderem die auftragsrechtliche Haftungsbestimmung, die zugleich die vorliegend potentiell relevanten Treue- und Sorgfaltspflichten regelt (vgl. Art. 398 Abs. 2 OR). Schliesslich ist der Auftrag im Allgemeinen auch der Auffangtypus für Verträge auf Arbeitsleistung, die keine besondere Regelung gefunden haben (vgl. Art. 394 Abs. 2 OR). Gerade auf dieser Grundlage erfassen die auftragsrechtlichen Vorschriften womöglich auch noch anders geartete Beziehungen zwischen Finanzdienstleistern und Kunden.

II. Doppelnormen

443 Die Qualifikation einer Vorschrift als Doppelnorm bedeutet zunächst schlicht, dass die darin geregelten Pflichten *gleichermassen dem öffentlichen Recht als auch dem Privatrecht angehören*[839]. Entsprechend handelt es sich aus der Warte der Stufenbaulehre um Vorschriften, die durch den Gesetzgeber als öffentliches Recht *und* als Privatrecht erzeugt werden. Steht die Qualifikation als Doppelnorm einmal fest, bedarf deren Übernahme in das Privatrecht folgerichtig *keiner* zusätzlichen Begründung. Die im geltenden Finanzmarktrecht meist diskutierte Doppelnorm ist Art. 11 BEHG, den das Bundesgericht in BGE 133 III 97 (dessen Sachverhalt dem Anlageberatungsfall zu Grunde liegt) als Doppelnorm qualifiziert hat[840]. Geregelt werden

---

839 Vgl. MEIER-HAYOZ, ZK, ZGB 680, Rn. 34: *«Rechtssätze, bei denen in ein und demselben Wortlaut ein öffentlichrechtlicher und ein privatrechtlicher zusammengefasst sind»;* ferner MARTI, ZK, Vor Art. 5/6 ZGB, Rn. 70; und aus der Gerichtspraxis zu BEHG 11 (der im Finanzmarktbereich wichtigsten Doppelnorm, vgl. sogl.) Entscheid 4C.205/2006 vom 21. Februar 2007, E. 3.3 *«institue des règles de conduite tant de droit publique et de droit privé».*

840 Vgl. aus der Praxis BGE 133 III 97, E. 5.2; 4A_213/2010 vom 28. September 2010, E. 4; Entscheid 4C.205/2006 vom 21 Februar 2007, E. 3.3 (wobei es sich freilich stets um *obiter dicta* handelt vgl. auch PFENNINGER, BSK-KAG, Art. 20, Rn. 8); schon vorher hat die EBK Art. 11 BEHG als Doppelnorm qualifiziert, zuerst in der Verfügung der EBK vom 30. März 2000, EBK Bull. 2000, 34 ff., E. 1a. Aus der Doktrin vgl. statt Vieler BAHAR/STUPP, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 11 BEHG, Rn. 6 m.w.H.; WEBER, OFK-BEHG, Art. 11, Rn. 3 m.w.H.; sowie die H. in BGE 133 III 97, E. 5.2. Umstritten ist, ob auch Art. 20 KAG eine Doppelnorm darstellt (*pro* bspw. JUTZI/SCHÄREN, Rn. 1199; *contra* vorab PFENNINGER, BSK-KAG, Art. 20, Rn. 8 – auch wenn er sich gegen den Begriff an sich nicht wehrt, vgl. a.a.O., Rn. 3.

Informations-, Sorgfalts- und Treuepflichten des Effektenhändlers[841]. Liegt eine Beziehung zwischen Effektenhändler und Kunde vor, sind die Pflichten im Rahmen dieser Beziehung also grundsätzlich anwendbar[842].

444 Freilich ist ein Richter, an den ein Schadenersatzanspruch aufgrund eines Verstosses gegen eine Doppelnorm herangetragen wird, von der **Einordnung der Pflichtverletzung unter die zur Verfügung stehenden Anspruchsgrundlagen** *nicht* entbunden[843]. Vielmehr ist ihm diese aufgegeben. Gemäss der Schweizer Haftungsrechtsordnung hat der Richter bei Vorliegen eines Vertrags die Aufgabe derart zu bewältigen, dass er die Verhaltensvorgaben, die sich aus der Doppelnorm ergeben, als – zumindest dispositive[844] – vertragliche Pflichten einfängt. Werden diese nicht eingehalten, liegt eine Vertragsverletzung vor, die ihrerseits gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR Hand zu Schadenersatz bietet[845].

445 Art. 11 BEHG fordert allerdings zum Beispiel nicht zwingend ein Vertragsverhältnis[846], sondern stellt schlicht darauf ab, ob sich ein Effektenhändler und ein Kunde gegenüber stehen. Angesichts des Gegenstands der einzelnen Pflichten wird dabei

---

841 Die Banken gehören dazu zwar nicht von Gesetzes wegen, allerdings decken sich die Bewilligungsvoraussetzungen weitgehend (vgl. HUBER/HSU, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 10 BEHG, Rn. 4 m.w.H.), so dass die meisten Banken zugleich über eine Effektenhändlerbewilligung verfügen (vgl. die Liste der bewilligten Institute auf der Website der Finma, <www.finma.ch>); für Näheres zur Notion des Effektenhändlers vgl. alsdann hinten, Rn. 883.

842 Es handelt sich bei den Pflichten um Art. 11 BEHG gleichsam um eine *«direkt anwendbare Regelungsordnung des Privatrechts»* (so BAHAR/STUPP, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 11, Rn. 12, m. zahlreichen w.H.; vgl. ferner WIEGAND/WICHTERMANN, 149, und auch 146).

843 Im Zusammenhang mit Art. 11 BEHG werden die beiden Fragen insb. von WYSS unterschieden (vgl. 72 ff. m.w.H.). Sodann kann insofern auch jenen Meinungen zugestimmt werden, denen gemäss Art. 11 BEHG keine selbstständige Anspruchsgrundlage darstellt (so WIEGAND/BERGER, ZBJV 1999, 727 ff.; und diesen insofern folgend VON DER CRONE/WEGMANN, SZW 2006, 316). Missverständlich bzw. unklar dggü. EGGEN, SZW 2011, 631, sowie EMMENEGGER, FS von Büren, 649, auf die EGGEN (a.a.O.) denn auch verweist.

844 Vgl. dazu näher hinten, Rn. 462.

845 Vgl. insofern auch BGE 133 III 97, E. 7; die auftragsrechtliche Haftungsbestimmung hat neben Art. 97 Abs. 1 OR allerdings keinen eigenständigen Gehalt (vgl. vorne, Fn. 343A m.H.).

846 Vgl. auch WIEGAND/BERGER, ZBJV 1999, 735; anders nunmehr freilich ein Entscheid des Zürcher Obergerichts (vgl. dazu hinten, nach Rn. 814).

allerdings grundsätzlich von einer *Sonderverbindung* ausgegangen werden können[847]. Infolgedessen kann der Richter ferner auf die Vertrauenshaftung (inkl. Haftung für *culpa in contrahendo*) abstellen[848] (falls die dieser zu Grunde liegenden Situationen nicht ohnehin als vertragliche qualifizieren[849]).

446 *Grössere Probleme* bereitet die **Frage, ob es sich bei einer Vorschrift überhaupt um eine Doppelnorm handelt**. Wie wir gesehen haben, qualifizieren die Vorschriften des Finanzmarktrechts unter dem Dach des FINMAG im Allgemeinen *als öffentlich-rechtlich* – so naturgemäss auch die Doppelnorm des Art. 11 BEHG. Als weitgehend offen erscheinen aber die Merkmale, die gegeben sein müssen, damit eine konkrete Vorschrift *auch als privatrechtlich* qualifiziert, die sich ein Schädiger sodann entgegenhalten lassen muss[850].

447 Zunächst bemerkenswert ist eine Feststellung, die in Deutschland in der allgemeinen Verwaltungsrechtsdoktrin gemacht wird. Danach ist an durch öffentlich-rechtliche Pflichten bestimmten Verhältnissen stets *zumindest ein Subjekt beteiligt, das über Hoheitsgewalt verfügt* (wenn dies auch nicht als hinreichend für die Qualifikation einer Vorschrift als öffentlich-rechtliche erachtet wird)[851]. Aus dieser Warte ist mit Blick auf vorliegend interessierende Vorschriften festzuhalten, dass den privaten Teilnehmern am Kapitalmarkt, deren Beziehungen geregelt werden, keine Hoheits-

847 Vgl. betr. die deutschen Wohlverhaltensregeln in der Sache auch EINSELE, ZHR 2016, 252.

848 Vgl. auch ROMY/BLOCH, FS Tercier, 651: *«devoirs légaux qui doivent être qualifiés d'obligations contractuelles accessoires lorsque les parties concluent un contrat* [..], *en l'absence d'une convention, ils constituent des devoirs précontractuels».*

849 Vgl. dazu hinten, 2. Teil / 2. Kapitel / IV. / 2.

850 Das Bundesgericht scheint schlicht darauf abzustellen, ob die Norm einem privatrechtlichen Zweck dient (vgl. BGE 133 III 97, E. 5.2; ebenso Entscheid 4A_213/2010 vom 28. September 2010, E. 4; ähnlich übrigens etwa auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 241; umgekehrt steht in BGE 97 I 96 im Vordergrund, ob die Vorschrift dem ‹öffentlichen Wohl› dient [vgl. E. 2e]). Dazu, wie die Abgrenzung abstrakt vorzunehmen, äussert sich das Gericht aber nicht im Einzelnen (vgl. auch SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2007, Fn. 12 [167 f.]). Auch Studien zu dieser Frage sind in der Schweiz m.W. – auch nach der Publikation von BGE 133 III 97 – ausgeblieben (vgl. auch WEBER, SJZ 2013, 410: *«die rechtssystematische Erfassung einer solchen Norm liegt weiterhin im Graubereich»;* ferner WIEGAND und BERGER, denen gemäss überhaupt keine ‹Theorie der Doppelnorm› existiert [ZBJV 1999, 722]; und ebenso WIEGAND/WICHTERMANN, 147 m.H.). Aus der deutschen Doktrin sind demgegenüber bspw. die Arbeiten von EINSELE, ZHR 2016, *passim;* FORSCHNER, vgl. 63 ff.; und LANG, ZBB 2004, *passim,* zu nennen.

851 Vgl. bspw. WOLFF ET AL., § 22, Rn. 28. In der Schweiz setzt dies von den für relevant gehaltenen Abgrenzungstheorien die Subordinationstheorie gleichsam voraus, wenn sie zum Kriterium erhebt, ob der Staat den Privaten ggü. hoheitlich auftritt oder nicht.

gewalt zukommt[852]. *Für sich genommen* liessen sich die Vorschriften mithin *nicht* als öffentlich-rechtliche rubrizieren[853]. Wie wir gesehen haben, statten allerdings die einschlägigen Gesetze die Behörden mit hoheitlichen Befugnissen aus, auf deren Grundlage sie über die Einhaltung der in den Finanzmarktgesetzen enthaltenen Verhaltensnormen wachen; infolgedessen gehören die fraglichen Vorschriften gleichwohl dem öffentlichen Recht an.

Nichtsdestotrotz kann an die Feststellung meines Erachtens angeknüpft werden. So ist, wenn eine zunächst öffentlich-rechtliche Bestimmung Pflichten zwischen Privaten *ohne* Hoheitsgewalt zum Gegenstand hat, darin zumindest ein **Aufgreifkriterium** für das Vorliegen einer Doppelnorm zu sehen. Dabei wird es sich in den Fällen, die vorliegend interessieren, um eine *Sonderverbindung* handeln, wobei die Anforderungen im Einzelnen letztlich durch Auslegung der potentiellen Doppelnorm zu ermitteln sind. Sowohl Art. 11 BEHG als auch die Verhaltensregeln gemäss FIDLEG setzen dabei überblicksartig zumindest einen Kontakt zwischen Kunde und Finanzdienstleister im Hinblick auf die Aufnahme einer Geschäftsbeziehung voraus[853A]. 448

Im Rahmen von *vertraglichen* (Sonder-)Verbindungen bestehen im Übrigen ferner *Hauptpflichten.* Diese werden parteiautonom bestimmt, soweit Vertragsfreiheit herrscht. Entsprechend wird es sich bei den Pflichten, welche die (gesetzlich vorgegebenen) Doppelnormen aufstellen, um *Nebenpflichten* handeln. 449

Alsdann wird im Allgemeinen[854] sowie hinsichtlich Art. 11 BEHG[855] die Auffassung vertreten, dass die **herkömmlichen Abgrenzungskriterien zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht** zur Anwendung zu bringen seien. Dabei wäre zu prüfen, ob die Kriterien eine (ausnahmsweise) Zuweisung zu *beiden* Rechtsgebieten zur Folge haben. Damit verhält es sich wie folgt (wobei es letztlich wiederum um eine Auslegungsfrage geht, die für jede jeweils in Frage stehende Vorschrift gesondert beantwortet werden müsste): 450

Wie wir eben gesehen haben, würde die *Subordinationstheorie* für eine Doppelnorm sprechen, wenn man einerseits das sog. ‹aufsichtsrechtliche Verhältnis› zwischen 451

---

852 Vgl. für Deutschland betr. die dort sog. Wertpapierdienstleister und deren Kunden LANG, ZBB 2004, 291 f.

853 Eine solche isolierte Betrachtung scheint in Deutschland bisweilen vorgenommen zu werden (vgl. FORSCHNER, 73 f. m.H., wobei er sich selbst zu Recht kritisch zeigt).

853A Vgl. betr. das FIDLEG auch Botschaft FIDLEG/FINIG, 44.

854 Vgl. EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, BK, Art. 1 ZGB, Rn. 91; MARTI, ZK, Vor Art. 5/6 ZGB, Rn. 70.

855 Vgl. WIEGAND/BERGER, ZBJV 1999, 722 m.w.H.; und wohl auch SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2007, Fn. 12 (167 f.).

Aufsichtsbehörde und Finanzdienstleister in Rechnung stellt und andererseits die Beziehung zwischen diesem und seinen Kunden[856].

452 Die *Sanktionentheorie* kann sodann nicht beigezogen werden, da vorliegend ja gerade in Frage steht, ob an die Verletzung der fraglichen Vorschriften zivilrechtliche Sanktionen anschliessen. Deren Berücksichtigung käme mit anderen Worten einer *petitio principii* gleich.

453 Was ferner die *Interessenstheorie* betrifft, sind wir vorne einstweilen zum Schluss gekommen, dass das Finanzmarktrecht mit dem Funktionsschutz jedenfalls öffentlichen Interessen dient.

453.1 Wie wir ebenfalls bereits erwähnt haben, bezweckt Art. 5 FINMAG mit dem Schutz der Kunden als Gläubiger, Anleger oder Versicherte aber auch die Protektion individueller Interessen. Deren Schutz ist *«nunmehr im FINMAG für alle Aufsichtsbereiche ausdrücklich und prominent erwähnt, während er z.B. im Zweckartikel des BEHG lediglich in Zusammenhang mit Transparenz und Gleichbehandlung der Anleger genannt wird»*[857]. Diese Entwicklung betrifft gerade auch das BEHG[858], auch wenn im Rahmen von dessen ursprünglichem Erlass noch der sog. ‹Anlegerkollektivschutz› im Vordergrund gestanden haben mag[859].

453.2 Vor diesem Hintergrund besteht im Allgemeinen durchaus die Möglichkeit, die finanzmarktrechtlichen Normen, die das Aufgreifkriterium erfüllen (*scil*. [auch] die Beziehung zwischen Finanzdienstleistern und Kunden regeln) dahingehend

---

856 Vgl. auch bereits vorne, Rn. 77 m.H.

857 HSU/BAHAR/FLÜHMANN, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 33 FINMAG, Rn. 5; vgl. insb. Art. 5 FINMAG und die diesbezüglichen Hinweise in der Botschaft FINMAG, 2859 f.; vgl. ferner BGE 136 II 43, E.3.2; 135 II 356, E. 3.1.; sowie WATTER, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 1 FINMAG, Rn. 9; wo der Kundenschutz jeweils vor dem Funktionsschutz angeführt wird.

858 Vgl. insb. die Botschaft Börsendelikte und Marktmissbrauch, wo der Schutz der einzelnen Marktteilnehmer bereits im Überblick über die Revision erwähnt wird (vgl. 6874); vgl. auch bereits die Botschaft FINMAG, 2859. Individualschutz bezweckt *de lege ferenda* auch das FIDLEG (vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, 35 f.), wobei gleichsam in Bestätigung des eben Evozierten auf das geltende Recht Bezug genommen wird. A.A. ist insb. MAURENBRECHER, demgemäss mit dem FIDLEG allein ein ‹Anlegerkollektivschutz› bezweckt werde, der von dem Schutz des individuallen Anlegers zu unterscheiden sei (vgl. FS von der Crone, 571 ff. sowie 585). Allerdings nehmen gerade die Verhaltensregeln des FIDLEG in bisher unbekanntem Ausmass auf die Bedürfnisse des individuellen Anlegers Bezug (vgl. CONTRATTO, 79 f.), so dass sich der Befund von MAURENBRECHER kaum aufrecht erhalten lässt.

859 Vgl. insb. CONTRATTO, 69 ff.

auszulegen, dass sie nicht nur öffentliche, sondern auch private Interessen schützen[860]. Entsprechend kommt das Bundesgericht im Zusammenhang mit Art. 11 BEHG zum Schluss, dass die darin aufgestellten Verhaltensregeln auch privatrechtliche Zwecke erfüllen[861].

Dem widerstrebt meines Erachtens nicht, wenn das Bundesgericht – wie vorne dargestellt – vor kurzem festgehalten hat, dass die Finanzmarktaufsicht eine wirtschaftspolizeiliche Aufgabe darstelle, die dem Schutz von Polizeigütern dient. So können auch der Polizeigüterschutz und der Schutz privater Interessen nebeneinander bestehen[862]. Letztlich widerspiegelt gerade der Schutz der polizeilichen Interessen (aber allgemeiner auch jener der öffentlichen Interessen überhaupt) *nur* die aufsichtsrechtliche Dimension der fraglichen Vorschriften[863] – sie rechtfertigen den behördlichen Eingriff; ihre Aussagekraft für die Frage, ob eine Vorschrift darüber hinaus den Zweck verfolgt, individuelle Interessen zu schützen, ist *für sich genommen* folglich beschränkt. 453.3

Der eigenständige Gehalt der *Funktionstheorie* im Vergleich zur Interessenstheorie ist schliesslich zweifelhaft. Bezweckt eine Norm den Schutz privater Interessen, erfüllt sie auch eine private Aufgabe (und *vice versa*). Insofern kommt auch nach der Funktionstheorie eine Qualifikation als Privatrecht in Frage. 454

860 Vgl. auch SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2007, Fn. 12 (167 f.). Vgl. allgemein auch die Analyse von FORSCHNER betr. die deutschen Wohlverhaltensregeln, 74 ff., insb. 76; a.A. betr. Art. 11 BEHG offenbar noch WIEGAND/BERGER, ZBJV 1999, 730.

861 Vgl. BGE 133 III 97, E. 5.2; bestätigt in Entscheid 4A_213/2010 vom 28. September 2010, E. 4; vgl. ferner bspw. BAHAR/STUPP, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 11 BEHG, Rn. 5.

862 Vgl. im Ergebnis auch MARTI, ZK, Vor Art. 5/6 ZGB, Rn. 107 ff. sowie Art. 6 ZGB, Rn. 316; ferner wird im einschlägigen BGE 139 II 279, insb. E. 4.2., ausdrücklich festgehalten, dass die FINMA auch bei der Erfüllung ihrer vermeintlich allein öffentlichen Aufgabe *«den Hauptzwecken der finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung, u.a. dem Schutz der Gläubiger bzw. Anleger»,* Rechnung zu tragen hat.

863 Im Zusammenhang mit den deutschen Wohlverhaltensregeln ähnlich EINSELE, ZHR 2016, 252. Ihrer Auffassung gemäss handelt es sich bei der Überwachung dieser Regeln durch die Aufsichtsbehörde gleichsam um das einzige valide Element, das *für* eine Qualifikation als *öffentlich-rechtliche* Vorschriften sprechen könnte. Alsdann vertritt sie gar den Standpunkt, dass von einer Qualifikation als öffentlich-rechtliche Normen ganz abgesehen werden könne, wobei sie als Hauptargument anführt, dass die Wohlverhaltensregeln die Sonderverbindung zwischen den Privaten (wohl zumindest tatsächlich) mitgestalten (vgl. a.a.O., 252 und 253 ff.). Damit könnte sie einen sog. naturalistischen Fehlschluss begehen, scil. eine *«logisch fehlerhaften Ableitung normativer Urteile aus deskriptiven Urteilen»* (so SEELMANN/DEMKO, Rechtsphilosophie, § 8, Rn. 19; vgl. auch ILTING, 277, beide m.H. auf den englischen Philosophen G. E. MOORE).

455 *Insgesamt* ergibt sich also gemäss den herkömmlichen Abgrenzungskriterien zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, dass eine Einordnung als Doppelnorm möglich ist[864]. Sehr robust erscheint die Begründung jedoch *nicht*. Angesichts der fehlenden Aussagekraft der Sanktionentheorie und der zweifelhaften Eigenständigkeit der Funktionstheorie läuft es letztlich darauf hinaus, dass eine Vorschrift, die das genannte Aufgreifkriterium im Sinn der *Subordinationstheorie* erfüllt, als Doppelnorm qualifiziert, sobald mit der Vorschrift im Sinn der *Interessenstheorie* auch private Interessen verfolgt werden.

456 Dies erscheint in zweierlei (verwandter) Hinsicht als problematisch: Zum einen sollte das Vorliegen einer Doppelnorm «nicht vorschnell angenommen werden, da diese Erscheinung im Widerspruch zur Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht in der Gesetzgebung steht»[865]. Um an vorne anhand der Stufenbaulehre entwickelte Terminologie anzuknüpfen, ist es mit anderen Worten besonders begründungbedürftig, dass eine Norm a priori in beiden Normensystemen einschlägig sein soll.

457 Zum andern wird vieles auf die Frage hinaus laufen, ob mit einer Vorschrift der Schutz privater Interessen bezweckt wird. Diese Auslegungsfrage eröffnet Raum für politische Wertungen[866] (die in vorliegendem Zusammenhang letztlich auf die Frage hinauslaufen, ob Private die Möglichkeit zur [direkten[867]] Anrufung der fraglichen Normen vor dem Zivilrichter haben sollen oder nicht). Auch wenn die Forderung im Raum steht, dass diese Wertungen vom Gesetzgeber und nicht vom Richter (oder gar von der Literatur) zu treffen sind[868], wird der Richter nicht immer auf hinreichend klare Vorgaben zurückgreifen können[869]. Letztlich eröffnet sich ihm so auch die Möglichkeit, materiale Wertungen des öffentlichen Rechts in das herkömmlich formal geprägte schweizerische Privatrecht einfliessen zu lassen. Wie erwähnt, erscheint es als vorzugswürdig, dies dem Gesetzgeber vorzubehalten.

458 Eine **Alternative** zeigt die deutsche Doktrin auf. So kommt JULIAN FORSCHNER, nachdem er die Abgrenzung anhand der (freilich in Deutschland) herrschenden Abgrenzungskriterien ebenfalls verwirft, zu folgendem Kriterium: Entscheidend dafür,

---

864 Vgl. auch SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2007, Fn. 12 (167 f.).

865 MARTI, ZK, Vor Art. 5/6 ZGB, Rn. 70.

866 MARTI, ZK, Art. 6 ZGB, Rn. 312.

867 Das heisst nicht im Rahmen eines Verweises durch das Privatrecht, vgl. vorne, 1. Teil / 1. Kapitel / II., *passim*.

868 Vgl. MARTI, ZK, Art. 6 ZGB, Rn. 312.

869 Dies illustrieren die Diskussionen, die im Zusammenhang mit der Schutznormeigenschaft vieler finanzmarktrechtlicher Normen geführt werden, die ihrerseits einen Individualschutzzweck voraussetzen (vgl. dazu hinten, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 5.).

ob eine öffentliche Vorschrift auch privatrechtliche Pflichten stipuliere, sei, dass die entsprechenden Konsequenzen **vom Gesetz vorgegeben** sind[870]. Nachdem das Aufgreifkriterium erfüllt ist, besteht die *Auslegungsfrage* mithin nicht (bzw. nicht allein) darin, ob die fragliche Vorschrift auch private Interessen schützt, sondern gleichsam, *ob sie auch privatrechtliche Pflichten aufstellt, auf die sich die Privaten vor dem Zivilrichter alsdann berufen können*[871]. Damit lassen sich vorne stehende Bedenken moderieren, denn ohne einen entsprechenden (zumindest auslegungsmässig ermittelbaren) Hinweis des Gesetzgebers wird man einer Norm den Doppelnormcharakter absprechen werden müssen, selbst wenn damit der Schutz privater Interessen bezweckt wird.

Konkreter: Die Vorschriften des Finanzmarktaufsichtsrechts gehören – wie dargestellt – zunächst dem öffentlichen Recht an. Dabei standen schon immer auch Individualinteressen auf dem Spiel, wie an vorderster Stelle der bankenrechtliche Gläubigerschutz zeigt. Folglich wurden die Kundeninteressen auch in den Zweckartikel des FINMAG aufgenommen[872]. Wie der Funktionsschutz, der im öffentlichen Interesse steht, werden diese privaten Interessen freilich *zunächst aufsichtsrechtlich* durchgesetzt[873]. Um der für das Schweizer Recht weiterhin prägenden Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht und dem sog. ‹Regelungsprärogativ› des Gesetzgebers Rechnung zu tragen, ist ein *zusätzlicher Hinweis* des Gesetzgebers im vorne stehenden Sinn erforderlich, damit von einer Doppelnorm ausgegangen werden kann. 459

Wie betont, ist es nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit, den entsprechenden Auslegungsvorgang für einzelne finanzmarktrechtliche Vorschriften nachzuzeichnen. Zwei Bemerkungen seien dem Verfasser nichtsdestotrotz erlaubt: 460

Was **Art. 11 BEHG** betrifft, hat URS P. ROTH in seiner einlässlichen Kommentierung der Vorschrift die Frage aufgeworfen, ob sich ein Privater *«auch unmittelbar auf Art. 11 BEHG stützen kann»*. Dieser Frage geht er alsdann in Auslegung des BEHG nach, um zum Schluss zu kommen, dass es sich bei Art. 11 BEHG um eine Doppelnorm handelt[874]. Darin kann zunächst durchaus eine Bestätigung des 460.1

870 Insb. 80; DIECKMANN diskutiert ebenfalls, ob die deutschen Wohlverhaltensregeln gemäss dem ‹Willen› des Gesetzgebers zivilrechtliche Pflichten stipulieren (vgl. AcP 2013, 26 ff.); ähnlich SETHE, in: Hb. der Vermögensverwaltung, § 5, Rn. 293 m.H.

871 Dies entspricht dem Vorgehen von U. ROTH zur Ermittlung der Doppelnormcharakters von Art. 11 BEHG, vgl. dazu sogl.

872 Vgl. nur die H. in der Botschaft FINMAG, 2859 f.

873 Vgl. BGE 139 II 279, insb. E. 4.2.

874 Vgl. U. ROTH, in: Hertig et al., Art. 11 BEHG, Rn. 22 ff. und 29.

vorliegenden Vorschlags gesehen werden. Alsdann ist ROTH auch im Ergebnis zuzustimmen. Zu beachten ist zunächst eine von ihm erwähnte, unmissverständliche Aussage anlässlich der Besprechung des Gesetzes im Nationalrat[875]. Weiter hat der Bundesrat zunächst vorgeschlagen, dass die Pflichten gemäss Art. 11 BEHG durch die Effektenhändler in ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen übernommen werden müssen, die von der Aufsichtsbehörde sodann kontrolliert werden[876]. Die Intention einer (zwingenden) privatrechtlichen Wirkung von Art. 11 BEHG ist damit offensichtlich. Von dieser ‹AGB-Kontrolle› wurde im Ständerat abgesehen, wobei sich das einschlägige Votum letztlich um diese *Modalität* dreht. Die Ausführungen werden jedoch damit eingeleitet werden, dass das Aufsichtsrecht insgesamt auftragsrechtliche Vorschriften aus dem Zivilrecht übernehme – und, sodann: *«L'observation de règles de comportement de la part du négociant vis-à-vis de ses clients est évidemment nécessaire. En tant que tels, les trois principes énumérés ne sont pas contestés.»*[877]. In der Summe steht damit meines Erachtens nicht, dass der Vorschrift generell zivilrechtliche Wirkungen abgesprochen werden sollen. Vielmehr soll von der ursprünglich vorgesehenen Modalität einer ‹AGB-Kontrolle› abgesehen werden, anhand welcher diese Wirkungen erreicht werden. Die Debatte im Ständerat um den Zweckartikel, die ROTH derart darstellt, dass sie gegen die zivilrechtliche Wirkung von Art. 11 BEHG sprechen könnten, sollte im Vergleich zu den spezifischen Hinweisen betreffend Art. 11 BEHG schliesslich nicht überbewertet werden. Dabei wird meines Erachtens in erster Linie betont, dass der Kunde *mangels Fehlverhalten* des Effektenhändlers seine Kursverluste selber tragen müsse[878]. Zudem wird in diesem Zusammenhang noch einmal angesprochen, dass der Anleger durch das OR geschützt sei, dessen Vorschriften durch verschiedene Präzisierungen wiederum im BEHG expliziert würden. Damit war wohl vorab Art. 11 BEHG gemeint. *Insgesamt* erscheint die Doppelnormeigenschaft der Vorschrift mithin als gerechtfertigt.

---

875 Die *«Sorgfaltspflichtregelung hat einerseits öffentlich-rechtliche Bedeutung in dem Sinne, dass die Aufsichtsbehörde* [..] *im öffentlichen Interesse einzuschreiten hat, wenn diese Sorgfaltspflichten nicht beachtet werden. Diese Verhaltensvorschriften haben auch privatrechtliche Bedeutung, nämlich im Verhältnis zwischen den Börsen und den Effektenhändlern einerseits und ihren Kunden anderseits. Sie ergänzen insbesondere die Bestimmungen des Obligationenrechtes über den Auftrag.»* (so der Kommissionssprecher DAVID, Amtl. Bull. NR 1994, 1052).

876 Vgl. Botschaft BEHG, 1405 f.

877 Amtl. Bull. SR 1993, 1005.

878 Vgl. Amtl. Bull. SR 1993, 1000 f, insb. die Voten von SCHLÜE und des Kommissionssprechers COTTIER.

Mit Blick auf die Zukunft stipuliert das **FIDLEG** ebenfalls **Verhaltensregeln**, die im Vergleich zu Art. 11 BEHG allerdings weiter gehen. Sie knüpfen auch an das Verhältnis zwischen Finanzdienstleister und Kunde an[879]. Hinsichtlich des Doppelnormcharakters dieser Regeln nimmt die Botschaft zu FIDLEG und FINIG eine *klare Weichenstellung* vor. Wie wohl diese Regeln mit dem Kundenschutz durchaus einen Individualschutzzweck verfolgen, lässt der Bundesrat betreffend ihre Eigenschaft als Doppelnormen keine Zweifel: *«Die aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten des FIDLEG greifen damit nicht unmittelbar in das privatrechtliche Verhältnis zwischen Finanzdienstleistern und Kundinnen und Kunden ein. Sie qualifizieren mithin nicht als Doppelnormen, sondern als öffentliches Recht»*[880]. Eingeführt wird stattdessen das bereits erwähnte (unselbstständige) Konzept der Ausstrahlungswirkung[881]. 460.2

Im Kontext der *Vernehmlassungsvorlage* war im Übrigen noch allein davon die Rede, dass die Verhaltensregeln eine entsprechende ‹Ausstrahlungswirkung› entfalten[882]. Sinngemäss ergibt sich daraus allerdings ebenfalls, dass sie – anders als Doppelnormen – *keine* unmittelbar anwendbaren privatrechtlichen Pflichten stipulieren sollen[883]. Schliesslich erscheint bemerkenswert, dass im *FINMA-Vertriebsbericht 2010,* der am Anfang des Gesetzgebungsprojekts stand, noch ausdrücklich Gegenteiliges festgehalten wurde: *«Das Gesetz würde neben reinem Aufsichtsrecht auch Doppelnormen enthalten, wie sie das geltende Recht etwa in der Form von Art. 11 BEHG oder Art. 20 KAG bereits kennt»*[883a]. Es wäre interessant näher zu untersuchen, welche Überlegungen (bzw. Kräfte) hinter dieser Entwicklung standen.

Im Übrigen wird *im deutschen Recht* diskutiert, ob die sog. Wohlverhaltensregeln gemäss WpHG, welche die Vorgaben der MiFID[884] (mithin einer EU-Richtlinie) umsetzen, deswegen *nicht* als Doppelnormen qualifizieren, weil es dem Gemeinschaftsgesetzgeber an der **Kompetenz** fehle, zivilrechtliche Vorschriften zu erlassen[885]. Auf die Situation in der *Schweiz* übersetzt, könnte sich eine analoge Problematik dann stellen, wenn der Erlass potentieller Doppelnormen durch den Bundesgesetzgeber im Rahmen eines Gesetzes erfolgt, das sich *nur* auf dessen verfassungs- 461

879 Vgl. Art. 8 ff. E-FIDLEG bzw. Art. 7 ff. FIDLEG. Einzelne Pflichten werden in dieser Arbeit, die sich grundsätzlich auf das geltende Recht bezieht, nicht besprochen.

880 So Botschaft FIDLEG/FINIG, 17; vgl. ferner 61, 105.

881 Botschaft FIDLEG/FINIG, 17; vgl. ferner 20, 61 f.

882 Vgl. Erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG, insb. 14 f.

883 Vgl. im Ergebnis auch ZELLWEGER-GUTKNECHT, Jahrbuch SGHVR 2014, 118.

883a Vgl. 67.

884 Nunmehr ersetzt durch die MiFID II.

885 Vgl. einlässlich FORSCHNER, 39 ff. m.H.

mässige Kompetenz zum Erlass öffentlich-rechtlicher Vorschriften abstützt. Sowohl das BEHG[886] wie auch das zukünftige FIDLEG[887] gründen freilich nicht allein auf der Kompetenz des Bundes zum Erlass von Aufsichtsrecht, sondern auch auf dessen Privatrechtskompetenz gemäss (nunmehr) Art. 122 Abs. 1 BV. Im Zusammenhang mit anderen Finanzmarktgesetzen wird die Privatrechtskompetenz aber nicht erwähnt[888]. Diese Begebenheit und deren Hintergründe können im Rahmen der Auslegung zwecks Ermittlung, ob ein Gesetz Doppelnormen enthält, eine Rolle spielen. *Kategorisch* steht sie dem Erlass von privatrechtlichen Normen allerdings *nicht* entgegen, da dem Bund die fragliche Kompetenz von Verfassungs wegen trotzdem zukommt (vgl. Art. 122 Abs. 1 BV)[889].

462 Steht die Eigenschaft einer Vorschrift als Doppelnorm einmal fest, stellt sich schliesslich die Frage, ob es sich dabei um **zwingendes oder dispositives Recht** handelt. Die Antwort hängt meines Erachtens im Einklang an eben erfolgte Ausführungen *ebenfalls von der Auslegung des fraglichen Gesetzes ab*[890]. Dazu bringen wir wiederum allein einige wenige Bemerkungen an:

462.1 Was Art. 11 BEHG betrifft, hat das Bundesgericht die Frage beantwortet: Die Norm hat (auch als solche des Privatrechtes) zwingenden Gehalt[891]. Dem lässt sich im Licht der eben erfolgten Hinweise zur Gesetzgebungsgeschichte im Hinblick auf die Doppelnormeigenschaft von Art. 11 BEHG durchaus zustimmen[892].

---

886 Vgl. Botschaft BEHG, 1439; sowie den Ingress zum BEHG.

887 Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, 168; sowie den Ingress zum E-FIDLEG bzw. FIDLEG.

888 So stützen sich bspw. FinfraG (vgl. Botschaft FinfraG, 7638; sowie den Ingress zum FinfraG) und das zukünftige FINIG (vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, 168; sowie den Ingress zum VE-FINIG bzw. FINIG) neben den aufsichtsrechtlichen Kompetenznormen *nicht* auch auf die Privatrechtskompetenz gemäss Art. 122 Abs. 1 BV.

889 Was die Anführung von Kompetenznormen im Ingress von Gesetzen betrifft, wird in den Gesetzestechnischen Richtlinien des Bundes (GTR) gleichsam ausdrücklich festgehalten, dass geradezu davon abzusehen sei, Art. 122 Abs. 1 BV aufzuführen, falls in einem Gesetz *«bloss* [..] *einzelne zivilrechtliche Bestimmungen enthalten sind»*.

890 Vgl. *im Allgemeinen* auch SCHWANDER, FS Kramer, insb. 403 ff.; dahingehend in Bezug auf die Wohlverhaltensregeln gemäss WpHG in der Sache auch DIECKMANN, AcP 2013, 42 f.

891 BGE 133 III 97, E. 5.2; vgl. ferner EMMENEGGER, FS Von Büren, 649 m.w.H.; SCHÄREN/JUTZI, Rn. 1203 m.w.H.; sowie bereits U. ROTH, in: Hertig et al., Art. 11 BEHG, 54 ff. und 92; WIEGAND/WICHTERMANN, 151; und im Grundsatz auch BAHAR/STUPP, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 11 BEHG, Rn. 12 und 40.

892 Vgl. insbesondere das Votum im Ständerat, wonach die Einhaltung der Verhaltensregeln gemäss Art.11 BEHG ‹klarerweise notwendig› *(‹évidemment nécessaire›)* sei (vgl. vorne Rn. 460.1 m.H.). Ferner werden in Bezug auf die Wohlverhaltensregeln gemäss WpHG

Im Hinblick auf die Verhaltensregeln des FIDLEG lässt sich die Frage aufwerfen, ob zumindest dispositive Doppelnormen aufgestellt werden sollen. So könnten einem Gesetzgeber Normen mit zwingendem Charakter vorschweben, wenn er – wie der FIDLEG-Gesetzgeber – von einem ‹unmittelbaren Eingriff in das Privatrechtsverhältnis› spricht, den er alsdann jedoch in Abrede stellt[893]. Für dispositive Normen bliebe entsprechend Raum. Allerdings wird der Doppelnormcharakter der Verhaltensregeln (gemäss der vorne zitierten Stelle) ausdrücklich abgelehnt. Ferner passt die darauffolgende Rede, wonach der Richter die aufsichtsrechtlichen Verhaltensregeln zur Konkretisierung der (herkömmlichen) privatrechtlichen Bestimmungen beiziehen *könne*[894], nicht in dieses Bild. In Anlehnung an die vorne stehenden Überlegungen zur Stufenbaulehre scheint es folglich nicht um genuine privatrechtliche Pflichten zu gehen, die mangels abweichender Parteivereinbarung zum Tragen kommen, sondern darum, dass die Verhaltensnormen durch vorhandene Privatrechtsnormen zwecks deren Konkretisierung in Bezug genommen werden[895]. Auf diesen (unselbstständigen) Gehalt des Konzepts der Ausstrahlungswirkung kommen wir alsbald zurück. 462.2

Selbst wenn eine Doppelnorm *zwingenden* Charakter hat, besteht in Nachachtung der bereits eingeführten Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundäransprüchen noch die Möglichkeit eines **Haftungsausschlusses**[896]. In der Folge kann durchaus eine ‹Schuld ohne Haftung› vorliegen, zumal eine Durchsetzung des (zwingenden) Primärleistungsanspruchs in vorliegendem Zusammenhang praktisch nicht im Vordergrund steht[897]. 463

Auf die Grenzen, die Haftungsausschlüssen gesetzt sind, wird vorliegend nicht eingegangen. Immerhin sei auf zwei Problemkreise verwiesen: 464

---

teleologische Überlegungen angestellt. Danach bezwecken die Wohlverhaltensregeln nicht nur den Anlegerschutz, infolgedessen ein konkreter Anleger darüber auch disponieren könnte. Vielmehr geht es auch um den Funktionsschutz, der nur im Fall einer zwingenden Durchsetzung der Vorschriften gewahrt bleibt (vgl. DIECKMANN, AcP 2013, 42 f.; sowie allgemeiner unter Verweis auf den [zumindest auch] öffentlich-rechtlichen Charakter der Wohlverhaltensregeln auch BENICKE, 495 f.). Diese Überlegungen sind auf die Rechtslage in der Schweiz übertragbar, da Art. 11 BEHG ebenfalls auf den Anleger- und den Funktionsschutz abzielt.

893 Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, 17.

894 Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, 17.

895 Eine weitere Möglichkeit besteht, abgesehen von der Inbezugnahme durch die Parteien, *pro memoria* nicht.

896 Vgl. auch WEBER, OFK-BEHG, Art. 11, Rn. 20.

897 Vgl. für Näheres die H. in der Einleitung vorne, Rn. 4.

464.1 Strengere Anforderungen an Haftungsausschlüsse bestehen zum einen, wenn ‹obrigkeitlich-konzessionierte Gewerbe› sich von ihrer Haftung freizeichnen (vgl. Art. 100 Abs. 2 OR und Art. 101 Abs. 3 OR). Diese Ausnahme ist im Finanzmarktbereich bedeutsam[898].

464.2 Ferner könnte man die Frage stellen, ob es sich bei (allen oder einzelnen) Pflichten gemäss Art. 11 BEHG im Rahmen von Auftragsverhältnissen (insb. Anlageberatung und Vermögensverwaltung) um sog. vertragswesentliche Pflichten, *scil*. sog. ‹Kardinalpflichten›, handelt. Ob ein Haftungsausschluss alsdann zulässig wäre, bleibt umstritten[899].

465 Ziehen wir **Bilanz**, kann von einer Doppelnorm ausgegangen werden, wenn (i) das Aufgreifkriterium erfüllt ist, wonach die fragliche Norm eine Beziehung zwischen Privaten regelt, und (ii) die Auslegung des fraglichen Gesetzes ergibt, dass die Norm auch privatrechtliche Pflichten stipulieren soll. Die Interessen, welche die Norm zu schützen bezweckt, sind dabei als Kriterium zu berücksichtigen, aber allein *nicht* hinreichend. Steht demnach einmal fest, dass eine Doppelnorm vorliegt, ist weiter zu bestimmen, ob diese dispositiven oder zwingenden Charakter hat. Dabei handelt es sich ebenfalls um eine Auslegungsfrage. Fernerhin ist die zivilrechtliche Grundlage zu bestimmen, die bei einer Verletzung einer Doppelnorm zu Schadenersatzansprüchen Hand bietet. Da die Doppelnormen (gleichsam im Rahmen des eben erwähnten Aufgreifkriteriums) regelmässig an Sonderverbindungen anknüpfen, stehen hier die vertragliche Haftung und allenfalls die Vertrauenshaftung als ‹dritte Haftungsspur› im Vordergrund.

---

898 So fallen sowohl Banken (*leading case:* BGE 112 II 450, E. 3a) als auch Effektenhändler darunter, an die Art. 11 BEHG adressiert ist (vgl. WEBER, OFK-BEHG, Art. 11, Rn. 20 m.H.). Mit der Ausdehnung der prudenziellen Aufsicht auf weitere Institute im Rahmen des FINIG (insb. auf sog. unabhängige Vermögensverwalter, vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, 9 und 112 f.), könnte diese Einschränkung alsdann weiter an Bedeutung gewinnen.

899 Die Frage wurde in BGE 124 III 155, E. 3c ausdrücklich offen gelassen. Ausführlich zum Diskussionsstand FELLMANN, BK, Art. 398 OR, Rn. 513 ff. m.H.; wobei m.W. seither keine wesentlichen Entwicklungen zu vermerken sind.

III. Anderweitige vertragliche Begründung von Pflichten gemäss öffentlich-rechtlichen Vorschriften

1. Vorbemerkungen

Im Kontext der vorne stehenden Ausführungen stellt die Sonderverbindung ein Aufgreifkriterium dar, das *in Auslegung der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen* gewonnen wird, deren Doppelnormeigenschaft zu ermitteln ist. Die Umstände, unter denen eine Sonderverbindung entsteht, sind entsprechend noch nicht dargestellt worden. Das wird nachfolgend unumgänglich. So stellt sich nunmehr vorab die Frage, ob die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen **durch die Parteien als vertragliche Pflichten gesetzt** wurden. 466

Gemäss Art. 1 Abs. 1 OR ist dazu *«die übereinstimmende, gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich.»* Trotz des Erfordernisses der Gegenseitigkeit können wir den Fokus nachfolgend aber auf das *Verhalten jener Partei* legen, *um deren Pflichten es geht,* gleichsam auf das Verhalten des Schädigers – im Finanzmarktbereich der Finanzdienstleister oder der Emittent. 467

Dabei kann sich die Frage stellen, ob im Verhalten des Schädigers ein *Angebot* zur vertraglichen Übernahme öffentlich-rechtlicher Pflichten zu sehen ist. Fällt die Antwort positiv aus, wird durch die entsprechenden Pflichten alsdann *nur* dieser belastet, so dass von einer stillschweigenden Annahme seitens des Geschädigten (im Finanzmarktbereich die Kunden oder Anleger) ausgegangen werden kann; es liegt ein ‹rein begünstigendes Angebot› vor (vgl. Art. 6 OR)[900]. In anderen Situationen stammt das potentielle Angebot vom Geschädigten. Hier ist entscheidend, ob in dem Verhalten des Schädigers eine *Annahme* zu sehen ist, wobei das Vorverhalten des Geschädigten bei der Auflösung der entsprechenden Auslegungsproblematik zu berücksichtigen sein wird. 468

---

900 Vgl. dazu nur SCHMIDLIN, BK, Art. 6 OR, Rn. 30 ff., wobei DERS. festhält, dass sich (auch) der Empfänger darauf verlassen können müsse, dass keine ausdrückliche Annahme erforderlich sei (a.a.O., Rn. 30); vgl. ferner ROHE, 161, der zur entsprechenden deutschen Gerichtspraxis vermerkt, dass sie in der Sache mit den dem Vertrauensprinzip zu Grunde liegenden Wertungen (vgl. dazu aus der Warte des Schweizer Rechts hinten, insb. 2. Teil / 2. Kapitel / III. / 2. / A. / b.) übereinstimmt. Ein Rückgriff darauf, die sog. ‹Vertrauensbetätigung›, bspw. den Erwerb von Aktien, als stillschweigende Annahme zu deuten (vgl. VON DER CRONE/WALTER, SZW 2001, Fn. 36 [59]; und grundsätzlich zustimmend LOSER, Vertrauenshaftung, Rn. 1081 inkl. Fn. 2740), erscheint insofern nicht erforderlich.

469 Schliesst der Schädiger mit dem Geschädigten einen *schriftlichen Vertrag* ab, kann er sich den öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen zunächst ausdrücklich unterstellen. Denkbar ist vorab, dass beispielsweise eine Bank mit Effektenhändlerbewilligung in ihre Vermögensverwaltungsverträge sinngemäss einen Passus aufnimmt, wonach sie ‹ihre Pflichten gemäss den öffentlich-rechtlichen Vorgaben erfüllt, die ihr als durch die FINMA beaufsichtigte Bewilligungsträgerin zukommen›. Solange der Wortlaut hinreichend klar ist, werden diese Fälle indessen *nicht pathologisch* sein. Im Beispiel würde die Bank im Prozessfall mit dem Argument, dass sie etwa den Pflichten nach Art. 11 BEHG *nicht* unterliegt, kaum durchdringen (so sie es denn überhaupt vorbringt).

470 *Problematisch* sind vielmehr die Situationen, in denen der Wortlaut unklar ist *oder* gar keine ausdrückliche Vereinbarung mit dem Geschädigten besteht. Spätestens sobald man sich der zweiten Situation widmet – mithin konkludentes Verhalten wie etwa das schlichte Eintreten auf ein Beratungsgespräch betroffen ist –, begibt man sich allerdings bereits in die Nähe des Anwendungsfelds gewisser Spielarten der sog. *Vertrauenshaftung***.** Dabei handelt es sich um ein Konzept, das sich als ‹dritte Haftungsspur› zwischen dem Vertrags- und dem Deliktsrecht eingenistet hat[901]. Es wird auch dazu verwendet, Haftungsansprüche wegen der Verletzung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen zu begründen[902]. Folglich können wir es nicht unberücksichtigt lassen.

471 Die Vertrauenshaftung ist gemäss Bundesgericht gegenüber der vertraglichen Haftung jedoch *subsidiär* anzuwenden[903]. Dem wird im Rahmen nachfolgender Ausführungen Nachachtung verschafft, indem wir zunächst *allein* die vertragliche Haftung behandeln (vgl. 2. Teil / 2. Kapitel / III. / 2.). Später werden wir (im Rahmen des Fazits zum vertraglichen Teil) auf die Vertrauenshaftung zurückkommen und fragen, ob für diese überhaupt noch ein eigenständiger Anwendungsbereich besteht (vgl. 2. Teil / 2. Kapitel / IV. / 2.).

472 Die Auffassung der herkömmlichen Vertragsrechtsdoktrin würde in vorliegendem Kontext – wie bereits angesprochen – bedeuten, dass durch *Vertragsauslegung beziehungsweise Vertragsergänzung* zu ermitteln ist, ob im Rahmen der Vertragsbezie-

---

901 Vgl. für H. insb. auf die Gerichtspraxis vorne, Fn. 8.

902 Vgl. betr. Art. 11 BEHG bspw. WIEGAND/BERGER, ZBJV 1999, 736 f. m.w.H.

903 Vgl. BGE 131 III 377, E. 3 (und die Parallelverfahren 4C.359/2004, 4C.361/2004, 4C.363/2004 und 4C.365/2004, je vom 25. Februar 2005, ebenfalls je E. 3); ferner Entscheid 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 5.1; aber auch bereits Entscheid 4C.194/2004 vom 17. September 2004, E. 1; aus der Literatur unter ausdrücklicher Zustimmung bspw. LOSER, Vertrauenshaftung, Rn. 1079; SCHWENZER, OR AT, Rn. 52.03.

hung der Parteien öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen zum Tragen kommen. Wir stellen *demgegenüber* folgende **zwei Fragen**[904]:

(i) Kann das *Erklärungsverhalten der relevanten Partei* – vorab nach dem Vertrauensprinzip – dahingehend ausgelegt werden, dass sich diese zur Einhaltung einer öffentlich-rechtlichen Verhaltensnorm verpflichtet hat?

(ii) Kann der *Richter* bei grundsätzlichem Vorliegen einer Vertragsbeziehung aufgrund einer an ihn gerichteten Ermächtigungsnorm von einer derartigen Verpflichtung ausgehen?

Bei der **Auslegung nach dem Vertrauensprinzip** wird ermittelt, ob aufgrund der äusseren Umstände des Verhaltens der fraglichen Partei eine *«vernünftige Person in den Schuhen des Erklärungsgegners nach Treu und Glauben»*[905] auf einen bestimmten Inhalt einer Willenserklärung schliessen kann und darf[906]. Sie findet *ausserhalb des individuellen Erklärungsverhaltens* unter eben diesen Umständen entsprechend *keinen* Anknüpfungspunkt[907]. 473

Der hiesige Ansatz weist mit der herkömmlichen Auffassung einstweilen zwar Ähnlichkeiten auf. So wird auch hier gefragt, ob eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zur Übernahme der fraglichen Pflicht führe. Bleibt die Auslegung ergebnislos, setzt aber gemäss herkömmlicher Auffassung die Vertragsergänzung nach dem sog. *‹hypothetischen Parteiwillen›* ein[908]. Dabei sei zu ermitteln, was die Vertragsparteien nach Treu und Glauben *«gewollt hätten, wenn sie die offene Rechtsfrage geregelt und so die Vertragslücke vermieden hätten»*[909]. Zu diesem Konzept ist Folgendes zu bemerken: 474

---

904 Ähnlich zum deutschen Recht wie hier bspw. HENCKEL, AcP 1960, *passim:* Vertragsauslegung nach Treu und Glauben; Vertragsergänzung *«durch Anwendung ungeschriebenen objektiven Rechts oder durch Konkretisierung der gesetzlichen Generalklauseln»;* und ferner HASSEMER, 38 ff. m.w.H. Aus der Schweiz kommen bspw. die Überlegungen von ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, vgl. insb. 75 f. und 142 ff., Vorliegenden nahe, wobei er ausserhalb der Ermittlung vertraglicher Pflichten gemäss dem Vertrauensprinzip – im Gegensatz zu hiesig verfolgtem Ansatz – sogl. für das Institut des einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnisses und alsdann eine Vertrauenshaftung plädiert.

905 So die Formel des Bundesgerichts (für H. vgl. nur SCHWENZER, OR AT, Rn. 27.41).

906 Vgl. nur KUT, CHK, Art. 18 OR, Rn. 4 m.w.H.

907 Vgl. HENCKEL, AcP 1960, 118; SONNENBERGER, Rn. 130.

908 Vgl. nur JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, Art. 18 OR, Rn. 556; WIEGAND, BSK-OR I, Art. 18, Rn. 65 und die dort. zit. Praxis.

909 Vgl. nur JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, Art. 18 OR, Rn. 559; WIEGAND, BSK-OR I, Art. 18, Rn. 65.

474.1 Zunächst ist der durch die Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip gewonnene Parteiwille *ebenso ‹hypothetisch›*, zumal ein (normativer) Drittmassstab einer vernünftigen Person angelegt wird. Insofern besteht *kein* Unterschied zwischen der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip und der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens[910].

474.2 Sodann wird herkömmlicherweise eine *‹Lücke›* als Voraussetzung der Vertragsergänzung auf den Schild gehoben. Eine solche sei anzunehmen, sobald eine regelungsbedürftige Situation nicht mehr vom ‹objektiven Regelungsgehalt› des Geschäfts erfasst wird, der *seinerseits* im Wege der Auslegung des individuellen Erklärungsverhaltens nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln sei[911]. Will man nun im Rahmen der Vertragsergänzung das Vorliegen eines hypothetischen Parteiwillens *ebenfalls* von der Bedeutung der individuellen Umstände des Parteiverhaltens gemäss dem Vertrauensprinzip abhängig machen[912], besteht keine Lücke, solange man sich *innerhalb* dieser Schranke bewegt – die individuellen Umstände, die zur vermeintlichen Lückenfüllung herangezogen werden können, belegen gewissermassen, dass gar keine solche besteht. Wenn man diese Schranke alsdann aber *überschreitet,* ist die Frage, ob sich die fragliche Pflicht durch eine Ergänzung des Vertrags gewinnen lässt, bereits negativ zu beantworten (da auch kein hypothetischer Parteiwille mehr vorliegt). Insofern bestätigt sich – wie dies im Allgemeinen in Deutschland vor allem ALEXANDER LÜDERITZ[913] herausgearbeitet hat – dass mit dem Lückenbegriff ein ‹Scheinproblem› benannt wird, solange zur Ermittlung der Lücke und zu deren Ausfüllung die *gleichen* Grundsätze zum Tragen kommen – so wie in vorliegendem Zusammenhang je das Vertrauensprinzip, das auf das individuelle Erklärungsverhalten appliziert wird[914].

---

910 So bereits OFTINGER, ZSR 1939, 197; ferner KRAMER, BK, Art. 18 OR, Rn. 224 m.H.; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, Art. 18 OR, Rn. 639; zum deutschen Recht bspw. HENCKEL, AcP 1960, 117; vgl. zur Bedeutung des ‹Willens› im Rahmen der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip hinten, insb. Rn. 505 ff.

911 So (deskriptiv) VOGENAUER, HKK-BGB, §§ 133, 157, Rn. 100 m.w.H.; für die Schweiz vgl. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, OR 18, Rn. 636 m.H. auf die Gerichtspraxis; dies ist sodann die Auffassung der heute wohl überwiegenden deutschen Doktrin (vgl. STÖLTING, 38 m.w.H.).

912 So bspw. KRAMER, BK, Art. 18 OR, Rn. 224 m.H.; oder WIEGAND, BSK-OR I, Art. 18, insb. Rn. 78.

913 Vgl. 401 ff.; ihm folgend SONNENBERGER, Rn. 165; und aus der Schweizer Literatur die bei KRAMER, BK, Art. 18 OR, Rn. 224 a.E. Genannten.

914 Vgl. ferner VOGENAUER HKK-BGB, §§ 133, 157, Rn. 99 m.w.H.: Von der Unterscheidung zwischen Vertragsauslegung und -ergänzung abzusehen, ist *«aus Sicht einer strikten*

Paradigmatisch für diesen Umstand stehen Situationen, in denen sich *«aus dem von den Kontrahenten Geregeltem geradezu zwingende, selbstverständliche Schlüsse»* ziehen lassen[915]. Zu denken ist etwa an Analogieschlüsse oder Schlüsse vom Grösseren aufs Kleinere[916]. In diesen Situationen wird eine Vertragsergänzung nach dem hypothetischen Parteiwillen für unproblematisch gehalten werden. Dasselbe Ergebnis lässt sich freilich bereits aufgrund der Auslegung des individuellen Erklärungsverhaltens gemäss dem Vertrauensprinzip gewinnen (auf Grundlage der Regelungen, die den Ausgangspunkt für die Schlüsse darstellen)[917].

Die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip deckt folglich jene Inhalte ab, die in Anknüpfung an das Individualverhalten der Parteien mit Rücksicht auf dessen Umstände ermittelt werden können. Darüber hinaus lässt sich *daraus nichts* gewinnen, auch nicht ein *arguendo* weiterreichender hypothetischer Parteiwille. *Ausserhalb* dieser Grenze kommen vielmehr **heteronome Wertungen** zum Zug[918], die sich jedoch durchaus auf den einzelnen Fall beziehen können[919] (so etwa, wenn ein Richter eine kleine unabhängige Anlageberatungs- oder Vermögensverwaltungsgesellschaft ausnahmsweise als gegenüber ihrem wichtigsten Kunden schützenswert erachtet und diesem entsprechend gewisse Pflichten auferlegt). Das entsprechend herausgestellte Problem wird in der Sache letztlich auch von Autoren erkannt, die *mit* dem Vertragslückenbegriff arbeiten[920]. 475

Im Übrigen nimmt der hiesige Ansatz auch Rücksicht auf den bereits mehrmals betonten *freiheitlichen Charakter der Schweizer Vertragsrechtsordnung*. Mit den Worten von HANS JÜRGEN SONNENBERGER zur analogen Situation in Deutschland ist 476

Erklärungstheorie [gemäss Schweizer Terminologie dem Vertrauensprinzip] *durchaus konsequent».*

915 So KRAMER, BK, Art. 18 OR, Rn. 240 m.H. auf PIOTET (KRAMER selbst ist indifferent, ob es dabei um Vertragsauslegung oder -ergänzung geht, vgl. Rn. 222).

916 Vgl. zu Beiden Arten von Schlüssen LÜDERITZ, 349 und 419 ff.; derartige Schlüsse werden auch in der Schweiz für zulässig erachtet (vgl. insb. KRAMER, BK, Art. 18 OR, Rn. 222 f. m.w.H., Rn. 240; auch Rn. 251); für Deutschland ferner NEUNER, FS Canaris, 904 f. und 913.

917 Vgl. NEUNER, FS Canaris, 913; HENCKEL, AcP 1960, 117 f.; vgl. auch KRAMER, BK, Art. 18 OR, Rn. 222. Zumindest bei Analogieschlüssen kann es sich anders verhalten, wenn man mit der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip bereits bei Überschreiten der sog. Wortsinngrenze aufhört (vgl. auch KRAMER und NEUNER, beide a.a.O.).

918 Vgl. HASSEMER, 39 ff.; zum Begriff der ‹Heteronomie› vorne, Rn. 158; vgl. in der Sache auch A. KOLLER, OR AT, § 10, Rn. 37, und § 48, Rn. 24; sowie DERS., BK, Art. 363 OR, Rn. 270.

919 Vgl. HENCKEL, AcP 1960, 124.

920 Vgl. insb. KRAMER, BK, Art. 18 OR, Rn. 241.

dazu einstweilen folgendes festzuhalten (wobei unter ‹typisierender Auslegung› das zu verstehen ist, was wir vorliegend mit ‹heteronomer Regelung› meinen)[921]: *«Die Rechtsordnung räumt den Einzelnen im gesetzlich näher umschriebenen Rahmen die Freiheit ein, durch Verträge* [..] *ihre private Rechtssphäre eigenverantwortlich zu regeln. Haben die Partner von dieser Freiheit Gebrauch gemacht, so muss sie der Interpret beachten. Er darf also nicht ausser Acht lassen, dass* [..] *sich* [..] *seine Tätigkeit als Interpret zunächst darauf richtet, ihnen als Akte individueller Privatrechtsgestaltung zum Erfolg zu verhelfen.* [..] *Zur typisierenden Auslegung darf daher erst übergegangen werden, wenn der vertraglichen Regelung näherliegende Interpretationsmassstäbe, etwa ein besonderer vertraglicher Sprachgebrauch, eine bestimmte Verfahrensweise oder* [für die Gegenpartei erkennbare] *Interessenlage usw. nicht greifbar sind.»* Gleichsam sollten sich materiale Gerechtigkeitsüberlegungen – wenn überhaupt – auf die Stufe der heteronomen Regelungen beschränken. Darauf wird zurückzukommen sein.

477 *Nach alledem* ermitteln wir im Folgenden zunächst, ob und inwiefern aus bestimmten Verhaltensweisen des Schädigers (im Finanzmarktbereich des Finanzdienstleisters oder des Emittenten) abgeleitet werden kann, dass *dieser autonom* öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen übernommen hat (vgl. 2. Teil / 2. Kapitel / III. / 2. / A.). Dabei spielt die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenpflichten keine grundsätzliche Rolle – kann die Frage bejaht werden, liegt mit Bezug auf die öffentlich-rechtliche Verhaltensnorm eine Verpflichtung vor.

478 Alsdann untersuchen wir, ob und inwiefern der *Richter* gestützt auf eine an ihn gerichtete Ermächtigungsnorm öffentlich-rechtliche Normen als Vertragspflichten festlegen kann (vgl. 2. Teil / 2. Kapitel / III. / 2. / B.). Wie wir sehen werden, ist dies nur möglich, falls zwischen den Parteien bereits ein Vertrag besteht. Dazu wird wiederum die autonome Setzung einer Hauptpflicht vorausgesetzt, so dass die durch den Richter womöglich zur Anwendung berufenen öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen *Nebenpflichten* darstellen. Als Konsequenz steht die Begründung von Pflichten durch den Richter aufgrund an ihn gerichteter Ermächtigungsnormen ferner nur im Finanzdienstleistungsbereich zur Diskussion, da zwischen Emittent und Anleger in aller Regel kein vorbestehender Vertrag vorliegt.

479 Damit kommt endlich auch die Unterscheidung zwischen an die Parteien und an den Richter gerichteten Ermächtigungsnormen zum Ausdruck. Das sind – im Sinn des Grundlagenteils – die Möglichkeiten, denen gemäss im Kontext des vorliegenden Unterkapitels gegebenenfalls öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im privaten Haftungsrecht Anwendung finden.

921 Vgl. Rn. 136.

2. Auslegung / Ergänzung von Willenserklärungen

A. Auslegung von Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip

a. Einleitung

Der Fokus unserer Überlegungen liegt auf dem Vertrauensprinzip. Selbstredend kann eine vertragliche Übernahme öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen aber – nach dem sog. **Willensprinzip** – auch dem tatsächlich übereinstimmenden Willen der Parteien entsprechen[922]. Paradigmatisch dafür steht die bereits erwähnte Situation, in welcher die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen ausdrücklich und aufgrund eines hinreichend klaren Wortlauts zum Vertragsinhalt mit dem Schädiger gemacht wurden. Gleichsam dieser Situation werden die Fälle, in denen die Übernahme einer Pflicht dem tatsächlichen Willen einer Partei entspricht, kaum je streitig sein, oder es geht um die Würdigung konkreter Indizien, hinsichtlich welcher sich kaum allgemeine Aussagen machen lassen. Es besteht daher *kein Anlass, Situationen näher zu behandeln, in denen der tatsächliche Wille zu erforschen ist*[923]. 480

---

922 Vgl. zu Willens- und Vertrauensprinzip nur die zumindest für die Schweiz grundlegenden Ausführungen von MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip, 25 und 67 ff. sowie 23 f. und 41 ff. Die weiteren Prinzipien, die zur Ermittlung der Bedeutung eines bestimmten Erklärungsverhaltens beigezogen werden können, das sog. Deutungsprinzip und das sog. Erklärungsprinzip, sind jedenfalls heute bedeutungslos (vgl. DERS., a.a.O., 23 und 29 ff. sowie 24); vgl. zu den Prinzipien ferner die Übersicht von HAUSHEER/JAUN, SHK-Einleitungsartikel, Art. 2 ZGB, Rn. 25. STEHLE schlägt jüngst vor, die Dualität von Willens- und Vertrauensprinzip zu Gunsten des letzteren aufzugeben (vgl. recht 2014, *passim*). Die Unterscheidung kann m.E. aber (auch unter Berücksichtigung der im nachfolgenden Absatz erwähnten Hinweise, die DERS. zum Teil ebenfalls erwähnt) durchaus beibehalten werden. Insbesondere erscheint es durchaus möglich, den tatsächlichen Willen zu ermitteln, ohne einfach nur ‹auf ihre nachträglichen Behauptungen zu ihrem damaligen inneren Verständnis› abzustellen (vgl. CORBOZ, 271 ff.; anders aber STEHLE, a.a.O., 259). Andererseits ist es der Verkehrssicherheit, welche die Auslegung nach dem (herkömmlichen) Vertrauensprinzip herzustellen vermag (vgl. KRAMER, BK, Art. 1 OR, Rn. 42 f.; MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip, 116; VOGENAUER, HKK-BGB, §§ 133, 157, Rn. 36) abträglich, wenn nunmehr bspw. auch mündliche Äusserungen der Parteien, die der anderen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht zugänglich waren, Berücksichtigung finden sollen (dahingehend aber wohl DERS., a.a.O., 261). Mit der Auslegung von Art. 18 OR, auf die DERS. zusätzlich abstellt (vgl. a.a.O. 258 ff.), setzen wir uns vorliegend freilich nicht auseinander.

923 Insofern ist auch nur von sekundärer Bedeutung, dass die Auslegung nach dem Willensprinzip vor jener nach dem Vertrauensprinzip gemäss herkömmlicher Auffassung Vorrang

480.1 Zu vermerken ist zum einen immerhin, dass es dabei nicht darum geht, einen übereinstimmenden *inneren Willen* der Parteien auszumachen, denn dessen Wahrnehmung ist uns bereits erkenntnistheoretisch versagt[924]. Dem wird im Rahmen der verbreiteten Feststellung, dass der Parteiwille nur aufgrund empirisch wahrnehmbarer Indizien, wie insbesondere mündlicher oder schriftlicher Äusserungen, ermittelt werden kann, durchaus Rechnung getragen[925]. Seltener festgehalten wird[926], dass dieser Vorgang bereits eine Wertung bedingt. Die jeweils in Frage stehenden akzidentiellen Äusserungen bilden ihren Inhalt nicht ohne Weiteres ab, infolgedessen dieser nicht einfach als Tatsache aufgegriffen werden kann[927].

480.2 Sollte zum andern der nach dem Vertrauensprinzip ermittelte Erklärungsinhalt von dem tatsächlichen Willen der Partei abweichen, die das Erklärungsverhalten an den Tag gelegt hat, besteht grundsätzlich die Möglichkeit, einen *Erklärungsirrtum* geltend zu machen (vgl. Art. 23 ff. OR)[928]. Diese Möglichkeit wird in Fällen, in denen Schadenersatzansprüche im Vordergrund stehen, selten diskutiert. Die Gründe dürften zum einen sein, dass sobald (‹nur›) Nebenpflichten in Frage stehen (vgl. dazu sogl.), eine Anfechtung nicht möglich ist, sofern diese nicht als subjektiv wesentlich zu qualifizieren sind[929]. Sodann ist Art. 26 OR zu beachten, demgemäss der Irrende bei (mindestens) Fahrlässigkeit um Schadenersatz angegangen werden kann. Alsdann wird in der Doktrin regelmässig festgehalten, dass beim Erklärungsirrtum *«ein Verschulden praktisch immer bejaht»* wird[930]. Wenn dieser Haftungstatbestand den Schädiger nicht gleichsam von einer Anfechtung abhält[931], dürfte der Geschädigte auf diesem Umweg folglich regelmässig doch

---

geniesst (vgl. statt Vieler KUT, CHK, Art. 18 OR, Rn. 2 m.H. auf Lehre und Gerichtspraxis).

924 Vgl. in der Sache vorne, Rn. 214 f.; und im vorliegenden Kontext bspw. KELLMANN, JuS 1971, 610.

925 Vgl. KRAMER, BK, Art. 18 OR, Rn. 76 f. m.H.; KUT, CHK, Art. 18 OR, Rn. 3 m.H.; vgl. auch CORBOZ, 271.

926 Vgl. immerhin die berechtigte Forderung, dass die Auslegung des Verhaltens mit Blick auf die Ermittlung des Willens einer Partei jedenfalls eine Rechtsfrage darstellen soll (vgl. KRAMER, BK, Art. 18 OR, Rn. 76 ff. m.H.; STEHLE, recht 2014, 261 ff.); vgl. auch KILIAN, Auslegung zivilrechtlicher Verträge, 275.

927 Vgl. BETTI, FS Rabel, 132 f.

928 Vgl. zum Verhältnis von Irrtumsrecht und Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nur KRAMER, BK, Art. 1 OR, Rn. 53 ff.

929 Vgl. SCHMIDLIN, BK, Art. 24 OR, Rn. 28 ff.

930 So VON DER CRONE/HOFFMANN-NOWOTNY, SJZ 2008, 60 m.H.

931 Vgl. MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip, 192 f.

noch zu Schadenersatz kommen[932]. Nachstehend findet entsprechend *keine nähere Analyse des Irrtumsrechts* statt.

Im Folgenden beabsichtigen wir zu ermitteln, ob und inwiefern aufgrund der äusseren Umstände eines bestimmten Verhaltens des Schädigers nach dem Vertrauensprinzip abgeleitet werden kann, dass dieser sich zur Einhaltung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen verpflichtet hat. Das gilt – wie eben bereits angesprochen – unbesehen davon, ob es sich bei den entsprechenden Pflichten um **Haupt- oder Nebenpflichten** handelt. Auch letztere müssen sich auf das (ausgelegte) Erklärungsverhalten des Schädigers zurückführen lassen[933]. 481

Steht freilich bereits fest, dass ein Vertrag besteht, in dessen Rahmen eine oder mehrere Hauptpflichten übernommen wurden, handelt es sich beim Verhalten, das der Begründung der Hauptpflichten zu Grunde liegt, um ein gegebenenfalls *zusätzliches* äusseres Element. Dieses gilt es bei der Auslegung gemäss dem Vertrauensprinzip im Hinblick auf die Begründung weiterer (Neben-)Pflichten zu berücksichtigen. Blicken wir auf die *Beispielfälle,* dürfte im Anlageberatungs-Fall ein (konkludenter Anlageberatungs-)Vertrag bestehen, derweil im Ad hoc-Publizitäts-Fall grundsätzlich nicht von einer vertraglichen Beziehung zwischen Anleger und Emittent ausgegangen werden kann. Auch *im Allgemeinen* wird sich die Situation im Finanzdienstleistungsbereich zum einen und im Kapitalmarktbereich zum andern tendenziell entsprechend präsentieren. 482

Das Erklärungsverhalten des *Schädigers* hat, wie im Allgemeinen bereits erwähnt, grundsätzlich in einem **Tun** zu bestehen. Ausnahmen sind ein Vorverhalten der schweigenden Partei (sog. ‹beredtes Schweigen›), besondere gesetzliche Regelungen (vgl. bspw. Art. 6 oder Art. 395 OR) oder eine Verpflichtung des Schweigenden nach 483

---

932 Sich geradezu auf Art. 25 OR berufen, um die Anfechtung *a priori* abzuwenden, kann der Geschädigte demgegenüber im Fall eines fahrlässigen Irrtums nicht (vgl. dazu SCHMIDLIN, BK, Art. 25 OR, Rn. 9 f.). Im Übrigen wird in der deutschen Doktrin darauf hingewiesen, dass bspw. bei öffentlichen Erklärungen (vgl. insofern den Ad hoc-Publizitätsfall) dem Schädiger eine Berufung auf einen Erklärungsirrtum ggf. versagt sein soll (SÄCKER, MünchKommBGB, 6. Aufl., Einl., Rn. 178 m.H.).

933 Art. 2 OR ändert daran in vorliegendem Zusammenhang schon nur deswegen nichts, weil er die (Sonder-)Fälle betrifft, in denen (i) die Regelung von Nebenpunkten vorbehalten wurde, sowie – je *per analogiam* – (ii) die Annahmeerklärung in Nebenpunkten vom Antrag abweicht und (iii) betreffend Nebenpunkte ein versteckter Dissens vorliegt (vgl. nur KUT, CHK, Art. 2 OR, Rn. 3 f. und Rn. 6). Auch bleiben davon die Funktionen unberührt, welche die Hauptpflicht zu erfüllen hat, namentlich die Fixierung der Pflicht, über die zwingend eine Einigung zu erfolgen hat, sowie die Fixierung des Vertragstyps (vgl. KRAMER, BK, Art. 18 OR Rn. 93, m.w.H.; und aus der deutschen Doktrin EMMERICH, in: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, 304).

Treu und Glauben, einen abweichenden Willen zum Ausdruck zu bringen, wie etwa im Fall eines kaufmännisches Bestätigungsschreibens[934]. Situationen, in denen eine dieser Ausnahmen eine Rolle spielt, sind zwar denkbar[935], stehen hier aber nicht im Vordergrund.

484 Den *Grund* dafür trifft eine Aussage von ERNST A. KRAMER betreffend die Vertragsergänzung in Hauptpunkten, die nicht mehr an ein äusseres Erklärungsverhalten anknüpft. Eine *«Ergänzungsbefugnis widerspräche dem Grundgedanken der Privatautonomie, wonach nur der vertraglich gebunden ist, der selber über den wesentlichen Inhalt dieser Bindung eine Regelung getroffen hat»*[936]. Die Aussage lässt sich sinngemäss dahingehend umformulieren, dass im Zusammenspiel von Freiheit und Verantwortung seitens des Schädigers grundsätzlich ein Handeln erforderlich ist, für das er dann aber auch einzustehen hat, wenn die Rechtsordnung daran (kontrollierbare[937]) Rechtsfolgen knüpft[938]. Sie gilt – nach eben erfolgten Hinweisen – meines Erachtens auch im Zusammenhang mit Nebenpflichten, die auf Basis des Vertrauensprinzips gewonnen werden. *Ergo* müssen sich auch diese auf ein entsprechendes Tun zurückführen lassen.

485 Im Übrigen schliesst daran nicht an, dass Tatsachen, die *ausserhalb* des Verhaltens des Schuldners stehen (sog. *‹ergänzende Auslegungsmittel›*[939]) überhaupt nicht in

---

934 Vgl.– wenn auch zum deutschen Recht – DÖRNER, HK-BGB, Vorbem. zu §§ 116–144 BGB; ähnlich zum Schweizer Recht bspw. SCHWENZER, OR AT, Rn. 27.11. Die Situationen, in denen der Grundsatz von Treu und Glauben ein aktives Verhalten erfordert, werden in der Schweiz (ebenfalls) im Rahmen von Art. 6 OR erfasst.

935 So kann gemäss BGE 133 III 97, E. 7.1, nach Treu und Glauben eine Beratungs- und Abmahnungspflicht entstehen, weil sich in der andauernden Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt hat. Hat die Bank im Rahmen früherer Beratungen bspw. der Risikoaufklärungspflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. a BEHG stets von neuem Rechnung getragen, kann ihr je nachdem auch die Pflicht zugeschrieben werden, sich auch zukünftig daran zu halten. Allerdings muss in dem Vorverhalten ein freiwilliges Moment ausgemacht werden können, reicht doch – wie zu zeigen sein wird (vgl. Rn. 523 ff.) – die Einhaltung gesetzlicher Pflichten *für sich* zur Begründung einer vertraglichen Pflicht nicht aus.

936 BK, Art. 1 OR, Rn. 171 m.H. (Hervorhebung im Original); vgl. ferner WIEGAND, BSK-OR I, Art. 18, Rn. 85 f. m.w.H., insb. auch auf abw. Auffassungen.

937 Vgl. dazu insb. hinten, 2. Teil / 2. Kapitel / III. / 2. / A. / d.

938 ¨ Vgl. vorne das bereits erwähnte Diktum von REPGEN (Fn. 578 m.H.), wenn gleich dieses in anderem Zusammenhang erfolgt ist.

939 Vgl. insb. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, Art. 18 OR, Rn. 385 ff.; und SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZK, Art. 1 OR, Rn. 256 und 266 ff.; ferner wird die Bezeichnung bspw. verwendet von KUT, CHK, Art. 18 OR, Rn. 13; WIEGAND, BSK-OR I, Art. 18, Rn. 26 ff.

Rechnung gestellt werden dürfen. Sie finden durchaus Berücksichtigung, wenn auch ‹nur› zur Beantwortung der Frage, ob und inwiefern dem *Verhalten des Schädigers* pflichtbegründende Momente entnommen werden können[940]. Im Allgemeinen sind *sämtliche* Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, unter denen das Erklärungsverhalten an den Tag gelegt wurde[941]; ein Gebot, das auch die ‹allgemeine Auslegungslehre› (*scil*. Hermeneutik) aufstellt[942]. Angesichts dessen, dass das Vertrauensprinzip die Warte des bereits erwähnten vernünftigen Dritten in den Schuhen des Erklärungsgegners einnimmt, ist freilich nur auf jene Umstände abzustellen, die diesem zugänglich sind[943].

Nach diesen einleitenden Bemerkungen wenden wir uns in den nachfolgenden beiden Unterkapiteln nun den Fragen zu, (i) welche Kriterien das Vertrauensprinzip *im Hinblick auf die vertragliche Übernahme öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen* aufstellt und (ii) wie diese alsdann zu operationalisieren sind. 486

Noch vorher legen wir jedoch dar, dass *weiter* die Möglichkeit besteht, in Auslegung des Erklärungsverhaltens der Parteien *privatrechtliche* Pflichten zu ermitteln, die einen *gleichlaufenden* Gehalt wie die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen haben. Solche Pflichten lassen sich mit anderen Worten *begründen*, *ohne* dass es eine entscheidende Rolle spielt, ob und inwiefern sie zusätzlich in öffentlich-rechtlichen Erlassen eine Regelung erfahren haben. Sie sind vorab im Finanzdienstleistungsbereich denkbar. Dabei handelt es sich *nicht* um die Begebenheit, die unsere Überlegungen in den nachfolgenden Unterkapiteln beschlagen. Sie ist vielmehr Gegenstand der restlichen Ausführungen des hiesigen Unterkapitels. 487

940 Vgl. HASSEMER, 38 F.; LÜDERITZ, 331 ff., demgemäss den vorliegend in Frage stehenden Umständen *«neben der Erklärung kein Eigenwert»* zukommen soll (333).

941 Vgl. nur KUT, CHK, Art. 18 OR, Rn. 4 m.H.; CORBOZ, 274 f.; ferner STEHLE, recht 2014, 260 ff., der – aus seiner Perspektive, der hier freilich nicht gefolgt wird (vgl. vorne, Fn. 922), konsequent – auch noch Umstände berücksichtigt, die aufgetreten sind, nachdem das Erklärungsverhalten bereits an den Tag gelegt worden ist.

942 Vgl. nur die grundlegenden Überlegungen von BETTI, FS Rabel, *passim;* sowie STEGMÜLLER, demgemäss der Interpret wie folgt vorzugehen hat: *«Er muss sich dazu die gesamte damalige Situation so genau wie möglich zu verdeutlichen versuchen, er muß sich darum bemühen, in die Vorstellungswelt jener Person einzudringen, insbesondere deren faktische und normative Überzeugungen in sich zum Leben zu erwecken; und er muss danach trachten, sich alle Motive zu vergegenwärtigen, welche Entscheidungen dieser Person hervorriefen»* (363).

943 Vgl. ferner nur CORBOZ, 274 f.; sowie KRAMER, BK, Art. 1 OR, Rn. 100 ff. (‹normative Auslegung nach dem Empfängerhorizont›).

488 In auf Dauer angelegten Anlageberatungsverträgen besteht beispielsweise unbesehen von Art. 11 Abs. 1 Bst. a BEHG eine Risikoaufklärungspflicht[944]. Blickt man in die Zukunft, regelt Art. 13 E-FIDLEG bzw. Art. 12 FIDLEG sodann die sog. Eignungsprüfung insbesondere des Vermögensverwalters, die in einem Kundenprofil zu kondensieren ist. Eine entsprechende Pflicht wird vom Bundesgericht für Vermögensverwaltungsverträge (ohne Rücksicht auf die zukünftige, öffentlich-rechtliche Pflicht) bereits heute festgehalten[945].

489 Vorbehältlich besonderer Umstände dürfte es in beiden Fällen möglich sein, die jeweilige Pflicht nach dem **Vertrauensprinzip** (bereits) auf das Erklärungsverhalten des Finanzdienstleisters zu stützen, namentlich die – ausdrückliche oder auch konkludente[946] – Übernahme der Hauptpflicht. So sind im ersten Fall eine Aufklärung über die Risiken der Hauptpflicht einer ‹sorgfältigen› Beratung *und* im zweiten Fall eine Abklärung der individuellen Verhältnisse des Kunden der Hauptpflicht einer ‹sorgfältigen› Vermögensverwaltung gleichsam *implizit*.

490 Im Hintergrund steht ein ‹altes Wort›, das lautet: *«Wer den Zweck will muss auch die Mittel wollen»*[947]. Um den Zweck zu ermitteln, den die Vertragsparteien (inkl. der zu Verpflichtende) ‹wollen›, ist dabei an die Vereinbarung der Hauptleistungspflicht anzuknüpfen. Steht der vereinbarte Zweck alsdann einmal fest, lassen sich daraus gemäss LÜDERITZ sog. *‹folgerichtige Wertungen›* ziehen, indem vom Zweck gemäss dem Vertrauensprinzip auf die zu dessen Erfüllung erforderlichen Mittel geschlossen wird[948]. Ein vernünftiger Schuldner muss gleichsam erkennen, dass er sich mit der Übernahme der Hauptpflicht ebenfalls zu Leistungen verpflichtet, die zur Erfüllung

---

944 Vgl. die ausgeführte Stelle aus BGE 133 III 97, E. 7.2 hinten, nach Rn. 499 (‹Abmahnungspflicht›); ferner bspw. EMMENEGGER, FS von Büren, 649 f., oder P.C. GUTZWILLER, 41 f., die Art. 11 Abs. 1 Bst. a BEHG im Rahmen derartiger Verträge – im Gegensatz zu *Execution Only*-Verträgen – die praktische Bedeutung als Doppelnorm entsprechend absprechen (vgl. insofern auch noch BENICKE, 483 m.w.H.).

945 Vgl. Entscheid 4A_140/2011 vom 27. Juni 2011, E. 2.1 und 3.1; und ferner den entsprechenden H. in der Botschaft FIDLEG/FINIG, 53.

946 Zur geringen praktischen Bedeutung konkludent abgeschlossener Vermögensverwaltungsverträge vgl. freilich noch hinten, Rn. 557 m.H. Anlageberatungsverträge kommen dggü. nicht selten konkludent zu Stande.

947 Vgl. OERTMANN, 185, dem das *«alte Wort»* denn auch entnommen wurde (vgl. im Allgemeinen auch 181 ff.).

948 Vgl. 349, und allgemeiner 344 ff. und 419 ff.; vgl. aus der Schweizer Doktrin ferner VIONNET, FS Von der Crone, 62 f.; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, Art. 18 OR, Rn. 412 f. (inkl. Bsp. in Rn. 413); und aus der deutschen Doktrin insb. LARENZ (u.a. NJW 1963, 738).

des Leistungserfolgs in folgerichtiger Weise erforderlich sind[949]. Auch wenn im Einzelnen nicht stets sicher sein wird, wann eine Wertung das Kriterium der Folgerichtigkeit erfüllt, hat es doch *heuristischen Wert*.

Blicken wir auf die eben erwähnten Fälle, dient zum einen der *Anlageberatungsvertrag* und die Pflicht zur ‹sorgfältigen› Beratung, die damit einher geht, der Befähigung des Anlegers zu einer informierten Anlageentscheidung (bzw. der sog. ‹Dispositionsfreiheit› des Anlegers). Eine informierte Anlageentscheidung inkludiert Kenntnisse über die Risiken einer Anlage. Daraus kann wiederum auf die erforderlichen Mittel geschlossen werden, *scil*. die Risikoaufklärungspflicht[950]. 491

Bei *Vermögensverwaltungsverträgen* geht es zum andern um eine dem individuellen Kunden gerechte Anlage von dessen Vermögen[951]. Dazu ist im Prinzip erforderlich, dass diese Interessen im Rahmen der Erstellung eines Kundenprofils zunächst ermittelt werden[952]. Das Bundesgericht stützt die Eignungsprüfung seinerseits im Übrigen direkt auf die auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht ab[953]. Wie die hiesigen Überlegungen zeigen, dürften sich die im Rahmen von Art. 398 Abs. 2 OR geregelten Sorgfaltsobliegenheiten (so wie wir sie verstehen) im Allgemeinen freilich auch in Auslegung des Parteiverhaltens gemäss dem Vertrauensprinzip gewinnen lassen. Entsprechend steht die höchstrichterliche Praxis vorliegenden Überlegungen nicht zwingend entgegen. 492

Bei *Execution Only-Verträgen* (als dritter Kategorie des ‹Anlagegeschäfts›) besteht die Hauptleistungspflicht *demgegenüber* darin, dem Kunden die Rechte an dem fraglichen Titel zu verschaffen. Daraus etwa auf eine Aufklärungspflicht hinsichtlich der Risiken des Titels zu schliessen, lässt sich mit dem Konzept der ‹folgerichtigen Wertung› offensichtlich nicht begründen; ein Konnex zum Hauptleistungszweck ist nicht auszumachen. 493

---

949 So im Ergebnis LÜDERITZ, 344 ff. und NEUNER, FS Canaris, 914 m.w.H.; sowie (unter Berufung auf PIOTET) wohl auch KRAMER, BK, Art. 18 OR, Rn. 222 und 240 m.H.; sowie VOGENAUER, HKK-BGB, §§ 133, 157, Fn. 358 (Rn. 104) m.H. auf einige, offenbar vereinzelt gebliebene Entscheide des BGH.

950 Vgl. bspw. auch BERGER, Verhaltenspflichten, 146 m.H. auf BERGER/MOSER, AJP 1999, 541 (die Ausführungen ergehen zwar gemäss der Terminologie von BERGER zu den Beratungspflichten, inhaltlich entsprechen diese indessen den vorliegend als Risikoaufklärungspflichten bezeichneten Pflichten).

951 Die ‹anlegergerechte› bzw. ‹interessenswahrende› Vermögensverwaltung als Hauptpflicht des Vermögensverwalters bezeichnet bspw. SCHALLER, Handbuch, Rn. 108 f. und 120.

952 Vgl. bspw. auch SCHALLER, Handbuch, Rn. 108.

953 Vgl. Entscheid 4A_140/2011 vom 27. Juni 2011, E. 2.1 und 3.1.

Ein weiteres Beispiel ist die Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers (vgl. Art. 321a Abs. 4 OR). Verrät etwa ein im Eigenhandel tätiger Arbeitnehmer partikuläres Know-How einer Bank, ist nicht das Vermögen betroffen, das er zwecks Erzielung einer Rendite für seinen Arbeitgeber einzusetzen hat, sondern das Vermögen der Bank *im Allgemeinen,* präziser deren zukünftiger Gewinn. Dessen Schutz lässt sich kaum aus der Hauptverpflichtung zur Arbeitsleistung ableiten, die das im Eigenhandel einzusetzende Vermögen betrifft[954]. Noch grössere Schwierigkeiten bereiten folgerichtige Wertungen, sobald die Hauptleistung auf (reine) Vermögensinteressen gerichtet ist, derweil Pflichten in Frage stehen, die den Schutz vor Beeinträchtigungen absolut geschützter Rechtsgüter bezwecken. Dabei stehen nämlich gleichsam qualitativ unterschiedliche Interessen auf dem Spiel. Weiterhin im Bereich des Arbeitsrechts wird als Beispiel regelmässig die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht angeführt[955], die neben der hauptsächlichen Lohnzahlungspflicht steht und in erster Linie den Schutz der Persönlichkeit und der Gesundheit des Arbeitnehmers bezweckt[956]. Ebendies gilt schliesslich in *umgekehrten* Situationen. Exemplarisch betrifft die Hauptleistungspflicht des Arztes die körperliche Integrität des Patienten. Entsprechend wird die Rolle als ‹Verwalter fremder Vermögensangelegenheiten›, in die der Arzt gedrängt wird, wenn ihm die Gerichtspraxis eine wirtschaftliche Aufklärungspflicht auferlegt[957], als der ärztlichen Tätigkeit geradezu ‹wesensfremd› eingestuft[958].

494 Bei den Pflichten, die auf der Grundlage ‹folgerichtiger Wertungen› gewonnen werden können, wird es sich in der Regel um *Nebenpflichten* handeln[959]. Diese werden in der Doktrin ihrerseits näher unterteilt, und zwar – überwiegend[960] – in:

---

954 Auch CHAPUIS differenziert bspw. danach, welche Vermögensmasse des Gläubigers jeweils betroffen ist (vgl. Responsabilité et devoirs accessoires, 89 ff.).

955 Vgl. statt Vieler A. KOLLER, OR AT, § 48, Rn. 23 und 31.

956 Vgl. bereits den Wortlaut von Art. 328 OR, und zwar von Abs. 1 und 2.

957 Vgl. näher dazu hinten, Rn. 626.1 m.H.

958 So zum deutschen Recht KATZENMEIER, 321 m.H.

959 Die Risikoaufklärungspflicht wird in Anlageberatungsverträgen zwar bisweilen gleichsam den Hauptpflichten zugerechnet (vgl. bspw. ABEGGLEN, in: Vermögensverwaltung II, 84; STEININGER/VON DER CRONE, SZW 2009, 144). Eine inhaltliche Unterscheidung der Beratungs- und der Risikoaufklärungspflicht ist aber durchaus möglich. Sie dürfte in etwa so ausfallen, dass die Risikoaufklärung einen eingrenzbaren, nur der Anlage anhaftenden Aspekt betrifft, derweil in einem Ratschlag sämtliche Aspekte einer Anlage mit Blick auf die Bedürfnisse eines Kunden zu kondensieren sind (vgl. bspw. LOMBARDINI, Chapitre XXIX, Rn. 18 ff., mit einem Beispiel, wonach die Risikoaufklärung im Gegensatz zum Anlageratschlag auch durch eine *«remise de la documentation relative aux risques d'un produit»* erfolgen könne [wie dies im Übrigen auch den Anforderungen von Art. 11 Art. 1 Bst. a BEHG entspricht; vgl. zur Form der Information ausführlich BAHAR/STUPP, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 11 BEHG, Rn. 53 ff.]). Entsprechend erscheint eine Einordnung als Nebenleistungspflicht vorzugswürdig (vgl. bspw. auch LOMBARDINI, a.a.O.; fer-

(i) *Nebenleistungspflichten,* die sich auf die Erfüllung der Hauptleistungspflicht beziehen (bspw. die Pflicht zur Fütterung des Pferds bis zur Übergabe an den Käufer *oder* die Pflicht eines [mit weiten Befugnissen ausgestatteten] Vermögensverwalters, die physischen Aktien eines Investitionsobjekts sicher aufzubewahren); und

(ii) Sog. *‹Schutzpflichten›,* die nicht das ‹Leistungsinteresse› an der Erfüllung der Hauptpflicht betreffen, sondern den Schutz des ‹Integritätsinteressens›, also der Rechtsgüter des Geschädigten (inkl. Vermögen; bspw. die [vom Bundesgericht festgehaltene] Aufklärungspflicht des Arztes über die Krankenkassendeckung[961]).

Die in voranstehendem Absatz erwähnten Beispiele sind demnach den Nebenleistungspflichten zuzuordnen. 495

Ganz allgemein dürften sich Nebenleistungspflichten oftmals in Auslegung des Parteiverhaltens gewinnen lassen, derweil dies in Betreff auf Schutzpflichten seltener der Fall sein wird[962]. Damit einher geht, dass die nachfolgenden Überlegungen zur vertraglichen Übernahme öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen in Situationen *von besonderem Interesse* sind, in denen Schutzpflichten in Frage stehen, wie etwa die Risikoaufklärungspflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. a BEHG bei *Execution Only*-Verträgen[963]; oder *de lege ferenda* bei ebensolchen Verträgen oder sog. *‹Reverse Solicitiation›*-Transaktionen[964] die Hinweispflicht, wonach keine Angemessenheits- 496

ner BAHAR/STUPP, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 11 BEHG, Rn. 43 [‹die Pflicht ist der Anlageberatungspflicht nicht gleichzustellen›]).

960 Vgl. statt Vieler CHAPUIS, AJP 2005, 654 f. und 658, je m.H.; WIEGAND, BSK-OR I, Art. 97, Rn. 32 ff. m.H.; in der Sache A. KOLLER, in: Guhl, § 31, Rn. 15 ff.; alle mit weiteren Bsp.; aus der deutschen Doktrin bspw. OLZEN, in: Staudinger, § 241 BGB, Rn. 161 f. m.w.H. Die Einteilungen und Bezeichnungen variieren allerdings (vgl. WIEGAND, BSK-OR I, Art. 97, Rn. 32 m.H.). Vor allem werden die Nebenleistungspflichten weiter differenziert, nämlich in solche, die *unmittelbar* auf die Hauptpflicht bezogen sind (sog. unselbstständige Nebenleistungspflichten), und (ii) solche, die *nur mittelbar* darauf bezogen sind (sog. selbstständige Nebenleistungspflichten), wobei nur ersteren Erfüllungsansprüche beigelegt sind (vgl. zum Schweizer Recht NEUENSCHWANDER, 7 ff.; und zum deutschen Recht EMMERICH, in: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, 306 FF.).

961 Vgl. BGE 119 II 456, E. 2; näher dazu hinten, Rn. 626.1.

962 Vgl. NEUNER, FS Canaris, 914 f.; A. KOLLER, OR AT, § 10, Rn. 37.

963 Der zukünftig durch Art. 9 Abs. 2 Bst. c E-FIDLEG bzw. Art. 8 Abs. 1 Bst. d und Art. 8 Abs. 2 Bst. a FIDLEG abgelöst werden wird.

964 Die Unterscheidung zwischen *Execution Only*- und *Reverse Solicitation*-Transaktionen erscheint als nicht geklärt. Womöglich handelt es sich bei der zweiten Notion um einen

oder Eignungsprüfung erfolgen wird (vgl. Art. 14 Abs. 2 E-FIDLEG bzw. Art. 13 Abs. 2 FIDLEG).

497 Allerdings lassen sich Nebenleistungspflichten *nicht* etwa *stets* auf das Erklärungsverhalten der Parteien zurückführen. Das belegt beispielsweise der Regelungsgehalt des Art. 12 E-FIDLEG bzw. Art. 11 FIDLEG, der insbesondere im Rahmen von punktuellen Anlageberatungsverträgen zum Tragen kommt[965]. Er stipuliert eine Angemessenheitsprüfung, um sicherzustellen, dass der Kunde genügend Kenntnisse und Erfahrungen hat, um auf Grundlage der ihm erteilten Auskünfte einen informierten Entscheid treffen zu können. Ein Bezug zur Hauptpflicht ist mithin auszumachen. Allerdings kann eine ‹normalisierte› Beratungsdienstleistung auch erbracht werden, *ohne* zu ermitteln, ob ein Kunde etwaige Defizite aufweist, die ihn an der Verarbeitung der Informationen hindern. Liegen nicht besondere Umstände vor, besteht im Rahmen der Auslegung gemäss dem Vertrauensprinzip für solche (materialen) Regelungen aber kaum Raum[966]. Besondere Umstände können beispielsweise in einer Nachfrage des Kunden oder (eben) in Momenten bestehen, die gemäss den nachfolgenden Überlegungen für eine Übernahme der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen sorgen.

Im Übrigen ist die Unterscheidung in Nebenleistungs- und Schutzpflichten praktisch insbesondere deshalb von Relevanz, weil letztere in der Regel nicht mit Erfüllungsansprüchen, sondern nur mit Schadenersatzansprüchen sanktioniert werden[967]. Zudem hat sich die Diskussion, ob neben dem Vertragsrecht eine ‹dritte Haftungsspur› erforderlich sei, insbesondere aufgrund der Unterscheidung der sog. Schutzpflichten entfacht[968] (wobei übrigens bisweilen auch eine deliktische Haftung vertreten wird[969]). In vorliegender

---

Oberbegriff für *sämtliche* Transaktionen, die *allein* auf Veranlassung des Kunden in Auftrag gegeben werden. *Execution Only*-Transaktionen liegen demgegenüber nur dann vor, wenn Aufträge in Frage stehen, die ein Finanzdienstleister auf der Grundlage einer Konto-/Depotbeziehung mit dem Kunden auf Veranlassung desselben direkt ausführt. Demnach würden bspw. einzelne Aufträge eines Kunden an einen unabhängigen Vermögensverwalter, der diese an eine Depotbank weiterleiten soll, nur unter den ersten Begriff fallen.

965 Vgl. zu der Vorschrift bspw. ABEGGLEN/HOCHSTRASSER, SJZ 2016, 375 f., welche diese als wichtigste neue Verhaltensregel im Vergleich zu der geltenden Rechtslage bezeichnen.

966 Vgl. dazu hinten, insb. Rn. 515 m.H.; zum materialen Charakter von Regelungen, die informationelle Defizite einer Partei betreffen, vorne, Rn. 405 f.

967 Vgl. nur WIEGAND, BSK-OR I, Art. 97, Rn. 32.

968 Vgl. grundlegend CANARIS, JZ 1965, *passim;* zur Vertrauenshaftung im vorliegenden Zusammenhang noch hinten.

969 In der Schweiz bspw. von A. KOLLER, insb. AJP 1992, *passim*. Im Zusammenhang mit der Haftung für reine Vermögensschäden, die bei DEMS., a.a.O., nicht im Vordergrund

Studie spielt die Unterscheidung in vorliegendem Kontext sowie insbesondere im Zusammenhang mit der Begründung von Nebenpflichten aufgrund an den Richter gerichteter Ermächtigungsnormen (insb. Art. 2 ZGB) eine Rolle.

Lassen sich aufgrund des (gegebenenfalls gemäss dem Vertrauensprinzip ermittelten) Parteiwillens nach alledem endlich Pflichten erstellen, die den *gleichen* Inhalt haben wie öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen, kommen diese *als Privatrecht* zum Tragen. Insofern geht es nicht um eine eigentliche *Anwendung* öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Privatrecht. Sobald allerdings die *Konkretisierung* der so erstellten, privatrechtlichen Pflichten in Frage steht, dürfte trotzdem noch die Möglichkeit bestehen, öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen beizuziehen, nämlich als (ergänzende) Auslegungsmittel – ähnlich wie beispielsweise Verkehrssitten[970] (jedoch aber nicht als solche[971]). Dabei handelt es sich jedoch – wie erwähnt – nicht um die Situationen, die nachfolgend untersucht werden sollen. Im Übrigen könnte man insofern auch noch von einer ‹Ausstrahlungswirkung› sprechen, die – im Einklang mit den vorne erfolgten Ausführungen zum Konzept im Allgemeinen[972] – durch privatrechtliche Überlegungen bestimmt ist. 498

Nachfolgend widmen wir uns nunmehr – der wohlgemerkt gleichfalls privatrechtlichen –Frage, ob und inwiefern aufgrund eines bestimmten Erklärungsverhaltens eines Finanzdienstleisters oder Emittenten *spezifisch* von einer Übernahme der öffentlich-rechtlichen Pflichten ausgegangen werden kann, die ihn (einstweilen im öffentlichen Recht) treffen. 499

Schliesslich werden in der Gerichtspraxis gewisse Elemente aufgeführt, welche die Umstände bezeichnen, unter denen von einem Zustandekommen *konkludenter* Anlageberatungsverträge ausgegangen wird. Unterschieden wird zwischen auf Dauer angelegten und punktuellen Verträgen. Was erstere betrifft, nennt das Bundesgericht das Kriterium, wonach *«sich wegen einer andauernden Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt hat, aus welchem der Kunde nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten darf.»*[973]. Im Zusammenhang mit zweiteren werden als Indizien, die für eine vertragliche Einigung sprechen, *«Gewerbsmässigkeit», «Entgeltlichkeit», «wirtschaftliches Interesse des Ratgebers», «Wichtigkeit des Rates für den Ratnehmer», «Geschäftsbeziehungen vor der Rater-*

steht, wäre dazu – entgegen der vorliegend vertretenen Auffassung (vgl. hinten, insb. Rn. 712 ff.) – der sog. ‹dritten Widerrechtlichkeitstheorie› zu folgen.

970 Vgl. zu dieser Möglichkeit KRAMER, BK, Art. 18 OR, Rn. 29 ff.

971 Vgl. dazu hinten, 2. Teil / 2. Kapitel / III. / 2. / B. / c.

972 Vgl. vorne, Rn. 169 f.

973 *Leading case* ist BGE 133 III 97, E. 7.2; vgl. ferner ABEGGLEN, in: Vermögensverwaltung II, 82.

teilung» und *«Ratschlag auf Begehren des Kunden»* angeführt[974]. Diese Elemente spielen nachfolgend in der einen oder anderen Form zwar durchaus eine Rolle[975]. Als Kriterien, anhand welcher in Auslegung eines bestimmten Erklärungsverhaltens festgelegt werden kann, ob ein Anlageberater sich *spezifisch* zur Einhaltung öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen verpflichtet hat (und nicht nur zur Einhaltung der auftragsrechtlichen Pflichten, die mit dem Abschluss eines Anlageberatungsvertrags einher gehen), taugen sie allerdings kaum.

b. Kriterien der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip im Hinblick auf die vertragliche Übernahme öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen

500 Der (normative) Drittmassstab einer vernünftigen Person, den der Richter bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip einzunehmen hat, eröffnet diesem einen grossen Ermessensspielraum[976]. Dem entspricht, dass die Hermeneutik als Auslegungslehre dem Vorwurf ausgesetzt ist, nicht für eindeutige Ergebnisse zu sorgen; deren Aussagen haben gleichsam nur heuristischen Wert[977]. Diese **Unbestimmtheit** im Rahmen von allgemeinen Aussagen zu kanalisieren, ist nicht immer einfach.

501 So ist zunächst zu berücksichtigen, dass – wie wir bereits ausgeführt haben – grundsätzlich sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind, unter denen das Erklärungsverhalten an den Tag gelegt wurde.

502 Weiter werden in der Literatur zwar in durchaus ausführlicher Weise *‹Mittel›* genannt, die bei der Auslegung von Verträgen heranzuziehen sind. Diese betreffen in erster Linie ausdrückliche, vorab schriftliche Willensäusserungen. KRAMER nennt den ‹Wortlaut›, die ‹Systematik›‹ die ‹Vorverhandlungen›, das ‹Verhalten nach Vertragsschluss›, die ‹Verkehrssitten und Handelsbräuche›‹ den ‹Vertragszweck›, den ‹Schwerpunkt des Vertrags›, die gesetzeskonforme Auslegung und die Auslegung nach vernünftigem Sinn› sowie die ‹übrigen Begleitumstände›[978]. Sie stehen auch in

---

974 Vgl. P.C. GUTZWILLER, 35, m.H. Die deutsche Gerichtspraxis bringt ähnliche Kriterien zur Anwendung, vgl. FORSCHNER, 110 f. m.H.

975 Vgl. jenem der andauernden Geschäftsbeziehung bspw. hinten, Rn. 634; und zu jenem des Anstosses des Beratungsgesprächs durch den Kunden Rn. 625.

976 Vgl. VOGENAUER, HKK-BGB, §§ 133/157, Rn. 36 m.w.H.; und bspw. auch KELLMANN, JuS 1971, 611.

977 Vgl. nur STEGMÜLLER, 360 ff.

978 BK, Art. 18 OR, Rn. 22 ff.; vgl. ferner JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, Art. 18 OR, Rn. 370 ff.

einer gewissen Prioritätsordnung, wobei der Wortlaut an oberster Stelle steht[979]. Dazu kommen sog. *Auslegungsregeln* (wie bspw. die Regeln *‹in dubio contra stipulatorem›* oder *‹in favor negotii›*), deren Tragweite im Einzelnen aber umstritten ist[980].

Das richterliche Ermessen lässt sich damit allerdings *kaum* wesentlich eingrenzen, abgesehen von den (nicht unbedingt seltenen) Fällen, in denen der Wortlaut gemeinhin eine klare Bedeutung hat und die anderen Auslegungsmittel nicht klar dafür sprechen, dass diese gerade nicht gemeint war[981]. 503

Noch grösser ist das Ermessen bei konkludentem Erklärungsverhalten. Hier ergibt sich «die Beachtlichkeit aller, den rechtsgeschäftlichen Vorgang begleitenden, den Geschäftswillen der Parteien indizierenden Umstände [..] geradezu aus der Natur der Sache»[982]. Entsprechend ist eine gewisse Zurückhaltung geboten: «Der Erklärungsempfänger ist eben nur dann in seinem Vertrauen auf seine Interpretation des Verhaltens seines Partners als Willenserklärung eines bestimmten Inhalts schützenswert, wenn dieses Verhalten in der konkreten Situation unmissverständlich war, also wirklich nach Treu und Glauben nur den Schluss auf einen bestimmten Geschäftswillen zuliess»[983]. 504

Auslegungs*ziel* ist (auch) bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ein Parteiwille (wie wohl ein normativer[984], wobei die Implikationen sogleich noch näher zu diskutieren sein werden). Entsprechend ist nicht nur der aus dem Verhalten des Erklärenden abzuleitende Inhalt einer Willensäusserung zu ermitteln, sondern auch, ob 505

---

979 Vgl. nur KRAMER, BK, Art. 18 OR, Rn. 22 m.w.H.; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, Art. 18 OR, Rn. 399 f. Eine sog. *‹plain meaning rule›* wird in der Schweiz dggü. abgelehnt (vgl. KRAMER, BK, Art. 18 OR, Rn. 47 und JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, Art. 18 OR, Rn. 398); anders, mit zumindest für dieses Rechtsgebiet beachtlichen Gründen, bspw. im englischen Handelsrecht (dezidiert z.B. BRIDGE, Rn. 2.09.).

980 Vgl. KRAMER, BK, Art. 18 OR, Rn. 47 ff., der sich insofern zurückhaltend zeigt; freundlicher dggü. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, Art. 18 OR, Rn. 486 ff.

981 Vgl. zu den Umständen, unter denen das Bundesgericht von einem Vorrang des Wortlauts ausgeht, JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, Art. 18 OR, Rn. 399 f. m. zahlreichen H.

982 KRAMER, BK, Art. 18 OR, Rn. 45.

983 So KRAMER, BK, Art. 1 OR, Rn. 11.

984 Vgl. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, Art. 18 OR, Rn. 316 und 346; KRAMER, BK, Art. 1 OR, Rn. 45; BYDLINSKI, demgemäss es darauf ankommt, *«was der Erklärungsadressat bei sorgfältiger Deutung des Erklärungsverhaltens unter den ihm erkennbaren Umständen als Willen des Erklärenden annehmen durfte»* (BJM 1982, 4 f. m.w.H.); sowie VON DER CRONE/WEGMANN: *«Das Vertrauen des Erklärungsempfängers richtet sich darauf, dass in der Erklärung ein bestimmter Wille des Erklärenden zum Ausdruck kommt»* (ZSR 2007 I, 125); zum deutschen Recht ferner KELLMANN, JuS 1971, insb. 612; vgl. auch bereits vorne, Rn. 474.1.

in dessen Verhalten ein *Verpflichtungswille hinsichtlich dieses Inhalts* zum Ausdruck kommt. Der derart zu ermittelnde Parteiwille wird regelmässig als **‹Geschäftswille›** bezeichnet[985].

506 Geht es um die vertragliche Übernahme öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen, *steht der Inhalt der fraglichen Pflichten fest*. Folglich können wir uns nachfolgend auf die Formulierung der Kriterien konzentrieren, anhand welcher bestimmt werden kann, *ob bezüglich dieses Inhalts ein Geschäftswillen besteht*[986]. Dabei stellt sich die Herausforderung, das erwähnte richterliche Ermessen einzudämmen, weiterhin.

507 Hinter der Forderung nach einem Geschäftswillen steht letztlich die Frage, ob – gemäss Nomenklatur der Stufenbaulehre – der Schädiger von einer an ihn gerichteten Ermächtigungsnorm Gebrauch gemacht, *scil*. eine autonome Regelung gesetzt hat[987]. Dabei schwingt das Konzept der Privatautonomie mit. Dieses wird traditionell mit dem *Willensprinzip* verknüpft[988]. Hier hängt die Antwort auf die die Frage (bei allen erwähnten Schwierigkeiten[989]) davon ab, ob sich ein *tatsächlicher* (Geschäfts-)Wille ausmachen lässt, eine Verpflichtung zu übernehmen. Sollen die (normativen) Anforderungen, die gemäss dem *Vertrauensprinzip* an das Verhalten des Schädigers herangetragen werden[990], die Grenzen der Privatautonomie im Sinn des Erfordernisses des Geschäftswillens ebenfalls abstecken, ist allerdings ein alternatives Konzept erforderlich.

---

985 Vgl. bspw. KUT, CHK, Art. 1 OR, Rn. 6 m.H.

986 Steht der Inhalt der Pflicht nicht fest, sondern ist (ebenfalls) durch Auslegung des Erklärungsverhaltens zu gewinnen, erscheint eine Abtrennung des Problems ‹ob› eine Verpflichtung vorliegt, von jenem ‹wozu› diese Verpflichtung besteht, demgegenüber nicht möglich (vgl. KELLMANN, JuS 1971, 609 m.w.H.; vgl. auch KRAMER, BK, Art. 1, Rn. 101 m.w.H.).

987 Vgl. i.d.Zh. auch noch das Diktum von ADOMEIT, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1972, 510 F., wonach die Stufenbaulehre den *«Ausdruck Privat-Autonomie (Selbst-Gesetzgebung) wörtlich»* nimmt.

988 Vgl. als Ausfluss davon bspw. noch heute die entschiedene Forderung von PICKER, wonach eine freiheitliche Rechtsordnung vom Erfordernis des Erklärungsbewusstsein – das mit einer Auslegung gemäss dem Vertrauensprinzip nicht vereinbar ist (vgl. KRAMER, BK, Art. 1 OR, insb. Rn. 50; vgl. zum Erfordernis ferner hinten, Rn. 573 ff.) – nicht absehen dürfe (vgl. Privatrechtsgesellschaft, 219 ff.).

989 Denen gegebenenfalls auf dem Weg der nachfolgend vorgeschlagenen Abstraktion ebenfalls Rechnung getragen werden kann, wobei dem vorliegend mangels Erkenntnisinteresse (vgl. vorne, Rn. 480) nicht nachzugehen ist.

990 Vgl. insofern erneut den Hinweis von KILIAN, insb. 274 ff., wonach es bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip um die ‹Bewertung von Sachverhalten anhand relevanter Rechtsnormen› geht.

Mit dem Vertrauensprinzip wird zunächst der bereits erwähnte **Drittmassstab einer vernünftigen Person** auf den Schild gehoben. Damit wird dem Schädiger (i) die Möglichkeit eröffnet, sich diesem Massstab gemäss, *scil*. sorgfältig zu gerieren, wenn er sich erklärt, aber (ii) auch die Möglichkeit, vom fraglichen Erklärungsverhalten gegebenenfalls von vorneherein Abstand zu nehmen. Tatsächliche (‹willentliche›) verwandelt sich damit in *mögliche* Selbstbestimmung[991]. Als Gegenstück dazu trifft den Empfänger der Willenserklärung eine sog. ‹Deutungsdiligenz›[992]. In der Summe entspricht das Vertrauensprinzip damit dem Gleichbehandlungsgebot[993] (im Gegensatz zum Willensprinzip, das den Schädiger einseitig bevorzugt) – der Drittmassstab richtet sich gleichsam an *beide* Parteien[994]. 508

Das Moment, nachdem anhand dieses Drittmassstabs zu suchen ist, *scil*. das Moment, das vorliegen muss, damit von einem Geschäftswillen, mithin von einer Aus- 509

991 Vgl. auch BYDLINSKI, BJM 1982, 18 f., bei dem in diesem Zusammenhang von ‹Parteiautonomie im weiteren Sinne› die Rede ist; ROHE, 158 ff. und (zusammenfassend) 194 m.H. auf RAISER. Ähnliche Überlegungen finden sich im Zusammenhang mit der Legitimation der Vertrauenshaftung zudem bei LOSER, Vertrauenshaftung, Rn. 168 ff. Wenn er alsdann aber zusätzlich auf gesamtwohlfahrtschaftliche Überlegungen abstellt (vgl. Rn. 171 f.), konterkariert das konzeptionell mit der freiheitlichen Perspektive, die er zunächst einnimmt (vgl. dazu bereits vorne, Fn. 744).

992 So KRAMER, BK, Art. 1 OR, Rn. 42; vgl. ferner HÜBNER, FS Nipperdey, 387. Meines Erachtens missverstanden werden könnte daher der Hinweis von JÄGGI, GAUCH und HARTMANN, wonach auf die Kenntnisse des jeweiligen Erklärungsempfängers abzustellen ist (vgl. ZK, Art. 18 OR, Rn. 356). Der sich Erklärende darf grundsätzlich von dem Kenntnisstand eines *sich sorgfältig gerierenden* Erklärungsempfängers ausgehen. ROHE warnt in diesem Zusammenhang vor überspannten Anforderungen (vgl. 158). Das ist jedenfalls aus gesamtwohlfahrtschaftlicher Perspektive beachtlich (vgl. insofern bspw. auch LOSER, Vertrauenshaftung, insb. Rn. 170 f.), da von den hohen Anforderungen *beide* Parteien betroffen sind, weniger aber aus freiheitlicher Sicht. Im Einzelnen sind die Grenzen schwierig zu ziehen, wobei das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) für eine gewisse Schranke sorgen wird, insb. die Fallgruppe des ‹krassen Missverhältnisses der Interessen› (bspw. bei Berufung auf im vorvertraglichen Stadium ausgetauschte, umfangreiche Unterlagen, die dem Erklärungsempfänger zwar zugegangen sind, deren Durchsicht aber bspw. angesichts ihres *prima vista* unbedeutenden Gehalts vernünftigerweise nicht erwartet werden kann).

993 Vgl. BYDLINSKI, BJM 1982, 18 m.w.H.; KRAMER, AcP 1971, 935 f. m.w.H.; DERS., BK, Art. 1 OR, Rn. 42 m.w.H.; und insb. auch bereits MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip, insb. 110 f. KRAMER, AcP 1971, a.a.O., bezieht sich dabei in zutreffender Weise auf das kantische allgemeine Rechtsgesetz; vgl. insofern auch KUERT, AJP 2016, 1544 m.w.H.; sowie in der Sache ROHE, 167 und 193.

994 KRAMER, BK, Art. 1 OR, Rn. 42.

übung der Privatautonomie ausgegangen werden kann, steht damit freilich *noch nicht* fest.

510 In diesem Kontext wird der Wille des Erklärenden, in rechtliche Beziehungen mit dem Erklärungsempfänger zu treten, zuweilen *ganz verabschiedet*[995] (und bspw. allein auf die Erwartungen des Erklärungsempfängers an das Verhalten des Erklärenden abgestellt[996]). Hier besteht allerdings die *Gefahr, die Privatautonomie zu stark zu ritzen*[997]. Dieser Umstand wird in der Literatur vorab im Kontext der sog. ‹Gefälligkeiten›[998] beziehungsweise allgemeiner der Frage nach einem sog. ‹rechtsfreien Raum›[999] diskutiert. Er trifft allerdings auch zu, wenn es – wie vorliegend – um den Wirtschaftsverkehr geht, der weder von Gefälligkeiten noch von ‹Rechtsfreiheit› geprägt ist. Entsprechend rückt die (seltener geführte) Diskussion um die sog. ‹Rechtsfolgentheorie› in den Vordergrund, auf die wir sogleich zurückkommen[1000].

---

995 So – zum deutschen Recht – bspw. HEPTING, FS 600 Jahre Universität Köln, 228 f.

996 Dahingehend im vorliegenden Kontext FORSCHNER, vgl. hinten, Rn. 548 ff. m.H.; sowie allgemein HEPTING, FS 600 Jahre Universität Köln, insb. 219.

997 Vgl. ferner auch MÜLBERT/SAJNOVITS, ZfPW 2016, 49 f. inkl. Fn. 333, denen gemäss die *«Begründung von vertraglichen Pflichten unter begründetem Verweis* [allein] *auf das Vertrauen einer Partei in ihren Widerpart kritisch zu sehen»* ist; sowie einen Entscheid des Bundesgerichts zur sog. Rechtsscheinhaftung, in dem dieses die im Licht der voranstehenden Überlegungen relevante Unterscheidung auch zu treffen scheint, wobei es sich im Sinn der vorliegend vertretenen Auffassung nicht bereit erklärt, das Vertrauen des Dritten genügen zu lassen. Die einschlägige Passage lautet wie folgt: *«Art. 33 Abs. 3 OR begründet richtig verstanden eine Verkehrsschutzregelung des Inhalts, dass nach Massgabe des Vertrauensschutzes der Vertretene und nicht der Geschäftsgegner das Risiko fehlender Vollmacht trägt* [..]. *Im Vordergrund steht* [..] *die Gefährdung des auf den Vollmachtswillen gerichteten Vertrauens des Dritten* [..]. *Klarzustellen ist indessen, dass die Bindungswirkung nicht bereits dann eintritt, wenn der Dritte auf den Bestand einer Vollmacht schliessen darf, sondern bloss dann, wenn das Unterlassen des Vertretenen objektiv als drittgerichtete Mitteilung, als Vollmachtskundgabe zu werten ist.»* (Hervorhebung MK).

998 Vgl. in der Sache bspw. bereits OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, Vorbem. zu Art. 1–67, Rn. 64.

999 Vgl. bspw. MERZ, SPR VI/I, 34 f.; grundlegend zur Lehre vom ‹rechtsfreien Raum› COMES, *passim*.

1000 Vgl. hinten, Rn. 512.2 und, alsdann, Rn. 554; die drei eben erwähnten Diskussionen in der Sache vereint finden sich exemplarisch bei VON TUHR/PETER, 154.

Um die Privatautonomie möglichst zu wahren, könnte es sich daher als vorzugswürdig erweisen, den (Geschäfts-)Willen im Rahmen der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zumindest als Referenz beizubehalten[1001]. Gleichsam versuchen wir nachfolgend, diesem **im Sinn einer Abstraktion nachzuspüren**[1002]. 511

Dabei handelt es sich um eine Denkform, die vorab von jener der Fiktion zu unterscheiden ist[1003]. Bei dieser wird ein Gegenstand (vorliegend der Wille) schlicht ‹erdacht›. Bei der Abstraktion wird dagegen (gleichfalls gedanklich) versucht, *bestimmte Eigenschaften eines Gegenstands zu isolieren* und diesen so zu identifizieren[1004]. 511A.

Selbst wenn die Abstraktion gelingen sollte, wird der Ausspruch, wonach nicht von einer vertraglichen Bindung ausgegangen werden dürfe, weil eine ‹reine Fiktion des Parteiwillens› vorliege[1005], im Übrigen weiterhin zu hören sein. Dafür sorgt allerdings (bereits) der Drittmassstab der vernünftigen Person.

Für die Zwecke der Abstraktion greifen wir auf Überlegungen zurück, die der Philosoph DIETER BIRNBACHER in seiner grundlegenden Studie zur Bewertung des Unterlassens (im Vergleich zum Tun) angestellt hat. Er erhebt die *Freiwilligkeit einer ‹Rollenwahl›* zu einem grundlegenden Kriterium, wenn es darum geht, Handlungspflichten zu rechtfertigen[1006]. 512

Eine *un*freiwillige Rolle zeichnet sich dadurch aus, dass man sie *nicht selbst gewählt* hat, sondern sie einem aufgrund einer nicht zu vertretenden Eigenschaft – paradigmatisch dem Geschlecht[1007] – zugeschrieben oder als ‹allgemeine Staatsbürgerpflicht› oder ‹Jedermannspflicht› auferlegt wird[1008]. Gemünzt auf ein kon- 512.1

1001 So VON DER CRONE/WEGMANN, ZSR 2007 I, 123 ff. und *passim*.

1002 Vgl. grundsätzlich auch WIEGAND, BSK-OR I, Art. 18, Rn. 77; sowie bereits OFTINGER, ZSR 1939, Fn. 21 (187); und (zum deutschen Recht) OERTMANN, 185.

1003 Vgl. ausführlich AICHELE, ARSP 2010, *passim,* insb. 532 ff. und 536 ff.

1004 Vgl. ACHAM, Stichwort ‹Abstraktion›, HWPh, Bd. 1, 59; ausführlich ferner AICHELE, ARSP 2010, *passim,* insb. 534.

1005 Vgl. dazu im Zusammenhang mit dem Institut der Vertrauenshaftung hinten, Rn. 683.

1006 Vgl. im Rahmen von dessen Überlegungen zur (straf-)rechtlichen Behandlung von Unterlassungen, 327 f. (wobei er das Kriterium einlässlich im Rahmen ausserrechtlicher [‹moralischer›] Überlegungen entwickelt, vgl. 233 ff.). Die Relevanz dieses Kriteriums wird – bisweilen unter Bezugnahme auf DENS. – in der Sache auch in der Strafrechtsdoktrin anerkannt (vgl. bspw. PAWLIK, 189; sowie A. GRÜNEWALD, 133 ff.; ferner nur SEELMANN, Solidaritätspflichten, 296).

1007 Vgl. BIRNBACHER, 281.

1008 Vgl. BIRNBACHER, insb. 281 f. Vgl. im Übrigen auch bereits die Überlegungen zu der Rolle ‹unverdienter natürlicher Eigenschaften› für die Auferlegung von Leistungspflichten vorne, Rn. 396.2, denen vorliegend Nachachtung verschafft wird.

kretes Erklärungsverhalten, muss dieses unter dem Strich demnach für selbstgewählt gehalten werden können.

512.2 Zudem ist gemäss BIRNBACHER vorauszusetzen, dass die Rolle in *Kenntnis* der damit verbundenen ‹Belastungen und Freiheitsbeschränkungen› übernommen wird[1009]. In vorliegendem Zusammenhang muss der sich Erklärende demnach so angesehen werden können, dass er die fraglichen Pflichten bewusst übernahm, als er das Erklärungsverhalten an den Tag legte. Damit erfolgt gleichsam ein abstrahierender Schluss vom Wissen auf ein Wollen, der nicht nur theoretisch angebracht erscheint[1010], sondern – *nota bene* in vorliegendem Zusammenhang – auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur gezogen wird[1011]. Zu demselben Ergebnis gelangt man auf Grundlage der sog. *Rechtsfolgentheorie,* wenn man diese mit ERNST A. KRAMER so fasst, dass nur derjenige aufgrund seiner Erklärungen vertraglich angebunden werden kann, *«der diese Konsequenz bewusst akzeptiert hat (bzw.* [im Anwendungsbereich des Vertrauensprinzips] *doch wenigstens dem Erklärungsempfänger gegenüber diesen Anschein erweckt hat)»*[1012].

513 Anhand einer entsprechenden Abstraktion erscheint es nunmehr möglich, das **Erfordernis des Geschäftswillens auf Grundlage des Vertrauensprinzip für vorliegende Zwecke näher zu bestimmen**, und zwar wie folgt: *Ein konkretes Erklärungsverhalten muss nach dem Vertrauensprinzip – mithin aus der Warte einer vernünftigen Drittperson – im Allgemeinen dahingehend ausgelegt werden können, dass ein Schädiger dieses (i) selbst gewählt hat und (ii) ihm bewusst war, dass ihn die in Frage stehenden Pflichten treffen werden, falls er das Erklärungsverhalten tatsächlich an den Tag legt*. Wie die nachfolgende Operationalisierung der Kriterien noch näher ergeben wird, geht insbesondere mit dem zweiten Kriterium einher, dass ein

---

1009 Vgl. BIRNBACHER, 279 f.

1010 Vgl. vorne, Rn. 248 m.H.

1011 Vgl. HÜBNER, FS Nipperdey, 376 f.

1012 Vgl. BK, Art. 1 OR, Rn. 35 (Hervorhebung MK); die Rechtsfolgentheorie wird zudem vertreten von A. KOLLER, OR AT, § 3, Rn. 18 inkl. Fn. 6 m.w.H.; VON TUHR/PETER, 154; vgl. ferner auch SCHWENZER, OR AT, Rn. 27.02 (‹Geschäftswille› = ‹Rechtsfolgewille›); a.A., *scil*. Vertreter der sog. Grundfolgentheorie, sind in der Schweiz vereinzelt geblieben (KRAMER, a.a.O., verweist einzig auf eine Arbeit von GYSIN aus dem Jahr 1929); vgl. ferner die moderierende Auff. von SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZK, Art. 1 OR, Rn. 43 f. m.w.H.; und – wiederum im Sinn der Rechtsfolgentheorie – schliesslich OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, Vorbem. zu Art. 1–67, Rn. 64 f. Die weiteren Vertreter der Rechtsfolgentheorie neben KRAMER ziehen den Schluss vom Wissen auf das Wollen jedoch regelmässig nicht und setzen gleichsam nicht das Bewusstsein, sondern den Willen oder die Absicht voraus, eine Rechtsbeziehung herbeizuführen.

spezifisches pflichtbegründendes Moment vorliegen muss, infolgedessen ein vernünftiger Schädiger sich der ‹Rechtsrelevanz› der Situation gewahr sein muss.

514 Schliesslich sind *zwei weitere Anhaltspunkte* zu nennen, die ein Richter als Interpret auf Grundlage des Vertrauensprinzips zu berücksichtigen hat. Erstens wurde bereits erwähnt, dass sog. **deklaratorischen Äusserungen** – abgesehen von Situationen, in denen ein Vorverhalten der Gegenpartei einen anderen Schluss zulässt – kein Geschäftswille entnommen werden kann[1013].

515 Der zweite Anhaltspunkt schliesst an die regelmässig festgestellte Gefahr an, dass angesichts des grossen Wertungsspielraums des Richters die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu einem **Einfallstor für materiale Wertungen** werden kann[1014]. Dieser Gefahr ist – mangels Umständen des Einzelfalls, die auf Gegenteiliges schliessen lassen (beispielsweise zum Ausdruck gebrachte Unerfahrenheit eines Kunden) – meines Erachtens in der Tat Einhalt zu gebieten. Das erwähnte ‹Regelungsprärogativ› des Gesetzgebers sollte – auch auf diesem Weg – nicht umgangen werden. Ferner ist an die bereits ausgeführte Aussage von SONNENBERGER zu erinnern. Heteronome Wertungen, die materiale Gerechtigkeitsüberlegungen miteinschliessen können, sind – wenn schon – dem Richter zu überlassen, der aufgrund entsprechender gesetzlicher Ermächtigungsnormen (und nicht aufgrund der Erklärungen der Parteien) tätig wird.

516 Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang immerhin darauf, dass im Fall von *Konsumentenverträgen* in Doktrin und kantonaler Gerichtspraxis vereinzelt vertreten wird, dass die Verfassung (Art. 97 BV) bei der Auslegung im Rahmen des Vertrauensprinzips eine Berücksichtigung der Ungleichgewichtslage zwischen Konsumenten und Anbietern erfordere[1015]. In der Sache beschlägt dies insbesondere das Ausmass an sog. ‹Deutungsdiligenz›, das von jenen erwartet werden kann.

516.1 Im Geltungsbereich von *‹klassischen› Konsumentenverträgen,* die dem Leitbild eines (wohlgemerkt nicht in einem pejorativen Sinn) überforderten Konsumenten anhängen – wie beispielsweise die Verträge gemäss Konsumkreditgesetz[1016] –, erscheint dies aus teleologischen Überlegungen durchaus bedenkenswert.

1013 Vgl. vorne, Rn. 348 ff. m.H.

1014 Vgl. NEUNER, FS Canaris, 915 m.w.H.; OECHSLER, 238; vgl. auch 237 f.; SONNENBERGER, Rn. 118 ff.; H. zur Schweizer Diskussion bei JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 OR, Rn. 466 ff.

1015 Vgl. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 OR, Rn. 482 ff. m.H. (die dem nicht folgen, sondern einen andern Lösungsvorschlag vorziehen [Berücksichtigung der Kenntnisse des konkreten Erklärungsempfängers, vgl. dazu vorne, Fn. 992]).

1016 Vgl. dazu BARNIKOL, insb. 39.

516.2 Im *Finanzmarktbereich* geht der Gesetzgeber jedoch im Prinzip von einem *mündigen und selbstverantwortlichen* Anleger aus[1017] (wie wohl er alsdann im Einzelnen durchaus Regelungen mit materialem Gehalt trifft, wie insbesondere Informationspflichten[1018]). Das entsprechende Leitbild wird im Konsumentenschutzrecht im Allgemeinen als solches eines ‹mündigen Verbrauchers› apostrophiert[1019]. An diesen Eigenschaften ist der Anleger meines Erachtens auch dann zu messen, wenn es um die Auslegung von Erklärungsverhalten (aus seiner Warte) geht.

517 Folglich erscheinen besondere Anforderungen zu Gunsten von Kunden und Anlegern im Finanzmarktbereich nur schwer vermittelbar, so dass der zur Auslegung nach dem Vertrauensprinzip berufene Richter von materialen Gerechtigkeitsüberlegungen absehen sollte. Daran ändert sich auch *de lege ferenda* nichts, noch wenn sich das FIDLEG gemäss Botschaft ausdrücklich (unter anderem) auf Art. 97 BV stützt[1020]. Das ‹Anlegerleitbild› bleibt dasselbe[1021]. Ferner dürfte Art. 97 BV ohnehin vorab deswegen in Bezug genommen worden sein, weil den Kunden die Rechtsdurchsetzung erleichtert werden soll[1022].

c. Operationalisierung der Kriterien

518 Prudenziell beaufsichtigte Finanzdienstleister haben um eine *Bewilligung* zu ersuchen, damit sie ihre Tätigkeit rechtmässig ausüben können. Analoges gilt für die

---

1017 Vgl. nunmehr insb. die Botschaft FIDLEG/FINIG, 11: Die neue Regelung (die wohlgemerkt weiter geht als die alte) *«verzichtet auf eine Bevormundung der Kundinnen und Kunden»;* ferner 15 (im Zusammenhang mit den Verhaltensregeln) und 80 m.H. auf die Botschaft zur Revision des AFG aus dem Jahr 1993 (geradezu im Zusammenhang mit dem besonders ‹paternalistisch› taxierten Basisinformationsblatt, vgl. vorne, Fn. 731); ferner bspw. das Votum COTTIER in den Beratungen zum BEHG (Amtl. Bull. SR 1993, 1001). Aus der Literatur vgl. alsdann insb. die H. von EGGEN, Produkteregulierung, 73 ff. m.w.H. ‹Aufweichungstendenzen› sind insb. im Hinblick auf ein differenziertes Anlegerleitbild zu erkennen (Publikumsanleger vs. qualifizierte Anleger); (vgl. DIES, a.a.O., 76 ff.; CONTRATTO, 73 ff.). Vom Grundsatz wird damit aber nicht abgewichen, wie gerade die H. in der Botschaft FIDLEG/FINIG zeigen (vgl. insb. 11; ferner EGGEN, a.a.O., 76).

1018 Vgl. im Allgemeinen vorne, Rn. 405 f.

1019 Vgl. BARNIKOL, 38, dem ferner auch nähere Ausführungen zu den zwei alternativen Verbraucherleitbildern entnommen werden können (vgl. 37 ff. m.H.).

1020 Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, 186.

1021 Vgl. die H. in Fn. 1017 vorne.

1022 (Nur) in diesem Zusammenhang ist denn auch ausdrücklich von ‹Konsumenten› bzw. ‹Konsumentenschutz› die Rede‹ vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, 31 und 184.

Emittenten. Darin ist (i) das erste Tun zu sehen, das nach dem Vertrauensprinzip als Pflichtübernahme ausgelegt werden könnte. Betreffend die laufenden *Emittentenpflichten*[1023] wird es sich sogar regelmässig um das einzige (freiwillige) Tun handeln, das für vorliegende Zwecke in Frage kommt[1024].

519 Geht es um öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen, die Pflichten von *Finanzdienstleistern* gegenüber ihren Kunden stipulieren (wie der bereits mehrmals erwähnte Art. 11 BEHG), kommt im Fall konkludenter Anlageberatungsverträge weiter (ii) die *«Aufnahme des Beratungsgesprächs oder die Erteilung der Auskunft»* in Frage[1025]. Im Fall *schriftlicher Verträge* von Finanzdienstleistern mit ihren Kunden kann alsdann selbstverständlich (iii) der Gehalt dieser Verträge auf eine vertragliche Pflicht des ersteren schliessen lassen, die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen einzuhalten, welche die Kundenbeziehung regeln. Schliesslich kommen als vertragsbegründende Erklärungen (iv) auch *öffentlichkeitswirksame Aussagen* insbesondere auf Websites in Frage.

520 Wir behandeln diese Umstände in der angeführten Reihenfolge. Ein gewisser Schwerpunkt wird dabei auf das Erklärungsverhalten im Rahmen des Bewilligungsgesuchs gelegt, zumal es an bezüglichen Überlegungen in der Literatur meines Wissens (in vorliegendem Zusammenhang) bis anhin weitgehend fehlt[1026]. Im Übrigen können in der realen Welt selbstredend weitere Verhaltensweisen eines Finanzdienstleisters oder Emittenten bestehen, die womöglich eine vertragliche Übernahme öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen bedeuten. Insofern präsentieren wir eine Auswahl, welcher allerdings der Versuch zu Grunde liegt, die wahrscheinlichsten Umstände einzufangen.

521 Bevor die einzelnen Umstände adressiert werden, erinnern wir an das Kriterium, das wir für die Ermittlung des Geschäftswillens des Schädigers relevant erachten. Danach muss ein konkretes Erklärungsverhalten gemäss dem Vertrauensprinzip dahingehend ausgelegt werden können, dass ein Schädiger dieses selbst gewählt hat und

---

1023 Vgl. insb. Art. 49 ff. KR.

1024 Im Prinzip könnte eine Verpflichtung insb. auch noch aus der nachmaligen regelmässigen Erfüllung bspw. der Ad hoc-Publizitätspflicht abgeleitet werden. Allerdings fehlt es – wie sogl. zu zeigen sein wird – dabei am Element der Freiwilligkeit.

1025 So zum deutschen Recht FORSCHNER, 142. Wenn er allerdings davon auszugehen scheint, dass es sich dabei um die einzige Erklärungshandlung handelt, die als Anknüpfung für die Auslegung gemäss dem Vertrauensprinzip in Frage kommt, wurde dies durch vorne stehenden Hinweis bereits widerlegt. Steht die Anlageberatung durch Banken in Frage, schliessen diese mit ihren Kunden bekanntlich zudem zunächst einen Konto-/Depotvertrag ab.

1026 Vgl. für vereinzelte Hinweise den nachfolgenden Text (inkl. Fn.).

ihm bewusst war, dass ihn die in Frage stehenden Verpflichtungen treffen werden, falls er das Erklärungsverhalten alsdann tatsächlich an den Tag legt. Wird dieses zur Anwendung gebracht, ist selbstredend in Rechnung zu stellen, dass im Rahmen der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip grundsätzlich sämtliche Eigenschaften eines konkreten Sachverhalts berücksichtigt werden müssen. Im Folgenden geht es dagegen um *typische Situationen* (wobei dies im Zusammenhang mit dem nachfolgend in erster Linie eingeführten Konzept, das schwergewichtig auf eine Erklärung des Schädigers *ad incertas personas* abstellt, gewissermassen in der Natur der Sache liegt[1027]).

522 In einer bestimmten Hinsicht wird dem Kriterium in der Literatur zur Vertrauenshaftung in der Sache sodann bereits Nachachtung verschafft. Die entsprechende Auffassung kann grundsätzlich auch auf vertragliche Bindungen übertragen werden. CHRISTIAN KERSTING – als deren meines Wissens hauptsächlicher Vertreter – stellt zwecks Auslegung des Verhaltens, das potentiell eine ‹Inanspruchnahme von Vertrauen› zur Folge hat, nämlich auf die (deutschen) Vorschriften zur *Vertragsauslegung* (§§ 133 und 157 BGB) ab – und dabei (jedenfalls in vorliegendem Zusammenhang) insbesondere auf das Vertrauensprinzip[1028].

523 Auf dieser Grundlage kommt KERSTING zum Schluss, dass ein **Verhalten, das durch die Wahrnehmung einer *gesetzlichen* Pflicht bedingt** ist, keinen Vertrauenstatbestand darstellt, auf den sich ein Dritter verlassen darf[1029]. Entsprechend muss ein vernünftiger Dritter beispielsweise als Empfänger einer Ad hoc-Information davon ausgehen, dass der Emittent *«mit ihrer Erteilung nur seiner gesetzlichen Verpflichtung nachkommen will»*[1030]. Dabei kennt ein vernünftiger Dritter das Gesetz[1031].

524 Einmal abgesehen davon, dass in einer Ad hoc-Mitteilung regelmässig eine deklaratorische Aussage zu sehen sein dürfte, die für sich genommen ohnehin keine vertragliche Verpflichtungen zu begründen vermag, trifft diese Aussage meines Erachtens auch im Licht der hier angestellten Überlegungen zu, sofern man das gesetzlich aufgegebene Verhalten *für sich* betrachtet. So kann dieses Verhalten für sich *nicht dahingehend ausgelegt werden, dass der Schädiger es selbst gewählt hat, sondern es ist ihm aufgrund einer gesetzlichen Pflicht eben auferlegt*.

1027 Vgl. zum deutschen Recht bspw. auch SINGER, in: Staudinger, § 133 BGB, Rn. 72.

1028 Vgl. 519; sowie allg. 295 f.

1029 Vgl. C. KERSTING, 518 ff.; im Ergebnis ähnlich LOSER, Vertrauenshaftung, Rn. 812 m.w.H., jedoch aus m.E. unhaltbaren gesamtwohlfahrtschaftlichen Überlegungen.

1030 C. KERSTING, 519.

1031 Vgl. C. KERSTING, 519.

Als Beispiel lassen sich gesetzliche Kontrahierungsgebote anführen. Legt ein Adressat ein dem Kontrahierungsgebot entsprechendes Verhalten an den Tag, lässt sich dieses Verhalten gemäss hiesig für einschlägig erachteten Kriterien privatrechtlich *aufgrund des Vertrauensprinzips* nicht als auf den Abschluss des Vertrags gerichtete Willensäusserung auslegen[1032].

Eine *andere* Frage ist, ob hinsichtlich der Übernahme dieser Pflichten ihrerseits 525
aufgrund eines *anderweitigen* Verhaltens als jenem, das bei deren Erfüllung an den Tag gelegt wird, ein Geschäftswille gemäss dem Vertrauensprinzip besteht. Dabei steht das erwähnte **Ersuchen um eine Bewilligung** im Vordergrund. Mithin sind wir bei der ersten Verhaltensweise des Schädigers angelangt, die gegebenenfalls einer vertraglichen Übernahme öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen gleichkommt (‹i›).

In diesem Zusammenhang beziehen wir uns erneut auf die Überlegungen von CHRIS- 526
TIAN KERSTING. Dieser behandelt weiter von ihm so genannte ‹*vertragliche* Verpflichtungen zur Vertrauensinanspruchnahme›, wie etwa die Verpflichtung gegenüber einem Verkäufer, ein Schätzungsgutachten zu erstellen, das alsdann potentiellen Käufern vorgelegt werden soll. Gemäss KERSTING besteht hier ein entscheidender Unterschied zu den gesetzlichen Pflichten darin, dass eine freiwillige Übernahme der Verpflichtung vorliege[1033]. Dabei übersieht er aber, dass es sich *auch beim Ersuchen um eine Bewilligung um ein Verhalten handelt, das nach dem Vertrauensprinzip als selbstgewählt angesehen werden kann*. Ein Finanzdienstleister entscheidet selbst, ob er die bewilligungspflichtige Tätigkeit aufnehmen will; ebenso ein Emittent, ob er an die Börse gehen will. Um eine zugeschriebenen Rolle oder allgemeine Bürgerpflichten geht es hier gleichsam nicht. Beurteilt man das fragliche Verhalten nach dem Vertrauensprinzip, wird man zu keinem anderen Schluss kommen. Das erste für das Vorliegen eines Geschäftswillens konstitutive Element ist folglich gegeben.

Grössere Schwierigkeiten bereitet das zweite Element, *scil.*: Ist das Ersuchen um die 527
Bewilligung durch einen Finanzdienstleister oder Emittenten aus der Warte eines vernünftigen Kunden oder Anlegers dahingehend auszulegen, dass jenen bei ihrem Ersuchen um die Bewilligung bewusst war, dass sie den Kunden oder Anleger gegenüber eine Pflicht treffen wird, die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen einzuhalten, die ihre Tätigkeit als Bewilligungsträger regeln?

1032 A.A. tendenziell C. KERSTING, 520.

1033 C. KERSTING, 521 f. Als zweiter Unterschied führt er in der Sache an, dass im Beispiel das Gutachten gerade auf das Vertrauen potentieller Käufer ausgerichtet sei. Dieses Erfordernis lässt sich vorliegend anhand des zweiten Element des hier vorgeschlagenen Kriteriums einfangen (vgl. dazu sogl.).

528 Die Antwort auf diese Frage (kurzum: die Frage, ob von einem entsprechenden Bewusstsein auszugehen ist) hängt meines Erachtens von einem *spezifischen Moment ab, das die Aufnahme einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit potentiell umgibt*. Um sich diesem anzunähern, werfen wir zunächst einen Blick auf die Pflichten von *Emittenten,* die sich an der Schweizer Börse SIX kotieren lassen.

529 Die *Rechtsnatur des Kotierungsreglements der Schweizer Börse SIX* ist umstritten, wobei ihm *grosso modo* entweder vertragliche oder gesetzliche Natur zugestanden wird. Das Bundesgericht konnte die Frage in einem publizierten Entscheid offen lassen[1034]. Sie wird vorab im deliktsrechtlichen Zusammenhang diskutiert, zumal autonom gesetzte Normen beziehungsweise private Regelwerke (im Vergleich zu staatlichen Gesetzen) als Schutznormen im Sinn des Widerrechtlichkeitserfordernisses gemäss Art. 41 Abs. 1 OR nicht in Frage kommen[1035]. An dieser Stelle ist es *nicht erforderlich, zu der Streitfrage Position zu beziehen*[1036]. Zu bemerken ist nur, dass die Pflichten gemäss Kotierungsreglement in Haftungsfällen in vorliegendem Kontext (*i.e.* im Verhältnis zwischen Anleger und Emittent) auch dann eine vertragliche Grundlegung erfordern würden, wenn eine Qualifikation als privatrechtlicher Vertrag zum Zug kommen würde, zumal ein solcher einstweilen nur zwischen dem Emittenten und der SIX zustande kommen würde.

530 Gemäss Art. 45 KR hat der Emittent vor der Kotierung eine sog. ‹Emittentenerklärung› abzugeben, in deren Rahmen er unter anderem erklärt, dass er *«das Kotierungsreglement samt Zusatzreglemente und den zugehörigen Ausführungserlassen sowie die Verfahrens- und Sanktionsordnung von SIX Swiss Exchange zur Kenntnis genommen hat und diese ausdrücklich mittels Zustimmungserklärung anerkennt»*. Wenn man im Licht des Vertrauensprinzips auf das Verhalten des Emittenten blickt, steht damit fest, dass er **gegenüber der Börse** bewusst die Pflichten des Kotierungsreglements übernimmt, wobei daran zu erinnern ist, dass dies durchaus in selbstgewählter Weise erfolgt[1037].

1034 BGE 137 III 37, E. 2.2.1, mit Übersicht zum Meinungsstand (vgl. ferner bereits die Regeste).

1035 Vgl. hinten, Rn. 794 ff.

1036 Vgl. dazu vielmehr hinten, Rn. 797 ff.

1037 Dass die Schweizer Börse SIX über ein faktisches Beinahe-Monopol verfügt (vgl. MAURER/VON DER CRONE, SZW 2011, 405) und er hinsichtlich des Inhalts kein Mitbestimmungsrecht hat, ändert daran nichts. Dies verdeutlicht bekanntlich die Situation einer Übernahme von AGB durch Konsumenten gegenüber Monopolisten, die auch als parteiautonomer Rechtsakt qualifizieren (zur Frage, ob das KR als AGB qualifiziere, vgl. insb. MÖHRLE, 116 ff.).

Ersucht eine Person um eine Banken- oder Effektenhändlerbewilligung, wird eine entsprechende Erklärung meines Wissens *nicht* verlangt, jedenfalls nicht in für die Öffentlichkeit transparenter Weise. Betrachtet man das Bewilligungsgesuch im Sinn des vorgenannten Kriteriums aus der Warte eines vernünftigen Dritten, kann ein *Finanzdienstleister* freilich im Licht des Vertrauensprinzips ebenfalls so angesehen werden, dass er **gegenüber der Aufsichtsbehörde** die fraglichen Pflichten bewusst übernimmt. Er tritt zu dieser gleichsam in ein sog. ‹Aufsichtsrechtsverhältnis›. Dabei hat auch er das entsprechende Verhalten selbst gewählt[1038]. 531

Die *entscheidende Frage* ist aber, ob und inwiefern der Emittent beziehungsweise der Finanzdienstleister die Pflichten (normativ) auch **gegenüber den Anlegern beziehungsweise seinen Kunden** übernimmt. 532

Zu deren Beantwortung sind, wie es die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip gebietet, sämtliche relevanten Umstände beizuziehen, unter denen der Finanzdienstleister oder Emittent das Bewilligungsgesuch gestellt haben, sofern sie den Kunden oder Anlegern zugänglich sind. Zu den *Auslegungsmitteln,* die in Frage kommen, zählen insbesondere die gesetzlichen Regelungen der fraglichen Pflichten, im Fall des Börsenrechts inklusive jener, auf die sich der Erlass des Kotierungsreglements durch die Börse stützt, und die dazugehörigen Materialien. Deren Würdigung erfolgt gemäss dem Massstab eines vernünftigen Dritten, der seinerseits die erwähnte Deutungsdiligenz gebietet. Eine Folge davon ist die Begebenheit, dass *der Dritte das Gesetz zu kennen hat*[1039], *wobei dasselbe für die eben erwähnten weiteren Auslegungsmittel gelten muss*. 533

Insofern könnte man übrigens einwenden, dass ein konkreter Anleger zu einer solchen Deutung (alleine) allenfalls nicht im Stande sein wird. Das ist erstens aber eine Unterstellung und zweitens gilt im Anwendungsbereich des Vertrauensprinzips eben der bereits erwähnte Massstab des vernünftigen Dritten, wobei gemäss vorliegend vertretener Auffassung für eine Berücksichtigung (mutmasslicher) Defizite der Anleger (im Sinn eines materialen Vertragsrechts) kein Raum besteht. Die Auslegungsmittel müssen den Kunden und Anlegern allerdings *zugänglich* sein und mit der fraglichen Erklärungshandlung *vernünftigerweise in Zusammenhang* stehen[1040]. Zudem wird das Rechtsmissbrauchsverbot für gewisse Schranken sorgen (Art. 2 Abs. 2 ZGB).

Nehmen wir wiederum die Pflichten gemäss Kotierungsreglement in den Blick, lässt sich daraus ein *weiterer Anhaltspunkt* gewinnen. Würde es sich beim Kotierungsreglement um einen privatrechtlichen Vertrag handeln, würde sich die Frage stellen, ob 534

1038 Die in vorne stehender Fn. angeführten Hinweise gelten *mutatis mutandis* auch hier.

1039 Vgl. ferner FORSCHNER, 143.

1040 Vgl. dazu auch noch sogl. hinten.

die Pflichten aus dem Vertrag mit der Schweizer Börse SIX auf die Anleger ausgedehnt werden können[1041]. Damit kommt der **Grundsatz der Relativität von Schuldverhältnissen** ins Spiel. Danach verpflichtet der Vertrag als obligatorisches Rechtsgeschäft nur die Parteien, nicht einen Dritten[1042], so dass *diesem* gegenüber auch keine Schadenersatzansprüche bestehen[1043].

535 Der Grundsatz hat jedoch *keinen kategorischen Charakter*[1044], wie das Institut des Vertrags zugunsten Dritter (Art. 112 OR) zeigt – aber eben auch die vorliegend interessierende Möglichkeit, wonach im Rahmen eines Erklärungsverhaltens, das eine Pflichtübernahme gegenüber einem Gläubiger (hier der Börse) zur Folge hat, ein Schuldner (hier der Emittent) auch *dieselben Pflichten gegenüber (mehreren) weiteren Gläubigern übernimmt*.

Im Übrigen könnte man durchaus die – gleichermassen nicht einfache[1045] – Frage stellen, ob bei einer (potentiellen) vertragsrechtlichen Qualifikation des Kotierungsreglements geradezu von einem *(echten) Vertrag zugunsten Dritter* auszugehen ist – falls *allein* von Schadenersatzsprüchen des Anlegers auszugehen wäre, gegebenenfalls in Form einer sog. ‹Drittschutzabrede›[1046] (wobei eine abschliessende Antwort darauf vorliegend nicht erforderlich ist, zumal es *ohnehin* nur um Schadenersatzansprüche des Anlegers geht). Die kaum angemessene Rechtsfolge, dass die Börse ihrerseits die Ansprüche der Anleger geltend machen kann, steht einer Qualifikation als Vertrag zugunsten Dritten nicht entgegen, da davon gerade in Fällen, in denen die Dritten nicht von vorneherein bestimmt sind, eine Ausnahme gemacht wird[1047]. Besonders schwierig wird eine Abgrenzung zu den vorliegenden Überlegungen, wenn man bei der (Auslegungs-)Frage, ob ein Vertrag zugunsten Dritter vorliegt, vorab auf den Parteiwillen des sog. Promittenten (hier der Emit-

---

1041 Dass es sich bei der Ad hoc-Publizitätspflicht gemäss KR *«um eine Rechtspflicht mit Schutzwirkung für einen Dritten – i.S. einer Vertragsklausel zugunsten Dritter»* handelt, wird von GRAF, GesKR 2014, 516, erwogen, allerdings ohne dies näher zu erläutern. Vorliegend steht – unter der Annahme einer vertragsrechtlichen Qualifikation des KR – freilich keines dieser beiden Institute in Frage, da diese Warte des Gläubigers (*scil*. der Schweizer Börse SIX) einnehmen (vgl. betr. den Vertrag zugunsten Dritter auch noch die H. sogl.).

1042 Vgl. nur BÄRTSCHI, 68 m.H.; ausführlich zum Grundsatz Ders., 67 ff.

1043 Vgl. BÄRTSCHI, 158 m.H.

1044 Vgl. BÄRTSCHI, 67 ff. und sozusagen zusammenfassend 284: *«Dass ein Dritter aus einem fremden Vertragsverhältnis Rechte ableiten kann, ist zwar unüblich, aber keine prinzipiell unzulässige Systemwidrigkeit»*.

1045 Vgl. P. KRAUSKOPF, Rn. 1001, der in vorliegendem Zusammenhang Abgrenzungsschwierigkeiten konstatiert.

1046 Vgl. dazu auch noch hinten, Fn. 1074 m.H.

1047 Vgl. P. KRAUSKOPF, Rn. 1447.

tent) abstellt[1048]. Der Unterschied, der alsdann im Zentrum stehen dürfte, ist die *Warte, aus welcher das Erklärungsverhalten beurteilt wird*. Das ist vorliegend jene des Dritten (*i.e.* des Anlegers); und nicht wie beim Vertrag zugunsten Dritter jene des Stipulenten (*i.e.* der Börse). *In praxi* dürften die Unterschiede freilich begrenzt sein, da der Emittent, obwohl ihm diese Möglichkeit im Fall eines Vertrags zugunsten Dritter offen stehen würde, kaum je Erklärungen gegenüber der Börse abgeben dürfte, wonach er gegenüber den Anlegern keine Pflichten zu übernehmen gewillt ist. Der Börse ihrerseits wären entsprechende Erklärungen (*scil*. dass den Anlegern keine Rechte eingeräumt werden sollen) gegenüber *einzelnen* Emittenten sodann bereits aufgrund des Gleichbehandlungsgebots verwehrt (vgl. Art. 34 Abs. 1 FinfraG). Im Übrigen würde der Wortlaut der Zustimmungserklärung[1049] gegen einen Verpflichtungswillen *auch* der Börse sprechen.

536 Der Grundsatz der Relativität von Schuldverhältnissen hat im Rahmen der Vertragsauslegung gemäss dem Vertrauensprinzip meines Erachtens aber *heuristischen Wert*[1050]. So dürfte ein (vernünftiger) Dritter im Sinn des Vertrauensprinzips grundsätzlich *nicht* davon ausgehen können, dass der Schädiger, wenn er gegenüber einem anderen Pflichten übernimmt, davon ausgehen muss, dass diese *zugleich* ihm gegenüber bestehen. Das gilt zunächst für die Pflichten gemäss Kotierungsreglement, die im Rahmen einer an die Schweizer Börse SIX gerichteten Erklärung übernommen werden. Analoges lässt sich aber auch hinsichtlich des Aufsichtsrechtsverhältnisses sagen. Das Verhalten des Schädigers ist im Licht des Vertrauensprinzips so anzusehen, dass dieser das Aufsichtsrechtsverhältnis mit der Aufsichtsbehörde eingeht und die damit einhergehenden Pflichten zunächst dieser gegenüber übernimmt, um daraufhin unter Einhaltung seiner Pflichten dieser gegenüber die bewilligte Tätigkeit ausüben zu können. *Leichthin von einer Übernahme der Pflichten auch gegenüber den Anlegern beziehungsweise Kunden auszugehen, verbietet sich damit*.

537 In vorliegendem Zusammenhang könnte diese Vorgabe nach meinem Dafürhalten folgendermassen berücksichtigt werden. Die Pflichten, deren Übernahme in Frage stehen, sind sowohl im börsen- als auch im finanzdienstleistungsrechtlichen Zusammenhang *ausdrücklich* geregelt, namentlich im Kotierungsreglement beziehungsweise dem BEHG (oder zukünftig dem FIDLEG). Alsdann ist ein Emittent oder ein Finanzdienstleister im Licht des Vertrauensprinzips grundsätzlich nur dann so anzusehen, dass er bewusst eine Pflicht auch gegenüber einem Dritten übernommen hat,

---

1048 So bspw. SCHWENZER, OR AT, Rn. 86.09.

1049 Vgl. dazu sogl.

1050 In der Sache ähnlich A. KOLLER, OR AT, § 61, Rn. 9: *«Zu beachten ist, dass die Übernahme einer vertraglichen Pflicht für sich allein letztlich niemals unmittelbar eine ausservertragliche Pflicht begründet. Es müssen immer besondere Umstände vorliegen, welche pflichtbegründend wirken* [..]».

wenn dieser in der fraglichen Vorschrift *als Begünstigter der Pflicht zumindest sinngemäss genannt* wird (*scil*. innerhalb der sog. Wortsinngrenze). Dabei handelt es sich um ein *notwendiges* und nicht um ein hinreichendes Erfordernis, das weiter wie folgt untermauert werden kann:

537.1 Zunächst ist daran zu erinnern, dass ein Vertrag in seinen Hauptpunkten nicht ergänzt werden darf[1051], derweil die Identität der Parteien eines Vertrags gemeinhin zu den Hauptpunkten gehört[1052]. Stellt man zudem in Rechnung, dass eine Ermittlung des Inhalts eines ausdrücklichen Vertrags über dessen Wortsinngrenze hinaus gemäss herkömmlicher Auffassung eine Vertragsergänzung darstellt[1053], lässt sich daraus jedenfalls für den Fall einer ausdrücklichen Offerte *ad incertas personas* ableiten, dass die Vertragspartner darin sinngemäss genannt werden müssen[1054].

537.2 Zudem sei dem Verfasser ein rechtsvergleichender Hinweis erlaubt. Im englischen Recht (mit seiner [strengen] *privity*-Doktrin im *common law*[1055]) wurde der Gesetzgeber tätig, um das Problem der Ausdehnung von Vertragspflichten auf Dritte zu regeln. Er führte den *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* ein. Dieser Erlass stipuliert zwei grundsätzliche Voraussetzungen. Zum einen muss der Vertrag ergeben, dass eine Begünstigung eines Dritten intendiert ist; und zum andern der zu begünstigende Dritte genannt werden. Derweil das erste Erfordernis auch unter Berücksichtigung der Umstände in (sinngemässer[1056]) Auslegung gemäss dem Vertrauensprinzip gewonnen werden kann (vgl. Art. 1(b)), sind die Dritten ausdrücklich zu identifizieren (und zwar *«by name, as a member of a class or as answering a particular description»*); (vgl. Art. 1(3)).

1051 Vgl. vorne, Rn. 484 m.H.

1052 Vgl. nur SCHWENZER, OR AT, Rn. 31.21 m.H.

1053 Vgl. KRAMER, BK, Art. 18 OR, Rn. 222 am Ende.

1054 Vgl ferner bspw. ein Entscheid des St. Galler Kantonsgerichts betreffend die Ergänzung eines Vertrags mit Pflichten zugunsten Dritter, demgemäss es das Gericht nicht genügen liess, dass bestimmte Nebenpflichten (auch) den Schutz Dritter *bezwecken* (vgl. Entscheid BO.2012.77 vom 14. Oktober 2014 [= SJZ 2016, 22 f.] m.w.H.). Wären diese Dritten zumindest sinngemäss genannt worden, hätte das Gericht allenfalls anders entschieden.

1055 Vgl. dazu nur MCKENDRICK, in: Burrows, Rn. 1.294 ff.

1056 Eine Auslegung nach dem Willensprinzip ist dem englischen Recht grundsätzlich fremd, es folgt einem ‹objektiven Test› *(objective test),* vgl. nur MCKENDRICK, in: Burrows, Rn. 1.02; und die H. von ZWEIGERT/KÖTZ, 406 f.

Im Zusammenhang mit Art. 11 BEHG, aber auch den Verhaltensregeln gemäss FIDLEG wäre das Erfordernis, wie der Wortlaut der einschlägigen Vorschriften ergibt, erfüllt[1057]. Dasselbe gilt im Kotierungsreglement jedenfalls für die Ad hoc-Publizitätspflicht. So ist gemäss Art. 53 KR zwar der unpersonalisierte ‹Markt› zu informieren. Dass damit in personalisierter Weise die (unbestimmten) Anleger gemeint sind, ergibt sich jedoch unzweifelhaft sowohl aus der Vorschrift, gestützt auf welche das Kotierungsreglement erlassen wird (vgl. Art. 35 Abs. 2 Bst. b FinfraG), als auch aus den das Kotierungsreglement konkretisierenden Vorschriften der RLAhP[1058]. 538

Damit bleibt die Frage zu beantworten, ob die Pflichten im Sinn des Vertrauensprinzips auch als bewusst gegenüber den Anlegern beziehungsweise Kunden übernommen gelten können. 539

Was die **Pflichten gemäss Kotierungsreglement** betrifft, liegt es nahe, den Auslegungsvorgang auf die bereits erwähnte Zustimmungserklärung zu fokussieren. Der bereits ausgeführte Wortlaut von Art. 45 KR verweist darauf, dass das Kotierungsreglement *«mittels Zustimmungserklärung»* anzuerkennen sei. Die Zustimmungserklärung, auf die am Ende von Art. 45 KR mit den Worten *«siehe hierzu auch»* (erneut) verwiesen wird, ist – wie das Kotierungsreglement selbst – auf der Website der Schweizer Börse SIX öffentlich zugänglich[1059]. Sie besagt in der ersten Ziffer: Der Emittent erklärt, dass *«er das Kotierungsreglement, die Reglemente, die Zusatzreglemente und die Ausführungserlasse sowie die Verfahrensordnung, das Reglement für die Beschwerdeinstanz und die Gebührenordnung der SIX Swiss Exchange AG* [..] *zur Kenntnis genommen hat. Er anerkennt diese hiermit ausdrücklich als verbindlich für seine rechtlichen Beziehungen zur SIX Swiss Exchange AG sowie zu den Regulatorischen Organen, welche für die Zulassung zum Handel, die Kotierung, die Aufrechterhaltung der Kotierung, die Überwachung und die Durchsetzung der mit der Kotierung verbundenen Pflichten zuständig sind* [..]» (Hervorhebung MK). Damit ist der Kreis der Personen, gegenüber welchem der Emittent seine Verpflichtun- 540

1057 Vgl. in Bezug auf den E-FIDLEG bereits die allgemeine Vorschrift des Art. 8 Abs. 2, der im Rahmen der parlamentarischen Beratungen freilich weggefallen ist, und ferner nur Art. 12 oder Art. 13 E-FIDLEG bzw. Art. 11 und Art. 12 FIDLEG. Wenn alsdann bspw. Art. 11 E-FIDLEG bzw. Art. 10 FIDLEG entsprechend ergänzt werden muss, handelt es sich dabei um einen systematisch ohne Weiteres zulässigen Schluss, mit dem das Feld der Vertragsergänzung m.E. noch nicht erreicht ist.

1058 Vgl nur Art. 3 oder Art. 6 (‹Marktteilnehmer›).

1059 Unter <https://www.six-exchange-regulation.com/dam/downloads/publication/form/declaration-consent/declaration-consent-de.pdf>, zuletzt abgerufen am 18. November 2016.

gen übernimmt, abgesteckt[1060]. Ein Umkehrschluss – der zu Ungunsten vorab der Anleger geht – bietet sich an. Insbesondere sind die Worte zur Begründung der Verpflichtungen gegenüber der Schweizer Börse SIX und den Regulatorischen Organen, welche gemäss der Unterschriftenzeile ohnehin als Adressaten der Erklärung erscheinen, im Prinzip nicht erforderlich, wurden aber zur Klarstellung der relevanten Parteien eben trotzdem in den Wortlaut der Erklärung aufgenommen (Parömie: *verba cum effectu accipienda sunt*). Auch wenn eine teleologische Extension angesichts des Anlegerschutzzwecks (insbesondere) der Regelung der Ad hoc-Publizitätspflicht[1061] als möglich erscheint, hat diese, wenn man dem Wortlaut bei der Auslegung im Sinn der vorne angeführten Auffassungen zur Vertragsauslegung Priorität zugesteht, einen schweren Stand. Bei diesen Überlegungen zu der (Auslegungs-)Frage belassen wir es; gemäss dem Vertrauensprinzip von einer bewussten Übernahme der Pflichten auch gegenüber den Emittenten auszugehen, erscheint demnach als nur schwer begründbar.

541 Im Rahmen der vorne erwähnten Übernahme der Pflichten gegenüber der Finanzmarktaufsichtsbehörde fehlt es an einer entsprechenden Erklärung. Ob die aufsichtsrechtlichen **Pflichten des Finanzdienstleisters** nach dem Vertrauensprinzip als auch den Kunden gegenüber bewusst übernommen zu gelten haben, ist deshalb anhand der erwähnten Auslegungsmittel zu gewinnen. Dabei kann meines Erachtens grundsätzlich auf die *Ausführungen zu deren Auslegung im Zusammenhang mit der Frage, ob eine Doppelnorm besteht,* zurückgegriffen werden. Zwar steht vorliegend *nicht* in Frage, ob der Gesetzgeber (auch) privatrechtliche Pflichten zu begründen intendierte. Vielmehr geht es gemäss dem bereits erwähnten, einschlägigen Kriterium darum, ob das Ersuchen um die Bewilligung durch den fraglichen Finanzdienstleister aus der Warte eines vernünftigen Kunden dahingehend auszulegen ist, dass jenem bewusst war, dass ihn (auch) diesem gegenüber eine Pflicht treffen wird, die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen einzuhalten, die seine Tätigkeit als Bewilligungsträger regeln. Da es sich bei den relevanten Auslegungsmitteln freilich *in beiden Fällen* (zunächst[1062]) um das Gesetz und die dieses begleitenden Materialien handelt, hinter denen der Gesetzgeber steht, *koinzidieren die beiden Fragen*.

1060 Vgl. ferner Ziff. 4 der Zustimmungserklärung.

1061 Vgl. dazu hinten, Rn. 817 f. Die Frage, ob Art. 53 KR (auch) den Schutz der Anleger bezweckt, ist allerdings umstritten, vgl. für eine Übersicht über den Meinungsstand BÜHLER, Fn. 3254 (460); dafür aus spricht sich ferner bspw. PETITPIERRE-SAUVAIN, FS Forstmoser, insb. 550 f.

1062 Vgl. aber noch die Hinweise im Zusammenhang mit Art. 11 BEHG sogl.

Demnach lässt sich folgendes festhalten: 542

Mit Blick auf *Art. 11 BEHG* dürfte von einer vertraglichen Übernahme der Pflichten auszugehen sein. Das gilt *a fortiori* für Bewilligungsgesuche die erfolgt sind, *nachdem* (insbesondere) das Bundesgericht entschieden hat, dass es sich bei der Vorschrift um eine Doppelnorm handelt. Dieser Entscheid dürfte im Rahmen der Auslegung des Erklärungsverhaltens nach dem Vertrauensprinzip ebenfalls zu berücksichtigen sein. 542.1

Anders verhält es sich mit den *Verhaltensregeln des E-FIDLEG*. Die klaren Stellungnahmen des Gesetzgebers schlagen hier (ebenfalls) durch. Werden beispielsweise zukünftig unabhängige Vermögensverwalter gemäss dem FINIG bewilligungspflichtig und übernehmen gegenüber der Aufsichtsbehörde entsprechend die Pflichten gemäss FIDLEG (vgl. Art. 90 E-FIDLEG bzw. Art. 87 FIDLEG), kann in ihrem Erklärungsverhalten im Rahmen des Bewilligungsgesuchs gemäss dem Vertrauensprinzip *keine* Übernahme der Pflichten auch gegenüber ihren Kunden gesehen werden. Sie handeln – aus der Warte des Vertrauensprinzips – vielmehr unter der Prämisse, dass es sich bei den Verhaltensregeln um öffentliches Recht handelt, derweil der Zivilrichter *«das zivilrechtliche Verhältnis nach wie vor gestützt auf die privatrechtlichen Bestimmungen»* beurteilt[1063]. Analoges gilt für bereits bewilligte Institute, die ihre (bewilligungspflichtige) Tätigkeit unter der künftigen Geltung des FIDLEG weiterführen werden. 542.2

Dabei dürfte es auch bleiben, nachdem das Gesetzgebungsverfahren nunmehr abgeschlossen ist[1063A].

Was wiederum Art. 11 BEHG betrifft, ist weiter folgendes zu bemerken. Geht man tatsächlich von einer Übernahme einer Pflicht aus, dürfte diese (weiterhin in Auslegung des Erklärungsverhaltens des Finanzdienstleisters nach dem Vertrauensprinzip) als durch die Aufnahme einer Geschäftsbeziehung mit dem Kunden *suspensiv bedingt* anzusehen sein[1064]. Zudem dürfte die Bindung nur solange bestehen, als die Vorschrift dem Finanzdienstleister auch gemäss dem Aufsichtsrechtsverhältnis auferlegt ist, *scil*. in Kraft steht *(resolutive Bedingung)*. Schliesslich ist selbstredend zuzugestehen, dass die Praxisrelevanz dieser Überlegungen beschränkt ist, nachdem das 543

1063 Botschaft FIDLEG/FINIG, 17. Zum (unselbstständigen) Konzept der Ausstrahlungswirkung vgl. sodann bereits vorne, insb. Rn. 159 f.

1063A Vgl. hinten, Rn. 1254 ff.

1064 Bekanntlich sind Potestativbedingungen bzw. willkürliche Bedingungen zulässig (vgl. statt Vieler ROTH PELLANDA/DUBS, CHK, Art. 151 OR, Rn. 16 m.H.). Vgl. zu einer alternativen Qualifikation, die mir jedoch als weniger angemessen erscheint, hinten, Rn. 564.

Bundesgericht Art. 11 BEHG wie gesehen als zwingende Doppelnorm eingeordnet hat.

544 Im Sinn eines **Fazits** hat sich die Überlegung, wonach nach dem Vertrauensprinzip das Bewilligungsgesuch bei gegebenen Voraussetzungen als vertragliche Übernahme öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen gedeutet werden kann, *mit Blick auf die untersuchten Beispiele nicht als sehr fruchtbar* erwiesen.

545 Im Hinblick auf **potentielle andere Anwendungen** bemerken wir jedoch weiter Folgendes:

545.1 Stehen öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen in Frage, entsteht der vorne erwähnte Gleichlauf mit der Frage, ob eine Doppelnorm vorliegt oder nicht. Eine gewisse eigenständige Bedeutung verbleibt dem Konzept dabei, falls Doppelnormen *mit dispositivem Charakter* in Frage stehen. Wenn eine entsprechende Auslegung des Erklärungsverhaltens eines bewilligungspflichtigen Unternehmens gelingt, kommen die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen nämlich nicht erst zum Zug, weil sie nicht wegbedungen wurden, sondern bereits weil sie *parteiautonom übernommen* wurden. Wie noch zu zeigen sein wird, ist eine vertragliche Wegbedingung der Pflichten, die gemäss dem Konzept einstweilen als übernommen zu gelten haben, zwar möglich, sobald ein Finanzdienstleister mit einem konkreten Kunden später einen Vertrag abschliesst. Sie entfalten ihrerseits mithin keine zwingende Wirkung. *In Zweifelsfällen* – wie etwa wenn es in Auslegung eines solchen Vertrags zu ermitteln gilt, ob die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen als dispositive Doppelnormen wegbedungen worden sind – handelt es sich bei der parteiautonomen Übernahme der Pflichten allerdings um ein zusätzliches Moment, das *gegen* eine Wegbedingung spricht. Dieses Moment wird insbesondere dann von Bedeutung sein, wenn man der Auffassung folgt, wonach eine Wegbedingung dispositiven Rechts mit ‹materialem Ordnungsgehalt› höheren Anforderungen zu genügen hat[1065], da vorliegend in der Regel dispositives Recht mit einem entsprechenden Gehalt in Frage stehen wird[1066].

545.2 Eine weitergehende Bedeutung hat das Konzept potentiell auf dem Gebiet der privaten Regelwerke (sog. *‹Selbstregulierung›*). Hier besteht – wie die Überlegungen zum Kotierungsreglement zeigen – die Möglichkeit, dass die Beaufsichtigten die fraglichen Pflichten gegenüber den (privaten) Aufsichtsträgern auf vertraglicher Grundlage übernehmen. Von Doppelnormen ist daher naturgemäss nicht auszugehen, so dass eine etwaige vertragliche Pflichtbegründung auch gegenüber weiteren Personen (wie Kunden oder Anlegern) im Sinn der hiesigen

1065 Vgl. grundlegend BUCHER, FS Deschenaux, *passim,* zusammenfassend, 269.

1066 Vgl. im Allgemeinen vorne, Rn. 405 f.

Überlegungen ohne Weiteres von eigenständiger Bedeutung wäre. Vorab in diesem Zusammenhang wird Raum für Überlegungen bestehen, die über die hiesigen hinausgehen[1067]. Dieser ist in vorliegender Arbeit nicht auszufüllen, zumal es bei privaten Regelwerken gerade nicht um gesetzliche, öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen geht.

Schliesslich sind verschiedene **Einwände** denkbar: 546

Zunächst stehen mit den *Anlegern* unbestimmte Personen als Adressaten des Angebots in Frage. Das steht einer rechtsgültigen Annahme allerdings nicht entgegen, sieht das schweizerische Recht die Möglichkeit einer Offerte ad *incertas personas* doch durchaus vor[1068]. Ob eine solche vorliegt, *«ergibt sich aus der Auslegung der entsprechenden Willenserklärung, nämlich daraus, wie sie deren Empfänger nach dem Vertrauensprinzip verstehen durfte und musste»*[1069]. Nur – aber immerhin – in Zweifelsfällen dürfte gemäss dem Vertrauensprinzip im Sinn einer (heuristischen) Auslegungsregel *nicht* von einer Offerte ad *incertas personas* auszugehen sein[1070]. 546.1

Die (durch Auslegung gewonnene) Übernahme der *Finanzdienstleister* von Verhaltensregeln gegenüber Kunden, kann – wie erwähnt – als durch die Aufnahme einer Geschäftsbeziehung mit einem Kunden *bedingt* angesehen werden. Vor diesem Hintergrund – dürfte im Gegensatz zu den börsenrechtlichen Sachverhalten – kaum argumentiert werden können, dass das Bestimmtheitsgebot geritzt wird. 546.2

Auch von einer *Annahme* des Angebots wird man sodann ausgehen können[1071]. Geht ein Kunde einen Finanzdienstleister um eine Dienstleistung an, kann spätestens darin eine konkludente Annahme gesehen werden. Da es um ‹rein begünstigende› Angebote geht, erscheint ein Tätigwerden des Kunden, aber insbesondere auch des Anlegers allerdings gar *nicht* erforderlich. Vielmehr hat das Angebot gemäss vgl. Art. 6 OR als durch Stillschweigen angenommen zu gelten[1072]. 546.3

1067 Vgl. Allgemein zur Möglichkeit vertraglicher Bindungen an von ihm sog. ‹untergesetzliche› Normen im deutschen Recht bspw. LEYENS, AcP 2015, *passim*.

1068 Vgl. nur ARNET, Rn. 100 ff.; BUCHER, BSK OR-I, Art. 3, Rn. 13; SCHMIDLIN, BK, Art. 3 OR, Rn. 28 m.w.H.; sowie VON DER CRONE/WALTER, SZW 2001, 54 mit Fn. 4 m.w.H., denen gemäss dies *«anerkannt»* sei.

1069 So ARNET, Rn. 104 m.H.

1070 Ähnlich – wenn auch wohl zurückhaltender in der Annahme einer Offerte *ad incertas personas* – VASELLA, Rn. 745 m.w.H.

1071 Ein Rückgriff auf Art. 8 OR (betr. Preisausschreiben und Auslobung), auf dessen Grundlage sich ein einseitiges Rechtsgeschäft begründen lassen würde, ist m.E. daher nicht erforderlich.

1072 Vgl. vorne, Rn. 468 m.H.

546.4 Ohne dass dies im Einzelnen untersucht werden soll, erscheint es in Auslegung des Erklärungsverhaltens zumindest des *Emittenten* gemäss dem Vertrauensprinzip schliesslich nur schwer vorstellbar, dass ein primärer Leistungsanspruch des Kunden entsteht[1073]. Da es sich bei den öffentlich-rechtlichen Pflichten grundsätzlich um die einzigen Pflichten des Emittenten aus dem potentiellen Vertrag mit den Anlegern handelt, stellt sich die Frage, ob *primäre Leistungspflichten für die Annahme einer Vertragsbeziehung konstitutiv* sind. Dass dies *nicht* zutrifft, erschliesst sich freilich bereits aus dem Prinzip der (grundsätzlichen) Inhaltsfreiheit (vgl. Art. 19 OR)[1074]. Entsprechend ist beispielsweise die Haftung aus *culpa in contrahendo* (zumindest historisch) auf einen Vertrag ohne primäre Leistungspflicht (sog. ‹Haftungsvertrag›) gestützt worden[1075].

546.5 Zu guter Letzt wird man womöglich den *Einwand einer Aufweichung des Instituts des Vertrags* erheben. Meines Erachtens lässt sich vorliegendes Konzept als konsequente Durchführung des Vertrauensprinzips (inklusive dessen Schwächen, wie insbesondere dem grossen richterlichen Ermessensspielraum) durchaus vertreten. Dass damit eine Fiktion des *tatsächlichen* Parteiwillens erfolgt, liegt auf der Hand, ist der Operationalisierung des Vertrauensprinzips aber inhärent. Wie wir im Allgemeinen bereits dargelegt haben, wird mit dem Konzept aber auch

---

1073 Was das Verhalten des Finanzdienstleisters betrifft, könnte es sich damit anders verhalten, wenn man vorne erwähnte Bedingung in Rechnung stellt, wonach die Pflicht erst dann entsteht, wenn der Finanzdienstleister mit dem Kunden in eine Geschäftsbeziehung tritt. Das ist in vorliegender haftungsrechtlicher Arbeit jedoch nicht näher zu untersuchen.

1074 Vgl. im Zusammenhang mit sog. ‹Drittschutzabreden› auch P. KRAUSKOPF, Rn. 209 m.w.H.; auch in einem vor kurzem ergangenen Entscheid des St. Galler Kantonsgerichts werden solche offensichtlich grundsätzlich für zulässig gehalten (vgl. Entscheid BO.2012.77 vom 14. Oktober 2014 [= SJZ 2016, 22 f.] m.w.H.). Kritisch im Allgemeinen allerdings bspw. VASELLA, Rn. 747 inkl. Fn. 1262 mit besonderem Fokus darauf, dass Verträge, die einer Partei einzig Nachteile bringen, schlecht vorstellbar seien (‹untypische Schenkung›); abgesehen davon, dass Dienstleistungen nicht geschenkt werden können (vgl. Art. 239 Abs. 1 OR ‹aus dem Vermögen›), verweist er weiter vorne selbst auf Art. 394 Abs. 3 OR, der unentgeltliche Aufträge vorsieht. Zudem geht es vorliegend nicht um eigentliche, altruistische Unentgeltlichkeit, da die Finanzdienstleister Aussicht auf einen Vertrag mit den Kunden haben (vgl. BGE 112 II 347 E. 1b) und für die Emittenten der Aktienerwerb am Sekundärmarkt ebenfalls von wirtschaftlichem Interesse ist (vgl. dazu bspw. KALSS, ÖBA 2000, insb. 650). (Auch) zur Begründung einer vertraglichen Haftung von Ratingagenturen, die Gegenstand der Arbeit von VASELLA sind, müsste man im Übrigen untersuchen, worin deren pflichtbegründendes (‹performatives›) Erklärungsverhalten besteht.

1075 So in der Sache bspw. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZK, Art. 1 OR, Rn. 567 ff.; vgl. ferner GONZENBACH, 20 f. m.w.H.; VON DER CRONE/WALTER, SZW 2001, 58 f. m.w.H.

dem Grundsatz der Privatautonomie als Grundgerüst freiheitlicher Ordnungen Nachachtung verschafft. Wenn sich etwa für einen Finanzdienstleister aufgrund des durch das Vertrauensprinzip an sein Verhalten angelegten Drittmassstabs ergibt, dass mit dem Bewilligungsgesuch (auch) die bewusste Übernahme von Pflichten gegenüber seinen Kunden einhergeht, und er sich alsdann (trotzdem) für die bewilligungspflichtige Tätigkeit entscheidet, kann davon ausgegangen werden, dass er die Übernahme der Pflichten als rational handelnder Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr einkalkuliert hat[1076]. Zudem besteht – wie noch zu zeigen sein wird – von Rechts wegen die Möglichkeit, die Pflichten abzubedingen sowie die Haftung auszuschliessen.

Nachdem wir somit das Bewilligungsgesuch als Anknüpfungspunkt für die Ermittlung eines Geschäftswillen besprochen haben, wenden wir uns nunmehr den *weiteren potentiell pflichtbegründenden Umständen* zu, die wir eingangs dieses Unterkapitels eingeführt haben. Diese betreffen – pro memoria – allein die Beziehung der Finanzdienstleister zu ihren Kunden, exemplarisch den Anlageberatungsfall. 547

Im Sinn des ersten dieser weiteren Umstände (‹ii›) vertritt JULIUS FORSCHNER betreffend das deutsche Recht mit Blick auf konkludent abgeschlossene Anlageberatungsverträge[1077] die Auffassung, dass die ***«Aufnahme des Beratungsgesprächs oder die Erteilung der Auskunft»*** grundsätzlich eine vertragliche Übernahme der sog. Wohlverhaltensregeln nach deutschem WpHG zur Folge hat[1078]. Diese Überlegungen sind *de lege lata* für die Schweiz vorab insofern von Bedeutung, als Banken, die als Effektenhändler Art. 11 BEHG zu beachten haben, ihren Kunden gegenüber tatsächlich regelmässig Beratungsdienstleistungen erteilen, ohne sich dazu im Rahmen eines Vertrags, der das Beratungsverhältnis regelt, verpflichtet zu haben[1079]. *De lege ferenda* werden Anlageberater generell, wenn auch nicht gemäss *FINIG* beaufsichtigt, so doch gemäss *FIDLEG* als Finanzdienstleister eingestuft (vgl. Art. 3 Bst. e i.V.m. Bst. d Ziff. 4 E-FIDLEG bzw. Art. 3 Bst. d i.V.m. Bst. c Ziff. 4 FIDLEG). Die Verhaltensregeln gemäss FIDLEG treffen folglich auch sie. 548

1076 Ähnlich im Zusammenhang mit dem von ihm propagierten sog. Netzverträgen, bei denen es – wie *konzeptionell* auch gemäss den hiesigen Überlegungen – um die Ausdehnung von vertraglichen Pflichten auf Dritte geht, ROHE, insb. 160 f. in Abgrenzung zu gesamtwohlfahrtschaftlichen Überlegungen (in Form der ökonomischen Analyse des Rechts).

1077 Vgl. zu den Bedingungen, unter denen diese gemäss Schweizer Recht zustande kommen, vorne, nach Rn. 499.

1078 Vgl. FORSCHNER, 142 ff. (Hervorhebung MK).

1079 Vgl. nur den Anlageberatungsfall, der sich an BGE 133 III 97 anlehnt.

549 Zur Begründung knüpft FORSCHNER an die sog. ‹Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont› an – die prinzipiell der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip (in Deutschland ‹Erklärungsprinzip›) entspricht[1080]. Daraufhin führt er als *entscheidendes Kriterium* an, dass ein Kunde, für den die konkludente Erklärung bestimmt war, *von einem Anlageberater, der mit ihm in ein Beratungsgespräch tritt oder ihm eine Auskunft erteilt, erwarten darf, dass er die Wohlverhaltensregeln ihm gegenüber einhält*[1081]. Damit misst er einem (selbst normativen) Geschäftswillen des Anlageberaters keine Bedeutung zu; das Vertrauen des (vernünftigen) Anlegers, dass sich der Anlageberater ‹loyal› verhalten wird, scheint zu genügen.

550 Das entspricht zunächst *nicht* der Auffassung, die wir vorliegend vertreten, nachdem wir dem Geschäftswillen im Sinn vorne stehender Überlegungen im Licht des Grundsatzes der Privatautonomie weiterhin Bedeutung beimessen[1082].

551 Ferner geht das von FORSCHNER eingeführte Kriterium *weit*. So dürften wir – wenn sich die Frage nach einem Geschäftswillen nicht mehr stellt – gemäss dem Vertrauensprinzip *im Allgemeinen* erwarten können, dass rechtliche Pflichten, die zu unseren Gunsten bestehen, eingehalten werden. Wenn wir zum Beispiel einem Hausierer Einlass gewähren und ihn sein Produkt vorstellen lassen, werden wir (als vernünftige Personen, die das Gesetz kennen[1083]) auch erwarten, dass er sich an die Vorschriften des unlauteren Wettbewerbsrechts hält und beispielsweise keine ‹aggressiven Verkaufsmethoden› an den Tag legt, die uns in unserer Entscheidungsfreiheit beeinträchtigen (vgl. Art. 3 Bst. h UWG). Dasselbe dürfte *mutatis mutandis* selbst dann gelten, wenn es um sog. ‹allgemeine Bürgerpflichten› geht. So erscheint es etwa angesichts des strafrechtlich sanktionierten Nothilfegebots (vgl. Art. 128 StGB) durchaus als vernünftig, zu erwarten dass etwaige Adressaten des Gebots bei gegebenen Voraussetzungen Hilfe leisten.

552 *Aber:* Gehen die Kriterien, die wir in vorne stehendem Kapitel zur Ermittlung, ob ein Geschäftswille vorliegt, herausgearbeitet haben, *weniger weit?*

1080 Vgl. KRAMER, BK, Art. 1 Rn. 39, wobei er auch auf potentielle Begriffsverwechslungen hinweist, weil mit Erklärungsprinzip herkömmlich ein weiteres Auslegungsprinzip adressiert wurde, welches in der Schweiz insbesondere von MEIER-HAYOZ diskutiert wurde (vgl. vorne, Fn. 922 m.H.).

1081 Vgl. FORSCHNER, 142 f.; ähnlich in Bezug auf ‹öffentlich-rechtliche und standesrechtliche Bestimmungen› mit Blick auf das schweizerische Auftragsrecht auch FELLMANN, BK, Art. 398 OR, Rn. 178; sowie der vorne, nach Rn. 160B referierte Entscheid BGH, NJW 2014, 2947.

1082 Vgl. vorne, Rn. 505 ff. m.H.

1083 Vgl. insofern auch FORSCHNER, 143.

Von einem selbstgewählten Verhalten des *Anlageberaters* sowie des *Hausierers* dürfte man gemäss dem Vertrauensprinzip noch ausgehen können. Das weitere Erfordernis, wonach man *(in casu)* den Anlageberater oder den Hausierer nach dem Vertrauensprinzip als vernünftige Personen derart ansehen können muss, dass sie die fraglichen Pflichten aufgrund ihres Erklärungsverhaltens bewusst übernommen haben, ist demgegenüber meines Erachtens nicht erfüllt. In der blossen Aufnahme der fraglichen Tätigkeit ist *noch keine* bewusste Pflichtübernahme zu sehen; *es fehlt an einem spezifischen pflichtbegründenden Moment* – im Gegensatz zum Bewilligungsgesuch, in dem jedenfalls eine bewusste Übernahme von Pflichten gegenüber dem Aufsichtsträger erfolgt, die ihrerseits (zumindest tatsächlich) auch Dritte betreffen. 553

Dabei kommt der gemäss meinem Verständnis wohl zentrale Gehalt der in der Schweiz vorherrschenden sog. *Rechtsfolgentheorie* zum Ausdruck (die wir vorne denn auch im Zusammenhang mit dem vorliegend in Frage stehenden Kriterium eingeführt haben). Die Theorie fordert ein bewusstes, pflichtbegründendes Verhalten ein, wobei ein solches dem Schädiger gemäss dem Vertrauensprinzip zumindest zugerechnet werden können muss. Mit anderen Worten hat der Schädiger den *rechtlichen* Erfolg – gleichermassen in zumindest zurechenbarer Weise – (mindestens) ‹mitanzustreben›. Die der Rechtsfolgentheorie widerstreitende sog. *Grundfolgentheorie* lässt es demgegenüber genügen, dass der Schädiger *nur* nach einem (insbesondere) *wirtschaftlichen* Erfolg trachtet[1084]; die damit einhergehenden rechtlichen Pflichten gelten alsdann prinzipiell bereits als übernommen. Gleichsam ist das eben erwähnte, pflichtbegründende Moment nicht mehr erforderlich; die fragliche Situation muss – im Licht des Vertrauensprinzips – mit anderen Worten nicht mehr eine spezifische Rechtsrelevanz aufweisen. Gemäss der Grundfolgentheorie erscheint es demnach auch als möglich, im Fall des Anlageberaters oder des Hausierers von einer vertraglichen Pflichtübernahme auszugehen. Beide streben einen wirtschaftlichen Erfolg durchaus an. 554

Was die *Adressaten des Nothilfegebots* betrifft, fehlt es letztlich bereits an einem selbstgewählten Verhalten, das auf eine Pflichtübernahme schliessen lassen könnte. Hier wird selbst der *Möglichkeit* zur Selbstbestimmung keine Rechnung getragen. Dass ‹Jedermannspflichten› nicht als freiwillig übernommen gelten können und Sanktionen entsprechend einem höheren Rechtfertigungsbedarf genügen müssen, stellt denn auch der Philosoph BIRNBACHER fest[1085], dessen Überlegungen unserer Formulierung der vorliegend einschlägigen Kriterien zu Grunde liegen. 555

1084 Vgl. A. KOLLER, § 3, Fn. 6 (40); der selbst freilich (auch) der Rechtsfolgentheorie anhängt.

1085 Vgl. 280 f. sowie 321 und 327.

556 *Insgesamt* ist die Auffassung von FORSCHNER unter Zugrundelegung der vorliegend für einschlägig gehaltenen Kriterien folglich abzulehnen[1085A]. Indem allein auf die Erwartungen des Erklärungsempfängers abgestellt zu werden scheint, wird die Privatautonomie meines Erachtens zu stark geritzt. Sollte es dem Richter entgegen den im voranstehenden Unterkapitel dargestellten Vorgaben erlaubt sein, bei der Auslegung gemäss dem Vertrauensprinzip materiale Gerechtigkeitsüberlegungen zu berücksichtigen, könnte die Einschätzung der Auffassung im Übrigen anders ausfallen. FORSCHNER ruft entsprechende Überlegungen indessen nicht an.

Selbst wenn der Auffassung im Übrigen gefolgt werden sollte, dürften sich nicht zwingend alle Situationen erfassen lassen, in denen eine Verletzung von Verhaltensregeln durch Finanzdienstleister in Frage steht. So sind beispielsweise Fälle denkbar, in denen ein Anlageberater eine öffentlich-rechtliche Verhaltensnorm verletzt, *ohne überhaupt eine performative Aussage zu tätigen,* die als Willenserklärung gedeutet werden kann[1086]. *De lege ferenda* wäre etwa denkbar, dass eine Bank unter Unterlassung ihrer Pflicht, die Aufklärungen gemäss Art. 9 und Art. 14 Abs. 2 E-FIDLEG bzw. Art. 8 und Art. 13 Abs. 2 FIDLEG vorzunehmen, schlicht einen per Fax erteilten Kundenauftrag ausführt und dem Kunden alsdann eine entsprechende Bestätigung ausstellt.

557 Der vorletzte der zu diskutierenden Umstände, die womöglich für eine parteiautonome Übernahme öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen zu sorgen vermögen, ist die **ausdrückliche Übernahme der Pflichten im Rahmen eines schriftlichen Vertrags** (‹iii›). Dabei ist insbesondere an Vermögensverwaltungsverhältnisse zu denken[1087]. Streit wird in solchen Situationen dann *nicht* entstehen, wenn die Übernahme der Pflichten anhand einer Regelung erfolgt, die in ihrem Wortlaut hinreichend klar ist[1088].

558 Unklare Regelungen sind freilich ebenso denkbar. PATRICK C. LEYENS nennt – wenn auch betreffend das deutsche Recht *und* im Zusammenhang mit von ihm so genann-

---

[1085A] Vgl. in der Sache und im Ergebnis dahingehend auch MAURENBRECHER, FS von der Crone, 582, der es ablehnt, dass die aufsichtsrechtlichen Vorschriften ‹kraft Vertrauensprinzip (einfach) stillschweigender Vertragsinhalt› werden.

[1086] Vgl. dazu vorne, nach Rn. 351.

[1087] *De lege lata* ist mit Blick auf Art. 11 BEHG vorab relevant, dass diese durch Effektenhändler gemäss FINMA-RS 09/1, Rn. 8, Eckwerte zur Vermögensverwaltung, schriftlich abzuschliessen sind; vgl. ferner auch Art. 2 der Richtlinie der Schweizerischen Bankiervereinigung für Vermögensverwaltungsaufträge. Im Hinblick darauf, dass die Vorschriften des FIDLEG *de lege ferenda* auch Unabhängige Vermögensverwalter treffen sollen, ist zudem auf die entsprechende Vorschrift in Art. 7 der Standesregeln des Verbands Unabhängiger Vermögensverwalter zu verweisen (der wichtigsten Selbstregulierungsorganisation der Branche).

[1088] Vgl. vorne, Rn. 469 m. einem Bsp.

ten ‹untergesetzlichen Regelungen› (*i.e.* [allenfalls staatlich initiierten] privaten Regelwerken) – *beispielhaft* die Formulierungen, wonach die Pflichten *«nach höchstem Branchenstandard»* oder *«zur besten Kundenzufriedenheit»* erfüllt werden[1089].

Letztlich geht es um *Auslegungsfragen,* wobei (auch hier) ein Geschäftswillen im Sinn des vorliegend vertretenen Kriteriums zu ermitteln ist. Eine Antwort darauf muss *im Einzelfall* gefunden werden. Von allgemein(-er-)em Interesse könnten immerhin die folgenden Punkte sein: 559

Für eine Pflichtbegründung offensichtlich nicht genügen darf die blosse Verwendung des einem regulierten Institut vorbehaltenen Ausdrucks (bspw. ‹Bank›, vgl. Art. 1 Art. 4 BankG). Auch nicht hinreichend ist der *allgemeine* Hinweis, dass es sich bei einem Finanzdienstleister um ein durch die FINMA beaufsichtigtes Institut handle (bspw. im Rahmen der näheren Parteibezeichnung in den sog. ‹Recitals›)[1090]. Dabei handelt es sich um *deklaratorische Aussagen,* ohne dass Umstände vorliegen, aufgrund welcher diesen ein performativer Gehalt zugedacht werden kann. Weniger klar sind unter diesem Gesichtspunkt Situationen, in denen derartige Aussagen *im Zusammenhang mit der Regelung der Dienstleistungen* erfolgen, die den Kunden gegenüber zu erbringen sind. 559.1

Im Sinn eines Beispiels weisen wir rechtsvergleichend auf einen Entscheid des schottischen *Court of Sessions* hin[1090A]. Diesem lagen allgemeine Geschäftsbedingungen einer Bank vor, welche die Erbringung von deren Dienstleistungen gegenüber *(in casu)* einem Geschäftskunden regelten. Sie enthielten unter anderem folgenden Hinweis: *«Where these Terms conflict with Applicable Regulations, the latter shall prevail».* Das Gericht ging davon aus, dass die Bank sich damit das Recht vorbehalten wollte, vertragliche Vorschriften nicht einzuhalten, die den *«Applicable Regulations»* widersprechen, insbesondere den sog. *COBS-Rules* (die im Wesentlichen die Wohlverhaltensregeln gemäss MiFID umsetzen). Dagegen erachtete es den Hinweis nicht für hinreichend, um *darüber hinaus für eine vertragliche Übernahme der «Applicable Regulations» bzw. der COBS-Rules zu sorgen*. Falls dies bezweckt worden wäre, hät-

1089 AcP 2015, 626.

1090 Vgl. auch BGE 124 III 297 (‹Motor Columbus›), E. 6, wo sinngemäss festgehalten wird, dass allgemeine Aussagen zur Begründung von Vertrauen nicht genügen. Der Entscheid ist zwar im Zusammenhang mit der Vertrauenshaftung ergangen, dürfte *mutatis mutandis* in vorliegendem vertraglichen Zusammenhang aber ebenfalls angerufen werden können, da es hier ja gleichsam um Vertrauensschutz geht (wenn auch im Rahmen der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip). Anders könnte es sich verhalten, wenn im Vertrag auch nur auf die *privatrechtliche* Mitgliedschaft in einem Verband, der seinen Mitgliedern qua Selbstregulierung Pflichten auferlegt (so zum deutschen Recht wohl LEYENS, AcP 2015, 628 f.

1090A Grant Estates Ltd. vs. RBS PLC, [2012] CSOH 133, CA152/11.

ten die Parteien gemäss dem Gericht vielmehr eine klare Regelung dahingehend vorsehen müssen[1091]. Ohne den Entscheid im Einzelnen zu kommentieren, dürfte mit Blick auf dessen Übersetzung in die Schweiz unter anderem zu analysieren sein, welchen Einfluss der sog. *‹plain meaning rule›* zukam, die im *Common Law* im Gegensatz zur Schweiz von entscheidender Bedeutung ist[1092], sowie welche Rolle das Prinzip *in dubio contra stipulatorem* in der Schweiz spielen würde (vgl. dazu kurz sogl.). Das Argument, wonach mit der erwähnten Vorrangregelung einher geht, dass die *«Applicable Regulations»*, sofern sie die Beziehung der Bank zu ihren Kunden regeln, auch Vertragsgegenstand sein sollen, lässt sich meines Erachtens nämlich nicht *a priori* von der Hand weisen.

559.2 Eine gewisse Unterscheidungskraft wohnt – gerade in diesem Zusammenhang – der Frage inne, ob es sich bei den fraglichen Aussagen um *blosse Werbeaussagen* handelt oder mehr, wie wohl auch hier vieles dem Einzelfall zu überlassen sein wird. Gemäss LEYENS dürfte vor diesem Hintergrund zweitere der vorne ausgeführten Aussagen tendenziell *keine* Pflichtbegründung zur Folge haben (derweil dies hinsichtlich ersterer Aussage tendenziell der Fall sei)[1093].

559.3 Da es sich bei Vermögensverwaltungsverträgen in der Sache um Allgemeine Geschäftsbedingungen handeln könnte, *scil*. Vertragsbestimmungen, *«die von einer Vertragspartei (sog. Verwender) vorformuliert, um damit eine unbestimmte Anzahl zukünftiger Verträge gleicher Art mit einer unbestimmten Anzahl von Vertragspartnern* [..] *zu regeln»*[1094], ist zu beachten, dass zusätzlich die diesbezüglichen, besonderen Auslegungsregeln zum Tragen kommen könnten, insbesondere das Prinzip *in dubio contra stipulatorem*[1095].

560 Das vierte und letzte potentiell relevante Erklärungsverhalten, das wir diskutieren, findet im Allgemeinen wenig Beachtung. Es geht dabei um **öffentliche Aussagen, insbesondere auf Websites, die als Angebot zur Übernahme von öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen gedeutet werden könnten** (‹iv›). Diese Möglichkeit wird von LEYENS erwähnt, dessen Ausführungen sich dann allerdings auf § 161

1091 Vgl. Grant Estates Ltd. vs. RBS PLC, [2012] CSOH 133, CA152/11, Rn. 67 (Lord Hodge).

1092 Vgl. dazu nur meinen H. vorne, Fn. 979.

1093 AcP 2015, 626 f.; vgl. ferner wiederum BGE 124 III 297 (‹Motor Columbus›), E. 6; sowie BGE 142 III 84. Gemäss letzterem Entscheid hat die Beschwerdeführerin zur Begründung einer Vertrauenshaftung eine Werbeaussage des Schädigers ins Feld geführt (vgl. E. 3.2). Dem ist das Gericht nicht gefolgt, allerdings ohne sich in seinen Erwägungen mit dem Argument auseinanderzusetzen.

1094 KUT, CHK, Art. 1 OR, Rn. 47 m.H.

1095 Vgl. zu diesen Regeln bspw. SCHWENZER, OR AT, Rn. 45.08 ff.

des deutschen Aktiengesetzes konzentrieren, der die sog. ‹Entsprechenserklärung› mit dem ‹untergesetzlichen› Deutschen Corporate Governance Kodex regelt[1096].

Meines Erachtens besteht gemäss den vorliegend für einschlägig erachteten Kriterien *prinzipiell* durchaus die *Möglichkeit,* dass derartige Aussagen (insbesondere[1097]) eines Finanzdienstleisters in Anlehnung an die vorne stehenden Überlegungen zum Bewilligungsgesuch eine Übernahme öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen zur Folge haben können. 561

Um von einem entsprechenden Angebot des Finanzdienstleisters auszugehen, muss gemäss dem Vertrauensprinzip aus dessen Erklärung (*in casu* der öffentlichen Aussage) allerdings insbesondere geschlossen werden können, dass eine *bewusste Pflichtübernahme* vorlag. Dass es sich um eine Offerte *ad incertas personas* handelt, steht dem – wie ausgeführt – zunächst nicht entgegen[1098]. Leichthin anzunehmen ist ein Angebot gleichwohl nicht, zumal es an einem verstärkenden Moment, wie insbesondere dem Abschluss eines konkreten Vertrags, aber auch der Übernahme der Pflichten jedenfalls gegenüber der Aufsichtsbehörde fehlt[1099]. Infolgedessen ist beispielsweise auch die Ausgrenzung von blossen Werbeaussagen in vorliegendem Kontext grosszügiger zu handhaben als im Kontext schriftlicher Verträge. 562

Zumindest im Fall einer offenkundigen, ausdrücklichen Inbezugnahme (vor allem) des Verhältnisses gegenüber den Kunden *sowie* der fraglichen Pflichten, erscheint eine vertragliche Übernahme der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen aber denkbar. Hält ein Finanzdienstleister, wenn er auf seiner Website sein Dienstleistungsangebot umschreibt, beispielsweise fest, dass er *«als durch die FINMA beaufsichtigter Effektenhändler alle seine Dienstleistungen gegenüber seinen Kunden nach Massgabe der einschlägigen aufsichtsrechtlichen Vorschriften erbringt»,* dürfte womöglich von einer *suspensiv-bedingten* vertraglichen Verpflichtung im Sinn der vorne stehenden Überlegungen zum Bewilligungsgesuch ausgegangen werden können. 563

1096 AcP 2015, 631 ff.

1097 Dass Emittenten auf ihren Websites dazu hinreichend einschlägige Erklärungen abgegeben, erscheint praktisch demgegenüber nur schwer vorstellbar. Insbesondere dürften sie sich bei ihren etwaigen Hinweisen im Zusammenhang mit ihrer Kotierung nicht auf das Verhältnis zwischen ihnen und den Anlegern beziehen.

1098 Anders zum deutschen Recht jedenfalls i.Zh.m. § 161 des deutschen Aktiengesetzes wohl LEYENS, AcP 2015, 631 m.H.

1099 Vgl. ferner die erwähnte Regel, wonach im Zweifelsfall nicht von einer Offerte *ad incertas personas* auszugehen ist (Rn. 546.1).

564 LEYENS äussert sich *im Übrigen* nicht klar zur *dogmatischen Grundlage,* die er seinen Überlegungen zu Grunde legt. Neben dem hiesig vertretenen Ansatz (kurzum: Angebot zur insbesondere suspensiv bedingten Pflichtübernahme, das aufgrund Art. 6 OR [oder auch im Rahmen der Aufnahme der Geschäftsbeziehung] durch den Kunden angenommen wird), besteht insbesondere die Möglichkeit, den ‹Bindungsakt›, *scil*. die Aussage auf der Website als *Auslegungsmittel* zu betrachten, das bei der Auslegung des Vertrags, der mit dem einzelnen Kunden geschlossen wird, sodann zu berücksichtigen ist[1100]. Meines Erachtens ist diese Konstruktion – im Vergleich zu der hiesig vertretenen – jedoch zumindest insofern weniger plausibel, als damit die *eigentliche* Willenserklärung betreffend die Pflichtübernahme (*i.e.* die Aussage betr. die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen, deren vertragliche Übernahme in Frage steht) *zum ergänzenden Auslegungsmittel degradiert* wird.

565 Zum Abschluss des Unterkapitels widmen wir uns noch der Möglichkeit eines **Haftungsausschlusses** sowie insbesondere auch einer **vertraglichen Abbedingungen der Pflichten** (sofern diese gemäss den vorne stehenden Überlegungen als zunächst übernommen zu gelten haben). Entsprechende Vereinbarungen sind – in den gesetzlichen Schranken, die insbesondere Haftungsausschlüsse betreffen – *theoretisch* zulässig, zumal wir uns im vorliegenden Zusammenhang (stets) im Bereich des Vertragsrechts bewegen[1101].

566 In den Fällen, in denen das Verhalten von *Finanzdienstleistern und Kunden* in Frage steht, sind sie auch *praktisch* möglich, namentlich im Rahmen des Konto-/Depotvertrags, der bei Aufnahme einer Bankbeziehung abgeschlossen wird. Sollten die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen gemäss den vorne stehenden Überlegungen vorher vertraglich übernommen worden sein, erfolgt dabei nicht etwa eine einseitige Vertragsänderung. Wie dargestellt, steht die Übernahme der öffentlich-rechtlichen Pflichten vielmehr unter der Bedingung einer Aufnahme einer Geschäftsbeziehung. Diese erfolgt ihrerseits nur zu gewissen Konditionen, namentlich der Unterzeichnung eines Konto-/Depotvertrags. Tritt die Bedingung ein, stimmt der Kunde dessen Inhalt (inkl. etwaigen Haftungsausschlüssen und/oder Abbedingungen von Pflichten) folglich zu.

1100 Dahingehend könnten die Ausführungen von DEMS., AcP 2015, insb. 628 ff. (betr. ‹Selbstbindungen› durch Auftreten des Schädigers als Verbandsmitglied), verstanden werden.

1101 Vgl. betr. die Abbedingung von Pflichten zum deutschen Recht auch FORSCHNER, 144 f.; EINSELE, ZHR 2016, 246 f.; und zum Schweizer (Auftrags-)Recht FELLMANN, BK, Art. 398 OR, Rn. 178 und 180; rechtsvergleichend vgl. den Entscheid des schottischen *Court of Session* in Grant Estates Ltd. vs. RBS PLC, [2012] CSOH 133, CA152/11, Rn. 63 ff. (Lord Hodge).

In praxi grössere Schwierigkeiten bereitet eine Abbedingung der Pflichten und/oder Haftungsausschlüsse durch den *Emittenten gegenüber dem Anlegerpublikum*. *Theoretisch* ist etwa an die Möglichkeit einer vorgängigen oder gleichzeitigen ausdrücklichen *protestatio facto contrario* zu denken[1102], falls diese im Rahmen einer öffentlichkeitswirksamen Erklärung (bspw. der sog. ‹Offiziellen Mitteilung› gemäss Art. 40a f. KR) im Zusammenhang mit der Kotierung abgegeben würde. 567

Eine *andere Frage* ist zum einen, wie die *Aufsichtsbehörden* (insbesondere) Abbedingungen von Pflichten gemäss öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen beurteilen würden[1103]. Was die FINMA betrifft, wäre beispielsweise denkbar, dass sie sich auf Grundlage der Gewährsvorschriften[1104] zu entsprechenden Regelungen in den Verträgen der von ihr beaufsichtigten Institute äussert[1105]. Im Hinblick auf das zukünftige FIDLEG wäre dazu allerdings zu bemerken, dass entsprechende Eingriffe in die privatrechtlichen Beziehungen zwischen Finanzdienstleistern und Kunden nicht sehr kohärent wären. Indem er allein auf das Konzept der Ausstrahlungswirkung mit seinem nur unselbstständigen Gehalt abstellt, spricht der Gesetzgeber den aufsichtsrechtlichen Vorschriften eine zivilrechtliche Wirkung (gemäss derzeitigem Stand) weitgehend ab. Damit eröffnet er den Parteien gleichsam die Möglichkeit, *im Rahmen der privatrechtlichen Verhältnisse* ihre Pflichten gemäss den öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen vertraglich zu modifizieren. Dazu würde sich die FINMA in Widerspruch setzen, wenn sie in entsprechende Vereinbarungen eingreifen würde. 568

Zum andern verbleibt es uns klarzustellen, dass sich ein Finanzdienstleister, der in seinen Verträgen öffentlich-rechtliche Pflichten entsprechend abbedingt und diese alsdann auch nicht einhält, möglichen *aufsichts- und strafrechtlichen Sanktionen* selbstredend nicht entziehen kann. 568A.

1102 Vgl. dazu im Allgemeinen KRAMER, BK, Art. 1 OR, Rn. 23 m.H.

1103 Dieses Problem klingt bspw. in der Sache wohl auch bei FORSCHNER, 145, an.

1104 Vgl. *de lege lata* betr. Banken: Art. 3 Abs. 2 Bst. c und c^{bis} BankG; und betr. Effektenhändler: Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG; und *de lege ferenda* Art. 10 E-FINIG bzw. Art. 11 FINIG.

1105 So forderte die FINMA zum Beispiel gemäss Mitteilung 41 (2012); (‹Aufsichtsrechtliche Massnahmen – Retrozessionen – Banken›) im Zusammenhang mit der (*de lege lata* ausschliesslich) privatrechtlichen Frage der Herausgabepflicht von Retrozessionen von den Banken ‹Vorkehrungen› ein, wobei sie sich auf die bankrechtliche Gewährsvorschrift stützt (vgl. 5).

d. Exkurs: Zurechnung von Erklärungsverhalten gemäss Schweizer Recht

569 Das Erklärungsverhalten, das gemäss den vorne stehenden Überlegungen ausgelegt wird, muss demjenigen, der dieses an den Tag legt, *zudem* zugerechnet werden können, damit eine gültige vertragliche Vereinbarung zu Stande kommt. Wie wir *im Allgemeinen* bereits ausgeführt haben, können die entsprechenden Zurechnungsurteile – wie jene, welche die Haftungsbegründung prägen – anhand der naturrechtlichen Zurechnungslehre dargestellt werden. Nachfolgend gehen wir auf einige Aspekte der Zurechnung des Erklärungsverhaltens *gemäss positivem schweizerischem Vertragsrecht* ein.

570 Die Erfordernisse, die gegeben sein müssen, damit eine Zurechnung gemäss positivem schweizerischem Vertragsrecht gelingt, lassen sich weitgehend anhand der Notionen des *Handlungs- und Erklärungswillens* erfassen. Gemäss herkömmlicher Darstellung handelt es sich dabei um Elemente des (vertraglichen) Willens, die zum bereits verorteten *Geschäftswillen* hinzukommen müssen[1106]. Ob den Notionen dabei im Einzelnen derselbe Gehalt beigelegt wird wie gemäss den nachfolgenden Ausführungen, ist eine Frage der Begrifflichkeiten, der wir vorliegend nicht nachgehen[1107].

571 Beim Erfordernis des **Handlungswillens** geht es – durchaus im Sinn der naturrechtlichen Zurechnungslehre – zunächst darum, dass der Schädiger bei seinem Erklärungsverhalten aktuell frei war (Zurechnung zur Tat). Er darf also insbesondere keinen physischen Zwängen unterliegen[1108] und muss auch um die relevanten Tatumstände wissen, um ein alternatives Verhalten ergreifen zu können[1109]. Auch Zufall und Drittverhalten können hier in Rechnung gestellt werden[1110]. Im Allgemeinen

---

1106 Vgl. bspw. SCHWENZER, OR AT, Rn. 27.02.

1107 Ähnlich wie hier bspw. KRAMER, BK, Art. 1 OR, 33 ff. (inkl. den dort referenzierten weiteren Stellen).

1108 Vgl. insofern bspw. auch SCHMIDLIN, BK, Art. 29/30 OR, Rn. 4 m.H.

1109 Wenn beispielsweise ein des Englischen mehr schlecht als recht mächtiger Vertreter einer Gesellschaft die Äusserung *«my legal department has accepted your purchase order»* tätigt und damit eigentlich mitteilen wollte, dass seine Rechtsabteilung die Bestellung (zur Durchsicht) erhalten habe, könnte er aktuell tatsächlich von dieser Bedeutung von *‹accepted›* ausgegangen sein (ich habe dieses Bsp. bereits in anderem Zusammenhang verwendet, vgl. KUERT, AJP 2016, 1547). Vgl. zur Möglichkeit einer ausserordentlichen Zurechnung freilich sogl., Fn. 1112.

1110 Insgesamt ähnlich bspw. KRAMER, BK, Art. 1 OR, Rn. 59 m.H.; und – zum deutschen Recht – in der Sache SCHERMAIER, HKK-BGB, §§ 116 – 124, Rn. 17 ff.

erfolgt auch eine ausserordentliche Zurechnung[1111]. Entsprechend ist nur dann nicht von einem Handlungswillen auszugehen, wenn der Schädiger für die aktuellen Defizite betreffend Physis und Wissen nicht verantwortlich ist[1112]. Analoges gilt in Bezug auf ein Drittverhalten, das den Schädiger nicht entbindet, falls es ihn aufgrund seiner Unsorgfalt trifft[1113] (während es sich mit dem Zufall definitionsgemäss anders verhält).

572 Insgesamt dürften Fälle, in denen es derart an einem Handlungswillen fehlt – zumindest in vorliegendem Zusammenhang – *praktisch* Seltenheitswert haben. Zu erwähnen sind immerhin sog. ‹Hackerangriffe›, in deren Folge gegebenenfalls auch unerwünschte Inhalte auf Websites erscheinen[1114].

573 Das Erfordernis, das im Kontext der Notion des **Erklärungswillens** aufgestellt wird, betrifft die *motivationalen Eigenschaften* des sich Erklärenden. *Konkret* geht es um Eigenschaften, die im Hinblick auf die Begebenheit vorhanden sein müssen, dass sein Verhalten im Anwendungsbereich des Vertrauensprinzips von einem anderen als Willenserklärung aufgefasst werden kann. Als Alternativen stehen zur Verfügen, dass (i) er diese Begebenheit gleichsam gewollt haben muss (‹Erklärungswille›), (ii) ihm diese bewusst gewesen sein muss (‹Erklärungsbewusstsein›), (iii) er von dieser hätte wissen müssen (‹Erklärungsfahrlässigkeit›) oder (iv) es auf seine motivationalen Eigenschaften überhaupt nicht ankommt. Erstere beide Möglichkeiten fallen dann zusammen, wenn man den bereits erwähnten, opportunen Schluss vom Wissen auf ein Wollen zieht[1115].

1111 Vgl. in der Sache – zum deutschen Recht – insb. SCHERMAIER, HKK-BGB, §§ 116 – 124, Rn. 17 ff.; ferner KRAMER, BK, Art. 1 OR, Rn. 59, bei dem von ‹zurechenbarer Veranlassung› die Rede ist.

1112 In vorne, in Fn. 1109, genannter Situation wäre der Vertreter beispielsweise für seine mangelnde Sprachkenntnisse durchaus verantwortlich zu halten.

1113 Vgl. bspw. die Hinweise von KRAMER, BK, Art. 1 OR, Rn. 59 im Zusammenhang mit Blanketten: Wer solche aus der Hand gibt, ‹muss damit rechnen›, dass sie missbraucht werden.

1114 In Deutschland werden etwa Einwahlen von sog. Dialern diskutiert, die über das Internet erfolgen und alsdann insbesondere im Zusammengang mit sog. Telediensten mit hohen Gebühren hohe Rechnungen zur Folge haben. Auch dabei wird eine ausserordentliche Zurechnung vorgenommen (vgl. ARMBRÜSTER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 119, Rn. 97 m.H.).

1115 Vgl. vorne, Rn. 512.2 m.w.H.; vgl. ferner KRAMER, BK, Art. 1 OR, Rn. 47, wonach die Bezeichnung ‹Erklärungswille› bisweilen als Substitut für die Bezeichnung ‹Erklärungsbewusstsein› verwendet wird.

574 Praxis und herrschende Lehre gehen von der dritten Möglichkeit aus. Gemäss dem *leading case* BGE 120 II 197 ist *kein Erklärungsbewusstein* vorauszusetzen. An dessen Stelle tritt das *Erfordernis, wonach sich der sich Erklärende der Bedeutung seines Verhaltens auf Grund der ihm bekannten oder erkennbaren Umstände hätte bewusst sein müssen*[1116]. Im Entscheid ist dabei wohlgemerkt ausdrücklich von ‹objektiver Zurechnung› die Rede[1117]. Gemeint ist damit nicht ‹Objektive Zurechnung› im vorne verwendeten Sinn, *scil*. Zurechnung des Erfolgs zur Tat, sondern ausserordentliche Zurechnung im Sinn der naturrechtlichen Zurechnungslehre[1118]. Erforderlich ist gleichsam kein aktuelles Wissen sondern (‹nur›) die Möglichkeit, solches selbstverantwortlich zu erwerben[1119].

575 Da es bei der Frage, welche Bedeutung dem Erklärungsverhalten gemäss dem Vertrauensprinzip zukommt, um eine – wie wohl im Einzelfall zu beantwortende – Rechtsfrage handelt, befinden wir uns gemäss der Nomenklatur der naturrechtlichen Zurechnungslehre dabei bereits auf der Stufe der *Zurechnung zur Schuld*. Das wird klarer, wenn man die zu Grunde liegende Problematik umformuliert. So stellt sich namentlich die Frage, ob sich der zu Verpflichtende durch die Verhaltensvorgaben, die das Vertrauensprinzip an ihn heranträgt[1120], hat motivieren lassen, wobei dies seinerseits (zumindest ausserordentlich zugerechnete) Kenntnis der fraglichen Vorgaben voraussetzt.

1116 BGE 120 II 197, E. 2b / bb m.H.; aus der Doktrin GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Bd. I, Rn. 221; A. KOLLER, OR AT, § 10, Rn. 184; KRAMER, BK, Art. 1 OR, Rn. 50 m.H.; SCHWENZER, OR AT, 27.44. Der Entscheid betraf zwar eine sog. ‹Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht› (vgl. Art. 33 Abs. 3 OR), nimmt allerdings ausdrücklich auch auf Willenserklärungen Bezug. Wie BYDLINSKI festhält, sind die Fälle zudem *jedenfalls in vorliegendem Zusammenhang* nicht anders zu behandeln (vgl. BJM 1982, 7 f.). Wie das BGer entscheidet sodann auch der BGH (vgl. nur die H. bei ARMBRÜSTER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 119, Rn. 94 und Rn. 97). Die Frage ist in der Doktrin nicht ganz unumstritten (vgl. die H. bei A. KOLLER, OR AT, § 10, Fn. 55 [74] – für die Schweiz –, und bei ARMBRÜSTER, a.a.O., Rn. 94 ff. – für Deutschland, wobei neben der eben sog. dritten Möglichkeit, auch die zweite und die vierte vertreten werden).

1117 BGE 120 II 197, E. 2b / bb m.H.

1118 SCHERMAIER, HKK-BGB, §§ 116 – 124, Rn. 20, verweist in diesem Zusammenhang auf die scholastische Handlungslehre.

1119 Vgl. dazu, dass das Erfordernis der Erklärungsfahrlässigkeit selbstverantwortliches Verhalten ermöglicht, bspw. BYDLINSKI, BJM 1982, 18 f.; ferner ARMBRÜSTER, MünchKommBGB, 6. Aufl., Vor § 116, Rn. 3; KRAMER, MünchKommBGB, 5. Aufl., Vor § 116, Rn. 39.

1120 Vgl. vorne, Rn. 224.2.

Die Frage, ob dem sich Erklärenden sein Erklärungsverhalten zugerechnet werden kann, ist von der – in den voranstehenden Unterkapiteln einlässlich besprochenen – Frage, wie ein Erklärungsverhalten gemäss dem Vertrauensprinzip zu verstehen ist, *zu unterscheiden*[1121]. Daran schliesst allerdings die Problematik an, **wie sich die beiden Fragen im Kontext der Zurechnung des Erklärungsverhaltens gemäss positivem Schweizer Recht zueinander verhalten**. 576

Bei der *Auslegung* erfolgt gewissermassen ebenfalls eine ausserordentliche Zurechnung, allerdings aus der Perspektive eines vernünftigen Dritten in den Schuhen des Erklärungsempfängers. Zur Illustration lässt sich beispielsweise das vorne eingeführte (Auslegungs-)Kriterium modellieren, wonach gemäss dem Vertrauensprinzip das Erklärungsverhalten des Schädigers dahingehend ausgelegt können werden muss, dass ihm bewusst war, dass ihn die fragliche Verpflichtung treffen wird, falls er das Erklärungsverhalten tatsächlich an den Tag legt. So könnte man dieses auch dahingehend fassen, dass der fragliche Schädiger gleichsam die *Obliegenheit* hat, *das Wissen eines vernünftigen Drittens hinsichtlich der Konsequenzen seines Erklärungsverhaltens zu erwerben, falls er darüber aktuell nicht verfügt*. Entscheidend wären dabei freilich nicht die ihm ‹bekannten oder erkennbaren› Umstände, sondern jene des (vernünftigen) Erklärungsempfängers. 577

Der Unterschied liegt mithin in der *Perspektive:* Während im Rahmen der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip jene des vernünftigen Dritten in den Schuhen des *Erklärungsempfängers* eingenommen wird, wird im Rahmen des Zurechnungserfordernisses sozusagen jene eines vernünftigen Dritten in den Schuhen des *sich Erklärenden* eingenommen. 578

Diese Perspektiven können sich reiben[1122], und zwar grosso modo falls «das Verständnis des Empfängers massgebend durch einen ihm erkennbaren Umstand bestimmt wird, den der Erklärende nicht in Betracht ziehen konnte»[1123]. Solche Fälle dürften allerdings selten sein[1124]. Namentlich ist zu bedenken, dass gemäss dem 579

1121 Vgl. vorne, Rn. 224 m.H.; auch das Bundesgericht scheint die beiden Fragen zu unterscheiden, vgl. BGE 120 II 97 und meine H. dazu in Fn. 1116 f. und Fn. 1128.

1122 Vgl. zum deutschen Recht KELLMANN, vgl. JuS 1971, 614 ff.; insb. SCHERMAIER, HKK-BGB, §§ 116 – 124, Rn. 20; in der Sache auch LOSER, Vertrauenshaftung, Rn. 148. Im Übrigen wird dies in der Schweiz vorab für den (in Bezug auf die schweizerische Rechtslage hypothetischen) Fall gesehen, dass man seitens des sich Erklärenden Erklärungsbewusstsein einfordern würde, gesehen (vgl. KRAMER, BK, Art. 1 OR, insb. Rn. 50; sowie das BGer im fraglichen Entscheid selbst [BGE 120 II 197, vgl. insb. E. 2a]).

1123 So die Formulierung von LOSER, Vertrauenshaftung, Rn. 148.

1124 Vgl. auch LOSER, Vertrauenshaftung, Rn. 148.

Vertrauensprinzip auch der Erklärungsempfänger durch eine vernünftige Person ersetzt wird.

Diese darf beispielsweise den der Bank nicht erkennbaren Umstand, dass ein sehr vermögender Kunde gerade das bei der fraglichen Bank angelegte Kapital zur Altersvorsorge zu verwenden gedenkt, ihrem Verständnis des Verhaltens der Bank *nicht* zu Grunde legen[1125]. Den Kunden, in dessen Schuhen der vernünftige Dritte steht, trifft mithin eine ‹Mitteilungsobliegenheit›.

580 Ob schliesslich zu Gunsten des sich Erklärenden oder des Erklärungsempfängers zu entscheiden ist, ist alsdann eine *genuine Wertungsfrage*[1126], für die das *Gesetz* jedoch eine Lösung bereithält. Namentlich wird die Perspektive des sich Erklärenden (*in casu* i.d.R. der Schädiger) durch das Irrtumsrecht abgegolten[1127]. Das ergibt sich insbesondere aus Art. 26 OR, der davon ausgeht, dass eine vertragliche Bindung nach dem Vertrauensprinzip *(a fortiori)* zunächst auch dann gegeben ist, wenn dem sich Erklärenden *kein* Vorwurf gemacht werden kann. Alsdann kann der sich Erklärende sich vom Vertrag bei gegebenen Voraussetzungen aber lösen, wobei ihn mangels Erklärungsfahrlässigkeit *keine* Schadenersatzpflicht trifft (Art. 26 OR setzt Verschulden voraus). Ob *daneben* dem Erfordernis der Erklärungsfahrlässigkeit noch eine eigenständige Bedeutung beigemessen werden soll, erscheint als fraglich[1128].

581 Ebenfalls auf der Stufe der *Zurechnung zur Schuld* sind zu guter Letzt **weitere Zurechnungsurteile** anzusiedeln. Zu nennen sind hier insbesondere die Vorschriften zur Handlungsfähigkeit[1129]. Ferner lassen sich auch die Vorschriften zu Grundlagenirrtum, Drohung und absichtlicher Täuschung (vgl. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4; Art. 28

1125 Vgl. PAWLOWSKI, FS Grossfeld, 833 inkl. Fn. 32. Sie kommen öfters vor, wenn es dem sich Erklärenden an Handlungswillen gebricht, vgl. bspw. den Fall eines Diebstahls einer finalisierten Offerte, zu deren Versand der Offerent sich noch nicht entschieden hat (dazu einlässlich BYDLINSKI, BJM 1982, 16 ff.).

1126 Vgl. bspw. LOBINGER, 54 f. m.H.; anders offenbar aber BYDLINSKI, BJM 1982, 18 f., dessen als Lösung auf den Schild gehobene *«Gleichbehandlung von Erklärungsempfänger und Erklärendem»* in den vorliegend in Frage stehenden Fällen allerdings gerade *nicht* zu erreichen ist.

1127 Vgl. – zum deutschen Recht – auch KELLMANN, vgl. JuS 1971, 614 ff.; SCHERMAIER, HKK-BGB, §§ 116 – 124, insb. Rn. 20; LOSER, Vertrauenshaftung, Rn. 148, scheint demgegenüber *‹a priori›* von Dissens auszugehen.

1128 So – zum deutschen Recht – auch KELLMANN, vgl. JuS 1971, 614 ff.; SCHERMAIER, HKK-BGB, §§ 116 – 124, insb. Rn. 20. Das Bundesgericht seinerseits hat in BGE 120 II 97 (vgl. E. 3b) bereits die Auslegungsfrage negativ beantwortet, so dass die *ratio decidendi* die vorliegende Frage nicht berührt.

1129 Vgl. betr. natürliche Personen vorne, Fn. 271.1; betr. juristische Personen Art. 54 ZGB.

und Art, 29 f. OR) hier einordnen, zumal es dabei stets um motivationale Defizite geht. Darauf ist *nicht näher einzugehen*.

B. Begründung von Nebenpflichten aufgrund von an den Richter gerichteten Ermächtigungsnormen, insbesondere dem Grundsatz von Treu und Glauben

a. Vorbemerkungen

Im Folgenden widmen wir uns den Fällen, in denen sich dem Erklärungsverhalten des Schädigers (auch) gemäss dem Vertrauensprinzip *keine* Übernahme öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen entnehmen lässt. Grundlage ist mithin nicht mehr unmittelbar parteiautonomes Verhalten. Vielmehr stellt sich die Frage, ob (heteronome) Ermächtigungsnormen zur Verfügung stehen, auf deren Grundlage der *Richter* in Ausübung des ihm eingeräumten Ermessens öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im Rahmen von vertraglichen Beziehungen (trotzdem) zur Anwendung bringen kann. 582

Dazu ist zunächst zu vermerken, dass die gesetzlichen Grundlagen, die wir nachfolgend diskutieren, *nicht* zum Zug kommen, falls die Parteien eine *entgegenstehende Abrede* getroffen haben. Der Vertrag weist diesfalls keine ‹Lücke› auf, die es gegebenenfalls zu füllen gilt. Unabhängig davon, zu welchen Ergebnissen wir im Einzelnen gelangen werden, ist eine vertragliche *Abbedingung* von etwaigen Pflichten in vorliegendem Zusammenhang grundsätzlich also möglich (inkl. von Pflichten gemäss öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen, die über die an den Richter gerichteten Ermächtigungsnormen gegebenenfalls in den Haftungstatbestand berufen werden)[1130]. Auch *Haftungsfreizeichnungen* sind möglich. 583

Wie vorne ausgeführt, steht die vorliegende Diskussion sodann im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen im *Finanzdienstleistungsbereich* (nicht aber im Kapitalmarktsbereich). Diese stipulieren in der Regel *keine* Hauptpflichten *und* – wenn man von den Pflichten absieht, die bereits aufgrund privatrechtlicher Überlegungen bestehen (*i.e.* insbesondere autonom gesetzte Pflichten, die in Auslegung des Erklärungsverhaltens der Parteien gemäss dem Vertrauensprinzip im Licht des Kriteriums der Folgerichtigkeit gewonnen werden)[1131] – auch *keine* Pflichten im Sinn eines *«flankierenden Regelungsregimes, das für die Herbeiführung des Leistungserfolgs erforderlich ist»*[1132] (wobei der Leistungserfolg bei sog. *‹obligations du* 584

1130 Vgl. zum deutschen Recht auch EINSELE, ZHR 2016, 246 f.

1131 Vgl. dazu vorne, Rn. 487 ff. und für ein Bsp. sogl.

1132 Die Formulierung stammt von NEUNER, FS Canaris, 914.

moyen› in einem – herkömmlich als ‹sorgfältig› apostrophierten[1133] – Tätigwerden besteht).

585 Damit geht einher, dass der Richter *nicht zwingend* eine Regelung setzen muss, um einem Vertrag zum ordnungsgemässen Durchbruch zu verhelfen[1134]. Er kann davon auch *absehen* und im haftungsrechtlichen Zusammenhang – mangels Erkenntnis auf eine Pflicht, deren Verletzung dem Schädiger womöglich anzulasten ist – keinen Schadenersatz zusprechen.

586 Zur *Illustration* seien drei öffentlich-rechtliche Pflichten angeführt, die wir bereits im Zusammenhang mit der Eingrenzung der Thematik der voranstehenden Überlegungen zur Vertragsauslegung gemäss dem Vertrauensprinzip erwähnt haben[1135]:

586.1 Die Pflicht, bei einem Vermögensverwaltungsvertrag eine Eignungsprüfung vorzunehmen, ist zu dessen Durchführung, *scil*. einer anlegergerechten Vermögensverwaltung, durchaus erforderlich.

586.2 Schon anders verhält es sich mit der sog. Angemessenheitsprüfung im Rahmen von punktuellen Anlageberatungsverträgen; so kann eine ‹normalisierte› Beratungsdienstleistung auch erbracht werden, *ohne* zu ermitteln, ob ein Kunde etwaige Defizite aufweist, die ihn an der Verarbeitung der Informationen hindern.

586.3 Was schliesslich die Risikoaufklärungspflicht bei *Execution Only*-Verträgen betrifft, wird der Kunde den Erwerb des fraglichen Wertpapiers auch dann in Auftrag geben, wenn die Aufklärung unterbleibt. Die Aufklärung ist für eine ordnungsgemässe Durchführung des Vertrags mithin ebenfalls *nicht* erforderlich[1136].

587 Im Licht der vorne stehenden Ausführungen zur Auslegung gemäss dem Vertrauensprinzip ist es dem Richter in derartigen Situationen grundsätzlich verwehrt, aufgrund des (autonomen) Erklärungsverhaltens der Parteien vertragliche Pflichten festzustellen. Er darf sich insbesondere auch nicht auf einen sog. ‹hypothetischen Parteiwillen›

1133 Vgl. dazu noch hinten, insb. Rn. 704 f.

1134 Vgl. dazu und zum folgenden NEUNER, FS Canaris, 914 f.

1135 Vgl. vorne, Rn. 487 ff.

1136 Ob diese drei Arten von Pflichten anhand der – zumindest in der Schweiz wenig etablierten – Differenzierung nicht nur zwischen Nebenleistungs- und Schutzpflichten, sondern zwischen unmittelbaren und mittelbaren Nebenleistungspflichten sowie Schutzpflichten (vgl. vorne, Fn. 960 m.H.) erfasst werden können, wird nicht näher untersucht, wenn gleich dies als denkbar erscheint. Da die entsprechenden Kategorien als wenig trennscharf erscheinen (vgl. EMMERICH, in: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, 306 f.), dürfte der Ertrag einer solchen Untersuchung bescheiden sein.

berufen. Vielmehr hat er die ‹Lücke›, welche die Parteien gelassen haben, grundsätzlich ‹zu respektieren›[1137].

Anders verhält es sich, wenn der Richter sich auf eine **durch den Gesetzgeber an ihn gerichtete Ermächtigungsnorm** berufen kann (die ihrerseits übrigens durchaus auf den ‹hypothetischen Parteiwillen› abstellen kann, vgl. bspw. Art. 20 Abs. 2 OR). Auf dieser (im Licht der Stufenbaulehre alternativen) Grundlage kann er ‹Vertragslücken› gegebenenfalls füllen. Dabei kann der Richter – anders als wenn die Parteien im Sinn der vorne stehenden Ausführungen von einer an sie gerichteten Ermächtigungsnorm Gebrauch gemacht haben – auch materiale Gerechtigkeitsüberlegungen einfliessen lassen, sofern die an ihn gerichteten Ermächtigungsnormen dazu Hand bieten. 588

In der Schweizer Doktrin wird – in zunächst durchaus ähnlicher Weise – übrigens bisweilen festgehalten, das der Richter ermächtigt sei, eine etwaige ‹Vertragslücke› aufgrund sog. *‹Fremdnormen›* zu füllen, wenn sich aufgrund der Auslegung des Parteiverhaltens auch nach dem Vertrauensprinzip keine Regelung ermitteln lasse. Bei den ‹Fremdnormen› handle es sich entweder um Normen des dispositiven Gesetzesrechts, um Verkehrsübungen, auf die das Gesetz verweist, oder um durch den Richter gesetzte Normen[1138]. Zur Begründung letzterer sei dann vorab auf den ‹hypothetischen Parteiwillen› abzustellen[1139]. Diese ‹freie Rechtsfindung› mag vor dem Hintergrund des Rechtsverweigerungsverbots in Situationen angängig sein, in denen der Richter *zwingend* eine Regelung treffen muss. *Andernfalls* muss er eine solche meines Erachtens aber über den tatsächlichen oder nach dem Vertrauensprinzip ermittelten Parteiwillen hinaus auf eine gesetzliche Regelung abstützen können (wobei ihm im Prinzip auch Art. 1 Abs. 2 ZGB zur Verfügung steht).

Was sodann die positivrechtlichen **Kandidaten** betrifft, hält MICHAEL HASSEMER zum deutschen Recht Folgendes fest: Falls «weder die Vereinbarung noch das dispositive Gesetzesrecht Klärung schaffen können, muss das Recht auf die wenigen Kriterien zurückgreifen, die ihm noch zur Verfügung stehen, und dies sind insbesondere der Grundsatz von Treu und Glauben und die Verkehrssitten»[1140]. Das trifft meines 589

[1137] Vgl. auch NEUNER, FS Canaris, 914 f.

[1138] Vgl. etwa JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, Art. 18 OR, überblicksartig in Rn. 540 mit H. auf andere Stellen.

[1139] Vgl. etwa JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, Art. 18 OR, Rn. 559 ff.

[1140] So zum deutschen Recht HASSEMER, Heteronomie und Relativität, 40, vgl. auch 41 m.w.H.; vgl. auch KILIAN, Auslegung zivilrechtlicher Verträge, 275 ff.

Erachtens im Grossen und Ganzen auch für die Situation in der Schweiz zu[1141]. Entsprechend lassen sich unsere nachfolgenden Überlegungen wie folgt strukturieren:

589.1 Einstweilen fehlt es in vorliegendem Zusammenhang an einschlägigem *dispositivem Vertragsrecht,* sieht man einmal von den auftragsrechtlichen Vorschriften ab, die sogleich zu erwähnen sind. Anders verhält es sich, wenn man Art. 2 Abs. 1 ZGB auch dazu zählt[1142].

589.2 Alsdann widmen wir uns im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen vorab der ‹klassischen Generalklausel› des *Art. 2 Abs. 1 ZGB* (inklusive der *auftragsrechtlichen Treuepflicht* gemäss Art. 398 Abs. 2 OR, die ihrerseits als ‹Generalklausel› apostrophiert wird[1143]); (vgl. nachfolgend ‹b.›).

589.3 Ferner befassen wir uns mit der Möglichkeit, öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen als *Verkehrssitten* zu qualifizieren (vgl. nachfolgend ‹c.›). Diese werden herkömmlich für ein ergänzendes Auslegungsmittel zur Auffüllung von Vertragslücken gehalten[1144], derweil für eine Minderheitsmeinung der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) als Einfallstor für die Anwendung von Verkehrssitten im Rahmen von Vertragsbeziehungen fungiert[1145].

589.4 Schliesslich behandeln wir kurz die Möglichkeit einer *richterlichen Rechtsfortbildung* gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB (vgl. nachfolgend ‹d.›).

590 Bevor wir uns in *re materiae* begeben, grenzen wir freilich in dreierlei Hinsicht unser Erkenntnisinteresse ein.

591 Erstens ist die Begründung *privatrechtlicher* Pflichten, die zunächst *unabhängig* von dem Bestand öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen *denselben* Gehalt haben wie diese, nicht nur – wie wir dies bereits dargelegt haben[1146] – auf der Grundlage des

---

1141 Vgl. im Zusammenhang mit der Begründung von Schutzpflichten bspw. auch CHAPUIS, AJP 2005, 656 f. m.w.H.; HONSELL, BSK-ZGB I, Art. 2, Rn. 15; und WIEGAND, recht 1997, 91 f.

1142 Das scheint mit Blick darauf, dass (i) Art. 2 Abs. 1 ZGB gemäss vorherrschender Auffassung an eine Sonderverbindung anknüpft (vgl. hinten, Rn. 600 ff.) und (ii) Sonderverbindungen gemäss vorliegend vertretener Auffassung weitgehend vertraglich eingeordnet werden können (vgl. hinten, 2. Teil / 2. Kapitel / IV. / 2., *passim*), als zumindest bedenkenswert.

1143 So FELLMANN, BK, Art. 398 OR, Rn. 13; vgl. auch H.P. WALTER, ZSR 2008 I, 102.

1144 Vgl. nur JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, Art. 18, Rn. 594 f. m.H.; KRAMER, BK, Art. 18 OR, Rn. 244 m.H.; ferner – gleichsam im Zusammenhang mit den privatrechtlichen Wirkungen von Art. 11 BEHG – bspw. BERGER, Verhaltenspflichten, 165 f.

1145 Vgl. insb. B. MÜLLER, 96 sowie 98 f.; ferner BÜRGI, 121 f. und 127 f.; LIVER, BK, Art. 5 ZGB, Rn. 77.

1146 Vgl. vorne, Rn. 487 ff.

Erklärungsverhaltens der Parteien denkbar, sondern auch *auf der Grundlage gesetzlicher Vorschriften,* insbesondere solcher des dispositiven Gesetzesrecht. Das lässt sich beispielhaft an der Praxis zur Herausgabepflicht von Retrozessionen zeigen, die das Bundesgericht in Auslegung von Art. 400 Abs. 1 OR (aber auch der Treuepflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR[1147]) etabliert hat[1148]. Der Gehalt der Informationen, die ein Finanzdienstleister seinem Kunden gemäss Art. 28 E-FIDLEG bzw. Art. 26 FIDLEG *de lege ferenda* übermitteln muss, damit er Retrozessionen einbehalten kann, wurde weitgehend dieser Praxis nachgebildet[1149].

Der Anwendungsbereich der aufsichtsrechtlichen Regelung soll gemäss Botschaft allerdings auf sämtliche Finanzdienstleister ausgedehnt werden, derweil die (privatrechtliche) Praxis des Bundesgerichts bis anhin nur Vermögensverwalter betroffen hat[1150]. Ohne dass dies vorliegend näher untersucht werden soll, könnte der aufsichtsrechtlichen Regelung zudem durchaus *haftungsrechtliche Bedeutung* zukommen. So könnte ein Kunde bei Verletzung der Pflicht des Finanzdienstleisters zur Einholung einer ‹informierten Einwilligung› versuchen, neben oder anstelle der – privatrechtlich demnach nicht zwingend gegebenen – Herausgabepflicht Schadenersatzansprüche geltend zu machen[1151].

Steht die Begründung derartiger Pflichten in Frage, geht es (auch) hier zunächst *nicht* um die Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen. Die Pflichten stehen ausschliesslich auf dem Fundament des Privatrechts. Alsdann erscheint es jedoch (auch) hier möglich, dass der Richter zu deren *weiteren* Konkretisierung öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen beiziehen kann[1152]. 592

Vorliegend interessieren demgegenüber Situationen, in denen die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen *den konkreten Gehalt privatrechtlicher Pflichten gleichsam ausmachen*. Dabei ist klarzustellen, dass die Frage, ob eine Pflicht aufgrund privatrechtlicher Vorschriften gewonnen und alsdann allenfalls durch öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen konkretisiert wird, mit den nachstehenden Überlegungen dann *zusammentrifft,* wenn es sich bei der zu konkretisierenden privatrechtli- 593

1147 Vgl. insofern BGE 137 III 393, E. 2.3; BGE 138 III 755, E. 5.3.

1148 Vgl. aus der publizierten Praxis BGE 132 III 460; BGE 137 III 393; BGE 138 III 755.

1149 Vgl. nur die bzgl. Verweise in der Botschaft FIDLEG/FINIG, 61, auf die Bundesgerichtspraxis. Vgl. ferner im Übrigen bspw. die im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum BEHG geäusserte Ansicht, wonach die Pflichten gemäss Art. 11 BEHG sich bereits aus dem Auftragsrecht ergeben (vgl. vorne, Rn. 460.1).

1150 Vgl. näher zu den Unterschieden ABEGGLEN/HOCHSTRASSER, SJZ 2016, 377 m.H.

1151 Vgl. dazu – gestützt auf Art. 398 Abs. 2 OR – *de lege lata* SCHALLER, Handbuch, Rn. 438 und 444, je m.H.

1152 *Insofern* verhält es sich ähnlich wie bei der Konkretisierung der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht (vgl. dazu hinten, 2. Teil / 4. Kapitel / II.).

chen Vorschrift nicht bereits um eine konkrete Norm handelt (inklusive solcher, die vor Erlass der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen durch die Gerichtspraxis begründet wurden), sondern um eine allgemeine, an den Richter gerichtete Ermächtigungsnorm (wie jene, die wir nachfolgend besprechen).

594 Zweitens ist daran zu erinnern, dass es uns in diesem Kapitel um die Begründung von Pflichten geht, die im Haftungstatbestand auf der *Stufe der Pflicht- beziehungsweise Vertragsverletzung* stehen. Wie wir noch näher darlegen werden[1153], handelt es sich bei den **auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten** nach Art. 398 Abs. 2 OR (im Gegensatz zu den in derselben Vorschrift geregelten auftragsrechtlichen Treuepflichten) um *unselbstständige Pflichten,* die sich auf die Pflichten auf der Stufe der Pflicht- beziehungsweise Vertragsverletzung beziehen. Entsprechend werden sie im Rahmen vorliegender Studie der Stufe des Verschuldens zugeordnet. Daher behandeln wir sie erst im separaten vierten Kapitel, das die Inbezugnahme öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen auf (im Vergleich zu jener der Pflichtverletzung) weiteren Haftungsstufen betrifft (vgl. insb. 2. Teil / 4. Kapitel / II.).

595 Da die sog. Nebenleistungspflichten – nach vorne gegebenen Hinweisen – ganz allgemein oftmals als durch die Parteien autonom gesetzt gelten können[1154], stehen im Rahmen der nachfolgenden Überlegungen drittens (ebenfalls) die sog. **Schutzpflichten** im Vordergrund. Es stellt sich im Folgenden gleichsam vorab die Frage, ob ein Richter aufgrund der an ihn gerichteten Ermächtigungsnormen öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen als vertragliche Schutzpflichten beiziehen kann.

b. Grundsatz von Treu und Glauben

596 Nachfolgend besprechen wir zunächst die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Auf etwaige Besonderheiten der Treuepflicht des Beauftragten gemäss Art. 398 Abs. 2 OR kommen wir am Ende des Unterkapitels kurz zurück, wird doch im Allgemeinen festgehalten, dass dessen Gehalt sich mit jenem von Art. 2 Abs. 1 ZGB deckt, wenn es um die Begründung von Nebenpflichten geht[1155].

1153 Vgl. hinten, 2. Teil / 2. Kapitel / IV. / 3.

1154 Vgl. vorne, Rn. 487 ff.

1155 Vgl. statt Vieler ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, 79 m.w.H. (u.a. auf vereinzelt gebliebene a.A.). Auch das Bundesgericht beruft sich bisweilen auf die beiden Haftungsgrundlagen, ohne zu unterscheiden, vgl. Entscheid 4C.385/2006 vom 2. April 2007, E. 3.1 (wobei das Bundesgericht zusätzlich auf Art. 11 BEHG Bezug nimmt, dem es [auch] zivilrechtliche Wirkung zugesteht [vgl. dazu vorne, 2. Teil / 2. Kapitel / II., *passim*]): *«Ces devoirs d'information et de conseil peuvent découler des obligations de diligence et de fidé-*

Die Möglichkeit der Begründung von Neben- und insbesondere Schutzpflichten auf der Grundlage von Art. 2 Abs. 1 ZGB entspricht grundsätzlich einer etablierten *Praxis*. Diese kommt exemplarisch in folgendem Ausspruch des Bundesgerichts zum Ausdruck: *«Zu den gesetzlich geregelten Hauptpflichten eines bestimmten Vertragstypus treten häufig positivrechtlich normierte oder vertraglich vereinbarte Nebenpflichten hinzu. Sodann können sich aus der Generalklausel von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) ungeschriebene Nebenpflichten ergeben, wie namentlich die nicht auf den Hauptleistungsinhalt bezogene allgemeine Pflicht, die Rechtsgüter des Vertragspartners zu wahren»*[1156]. 597

Im Übrigen unterscheiden die Gerichte nicht stets klar, ob die Nebenpflichten ihre *unmittelbare* Grundlage im Grundsatz von Treu und Glauben als heteronome Vorschrift *oder* (noch) in dem autonom gesetzten Erklärungsverhalten der Parteien haben, das in Auslegung gemäss dem Vertrauensprinzip gewonnen wird[1157]. Im Hintergrund könnte stehen, dass die Vertragsauslegung gemäss dem Vertrauensprinzip ebenfalls auf Art. 2 Abs. 1 ZGB abgestellt werden kann[1158]. Wie dargestellt, sind die Situationen allerdings zu unterscheiden, wobei wir uns vorliegend nunmehr ersterer widmen.

---

lité ancrées dans les règles du mandat (art. 398 al. 2 CO), de l'art. 11 de la Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières [..]*, ou encore du principe de la confiance (art. 2 CC); ils tendent de manière uniforme à la sauvegarde loyale des intérêts d'autrui»*.

1156 So Entscheid 4A_494/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 4.1.; aus der publizierten Praxis als wegleitend erscheint aus jüngerer Zeit BGE 114 II 57 E. 6d / aa; vorher bspw. bereits BGE 106 II 224, E. 5; und später BGE 129 III 608, E. 4.2; vgl. ferner bspw. Entscheid 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 6.1; Entscheid 4C.33/2006 vom 29. März 2006, E. 3.1. Wichtigster Gewährsmann der Gerichtspraxis im Rahmen der ersteren vier Entscheide ist MERZ. Insbesondere dessen Kommentierung von Art. 2 ZGB im Berner Kommentar dürfte in der Frage von kaum zu überschätzender Bedeutung sein.

1157 Exemplarisch Entscheid 4A_494/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 6.1: *«Der Rechtsgrund solcher Pflichten liegt im Vertragsschluss, wobei diese Pflichten auch ohne diesbezügliche Willensäusserung der Parteien aufgrund der sich aus Art. 2 ZGB ergebenden Pflicht zu einer umfassenden Rücksichtnahme auf die Interessen des Vertragspartners und zu loyalem Verhalten unmittelbar zum Vertragsinhalt werden* [..]. *Die Nebenpflichten ergeben sich in diesem Fall aus einer Auslegung oder Ergänzung des Vertrages»* (Hervorhebungen MK).

1158 Vgl. für die Schweiz grundlegend MEIER-HAYOZ, 128 ff., insb. 132 und 132 f. m.w.H.; ferner KRAMER, BK, Art. 1 OR, Rn. 41; auch die einschlägige Formel des Bundesgerichts (vgl. vorne, Rn. 473) nimmt auf ‹Treu und Glauben› Bezug. Die Implikationen dieser Grundlegung in dem (positivrechtlichen) Grundsatz von Treu und Glauben dürften indes nicht zu überbewerten sein, hat sich doch das Bundesgericht stets zum Vertrauensprinzip bekannt, ergo auch vor Erlass des Grundsatzes von Treu und Glaubens mit der Einführung

598 Auch die *Doktrin* anerkennt die Möglichkeit, auf der Grundlage von Art. 2 Abs. 1 ZGB entsprechende Pflichten zu begründen. Man streitet sich aber um die dogmatische Konstruktion. Die Alternativen sind (i) eine vertragliche Grundlegung und, alsdann, eine vertragliche Haftung *oder* (ii) ein einheitliches gesetzliches Schuldverhältnis und, alsdann, eine Vertrauenshaftung[1159].

599 Das Institut des einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnisses will die Beziehung der Parteien ‹von der ersten bis zur letzten Berührung› erfassen, ohne dass es darauf ankommen soll, ob ein Vertrag (bereits oder nicht mehr) besteht[1160]. Dafür würden meines Erachtens dann gute Gründe sprechen, wenn von einem gewissen Pflichtenbestand ausgegangen werden könnte, der die gesamte Beziehung regeln würde. Dies ist jedenfalls hinsichtlich der Pflichten, die sich auf den Schutz des reinen Vermögens beziehen, nicht der Fall. Diese werden sich in Inhalt und Intensität je nach Stadium der Beziehung der Parteien unterscheiden, wie im Allgemeinen auch Vertreter des Instituts des einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnisses festhalten[1161]. Die Konzeption, wonach von einem diese Stadien übergreifenden, ‹einheitlichen› Schuldverhältnis auszugehen sei, ist allerdings nur noch schwer begründbar, wenn die verschiedenen Stadien ohnehin separat zu betrachten sind. Speziell mit Blick auf Art. 2 Abs. 1 ZGB ist meines Erachtens in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Intensi-

---

des ZGB im Jahr 1911 (vgl. bspw. BGE 34 II 523, E. 3 [‹vom Bundesgericht stets vertretene Erklärungs- oder Vertrauenstheorie›]).

1159 Vgl. statt Vieler WIEGAND, BSK-OR I, Art. 97, Rn. 35 m.H. auf den Meinungsstand. Das Bundesgericht scheint sich im Entscheid 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 – in dem es auch die Vertrauenshaftung behandelt – für eine vertragliche Grundlegung auszusprechen (vgl. E. 6.1 – u.a.: *«Der Rechtsgrund solcher Pflichten* [vertraglicher Nebenpflichten] *liegt im Vertragsschluss»*), zumal die höchstrichterliche Praxis die Vertrauenshaftung als gegenüber der vertraglichen Haftung subsidiär einordnet (vgl. vorne, Rn. 471), Das gilt zumindest für den Zeitraum, in dem ein Vertrag besteht. Vor diesem Hintergrund scheint es doch eher der Wunsch gewesen zu sein, der Vater der aktuellen Feststellung von WIEGAND – als einem der prominentesten Vertreter des Instituts des gesetzlichen Schuldverhältnisses – ist, wonach auch das BGer diesem Institut folge (BSK-OR I, Art. 97, Rn. 35; a.a.O., Einl. Art. 97–107, Rn. 11, ist bei DEMS. gar von einer *«nun wohl endgültigen»* Aussprache des BGer für das Institut die Rede); und auch die noch absolutere Feststellung von BERGER und MOSER im Kontext von Entscheid 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998 (= SJ 1999 I, 205 ff.), wonach es *«nicht mehr zweifelhaft»* sein könne, *«dass sich das Bundesgericht* [..] *der Lehre vom einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnis anschliesst»* (vgl. AJP 1999, 547), trifft jedenfalls heute kaum mehr zu.

1160 Vgl. statt Vieler WIEGAND, BSK-OR I, Art. 97, Rn. 35 m.H.

1161 Vgl. insb. LOSER, Vertrauenshaftung, Rn. 879 und 906; ferner Entscheid 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998 (= SJ 1999 I, 205 ff.), E. 3a und die dort zit. Autoren; sowie WIEGAND, FS Gagnér, 555.

tät der Beziehung ausreicht, damit dessen Anwendungsvoraussetzungen (vgl. sogl.) zum Tragen kommen.

Der Grundsatz von Treu und Glauben stellt in seiner Funktion als allgemeine Verhaltensnorm keine Sachnorm im Sinn einer *«direkt vollstreckbaren Entscheidungsregelung»* dar[1162]. Dazu müssen vielmehr zunächst dessen **Anwendungsvoraussetzungen** gegeben sein. Mit Rücksicht auf die Marginalie (‹Rechtsverhältnis›) wird dabei nach heute wohl vorherrschender Auffassung angenommen, dass sich die Beziehung der Parteien dazu zu einer *Sonderverbindung* verdichtet haben muss[1163]. Paradigma ist der Vertrag. Daneben genügt es indessen auch, wenn die Beziehung so intensiv ist, dass sich *«besondere, vertrauensbezogene Verhaltenserwartungen»*[1164] begründen lassen. Von einer derartigen Sonderverbindung wird im Finanzdienstleistungsbereich regelmässig ausgegangen werden können, wenn die Anwendung von öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen in Frage steht: 600

> Namentlich knüpfen die Normen – wie im Zusammenhang mit deren etwaigen Einordnung als Doppelnormen bereits erwähnt – im Allgemeinen mindestens an einen *Kontakt zwischen Kunde und Finanzdienstleister im Hinblick auf die Aufnahme einer Geschäftsbeziehung* an. Diese Situation ist mit jener der Aufnahme von Vertragsverhandlungen vergleichbar, die ihrerseits als für die Begründung einer Sonderverbindung im Sinn von Art. 2 Abs. 1 ZGB hinreichend erachtet wird[1165]. 600.1
>
> In Betreff auf die Anlageberatung ist ferner darauf zu verweisen, dass das Bundesgericht gemäss den vorne erwähnten Kriterien – *«ohne strenge Voraussetzungen»*[1166] – gleichsam von einer Vertragsbeziehung ausgeht. 600.2

1162 Vgl. nur BAUMANN, ZK, Art. 2 ZGB, Rn. 14, dem auch die angeführte Stelle entnommen wurde.

1163 Vgl. dazu und zum Folgenden HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, Art. 2 ZGB, Rn. 4; ferner bspw. LOSER, Vertrauenshaftung, Rn. 191 m.w.H.; REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Rn. 717 ff. m.w.H.; sowie die H. auf die traditionelle Lehre bei SCHWANDER, OFK-ZGB, Art. 2, Rn. 2.

1164 So HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, Art. 2 ZGB, Rn. 4.

1165 Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, Art. 2 ZGB, insb. Rn. 160 ff.

1166 So EMMENEGGER, FS von Büren, 646 f.

601 Sodann wird in der Doktrin erkannt, dass es sich beim Grundsatz von Treu und Glauben um eine *an den Richter gerichtete Ermächtigungsnorm* handelt[1167]. Die **Offenheit** der ‹königlichen Generalklausel›[1168] ist notorisch, wobei in Anlehnung an MARIETTA AUER drei Dimensionen unterschieden werden können[1169].

601.1 *Inhaltlich* geht damit einher, dass der Grundsatz dem Richter im Allgemeinen die Möglichkeit eröffnet, – im Vergleich zu konkreteren Vorschriften – in besonderem Mass ‹gesellschaftliche›[1170] oder auch ‹ethische› beziehungsweise ‹sozialethische›[1171] Wertungen zu rezipieren[1172].

601.2 *Formell* hat die Offenheit der Vorschrift zur Konsequenz, dass der Richter bei der Erkenntnis der vorne sog. individuellen Entscheidungsnorm die konkreten Umstände des Einzelfalls weitergehend in Rechnung stellen kann.

601.3 *Institutionell* folgt daraus schliesslich eine gewisse Aufweichung des Gewaltenteilungsprinzips; dem Richter wird bis zu einem gewissen Grad bereits ausserhalb von Art. 1 Abs. 2 ZGB die Möglichkeit richterlicher Rechtsfortbildung eingeräumt.

602 Mit Rücksicht auf diese Offenheit von Art. 2 Abs. 1 ZGB besteht meines Erachtens *grundsätzlich* Raum für eine Berücksichtigung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen als Nebenpflichten im Rahmen der Sonderverbindung zwischen Finanzdienstleistern und Anlegern. Dem Richter ist es gleichsam *grundsätzlich* möglich, sich im

---

1167 Vgl. BAUMANN, ZK, Art. 2 ZGB, Rn. 14; MERZ, BK, Art. 2 ZGB, Rn. 29 ff. m.w.H.; MORIN, ZSR 2007 II, 222 m.w.H.

1168 Formulierung von HEDEMANN, zit. bei KRAMER, Methodenlehre, 1. Aufl., 51 m.H.

1169 Vgl. Materialisierung, überblicksartig 9 f., alsdann *passim*. § 242 BGB (*scil*. der ‹deutsche Grundsatz von Treu und Glauben›) liegt ihren Überlegungen wesentlich zu Grunde.

1170 Vgl. KRAMER, Methodenlehre, 77 f. m.H.; MERZ, BK, Art. 2 ZGB, Rn. 29 ff. m.w.H.; in der Sache ähnlich SCHWANDER, OFK-ZGB, Art. 2, Rn. 3; vgl. allgemein ferner BEHREND, 87 ff., der im Kontext der Stufenbaulehre von MERKL und KELSEN herausarbeitet, dass der Richter im Rahmen seines Ermessensspielraums ‹ausserpositive› (d.h. sozialwissenschaftliche, psychologische, politische und wirtschaftliche, aber auch ethische und moralische) Überlegungen zur Anwendung zu bringen hat.

1171 Vgl. insb. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, Art. 2 ZGB, Rn. 22 ff.

1172 In Deutschland entspricht die ‹Rezeptionsfunktion› des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242) gleichsam der vorherrschenden Auffassung (vgl. bspw. G. ROTH/SCHUBERT, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 242, Rn. 2 [*«Insoweit fungiert § 242 als Begrenzung subjektiver Rechte und ist gleichsam ein «Notventil», um Lücken zu schließen oder Regelungen ihre Rigidität im Interesse anderer Wertungen der Rechtsordnung oder außer- bzw. überrechtlicher sozialethischer Prinzipien zu nehmen»*]); oftmals wird dabei bereits direkt auf ‹materiale Wertungen› Bezug genommen (vgl. die zahlreichen H. bei AUER, Materialisierung, 42 f.).

Rahmen des fraglichen Akts weitgehender Rechtsfortbildung – zwar vielleicht nicht *«alle denkbaren Anregungen und Vorbildern»*[1173], aber doch wohl – öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen derselben Rechtsordnung als einschlägige *«materielle Substanz»* zu eigen zu machen[1174].

603 Dem in der Sache entsprechend halten WOLFGANG WIEGAND und BERNHARD BERGER fest, dass sich eine Subsumption der Pflichten nach Art. 11 BEHG unter den Begriff der Verhaltenspflichten, die ihre Grundlage ihrerseits in Art. 2 ZGB finden, *«geradezu aufdrängt»*[1175]. Stellt man in Rechnung, dass die Bedeutung von Art. 398 Abs. 2 OR und Art. 2 Abs. 1 ZGB in vorliegendem Zusammenhang herkömmlicherweise gleichläuft, weisen ferner die Äusserungen in dieselbe Richtung, wonach Art. 11 BEHG für eine *«Konkretisierung des Pflichtenkatalogs»* der obligationenrechtlichen Vorschrift sorgt[1176]. Eine Auseinandersetzung mit den Vorgaben, die Art. 2 Abs. 1 ZGB der Inbezugnahme der börsenrechtlichen Vorschrift beistellt, erfolgt dabei jeweils *nicht*.

604 Die Vorgaben des Art. 2 Abs. 1 ZGB sind meines Erachtens aber *wegweisend,* um zu bestimmen, unter welchen Umständen gesellschaftliche Wertungen oder eben auch Wertungen gemäss öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen bei der Formulierung von Nebenpflichten im Rahmen ebendieser Vorschrift Berücksichtigung finden können. Diese Vorgaben lassen sich anhand der drei erwähnten Dimensionen strukturieren, die in Anlehnung an AUER eben eingeführt wurden.

1173 So im vorliegenden Zusammenhang zum deutschen Recht G. ROTH, in: Hb. KapitalanlageR, 3. Aufl., § 11, Rn. 11, der auch für nachfolgend ausgeführte Stelle verantwortlich zeichnet.

1174 Vgl. – neben G. ROTH (H. in voranstehender Fn.) und unter anderem in Anlehnung an diesen – ebenfalls zum deutschen Recht bspw. auch ULRICH KRÜGER, NJW 2013, 1847 m.w.H. Als Grundlage wird neben dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB), der im Rahmen der Schuldrechtsreform eingeführte § 241 Abs. 2 BGB genannt, der ersteren im Hinblick auf die Begründung von Nebenpflichten letztlich ersetzt (vgl. nur G. ROTH/BACHMANN, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 241, Rn. 46). Auf § 241 Abs. 2 BGB stellt letztlich bspw. auch noch DIECKMANN, AcP 2013, 28 ff., ab. Die Kritik an der Auffassung von G. ROTH durch FORSCHNER, 120 FF. erscheint schliesslich als nicht sehr treffend, da sie die entscheidende Frage, unter welchen Umständen Pflichten unmittelbar auf die Grundlage des Grundsatzes von Treu und Glauben gestellt werden können, unbeantwortet lässt.

1175 Vgl. ZBJV 1999, 723 ff. (die ausgeführte Stelle befindet sich auf S. 726).

1176 Vgl. WYSS, 52; vgl. ferner bspw. BAHAR/STUPP, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 11 BEHG, Rn. 6.

604.1 Im Rahmen der *formellen* Dimension kommt der Gegensatz zwischen Rechtssicherheit (sowie Rechtsgleichheit[1177]) und Einzelfallgerechtigkeit zum Ausdruck. Mit der Generalklausel von Art. 2 Abs. 1 ZGB wird allerdings eine ausgeprägte Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls gleichsam gesetzlich validiert[1178], so dass die Rechtssicherheitsargument für sich allein als Vorgabe nicht trägt.

604.2 Ähnliches gilt für die Aufweichung des Gewaltenteilungsprinzip zugunsten richterlichen Ermessens bei der Rechtsfindung, *scil*. die *institutionelle* Dimension. So ist anerkannt, dass aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben dem Richter grundsätzlich gewisse Befugnisse zur Rechtsfortbildung zustehen[1179]. Auch das gesetzgeberische ‹Regelungsprärogativ› trägt mithin allein nicht als Argument.

604.3 Entsprechend hängt vieles von etwaigen ***inhaltlichen*** **Vorgaben** des Art. 2 Abs. 1 ZGB ab.

605 Im Allgemeinen wird regelmässig darauf hingewiesen, dass die Erwartung auf ‹redliches›, ‹korrektes› und/oder ‹loyales› Verhalten im Verkehr geschützt werde[1180]. Auf der Suche nach möglich bestimmten Vorgaben macht es jedoch kaum einen Unterschied, ob man diese Attribute referenziert, oder – wie EUGEN HUBER – den Gesetzeswortlaut selbst bemüht und schlicht auf ein Verhalten Bezug nimmt, dass nach *«Treu und Glauben im Verkehr»* erwartet werden kann[1181]. Eine Beschränkung des möglichen Pflichtinhalts zu befördern vermögen derartige *Allerweltsbegriffe* also kaum[1182]. Konkret in Bezug auf die Nachachtung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen dürfte diese auf der Grundlage derartiger Allerweltsbegriffe – wie im Zu-

---

1177 Vgl. das in Fn. 817 angeführte WIEACKER Zitat, auf das sich AUER ebenfalls beruft (vgl. Materialisierung, 63).

1178 Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, Art. 2 ZGB, insb. Rn. 21 m.H. auf die Gerichtspraxis und 26 ff.; vgl. bspw. auch bereits EGGER (zit. von BÜRGI, 128); sowie BÜRGI selbst, 123 f. m.w.H., 183.

1179 Vgl. BAUMANN, ZK, Art. 2 ZGB, Rn. 16 m.H.; ferner – gleichsam im vorliegenden Zusammenhang – HAUSHEER, AJP 2013, 338; vgl. auch bereits die Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB von E. HUBER, 28, der einen *«engen Zusammenhang»* des Grundsatzes von Treu und Glauben mit Art. 4 ZGB feststellt, der an die *«Anweisung an den Richter, nach seinem Ermessen»* zu urteilen anknüpft; ferner auch BÜRGI, 183.

1180 Vgl. BAUMANN, ZK, Art. 2 ZGB, Rn. 14; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, Art. 2 ZGB, Rn. 34; MIDDENDORF/GROB, CHK, Art. 2 ZGB, Rn. 1; SCHWANDER, OFK-ZGB, Art. 2, Rn. 3; konkret im Zusammenhang mit der Begründung von Nebenpflichten bspw. Entscheid 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 6.1 m.w.H.; MIDDENDORF/GROB, a.a.O., Rn. 9.

1181 Erläuterungen VE-ZGB, 28.

1182 Vgl. VIONNET, FS von der Crone, 66 f. und 75, je m.w.H.; WIEGAND, FS Gagnér, 555; im Ergebnis auch ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, 164.

sammenhang mit der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip bereits angetönt – von einem vernünftigen Gegenüber im Allgemeinen durchaus erwartet werden können.

606 Gewissermassen auf der anderen Seite des Spektrums steht beispielsweise die Entwicklung eines relativ fein ziselierten sog. *‹beweglichen Systems›* zur Ermittlung insbesondere von Aufklärungspflichten durch SANDRO ABEGGLEN[1183]. Es ist jedoch zweifelhaft, ob sog. ‹bewegliche Systeme›[1184] tatsächlich für einen grösseren Bestimmtheitsgrad zu sorgen im Stande sind[1185]. Zudem erscheint es als willkürlich, im Zusammenhang mit einer Vorschrift, die gerade der Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit dienen soll, von vorneherein nur gewisse Momente für relevant zu erachten, weil diese generell als sachgerecht erscheinen[1186].

607 Es werden weitere Möglichkeiten zur Bestimmung der inhaltlichen Vorgaben bestehen, die Art. 2 Abs. 1 ZGB (insbesondere) im Zusammenhang mit der Begründung von Nebenpflichten aufstellt[1187]. Unbesehen davon kommt man meines Erachtens aber nicht umhin, sich dem *‹Gerechtigkeitsgehalt›* der Vorschriften zu widmen.

608 MARIETTA AUER geht in diesem Zusammenhang von einem Spannungsfeld zwischen Individualismus und Kollektivismus beziehungsweise materialer Gerechtigkeit aus[1188]. Als zentrales Element des Individualismus fungiert die bereits erwähnte Selbstbestimmung; wobei dessen Wertungen den vorne eingeführten freiheitlichen Wertungen nahe kommen[1189]. Alsdann propagiert sie, dass § 242 BGB (die Parallelvorschrift zu Art. 2 Abs. 1 ZGB) dabei keine Stellung beziehe, sondern aufgrund seiner Offenheit vorab als Ventil für materiale Gerechtigkeitsüberlegungen diene, denen im Rahmen des übrigen (konkreteren) Privatrechts nicht Nachachtung verschafft werden kann[1190].

1183 ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, 171 ff.; grundsätzlich zustimmend WYSS, 150 f.

1184 Grundlegend WILBURG (für H. vgl. CANARIS, Systemdenken, Fn. 2 [74]).

1185 Vgl. bspw. die entsprechende Diskussion durch CANARIS, Systemdenken, 81 f.

1186 So aber wohl ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, 170.

1187 So führt ferner bspw. HAUSHEER vier Voraussetzungen auf, unter denen von einer Vertrauenshaftung ausgegangen werden könne (die gemäss seinem Verständnis die Haftung für die Verletzung zumindest von Schutzpflichten ebenfalls abdeckt). Er führt allerdings weder eine Quelle an, noch teilt er uns seine Überlegungen mit, die dahinter stehen (vgl. AJP 2013, 336 ff., insb. 339).

1188 Vgl. Materialisierung, 12 ff.

1189 Vgl. bereits vorne, Rn. 381.

1190 Vgl. AUER, Materialisierung, insb. 43 ff.

609 Blickt man auf die schweizerische Diskussion, wird im Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 1 ZGB durchaus Position bezogen, wenn auch eine eigentliche Auseinandersetzung meines Wissens nicht stattfindet[1191].

610 Auf der einen Seite ist vorab eine Arbeit von BRUNO HUWILER zu nennen, die in der Aussage kumuliert, wonach *«treuwidriges Gebaren* [..] *den zentralen Zweck der Rechtsordnung, die* ***Herstellung von materieller Gerechtigkeit****»* verletzt (Hervorhebung MK)[1192].

610.1 Dabei bezieht er sich schwergewichtig auf einen Hinweis von EUGEN HUBER, der wie folgt lautet: *«Es soll zwischen den beiden Seiten der menschlichen Existenz* [*scil*. der ‹individuellen› und der ‹kollektivistischen›] *ein Verhältnis geschaffen werden, wonach das eine mit dem anderen in einer harmonischen Verbindung zu stehen vermöge. Dies und nicht ein kraft- und saftloser Durchschnittsbestand der Individuen soll die Grundlage von Rechten und Pflichten in der Gemeinschaft bilden. Daraus ergibt sich das Postulat des Handelns, nach Treu und Glauben, daraus die Umschreibung der Diligenz, die das eine Individuum dem andern schuldig ist. Nicht das, was einem Durchschnittsmenschen zugemutet werden kann, ist das Mass der Rechte und Pflichten in der Gemeinschaft, sondern das was bei harmonischer Einfügung des Individuums in die Gemeinschaft als individueller und kollektiver Pflichtenkreis für zutrefflich erachtet wird, und dies richtet sich nach der jeweiligen Natur der Aufgaben der Gemeinschaft»*[1193].

610.2 Angesichts dieses Vorbehalts bleibt bis zu einem gewissen Grad offen, wie die individuellen und kollektiven Interessen im Einzelnen auszutarieren sind[1194]. Allerdings erhebt HUBER die ‹wirtschaftlichen Verhältnisse› zum Kriterium, so dass der Ausgleich (mutmasslicher) tatsächlicher ‹Ungleichgewichtslagen› durchaus

---

1191 Zur Diskussion im Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 2 ZGB vgl. dagegen CARONI, FS Deschenaux, 58 f. mit dem Ergebnis, dass dessen Funktion als Einfallstor für materiale Überlegungen umstritten bleibe. An diese Diskussion wird vorliegend *nicht* angeknüpft, da Art. 2 Abs. 2 ZGB insb. angesichts dessen *‹ultima ratio*-Charakters›, der im Gesetzestext zum Ausdruck kommt (‹offenbar›), nach ‹eigenen Gesetzmässigkeiten› funktioniert (vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, Art. 2 ZGB, Rn. 60 m.H.; das Verhältnis von Abs. 1 und 2 von Art. 2 ZGB ist freilich umstritten, vgl. dazu einlässlich DIES., a.a.O., Rn. 57 ff.).

1192 Vgl. ZSR Beiheft Nr. 16, 74 ff., insb. 75 (dort befindet sich das Zitat), und zum Grundsatz von Treu und Glauben als Ventil für derartige Überlegungen insb. Fn. 104 (S. 77 f.); vgl. ferner die entsprechenden H. von MERZ, Privatautonomie, 6 f.; sowie von BÜRGI, insb. 120.

1193 Recht und Rechtsverwirklichung, 296.

1194 Vgl. auch HUWILER, ZSR Beiheft Nr. 16, Fn. 104 (S. 77 f.); ferner beso. eingängig E. HUBER selbst, in seinem rechtsphilosophischen Spätwerk ‹Das Absolute im Recht›, 15 ff.

als geboten erachtet werden kann[1195]. Ferner dürfte dies auch die offensichtliche Ablehnung durchschnittlicher Anforderungen indizieren[1196]. Schliesslich spricht die rechtsphilosophische Position, die HUBER im Allgemeinen zugeschrieben wird, für eine derartige Lesart[1197].

Auf der anderen Seite steht insbesondere die Auffassung von MAX BAUMANN, wonach Art. 2 ZGB **keine Sozialschutznorm** sei, *«die generell zum Schutze der jeweils schwächeren Partei herangezogen werden könnte oder sollte»*[1198]. 611

Als Gewährsmann führt BAUMANN FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY an, auf den er wie folgt Bezug nimmt: «Art. 2 ZGB fordert keine ethischen Höchstleistungen i.S. von «edler Gesinnung, Grossmuth, Aufopferung, auf welche durchschnittlich zu rechnen nie gerathen seyn möchte» [..], sondern allein die Beachtung der ‹Verkehrsregeln› der Redlichkeit, Loyalität, Korrektheit»[1199]. SAVIGNY bemerkt zum Grundsatz von Treu und Glauben im Allgemeinen überdies, dass zu dessen Nachachtung «schon verständige Selbstsucht» antreiben kann, zumal darauf «das schwer zu entbehrende Zutrauen Anderer beruht»[1200]. 611.1

BAUMANN geht also sinngemäss davon aus, dass die individuelle Freiheit im Rahmen von Art. 2 ZGB durch die ‹Interessen des Rechtsverkehrs› beschränkt ist. Ebendieses Element betont auch SAVIGNY immer wieder, wie insbesondere die Analyse von SYBILLE HOFER ergibt[1201]. Im Hintergrund steht dabei sinngemäss das kantische allgemeine Rechtsgesetz, wonach – *in casu* sobald eine Person im Verkehr auftritt – deren Freiheit in der Freiheit der andern ihre Schranken findet[1202]. Im Massstab des Durchschnittsmenschen dürfte dabei gleichsam das 611.2

1195 Vgl. das Zitat aus ‹System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts› bei HUWILER, ZSR Beiheft Nr. 16, Fn. 104 (S. 77 f.), m.H.; sowie auch den H. von E. HUBER in ‹Recht und Rechtsverwirklichung› selbst, wonach der Gesetzgeber tatsächliche Machtunterschiede sinngemäss ausgleichen soll (vgl. 296 f.).

1196 Vgl. dazu noch sogl.

1197 Vgl. vorne, nach Rn. 411.2 m.H.

1198 ZK, Art. 2 ZGB, Rn. 8; vgl. ferner MERZ, BK, Art. 2 ZGB, Rn. 60; sowie die H. bei BÜRGI, 123; sowie wohl auch BÜRGI selbst, vgl. insb. 165 f. inkl. Fn. 1 (S. 166).

1199 BAUMANN, ZK, Art. 2 ZGB, Rn. 8 m.H.; zustimmend wohl HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, Art. 2 ZGB, Rn. 35; eine entsprechende Einordnung der SAVIGNY Stelle findet sich bei SOMMA, 31.

1200 Vgl. System, Bd. V, 108; ferner SOMMA, 31.

1201 Vgl. 158 ff. und 206 ff.

1202 Vgl. HOFER, insb. 162, 163 und 209. Auch der erwähnte Zusatz, wonach es nicht etwa auf die ‹Triebfeder› der Selbstsucht ankomme, weist SAVIGNY in vorliegendem Zusammenhang als Kantianer aus, spielt die ‹Triebfeder› bei KANT doch nur in der Ethik, nicht aber im Recht eine Rolle, vgl. insb. GEISMANN, *passim*. Allg. zum Einfluss von Kant auf

Erfordernis der Gleichheit zum Ausdruck kommen, das SAVIGNY seinerseits betont, wenn er die Abgrenzung individueller Freiheitsphären zur Aufgabe des Rechts erhebt[1203].

612 In Zusammenschau der Äusserungen von HUBER und SAVIGNY sprechen die insofern durch BAUMANN meines Erachtens zutreffend eingeordneten Überlegungen des *Zweiteren* dafür, dass diese für materiale Überlegungen keinen Raum lassen. Ohne zu behaupten, dass HUBER geradezu auf die Ausführungen von SAVIGNY abzielte, ist die Disparität in der Beurteilung, ob die Verhaltensanforderungen durchschnittlicher Natur sein sollen, doch bemerkenswert. Im Sinn einer (zusätzlichen) Bestätigung der Überlegungen von HUWILER, scheint es mithin durchaus plausibel, die Ausführungen von HUBER so zu verstehen, dass von jenem, der tatsächlich mehr zu leisten im Stande, auch mehr gefordert werden könne. Gewisse Verlautbarungen in der französischsprachigen Literatur, die (unter anderem) die fraglichen Ausführungen von HUBER mit dem freiheitlichen, kantischen allgemeinen Rechtsgesetz in Verbindung bringen[1204], erscheinen vor diesem Hintergrund im Übrigen als angreifbar.

613 Nunmehr stellt sich freilich die Frage, **wie sich diese Positionen im Rahmen des Erlasses von Art. 2 ZGB niedergeschlagen haben**. Dabei liegt der Fokus natürlich auf der Auffassung von HUBER, zumal SAVIGNY mit dem Erlass des ZGB direkt nichts zu tun hatte. Die Auffassung des letzteren ist immerhin insofern bedeutsam, als diese dem freiheitlichen Charakter entspricht, den das aOR einstweilen unbedingt verwirklichte[1205].

614 Wie dargelegt, hat sich am freiheitlichen Charakter des OR mit der durch HUBER geprägten Revision 1911 nichts Grundsätzliches geändert. Wie ebenfalls bereits ausgeführt, gab es allerdings auch vereinzelte Bestimmungen, mit welchen eine ausnahmsweise Aufweichung einhergeht.

615 Dazu wird Art. 4 ZGB gezählt[1206], der dem Richter einen Entscheid nach ‹Recht und Billigkeit› ermöglicht, falls er durch eine besondere Gesetzesvorschrift (aufgrund einer der in Art. 4 ZGB erwähnten oder einer ähnlichen Formulierung) entsprechend ermächtigt wird. In diesem Zusammenhang wird festgehalten, dass *«hier das Phänomen der Rechtsfortbildung bei im übrigen äusserlich unveränderter positiver*

Savigny bspw. UNBERATH, ZRG Germ. Abt. 2010, *passim,* der sich dem hiesig diskutierten Problembereich allerdings nicht widmet.

1203 System, Bd. I, 331 f.; vgl. ferner a.a.O., 369.

1204 Vgl. insb. MORIN, ZSR 2007 II, 209.

1205 Vgl. vorne, Rn. 411.1 m.H.

1206 Vgl. CARONI, FS Deschenaux, 50.

Rechtsordnung erwünscht ist» sowie *«etwa sozialpolitische* [..] *oder ökologische* [..] *Neuerungen Platz greifen können»* sollen[1207]; die Berücksichtigung materialer Gerechtigkeitsüberlegungen ist mithin unbestritten möglich[1208]. Das hat in der Sache auch bereits EUGEN HUBER *klarerweise* so gesehen (und nicht nur mit interpretationsbedürftigen Formulierungen wie jener im Zusammenhang mit dem Grundsatz von Treu und Glauben angedeutet)[1209]. Auf die Möglichkeit zur Adaption des Grundgedankens der einschlägigen besonderen Gesetzesvorschriften ‹für jede Beziehung und jede Zeit› weist er alsdann auch in seinen Erläuterungen zum Vorentwurf hin[1210]. Da Art. 4 ZGB eine Ermächtigung des Richters zusätzlich aufgrund einer besonderen Gesetzesvorschrift erfordert, steht er ‹institutionell› im Übrigen auf einem sichereren Fundament als Art. 2 ZGB[1211].

Handkehrum wird in den Erläuterungen zum Vorentwurf im Zusammenhang mit dem Grundsatz von Treu und Glauben sinngemäss zwar durchaus erwähnt, dass dem Richter ein Ermessensspielraum eingeräumt werde[1212]. Im Übrigen bleibt es aber bei der Formulierung, es solle *«ganz allgemein Rechtsschutz nur insoweit bestehen, als dies nach Treu und Glauben im Verkehr von jedermann erwartet werden kann»*[1213]. Dieser nivellierenden Formulierung lassen sich keine überdurchschnittlichen Verhaltensanforderungen (bei entsprechender Leistungsfähigkeit) entnehmen. Die Analyse von PIO CARONI, wonach HUBER sein grundsätzliches Anliegen eines sozialeren Privatrechts nur ausnahmsweise überhaupt durchzusetzen versucht hat[1214], scheint sich also auch im Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 1 ZGB zu bewahrheiten[1215]. 616

Nimmt man den Einleitungstitel als Ganzes in den Blick, spricht dafür meines Erachtens auch, dass die Fälle, in denen dem Richter Billigkeitserwägungen erlaubt sind (die materiale Überlegungen unbestritten erlauben), durch Art. 4 ZGB geregelt sind. 617

1207 DÜRR, ZK, Art. 4 ZGB, Rn. 117; vgl. ferner Rn. 140.

1208 Vgl. HAUSHEER/JAUN, SHK-Einleitungsartikel, Art. 4 ZGB, Rn. 3; und im Anschluss an diese HRUBESCH-MILLAUER, BK, Art. 4, Rn. 316.

1209 Vgl. insb. Recht und Rechtsverwirklichung, 59 ff.

1210 Vgl. Erläuterungen VE-ZGB, 29.

1211 Vgl. auch DÜRR, ZK, Art. 4 ZGB, Rn. 139 f.

1212 Vgl. vorne, Fn. 1179 m.H.

1213 Vgl. Erläuterungen VE-ZGB, 28 (Hervorhebung MK). Die Botschaft zum ZGB enthält noch keine Aussagen zum Grundsatz, da dieser im Vorentwurf noch nicht enthalten war (vgl. dazu MORIN, ZSR 2007 II, 214 f. m.H.).

1214 Vgl. vorne, Rn. 411.2 m.H.

1215 CARONI führt die Vorschrift im Gegensatz zu Art. 2 Abs. 2 und Art. 4 ZGB im Rahmen seiner – wie wohl beispielhaften – Ausführungen denn auch nicht unter den Ausnahmen auf.

Sie werden im Rahmen dieser Vorschrift mit der zusätzlichen Ermächtigung im Rahmen einer besonderen Gesetzesvorschrift an restriktivere Anforderungen angebunden.

618 Wenn wir schliesslich auf die funktionelle und institutionelle Dimension zurückkommen, bürgt Art. 4 ZGB (wie eben erwähnt) auch für eine zusätzliche demokratische Legitimation. Insbesondere wird – bei einer Einordnung (wiederum) von Art. 2 Abs. 1 ZGB, wie sie vorliegend vertreten wird – aber den vorne vorgetragenen Einwänden Rechnung getragen, die für die Umsetzung materialer Gerechtigkeitsüberlegungen eine bestimmte gesetzliche Grundlage fordern. Damit wird zum einen gleichfalls dem ‹Regelungsprärogativ› des Gesetzgebers Nachachtung verschafft und zum andern der Gefahr Einhalt geboten, dass der Richter bei der Rücksichtnahme auf (mutmasslich) schwächere Vertragsparteien auf einen *slippery slope* gerät[1216].

619 Analog zur Situation bei der Auslegung von Willenserklärungen ist jedoch ein **Vorbehalt** anzubringen. Unbestimmte oder auslegungsbedürftige Rechtbegriffe, wie sie in Generalklauseln regelmässig vorkommen, sind Einfallstore für eine verfassungskonforme Auslegung[1217], beziehungsweise – weitergehend – eine Auslegung im Kontext der gesamten Rechtsordnung (‹Auslegung im Hinblick nicht nur auf die *ratio legis* sondern auf die *ratio iuris*›)[1218]. Legt der Gesetzgeber gewissen Regelungen das Leitbild eines (erneut nicht im pejorativen Sinn) überforderten Konsumenten zu Grunde, dürfte der Richter dieses auch bei der Begründung von Nebenpflichten im Rahmen von Sonderverbindungen aufgrund von Art. 2 Abs. 1 ZGB in Rechnung stellen können.

620 Wie bereits dargelegt[1219], geht der Gesetzgeber im *Finanzmarktbereich* aber grundsätzlich von einem *mündigen und selbstverantwortlichen Anleger* aus. Demnach bietet es sich meines Erachtens nicht an, den Anlegern unter Berufung auf eine verfassungskonforme Auslegung beziehungsweise eine Auslegung im Hinblick auf die *ratio iuris* in vorliegendem Zusammenhang besonderen Schutz zu gewähren. Das gilt mit Blick auf das FIDLEG grundsätzlich auch *de lege ferenda,* zumal das ‹Anlegerleitbild› dasselbe bleiben wird. Allerdings wird sich insofern noch die Frage stellen, welchen Einfluss die finalen Aussagen des Gesetzgebers zu den privatrechtlichen Wirkungen der Verhaltensregeln auf die Möglichkeit haben werden, den Grundsatz

---

1216 Diese Gefahr erkennt in der Sache auch WIEGAND, FS Gagnér, 561.

1217 Vgl. HÄFELIN ET AL., Rn. 153 m.H.; KRAMER, Methodenlehre, 110 ff.

1218 Vgl. CANARIS, Systemdenken, 152; ferner GÜNTHER, 95 f. m.H. (dem die Unterscheidung zwischen *ratio legis* und *ratio iuris* entnommen wurde); sowie auch BGE 132 II 49, E. 2.2.

1219 Vgl. vorne, Rn. 416.2 m.H.

von Treu und Glauben zu operationalisieren. Mit Rücksicht auf die Formulierungen in der Botschaft ist *einstweilen* jedoch *nicht* davon auszugehen, dass der Gesetzgeber (*i.e.* [einstweilen] der Bundesrat) einer Operationalisierung von Art. 2 Abs. 1 ZGB (sowie den anderen ‹Einfallstoren›) das Wort redet, die über deren (privatrechtliche) Vorgaben hinaus geht[1220].

Plausibel sind teleologische Überlegungen, die eine ausnahmsweise Berücksichtigung materialer Postulate im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 ZGB zur Folge haben können, im Übrigen wiederum auf dem Gebiet des *positivierten sozialen Privatrechts,* namentlich falls strukturelle Begebenheiten adressiert werden (wie die Bodenknappheit im Mietrecht[1221] oder die Unvollkommenheit des Markts im Arbeitsrecht[1222]). Dieser Möglichkeit gehen wir freilich nicht näher nach, wie auch nicht etwaigen weiteren Situationen, in denen potentiell eine ‹Ausnahme› zu machen ist.

Nach alledem kommen wir zum **Schluss**, dass gemäss dem Gerechtigkeitsgehalt von Art. 2 Abs. 1 ZGB grundsätzlich eine freiheitliche Ordnung verwirklicht werden soll[1223]. Daraus ergeben sich im Allgemeinen vorab folgende **Konsequenzen**: 621

Geht man dieser Prämisse entsprechend von freien und gleichen Personen aus, bleibt im Prinzip *kein Raum für eine Auferlegung von materialen Nebenpflichten* neben jenen, die gemäss dem Vertrauensprinzip (das seinerseits dem Gleichbehandlungsgebot zum Durchbruch verhilft) in dem Erklärungsverhalten der Parteien zu Grunde gelegt werden können[1224]. Wie gesehen, ist in einer freiheitlichen Ordnung eine Person für ihre Ausstattung, mit welcher sie sich mitunter in den Rechtsverkehr begibt, grundsätzlich selbst verantwortlich. Darf eine Partei aufgrund der Auslegung des Erklärungsverhaltens ihres Gegenübers gemäss dem Vertrauensprinzip *nicht* darauf schliessen, dass das Gegenüber die fragliche Pflicht übernommen hat, hat die Partei demnach grundsätzlich selber dafür zu sorgen, dass diese zum Vertragsbestandteil 622

1220 Vgl. vorne, insb. Rn. 159 ff.

1221 Vgl. statt Vieler vor kurzem HAUSMANN, SREJ 2016, 6 (*«unbestrittene Knappheit des Gutes ‹Wohn- und Geschäftsraum›»*).

1222 Vgl. statt Vieler GEISER/MÜLLER, § 1, Rn. 40.

1223 So im Ergebnis zum deutschen Recht bspw. auch LARENZ, demgemäss bei der Vertragsergänzung (um die es gemäss herkömmlicher Auffassung vorliegend geht), ein *«‹normatives Kriterium›, ‹das redlich denkende Vertragspartner meint und insofern am Gedanken der ausgleichenden Vertragsgerechtigkeit* [..] *orientiert ist›»,* zum Tragen kommen soll ([einvernehmlich] zit. von KRAMER, BK, Art. 18 OR, Rn. 238 [inkl. Hervorhebungen]).

1224 So im Ergebnis auch NEUNER, FS Canaris, 914 f.

gemacht wird[1225]. Ausnahmen machen insbesondere (i) Regelungen, die der Richter treffen *muss,* um dem Vertrag zum Durchbruch zu verhelfen[1226]; (ii) Regelungen, die ‹auf der Grundlage der Gleichberechtigung der Parteien› stehen (die ihrerseits insbesondere dann zur Anwendung zu bringen sind, falls der Richter in eben genannter Weise eine Regelung treffen muss)[1227]; sowie meines Erachtens (iii) Pflichten, deren Verweigerung gleichsam als rechtsmissbräuchlich einzustufen wären[1228].

1225 Dazu wird praktisch regelmässig genügen, dass die Partei die fragl. Problematik – bspw. durch eine entsprechende Nachfrage – in das sog. *‹champs contractuel›* einführt, vgl. hinten, Rn. 625 ff.

1226 Vgl. NEUNER, FS Canaris, 914 f.

1227 Vgl. dazu insb. JOERDEN, ARSP 1988, 317 ff. m.Bsp. (‹Regelungen auf der zweiten Ebene des Denkens über Gerechtigkeit›). Wie erwähnt dürften diese vorab zum Zug kommen, wenn der Richter, um dem Vertrag zum Durchbruch zu verhelfen, eine Regelung treffen muss. Paradigmatisch dafür steht die Frage, wie ein etwaiger Gewinn oder Verlust einer einfachen Gesellschaft unter den Mitgliedern zu verteilen ist. Hier gibt bereits das Gesetz eine Antwort im Sinn einer Regelung auf der entsprechenden Ebene – sie sind gleich zu verteilen (vgl. Art. 533 Abs. 1 OR; vgl. insofern auch bereits KANT, MdS, 233 [bei der von ihm erwähnten ‹Maskopei› handelt es sich um eine Handelsgesellschaft]; ferner in der Sache JOERDEN, a.a.O., 318). DERS. grenzt die ‹Regelungen auf der zweiten Ebene des Denkens über Gerechtigkeit› wohlgemerkt von jenen auf der ‹dritten Ebene› ab, wobei es um Überlegungen geht, die *«sich auf einen Ausgleich der äusseren Gegebenheiten und der daraus erwachsenden relativen Bevorzugungen, resp. Benachteiligungen der betreffenden Personen»* beziehen (so DERS., a.a.O., 319). Derartige Überlegungen liegen offensichtlich den Regelungen zu Grunde, die gemäss vorliegendem Verständnis für solche ‹materialer Natur› gehalten werden.

1228 Vgl. zur Möglichkeit der Operationalisierung des Rechtsmissbrauchsverbots in vorliegendem Zusammenhang auch VIONNET, FS von der Crone, 76 ff. m.w.H., insb. darauf, dass auch damit eine gewisse Unbestimmtheit einher geht, die freilich aufgrund der hohen Anforderungen, unter denen von einem Rechtsmissbrauch auszugehen ist, bis zu einem gewissen Grad domestiziert werden kann (vgl. 83). Ein hypothetischen Beispiel lässt sich im Zusammenhang mit sog. Stichtagsbewertungen fingieren (vgl. dazu ZAUGG, AJP 2015, *passim*), wenn wir von der Situation ausgehen, dass keine zwingende, gesetzliche Herausgabepflicht bestehen würde und die Parteien nur eine periodische Rechenschaftsablage vereinbart hätten. Diesfalls dürfte sich eine Bank bspw. kaum darauf berufen können, dass sie mangels entsprechender Vereinbarung nicht zur Herausgabe von Stichtagsbewertungen verpflichtet ist, wenn sie über diese bereits verfügt bzw. sie auf Knopfdruck erstellen kann, während der Kunde diese in mühsamer Kleinarbeit selbst zusammenstellen müsste (vgl. *mutatis mutandis* auch DERS., a.a.O., 1023). Hier besteht ein ‹krasses Missverhältnisses der Interessen› (diese Ausprägung des Rechtsmissbrauchsverbots hält in der Sache in vorliegendem Zusammenhang auch VIONNET, a.a.O., 82, für relevant; vgl. in anderem Zusammenhang sodann bereits vorne, Rn. 634).

Diese Konsequenz wird in der Gerichtspraxis in der Sache denn auch zum Ausdruck gebracht. Dabei verweisen wir insbesondere auf Entscheid 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010. Im zu Grunde liegenden Verfahren machte die Klägerin Schadenersatzansprüche geltend, die ihr im Zusammenhang mit der Finanzierung einer Akquisition durch eine (nunmehr konkursite) Tochtergesellschaft der Beklagten entstanden waren. Die Klägerin stützt sich unter anderem auf eine Verletzung von Nebenpflichten der Beklagten im Rahmen einer Restrukturierungsvereinbarung sowie auf das Institut der Vertrauenshaftung: 623

In ersterem Zusammenhang konstatiert das Bundesgericht, dass grundsätzlich davon auszugehen sei, «dass Nebenpflichten stets dem Leistungsinhalt zuzurechnen sind und die primäre Leistungspflicht nicht im Sinne einer Änderung des Schuldinhaltes erweitern, sondern nur das schuldnerische Handeln im Hinblick auf den Leistungszweck näher umschreiben können»[1229]. Zumindest wenn sog. folgerichtige Wertungen in Frage stehen[1230], lassen sich die im Hinblick auf die Erfüllung des aus der Hauptpflicht abgeleiteten Leistungszwecks erforderlichen Handlungen bereits aufgrund der Auslegung des Erklärungsverhaltens gemäss dem Vertrauensprinzip gewinnen. Daneben besteht gemäss der Formel des Bundesgerichts für eine Vertragsergänzung auf der unmittelbaren Grundlage von Art. 2 Abs. 1 ZGB kein Raum[1231]. 623.1

Im Zusammenhang mit den Ansprüchen aus Vertrauenshaftung interessiert insbesondere folgende Aussage: «Allerdings ist die Erwartung, dass ohne vertragliche Verpflichtung eine Leistung erbracht werde, grundsätzlich nicht schützenswert, da es dem Vertrauenden in aller Regel zumutbar ist, sich durch einen entsprechenden Vertragsschluss abzusichern. [..] Das Vertrauen auf eine freiwillige Leistungserbringung kann nur ganz ausnahmsweise Schutz finden, namentlich wenn der Vertragsschluss auf Grund der bestehenden Machtverhältnisse oder der Abhängigkeit des Vertrauenden faktisch nicht möglich ist und dem Vertrauenden gleichzeitig der Verzicht auf das Geschäft bzw. auf die Geschäftsbeziehung nicht zugemutet werden kann» [1232]. Darin kann meines Erachtens eine Bestätigung der 623.2

1229 Vgl. Entscheid 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 6.1.

1230 Vgl. vorne, Rn. 487 ff.

1231 Vgl. auch VIONNET, FS von der Crone, 63 f.

1232 Entscheid 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 5.1; die Formel wurde durch BGE 133 III 449, E. 4.1, geprägt; vgl. ferner die Entscheide 4A_243/2009 vom 1. September 2009, E. 6; und 4A_100/2010 vom 31. Januar 2011, E. 2.3. Das BGer verweist auf die Habilitationsschriften von LOSER und von CANARIS (vgl. BGE 133 III 449, E. 4.1 m.H.), wobei sich rechtsvergleichend (überdies) anführen lässt, dass im englischen Recht ein ähnliches Argument angeführt wird (vgl. HOWARTH, 47 m.H., vgl. auch 48 f.).

vorne festgehaltenen Konsequenz vorliegend vertretener Auffassung gesehen werden, wonach Erwartungen, aufgrund derer sich ausserhalb des gemäss dem Vertrauensprinzip ausgelegten Erklärungsverhaltens einer Partei auf der unmittelbaren Grundlage von Art. 2 Abs. 1 ZGB Nebenpflichten ableiten lassen, grundsätzlich nicht schützenswert sind.

Dass die Aussage die Vertrauenshaftung betrifft, ist meines Erachtens nicht wesentlich, zumal diese durch das Bundesgericht (ebenfalls) auf den Grundsatz von Treu und Glauben abgestützt wird[1233] und in einem Subsidiaritätsverhältnis zur vertraglichen Haftung steht, die ihrerseits solange zum Tragen kommt, als sich gemäss dem Vertrauensprinzip entsprechende Pflichten ermitteln lassen. Dasselbe gilt für die Begebenheit, dass die Aussage auf vertragliche Absicherungen überhaupt fokussiert und nicht auf solche hinsichtlich Nebenpflichten. So geht es in beiden Fällen um ein Vertrauen in eine freiwillige Leistungserbringung, da in beiden Fällen aufgrund der Auslegung des Erklärungsverhaltens des Schädigers keine entsprechende vertragliche Pflicht besteht.

Auf die Voraussetzungen, unter denen gemäss Bundesgericht eine vertragliche Absicherung unzumutbar ist, kommen wir bei der Besprechung der residualen Bedeutung der Vertrauenshaftung im Übrigen noch zurück.

624 Gleichermassen zum Ausdruck kommt die Konsequenz sodann in Entscheid 4C.189/2002 vom 27. September 2002. Hier hält das Bundesgericht im Zusammenhang mit einer potentiellen Haftung aus *culpa in contrahendo* eines Arbeitnehmers, die sich ebenfalls auf Art. 2 ZGB zurückführen lässt, folgendes fest: *«Im Übrigen hat die Vorinstanz zu Recht darauf hingewiesen, dass der Kläger ohne weitere Prüfungen und Erkundigungen eingestellt worden war, was zur Folge hatte, dass der Beklagten die häufigen Stellenwechsel bzw. die Arbeitslosigkeit des Klägers in den vergangenen Jahren nicht aufgefallen sind. In der Tat verpflichtet Grundsatz von Treu und Glauben ein Partei nicht, bei Vertragsverhandlungen auf Umstände aufmerksam zu machen, von denen die Gegenpartei sich selber Kenntnis verschaffen kann»*[1234]. Daraus geht hervor, dass im Licht des Grundsatzes von Treu und Glauben jede Partei für ihre informationelle Ausstattung grundsätzlich selbst verantwortlich ist.

Dass der Entscheid ein Arbeitsverhältnis betrifft und entsprechend durch die besondere Schutzbedürftigkeit von Arbeitnehmern motiviert sein könnte, steht der Verallgemeinerungsfähigkeit der Aussage meines Erachtens nicht entgegen. Dieses Moment wird im Entscheid nicht betont und das Bundesgericht greift die Aussage auch ausserhalb des

---

1233 So bereits im *leading case* BGE 120 II 331 (‹Swissair›), E. 4; vgl. aus der publizierten Praxis zuletzt BGE 142 III 84, E. 3.3.

1234 Vgl. Entscheid 4C.189/2002 vom 27. September 2002, E. 1.5 m.H.

Arbeitsrechts auf[1235]. Es zeigt sich darin vielmehr das vorne ausgeführte Diktum von FRANZ NEUMANN, wonach ein Recht, das seine Subjekte gleich behandelt, sich auch zu Gunsten der (vermeintlich) Schwächeren auswirken kann.

Erwartet der Geschädigte eine Aufklärung, obliegt es also ihm, die fragliche Problematik in den sog. *‹champs contractuel›*[1236] einzuführen, beispielsweise durch Nachfrage beim Schädiger. Entscheidet sich dieser alsdann, auf den Geschädigten einzugehen, dürfte letzterer bereits gemäss dem Vertrauensprinzip ein sorgfältiges Verhalten des Schädigers erwarten können[1237]. Nimmt der Geschädigte seine Obliegenheit demgegenüber nicht wahr, darf er keine freiwillige Leistungserbringung durch den Schädiger erwarten. 625

Im Übrigen sollen diese Hinweise *nicht* belegen, dass das Bundesgericht den hiesigen Überlegungen *stets* folgt. Eine einlässliche Auseinandersetzung mit der Entscheidspraxis würde freilich einer separaten Studie bedürfen. Wir belassen es bei den folgenden weiteren Hinweisen: 626

In der Literatur werden als Paradigma für eine materiale Begründung von Nebenpflichten zuweilen Fälle angeführt, in denen Ärzte oder Architekten als ‹Fachpersonen› gegenüber ihren Auftraggebern eine Pflicht zu Aufklärungen im Zusammenhang mit etwaigen Versicherungen auferlegt wird[1238]. Das Bundesgericht hat sich entsprechenden Situationen in BGE 111 II 72 beziehungsweise BGE 119 II 456 gewidmet. Im ersten Entscheid hat es auf eine Aufklärungspflicht eines *Architekten* über die Notwendigkeit des Abschlusses einer Haftpflichtversicherung aufgrund besonderer Risiken, die mit einem Bau verbunden sind, erkannt; im zweiten Entscheid auf eine Aufklärungspflicht eines *Arztes* über die Kostendeckung einer Operation durch die Krankenversicherung (‹wirtschaftliche Aufklärungspflicht›). Im zweiten Fall lag allerdings eine *Anfrage der Patientin* vor, die der Arzt mit der (falschen) Aussage beantwortete, dass seiner 626.1

1235 Vgl. Entscheid 4C.358/2004 vom 22. November 2004, E. 2.2, der Zustimmung findet bei BREHM, BK, Art. 41 OR, Rn. 48b.

1236 Dieser Ausdruck wird im französischen Recht verwendet, wenn im Irrtumsrecht die Voraussetzung umschrieben wird, wonach ein Motivirrtum nur dann potentiell relevant ist, wenn das Motiv der Gegenpartei bis zum Vertragsschluss zur Kenntnis gebracht wurde (vgl. ZWEIGERT/KÖTZ, 414 m.H.).

1237 Vgl. – wenn der Entscheid auch die Begründung einer Hauptpflicht betrifft – BGE 112 II 347, E. 1 (‹Gallé-Lampe›), demgemäss spätestens die Auskunft über den Schätzwert der Lampe als Annahme der Offerte erachtet wird, eine sorgfältige Schätzung vorzunehmen.

1238 Vgl. WIEGAND, FS Gagnér, 461 f.; ferner CHAPUIS, AJP 2005, 661; A. KOLLER, OR AT, § 48, Rn. 35.

Meinung nach *(‹à mon avis›)* eine Versicherungsdeckung bestehe[1239]. Die Patientin ist ihrer Selbstverantwortung, die ihr gemäss vorliegend vertretener Auffassung obliegt, mithin durchaus nachgekommen; sie war es, die die Problematik der Versicherungsdeckung in den *‹champs contractuel›* eingeführt hat. Auch gemäss dem ersten Entscheid hat zwischen einem Mitarbeiter des Architekten und dem Bauherrn ein *Gespräch* über eine Haftpflichtversicherung stattgefunden; eine Empfehlung, eine solche abzuschliessen, ist aber unterblieben[1240]. Um zu bestimmen, ob der Mitarbeiter im Rahmen des Gesprächs eine entsprechende Empfehlung hätte abgeben müssen, wäre es meines Erachtens letztlich erforderlich, dessen Inhalt zu kennen (den das Bundesgericht seinerseits nicht für entscheidend zu halten scheint[1240A]). Nach der allgemeinen Lebenserfahrung wird ein allgemein vernünftiger, aber nicht fachkundiger Bauherr dabei indessen auch die Frage aufgeworfen haben, ob der Abschluss einer Versicherung empfehlenswert sei.

626.3 In anderen Entscheiden spielt es demgegenüber keine Rolle, ob die fragliche Problematik in den *‹champs contractuel›* eingeführt worden ist – auch nicht implizit. So wird von einer Warnpflicht hinsichtlich der mit einer Anlage einhergehenden Risiken im Fall eines unbedingten Auftrags des Kunden, diese zu erwerben (*Execution Only*-Auftrag), beispielsweise bereits dann ausgegangen, *«wenn die Bank bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen muss, dass der Kunde eine bestimmte, mit der Anlage verbundene Gefahr nicht erkannt hat»*[1241]. Unter diesen Umständen kann der Kunde mithin darauf vertrauen, dass die Bank seine Interessen antizipiert. Das ist ihr gemäss vorliegend vertretener Auffassung jedoch gerade *nicht* aufgegeben.

627 **Insgesamt** lässt sich die Auslegung, wonach Art. 2 Abs. 1 ZGB nicht mit materialem Gerechtigkeitsgehalt durchsetzt ist, im Licht des historischen Gesetzgebungsprozesses demnach gut vertreten. Als Konsequenz davon darf ein Geschädigter ausserhalb der Auslegung des Erklärungsverhaltens des Schädigers nach dem Vertrauensprinzip grundsätzlich nicht von einer freiwilligen Übernahme von Nebenpflichten durch ebendiesen ausgehen. Dem Geschädigten obliegt es vielmehr, sich selbst abzusichern[1242]. Dabei ist insbesondere die Möglichkeit zu erwähnen, eine gewisse Proble-

---

1239 Vgl. BGE 119 II 456, E. 3.

1240 Vgl. BGE 111 II 72, E. 3d.

1240A Vgl. BGE 111 II 72, E. 3d.

1241 Vgl. BGE 133 III 97, E. 7.1.2. m.w.H.; Entscheid 4C.385/2006 vom 2. April 2007, E. 3.1 m.w.H.

1242 Vgl. insofern auch noch die bisweilen durch das Bundesgericht verwendete Wendung *«le banquier n'est pas le tuteur de son client»* und ferner *«et il doit en principe exécuter les*

matik in den ‹*champs contractuel*› einzuführen. (Erst) in der Folge wird er gemäss dem Vertrauensprinzip regelmässig von einem sorgfältigen Verhalten des Schädigers ausgehen dürfen.

628 Mit Blick auf den Einbezug öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen in die Sonderverbindung als Nebenpflichten im Sinn von Art. 2 ZGB durch den Richter bedeutet das, dass der Richter grundsätzlich *nicht* auf eine Übernahme dieser Pflichten durch den Schädiger erkennen sollte, zumal diese in aller Regel materiale Gerechtigkeitsüberlegungen verwirklichen. Ist der Geschädigte seiner Obliegenheit, sich selbst abzusichern, allerdings nachgekommen, so dass eine entsprechende Pflicht regelmässig bereits gemäss dem Vertrauensprinzip angenommen werden dürfte, besteht die – bereits erwähnte[1243] – Möglichkeit, zu deren Konkretisierung öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen beizuziehen.

Wirft ein Anleger im Rahmen eines *Execution Only*-Auftrags beispielsweise die Frage nach der Risikofähigkeit einer Anlage auf, dürfte er nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen, dass eine Bank ihm eine sorgfältige Auskunft erteilt, sobald sie auf seine Frage einsteigt. Zur Konkretisierung, unter welchen Umständen von einer sorgfältigen Auskunft ausgegangen werden kann, wird der Richter durchaus Art. 11 Abs. 1 Bst. a BEHG beiziehen können.

629 Zu guter Letzt stellt sich die Frage, ob sich an diesem Ergebnis etwas ändert, falls ein Auftrag vorliegt, so dass die **Treuepflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR** zum Tragen kommt. Wie erwähnt wird überwiegend davon ausgegangen, dass sich im Auftragsrecht bei der Begründung von Nebenplichten im Vergleich zu Art. 2 Abs. 1 ZGB *keine Besonderheiten* ergeben[1244]. Dem ist meines Erachtens zuzustimmen.

630 Unterschiede könnten sich dann ergeben, wenn man das Element der Wahrung der Interessen der Gegenpartei als spezifisches auftragsrechtliches Charakteristikum betont. In diese Richtung weist das Bundesgericht etwa im bereits adressierten Fall, in dem einem Arzt eine wirtschaftliche Aufklärungspflicht auferlegt wurde[1245]. Eine entsprechende Sonderbehandlung könnte sich insbesondere dann rechtfertigen lassen, wenn ein ‹besonderes Vertrauensverhältnis› als *unbedingter Bestandteil des schweizerischen Auftragsrechts* angesehen würde, infolgedessen die Parteien von ihrem Gegenüber *arguendo per se* weitergehende Interessenswahrungspflichten treffen würden.

---

ordres licites qui lui sont régulièrement donnés» (so Entscheid 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002, E. 2b).

1243 Vgl. vorne, Rn. 498.

1244 Vgl. vorne, Rn. 596 m.H.

1245 Vgl. BGE 119 II 456, E. 2d.

631 Der Topos des ‹besonderen Vertrauensverhältnisses› hat insbesondere im Zusammenhang mit der Frage nach dem zwingenden Charakter des jederzeitigen Kündigungsrechts (Art. 404 OR), die das Bundesgericht trotz Kritik aus der Doktrin befürwortet, Eingang in die Diskussion gefunden[1246]. Dabei wird in der Literatur indessen festgestellt, dass der Topos im Verlaufe der Gesetzgebungsgeschichte des positiven, schweizerischen Auftragsrechts an Bedeutung verloren hat[1247]. Insbesondere aber *unterscheidet sich der Auftrag in der modernen Dienstleistungsgesellschaft nicht mehr grundlegend von anderen Verträgen*. Auch hier stehen sich grundsätzlich Kunden und gewinnorientierte Leistungserbringer gegenüber[1248]. Im Finanzmarktbereich gibt es zum Beispiel sicherlich noch die langjährigen, engen Beziehungen zwischen Kunden und Vermögensverwalter, in denen ohne Weiteres ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht. Allerdings untersteht eben auch sog. ‹Robo-Advice›, der über digitale Plattformen des Anbieters abgewickelt wird, grundsätzlich dem Auftragsrecht[1249]. Vor diesem Hintergrund steht denn auch die gesetzgeberische Initiative, die prinzipiell dispositive Natur des jederzeitigen Kündigungsrechts im positiven Auftragsrecht zu verankern[1250].

632 Entsprechend sind die vorne im Kontext von Art. 2 Abs. 1 ZGB herausgearbeiteten Grundsätze auch für die Treuepflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR relevant. Ausserhalb der Übernahme von Pflichten durch den Beauftragten in Auslegung von dessen Erklärungsverhalten gemäss dem Vertrauensprinzip ist auch der Auftraggeber in seiner etwaigen Erwartung, wonach der Beauftragte weitergehende Pflichten übernommen hat, grundsätzlich *nicht* schützenswert. ‹Besondere Vertrauensverhältnisse› sind demnach als Topos nicht zu berücksichtigen. Sie können, falls sie *tatsächlich* bestehen, im Einzelfall aber eine Begründung von zusätzlichen Nebenpflichten zur Folge haben[1251].

633 Das Bundesgericht konstatiert entsprechend, dass im Fall eines *Execution Only*-Auftrags eine Warnpflicht besteht, falls *«sich wegen einer andauernden Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden ein besonderes Vertrauensverhältnis*

1246 Vgl. den *leading case* BGE 98 II 305, E. 2a; ferner nur die H. im Erläuternden Bericht Änderung Auftragsrecht, 6 f. m.w.H.

1247 Vgl. zusammenfassend FELLMANN, BK, Art. 404 OR, Rn. 9 m.w.H.

1248 Vgl. betr. den Finanzmarktbereich – wenn auch mit etwas anderem Ausgangspunkt – bspw. ROBERTO, NZZ vom 6. November 2012, 21; zum breiten Anwendungsbereich des Auftragsrechts vgl. ferner Erläuternder Bericht Änderung Auftragsrecht, 5 f.

1249 Vgl. WEBER/BAISCH, AJP 2016, insb. 1071 f.

1250 Vgl. Erläuternder Bericht Änderung Auftragsrecht, *passim*.

1251 Dahingehend bspw. auch FELLMANN, BK, Art. 398, Rn. 30 m.H. (das Vertrauen muss nach den Umständen als berechtigt angesehen werden können).

entwickelt hat, aus welchem der Kunde nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten darf»[1251A]. Hat die Bank im Rahmen früherer *Execution Only*-Aufträge den Kunden bereits beraten und/oder abgemahnt, lässt sich das Vertrauensverhältnis, das zu den entsprechenden Pflichten führt, auf das Erklärungsverhalten der Bank zurückführen.

Abgesehen davon bietet meines Erachtens wiederum das *Rechtsmissbrauchsverbot* (Art. 2 Abs. 2 ZGB) gewissen Halt. Beispielsweise können langjährige Vermögensverwaltungsbeziehungen bestehen, in deren Rahmen ein laufender Austausch über die Vermögensangelegenheiten des Kunden stattgefunden hat, die Anlageentscheidungen aber *stets von der Bank* getroffen wurden. Gibt der Kunde dann auf einmal vorbehaltslos eine (riskante) Transaktion selber in Auftrag, kann nach dem Vertrauensprinzip nicht unbedingt von der Übernahme einer Pflicht zur Risikoaufklärung ausgegangen werden. Die bestehende vertragliche Regelung zwischen den Parteien bezieht sich gleichsam nicht auf diese Situation. Falls sich die Bank auf die Selbstverantwortung des Kunden bei *Execution Only*-Aufträgen berufen würde, erscheint allerdings die Rechtsmissbrauchsschranke als erreicht. Es dürfte ein widersprüchliches beziehungsweise unzulässig formalistisches Verhalten der Bank darstellen, falls sie sich als langjährige Begleiterin des Kunden in dessen Vermögensangelegenheiten auf die Obliegenheit des Kunden berufen würde, selber um die Risiken der Anlage besorgt zu sein, die bei *Execution Only*-Aufträgen (nicht aber Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungsverträgen) besteht. 634

Im Übrigen haben wir vorab im Zusammenhang mit dem Vermögensverwaltungsgeschäft bereits mehrfach erwähnt, dass der Beauftragte eine interessens- oder anlegergerechte Anlagetätigkeit schuldet. Dem stehen die eben ausgeführten Überlegungen *nicht* entgegen. Indem ein Kunde als Laie einen Finanzdienstleister mit der Wahrung seiner (Vermögens-)Interessen betraut, darf er ein diesen Interessen gleichsam gerechtes Tätigwerden des Beauftragten im Rahmen der Aufgaben, die er diesem überträgt (insb. der Hauptleistungspflicht), durchaus erwarten[1252]. Das heisst allerdings nach den in diesem Unterkapitel erfolgten Ausführungen *nicht,* dass der Auftraggeber die Kundeninteressen umfassend zu wahren hat; der Kunde hat die Leistungen, die er vom Finanzdienstleister erwartet, vielmehr grundsätzlich selbst zu benennen (wie dies – wiederum – insbesondere hinsichtlich der Hauptleistungspflicht ohne Weiteres erfolgt). 635

[1251A] BGE 133 III 97, E. 7.2.

[1252] Ähnlich zum deutschen Recht bspw. ROTHENHÖFER, FS Hopt, 75 m.H.

c. Verkehrssitten

636 Ein weiterer Weg, auf dem öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen in die Sonderverbindung zwischen Kunde und Finanzdienstleister potentiell Eingang finden, ohne dass sich dies bereits aus der Auslegung des Erklärungsverhaltens des letzteren gemäss dem Vertrauensprinzip ableiten lässt, führt über den Weg des Instituts der *Verkehrssitte*.

637 Das Institut wird in Doktrin[1253] und Praxis[1254] regelmässig referenziert, wenn die Wirkung auf privatrechtliche Sonderverbindungen von ihrerseits *privaten* Standesregeln in Frage steht.

638 Vereinzelt wird aber auch vertreten, dass *öffentlich-rechtliche* Verhaltensnormen als Verkehrssitten zum Zug kommen können. Das gilt zunächst in Bezug auf Art. 11 BEHG[1255]. Die Möglichkeit wird aber auch für das Finanzmarktrecht im Allgemeinen erwogen, besonders mit Blick auf das zukünftige FIDLEG. MIRJAM EGGEN äussert sich dazu folgendermassen: *«Gerade im Geltungsbereich dieser objektbezogenen Vorschriften* [*scil*. von Gesetzen, die eine bestimmte tatsächliche Problematik regeln und dabei nicht strikt der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht folgen] *«strahlen» Normen der einen Teilrechtsordnung bisweilen auf Bestimmungen der anderen Teilrechtsordnung aus. So können sich aufsichtsrechtliche Anforderungen an beaufsichtigte Parteien als Marktstandards durchsetzen. Die Vertragsparteien der beaufsichtigten Personen können diesfalls regelmässig darauf vertrauen, dass die aufsichtsrechtliche Vorschrift stillschweigend Bestandteil der privatrechtlichen Vereinbarung zwischen den Parteien geworden ist»*[1256]. Sie scheint mit anderen Worten davon auszugehen, dass sich die sog. ‹Ausstrahlungswirkung› vorab über das Institut der Verkehrssitte vollzieht. Auch in der deutschen Doktrin nehmen die Verkehrssitten (die dort neben dem Grundsatz von Treu und Glauben im Gesetz *aus-*

1253 Vgl. EMMENEGGER, FS von Büren, 651 f. m.w.H.; FELLMANN, HAVE 2016, 97 m.w.H.; ferner BERGER, Verhaltenspflichten, 165 f. sowie die H. in BGE 132 III 460, E. 4.3, und in HGer ZH, ZR 2003, Nr. 65, E. 2.3c / cc).

1254 Vgl. insb. BGE 132 III 460, E. 4.3 m.w.H. (betr. die Standesregeln des Verbands Unabhängiger Vermögensverwalter); HGer ZH, ZR 2003, Nr. 65, E. 2.3c / cc (betr. die Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung für die Ausübung von Verwaltungsaufträgen).

1255 Vgl. U. ROTH, in: Hertig et al., Art. 11 BEHG, Rn. 34 m.H.; ferner BERGER, Verhaltenspflichten, Fn. 52 (69).

1256 Vgl. Produkteregulierung, 84. Eine nähere Begründung dafür führt sie abgesehen von einem Verweis auf den Erläuternden Bericht FIDLEG/FINIG, dem Entsprechendes m.E. indes nicht zu entnehmen ist, und einem H. auf die deutsche Doktrin (vgl. dazu sogl.) nicht an.

drücklich Erwähnung finden, vgl. §§ 157 und 242 BGB) eine beachtliche Rolle ein, wenn es um die zivilrechtliche Wirkung finanzdienstleistungsrechtlicher Vorschriften geht[1257].

Im Allgemeinen bedarf es zur Bildung einer Verkehrssitte *«eines gewissen Zeitraums, einheitlicher Auffassung aller Beteiligten und allgemeiner tatsächlicher Übung»*[1258]. Von einer entsprechenden Übung dürfte erstens ausgegangen werden können, da die Finanzdienstleister die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen, welche sie treffen, im Allgemeinen tatsächlich befolgen. 639

Die ‹einheitliche Auffassung› (oder ‹Zustimmung›[1259]) aller Beteiligten bedeutet zweitens *nicht,* dass jedes einzelne Mitglied des fraglichen Verkehrskreises die Verkehrssitte gutheissen muss; es reicht hin, dass die Verkehrssitte den Verkehrskreis beherrscht[1260]. 640

Das Erfordernis bringt nun aber ferner die wesenseigenen Entstehungsmodalitäten von Verkehrssitten zum Ausdruck[1261]. WALTER YUNG beschreibt diese wie folgt: *«Les usages ont leur origine dans des actes librement accomplis par des commerçants et dans des engagements librement contractés. Mais par leur répétition constante, ils deviennent un fait social. Par leur ancienneté ils perdent la trace de leur origine volontaire et prennent un caractère normatif»*[1262]. Mit anderen Worten fallen normsetzende Autorität und normunterworfene Subjekte ‹aggregiert› zusammen[1263]. 641

Diese Entstehungsmodalitäten sind *nicht gegeben, wenn Normen als Verkehrssitten in Frage stehen, die unter Androhung von Rechtszwang zwingend auferlegt werden*. Erfolgt die tatsächliche Befolgung der Verkehrssitte von (mindestens) einer Hälfte der Verkehrsteilnehmer nicht aus freien Stücken, kann nicht von einer ‹einheitlichen Auffassung› oder ‹Zustimmung› der Beteiligten ausgegangen werden. Die *‹spontane› Entstehung* ist für die Charakterisierung einer tatsächlich beachteten Übung als Ver- 642

1257 Vgl. neben dem H. auf HABERSACK bei EGGEN (vgl. voranstehende Fn.); die H. bei FORSCHNER, 118 ff.; ferner DIECKMANN, AcP 2013, 17 m.w.H.; ROTHENHÖFER, FS Hopt, 70 ff. m.w.H.; SETHE, in: Hb. der Vermögensverwaltung, § 5, Rn. 294.

1258 So JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, Art. 18 OR, Rn. 423 m.H. auf die deutsche Doktrin; für H. auf die entsprechende deutsche Praxis FORSCHNER, 118 f.

1259 So die deutsche Gerichtspraxis, vgl. FORSCHNER, 118 f. m.H.

1260 Vgl. – zum deutschen Recht – SONNENBERGER, Rn. 74 m.w.H.

1261 Vgl. auch FORSCHNER, 119.

1262 Vgl. FS Carry, 180; die Stelle wird auch von KRAMER, BK, Art. 1 OR, Rn. 224 zit.

1263 So MEDER, wenn auch zum Gewohnheitsrecht, vgl. Fn. 26 (99).

kehrssitte gleichsam konstitutiv[1264]. **Öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen** geht dieses Merkmal offensichtlich ab.

643 Dass Verkehrssitten spontan entstehen müssen, ist meines Erachtens jedenfalls solange vorauszusetzen, als sie gemäss der *herkömmlichen Auffassung* im Rahmen der Vertragsauslegung beziehungsweise Vertragsergänzung in den Haftungstatbestand berufen werden[1265]; und nicht auf einer heteronomen Gesetzesvorschrift, die ihrerseits auf die Verkehrssitten verweist[1266]. In der Sache geht es – wie bereits bei der Auslegung des Erklärungsverhaltens des Finanzdienstleisters – letztlich darum, dass mangels einer spontanen Entstehung die für eine autonome Grundlegung der Verkehrssitte erforderliche Referenz auf dessen Willen *nicht* hergestellt werden kann. Das Vertrauen der Kunden, das EGGEN im Rahmen der vorne stehend ausgeführten Stelle erwähnt, genügt allein mithin gerade nicht.

644 Wenn mit der bereits erwähnten *Minderheitsmeinung* der *Grundsatz von Treu und Glauben* als (heteronomes) Einfallstor angesehen würde, müsste sich die Inbezugnahme von Verkehrssitten meines Erachtens demgegenüber jedenfalls an den vorne herausgearbeiteten Vorgaben des Art. 2 Abs. 1 ZGB messen lassen[1267]. Damit ginge einher, dass es grundsätzlich dem Geschädigten obliegt, sich hinsichtlich der Einhaltung der fraglichen Verkehrssitte durch den Schädiger abzusichern. Entsprechend dürfte die Bedeutung von Art. 2 Abs. 1 ZGB für die Inbezugnahme von Verkehrssitten, und mittelbar alsdann allenfalls von öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen, gering bleiben. Eine *weitere Möglichkeit* zu einer heteronomen Grundlegung ist im vorliegenden Kontext sodann nicht ersichtlich; insbesondere kommt den Verkehrssitten im Gegensatz zum Gewohnheitsrecht gerade keine objektive Geltung zu[1268].

645 Das dritte Erfordernis, wonach Verkehrssitten *für einen bestimmten Zeitraum Bestand haben* sollen, stellt in vorliegendem Kontext meines Erachtens demgegenüber kein unüberwindbares Hindernis dar. Zwar wird in der Literatur festgehalten, dass das Erfordernis unangemessene Konsequenzen nach sich ziehe und namentlich zum *«paradoxen Ergebnis»* führe, *«dass die zivilrechtliche Haftung vom zeitlichen Ab-*

1264 Vgl. – zum deutschen Recht – grundlegend SONNENBERGER, Rn. 67; zustimmend FORSCHNER, 118 f.

1265 Vgl. insofern – zum deutschen Recht – auch FORSCHNER, 119.

1266 Wie beispielsweise Art. 5 Abs. 2 ZGB. Wenn demnach das öffentliche Baurecht gemäss Bundesgericht ‹ein Indiz für den Ortsgebrauch› im Sinn dieser Vorschrift darstellt (vgl. BGE 132 II 49, E. 2.2), steht dies den vorliegenden Überlegungen nicht entgegen. Es geht dabei nicht um eine autonome Inbezugnahme der Verkehrssitten.

1267 Vgl. im Allgemeinen auch BÜRGI, 121 f. und 127 f.; B. MÜLLER, 96 und 98 f.

1268 Vgl. statt Vieler KRAMER, BK, Art. 1, Rn. 225 m.H.

stand zum Normerlass anhängig ist»[1269]. Da zumindest die prudenzielle Aufsicht über die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen *schlagartig* eine ‹tatsächliche, allgemeine Übung› der beaufsichtigten Institute zur Folge hat, erscheint es aber nicht als zwingend, dem Erfordernis für sich genommen unbedingt Nachachtung zu verschaffen[1270]. Freilich ist auch dieses Erfordernis Ausdruck davon, dass Verkehrssitten spontan im Rahmen privater Rechtsbeziehungen entstehen – gleichsam mit der Folge, dass in aller Regel eine gewisse Zeitspanne erforderlich ist, bis sich die Verkehrssitten allgemein etablieren.

Insgesamt bietet das Konzept der Verkehrssitte für eine Anwendung der vorliegend in Frage stehenden öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen in privatrechtlichen Verhältnissen im Vergleich zu den bis anhin diskutierten Möglichkeiten demnach *keine* zusätzlichen Anknüpfungspunkte. Bei öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen handelt es sich insbesondere nicht um spontan begründete Regelungen. 646

d. Richterliche Rechtsfortbildung

Zum Abschluss des Unterkapitels zur Begründung von Nebenpflichten aufgrund von gesetzlichen Ermächtigungsnormen, die dem Richter potentiell die Möglichkeit eröffnen, sich auf öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen zu berufen, weisen wir kurz auf einen weiteren Ansatz hin. 647

In der Doktrin wird nicht selten festgestellt, dass die Vertragsauslegung beziehungsweise Vertragsergänzung nach dem Vertrauensprinzip in Fällen *‹ohne individuelle Besonderheiten›* vorbehältlich einer bereits bestehenden gesetzlichen Festlegung der fraglichen Pflichten der *Rechtsfortbildung gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB* zu weichen habe[1271]. Mit anderen Worten soll es dem Richter in diesen Situationen möglich sein, sich auf die (heteronome) Ermächtigungsnorm des Art. 1 Abs. 2 ZGB abzustützen. Weil in diesem Bereich in der Regel keine individuellen Besonderheiten vorfindlich seien, wird diese Feststellung im Allgemeinen auch auf die Begründung von *Schutzpflichten* bezogen[1272] und im Speziellen bisweilen gleichsam auf die Risikoaufklärungspflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. a BEHG[1273]. 648

1269 Vgl. FORSCHNER, 119; ferner auch DIECKMANN, AcP 2013, 19.

1270 Anders aber offenbar auch BERGER, Verhaltenspflichten, Fn. 52 (69).

1271 Vgl. statt Vieler KRAMER, BK, Art. 18 OR, Rn. 228 m.w.H.; KUT, CHK, Art. 18 OR, Rn. 35 m.w.H.; ausführlich ferner SCHLUEP, SPR VII/2, 782 ff.; für das deutsche Recht wird dies u.a. von SANDROCK vertreten, vgl. SONNENBERGER, Rn. 94 m.H.

1272 Vgl. A. KOLLER, OR AT, § 10, Rn. 37, und § 48, Rn. 24; sowie DERS., BK, Art. 363 OR, Rn. 270; sowie LOSER (vgl. die H. in der nachfolgenden Fn.).

1273 Vgl. LOSER, Vertrauenshaftung, Rn. 689 mit 690 f. sowie Rn. 906 F.

649 Richterliche Rechtsfortbildung setzt eine **Gesetzeslücke** voraus. Nach heute wohl vorherrschender Auffassung sind Lücken ‹planwidrige Unvollständigkeiten des Gesetzes›. *«Planwidrig ist die Unvollständigkeit dann, wenn das Gesetz nach seiner Auslegung eine Antwort schuldig bleibt, obgleich nach seinem Zweck eine Antwort geboten wäre, oder wenn dem Gesetz eine Ausnahme fehlt, obwohl es nach seinem Zweck eine Ausnahme enthalten müsste»*[1274]. Folgerichtig ist nur dann von einer Lücke auszugehen, wenn aufgrund des *Zwecks* eines Gesetzes eine Regelung geboten wäre, die sich diesem *nicht* entnehmen lässt[1275]. Dies gilt *umso mehr* in den Situationen, die vorliegend interessieren, da der Richter hier – wie dargelegt – auch von einer Regelbildung absehen kann. Infolgedessen ist ihm eine Regelung nicht schon nur aufgrund des Rechtsverweigerungsverbots aufgetragen.

650 Dem Zweck eines Gesetzes sind meines Erachtens sodann bestimmte *Gerechtigkeitsüberlegungen* immanent. CLAUS WILHELM CANARIS dient das ‹System› als Massstab für die richterliche Rechtsfortbildung[1276]. Dabei betont er, *«dass Systemargumente ex definitione nichts anderes darstellen, als das am Gleichheitssatz ausgerichtete ‹Zuendedenken› der Grundwertungen des Gesetzes und dass sie ihre Legitimität und Durchschlagskraft daher gleichermassen aus der Autorität des positiven Rechts und aus der Dignität des Gerechtigkeitsgebots gewinnen»*[1277]. An diesen Grundwerten hat sich der Richter meines Erachtens auch in der Schweiz auszurichten, falls er die Frage zu beantworten hat, ob im Sinn einer Anwendungsvoraussetzung von Art. 1 Abs. 2 ZGB in einem konkreten Fall eine Gesetzeslücke besteht[1278]. Schreitet er zur richterlichen Rechtsfortbildung, obwohl dies der so verstandene Zweck eines Gesetzes nicht gebietet, handelt er alsdann kompetenzwidrig[1279].

651 Geht es um die Begründung von Pflichten im Rahmen von Sonderverbindungen, steht die gesetzgeberische Grundwertung einer im vorne skizzierten Sinn **freiheitlichen Ordnung** im Vordergrund, wie sie dem schweizerischen Obligationen- und insbesondere Haftungsrecht zu Grunde liegt, wenn (ausserhalb des sozialen Privatrechts) die Vorschriften des allgemeinen Deliktsrechts, des allgemeinen Vertragsrechts und des Auftragsrechts betroffen sind[1280].

1274 So EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, BK, Art. 1 ZGB, Rn. 334 m.w.H. auf Praxis und Doktrin; vgl. ferner KRAMER, Methodenlehre, 199 f.

1275 Ähnlich EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, BK, Art. 1 ZGB, Rn. 348.

1276 Vgl. Systemdenken, insb. 97 ff.

1277 Systemdenken, 107.

1278 Vgl. ferner bspw. auch DÜRR, ZK, Art. 1 ZGB, Rn. 387 ff. m.w.H.

1279 Vgl. DÜRR, ZK, Art. 1 ZGB, Rn. 390 und 395 ff.

1280 Vgl. vorne, insb. Rn. 411.

Pflichten eines (mutmasslich) Stärkeren, um einen (mutmasslich) Schwächeren zur Ausübung seiner Freiheit tatsächlich zu befähigen, haften allerdings grundsätzlich materiale Gerechtigkeitsüberlegungen an, die mit einer freiheitlichen Ordnung *nicht vereinbar* sind. Das haben wir vorne bereits dargelegt. Diesen Darlegungen entspricht die Feststellung, dass es bei der Begründung von Schutzpflichten regelmässig um eine Kompensation von Ungleichgewichtslagen geht, die mit dem herkömmlichen, freiheitlichen Privatrechtsverständnis nicht vereinbar ist[1281]. 652

Demnach ist es dem Richter meines Erachtens *verwehrt,* über Art. 1 Abs. 2 ZGB Schutzpflichten zur Anwendung zu bringen[1282]. 653

Im Zusammenhang mit dem Institut der Vertrauenshaftung wird im Übrigen argumentiert, dass die Vorgaben des Gesetzgebers unter einem – nicht näher spezifizierten – *Vorbehalt eines ‹nachhaltig geänderten rechtlichen oder tatsächlichen Kontexts›* stehen würden. Unter Berufung darauf könne darüber hinweggesehen werden, dass der Gesetzgeber ursprünglich die ausservertraglichen Haftungsgründe abschliessend festgelegt habe[1283]. Uns geht es zunächst nicht um eine etwaige abschliessende Regelung der ausservertraglichen Haftungstatbestände, sondern um die Zwecke beziehungsweise Gerechtigkeitsüberlegungen, die das private Haftungsrecht verwirklicht. Insofern hat sich der rechtliche Kontext seit Erlass des (a-)OR nicht wesentlich geändert[1284]. Wenn ferner offenbar auch Veränderungen (nur) des tatsächlichen Kontexts für eine Berufung auf den Vorbehalt hinreichen sollen, wird meines Erachtens übersehen, dass dieser durch den Gesetzgeber zunächst aufgegriffen werden muss. Erst auf dieser Grundlage kann der Richter unter Wahrung seiner Kompetenzen alsdann gegebenenfalls Rechtsfortbildung betreiben[1285]. Folglich ist *nicht* ersichtlich, wie ein etwaiger Vorbehalt eines ‹nachhaltig geänderten rechtlichen oder tatsächlichen Kontexts› vorliegend zum Tragen kommen könnte.

Abgesehen davon stellt sich die Frage, wie (i) die **typischen Fälle**, in denen der Weg einer (heteronomen) Rechtsfortbildung beschritten werden soll, von (ii) den **untypischen Fällen**, in denen auf das (autonome) Parteiverhalten abgestellt werden soll, **abzugrenzen** sind. Dazu steht als belastungsfähiges Kriterium letztlich wohl nur das 654

1281 Vgl. WIEGAND, FS Gagnér, 561 ff.; ferner VIONNET, FS von der Crone, 69 m.w.H.; und zum deutschen Recht bspw. A. GRÜNEWALD, 124 m.w.H.

1282 So im Allgemeinen betr. die Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf ‹materiale Überlegungen› auch DÜRR, ZK, Art. 1 ZGB, Rn. 395 ff.; sowie VIONNET, FS von der Crone, 69.

1283 Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, Art. 2 ZGB, Rn. 188 m.H.

1284 Vgl. vorne, Rn. 411.

1285 Vgl. in der Sache dezidiert insb. DÜRR, ZK, Art. 1 ZGB, insb. 403 f.; ferner die bekannte Unterscheidung von MEIER-HAYOZ zwischen taktischer und strategischer Rechtsfortbildung (übersichtlich DERS., JZ 1981, *passim;* vgl. dazu auch KRAMER, Methodenlehre, 314 ff. m.w.H.).

Gesetz zur Verfügung[1286]. Alsdann gibt es gemäss WALTER SCHLUEP zwei Alternativen. Entweder fehle es einem Fall dann an individuellen Besonderheiten, wenn *«individuelle Merkmale des konkreten Vertrags von den Allgemeinbegriffen der Legaldefinition gedeckt oder mit Blick auf diese irrelevant sind»*[1287]. *Oder «die individuellen (konkreten) Vertragsgestaltungen müssen weniger darauf hin geprüft werden, ob sie sich als «logischen Unterfall» qualifizieren lassen; vielmehr ist entscheidend, ob die Individualisierung den Typus sprengt»*[1288].

655 Vorgezogen wird von SCHLUEP die zweite Alternative[1289], mit der meines Erachtens zutreffenden Folge dass *«praktisch in jedem einzelnen Fall zu fragen ist, ob die gesetzliche Ergänzung auch für den hier und jetzt zu ergänzenden Vertrag passt»*[1290]. Damit kann im Einzelfall von der Anwendung gesetzlicher Pflichten eines Vertragstyps abgesehen werden, wenn gleich ein Vertrag im Grundsatz darunter fällt[1291] (methodisch wohl eine sog. ‹teleologische Reduktion›). Zum andern kann durch Analogieschlüsse (für die als Gegenstück zur teleologischen Reduktion auch die Bezeichnung ‹teleologische Extension› Verwendung findet) das Anwendungsfeld von Pflichten erweitert werden; dies falls ein Vertrag grundsätzlich einem anderen Typ zuzuordnen ist, mit Rücksicht auf seinen Zweck im Hinblick auf eine konkrete Pflicht aber jenem Typ gleichkommt, dem diese entstammt[1292].

656 Daraus ergibt sich meines Erachtens letztlich, dass *kein typischer Vertrag mehr* vorliegt, sobald keine derartigen Überlegungen mehr angestellt werden können[1293]; oder, um zum Ausgangspunkt zurückzukehren: Ob ein typischer Fall vorliegt, wird durch das *(ausgelegte)* Gesetz bestimmt. Damit geht im Licht eben erfolgter Überlegungen

---

1286 Vgl. bspw. auch SCHLUEP, SPR V/II, 789.

1287 SPR VII/2, 790.

1288 SCHLUEP, SPR VII/2, 790.

1289 Vgl. VII/2, 793; vgl. auch LARENZ, NJW 1963, 740.

1290 SPR VII/2, 793.

1291 Bspw. dürfte bei *Execution Only*-Verträgen nicht nur auslegungsmässig nicht von einer Risikoaufklärungspflicht ausgegangen werden können, sondern eine solche auch nicht über Art. 398 Abs. 2 OR gewonnen werden können, der grundsätzlich anwendbar ist, aber teleologisch zu reduzieren sein dürfte.

1292 Ein Bsp. stellt gemäss LARENZ (NJW 1963, 740) die analoge Anwendung des werkvertraglichen Nachbesserungsrechts auf einen Kaufvertrag dar (vgl. dazu für die Schweiz bspw. HONSELL, OR BT, 101 m.H.).

1293 Anders offenbar SCHLUEP, VII/2, 793 und 795 (wie hier aber wiederum auf 814); im Ergebnis wie hier dagegen die zum deutschen Recht vertretene Auffassung von STOFFELS, die STÖLTING (zustimmend) referiert (vgl. 56 ff. m.H).

einher, dass die Fälle, die wir vorliegend diskutieren, als typische daher kommen, in denen *gerade keine* Lücke vorliegt.

Alternativ könnte das Merkmal der ‹Typizität› durch jenes der (prospektiven) Regelmässigkeit bestimmt werden, mit der ein Fall auftritt. Wie HANS JÜRGEN SONNENBERGER – der sich auch mit dem schweizerischen Vertragsrecht befasst hat – allerdings zutreffend vermerkt[1294], sind dann typische Fälle im Rahmen von Art. 1 Abs. 2 ZGB höchstens insofern von Bedeutung, als in derartigen Fällen die Wahrscheinlichkeit etwas höher ist, dass die vom Richter *modo legislatoris* zu bildende Norm in einem späteren Fall erneut zum Tragen kommt – und nicht etwa insofern, als er die Vorschrift nur in derartigen Fällen zur Anwendung bringen können soll. 657

Dementsprechend kann ein in diesem Sinn typisches Erklärungsverhalten (bspw. die schlichte Aufnahme eines Beratungsgesprächs durch einen Anlageberater im Nachgang an eine entsprechende Kundenanfrage) durchaus zu einer autonom gesetzten Vertragspflicht führen, sobald dies die Auslegung gemäss dem Vertrauensprinzip gebietet. Andererseits können auch bei der ‹heteronomen Vertragsgestaltung› mutmasslich individuelle Aspekte in Rechnung gestellt werden (wenn heteronomen, materialen Gerechtigkeitsüberlegungen stattzugeben wäre, beispielsweise ein nicht deklarierter schlechter, aber stabiler physischer Alterszustand, der voraussichtlich den Aufwand des gesamten anzulegenden Vermögen für Pflegeleistungen erforderlich macht).

Wer von der *tatsächlichen* Regelmässigkeit, mit der ein Fall auftritt, auf die Anwendung von Art. 1 Abs. 2 ZGB schliessen will, die *normativ* zu bestimmen ist, läuft schliesslich ohnehin die Gefahr, einen naturalistischen Fehlschluss zu begehen[1295]. 658

Eine sinnvolle Unterscheidung der ‹typischen Fälle›, in denen eine richterliche Rechtsfortbildung zulässig sein soll, ist demnach auch nicht ersichtlich. 659

Insgesamt wird es an den Voraussetzungen, aufgrund welcher der Richter auf der Grundlage von Art. 1 Abs. 2 ZGB kompetenzgemäss auf Schutzpflichten erkennen kann, meines Erachtens regelmässig *fehlen*[1296]. Auch die Unterscheidung zwischen typischen und untypischen Fällen führt meines Erachtens nicht weiter. Damit wird dem Richter in der Regel auch der Einbezug öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen in die privatrechtliche Sonderverbindung verwehrt sein, zumal diese gleichermassen materiale Gerechtigkeitsüberlegungen realisieren. 660

1294 Vgl. Verkehrssitten im Schuldvertrag, Rn. 94; vgl. für die Schweiz bspw. auch DÜRR, ZK, Art. 1 ZGB, Rn. 478 ff. m.w.H.

1295 Vgl. zum Konzept des ‹naturalistischen Fehlschlusses› vorne, Fn. 863.

1296 Damit einher geht *nota bene,* dass auch die Praxis des Bundesgerichts dahingehend gedeutet wird, dass dieses einer Füllung von *Vertrags*lücken gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB *nicht* das Wort redet (vgl. KUT, CHK, Art. 18 OR, Rn. 34 f.).

661 Diesem Ergebnis könnten schliesslich Versuche wie jener von PETER LOSER entgegen gehalten werden, denen gemäss die (materialen) Wertungen, auf deren Grundlage die Schutzpflichten stehen sollen, *ihrerseits* aus einzelnen positivrechtlichen Vorschriften zu destillieren seien[1297]. Daraus ergebe sich alsdann, dass (auch ausserhalb vertraglicher Bindungen) *«die Teilnahme an rechtsgeschäftlichen Kontakten zu erhöhter Loyalität verpflichtet und gesteigerten Vertrauensschutz rechtfertigt»*. Methodisch gehe es um eine sog. *Gesamtanalogie*. LOSER legt jedoch nicht dar, ob und inwiefern die *einzelnen* Vorschriften die fraglichen Wertungen tatsächlich verwirklichen (der von ihm unter anderem angeführte Art. 411 Abs. 2 ZGB verlangt bspw. geradezu eine Täuschung). Und selbst wenn die Vorschriften tatsächlich zu einer vergleichsweise ‹erhöhten Loyalität› verpflichten sollten, dürften sie zu einer Analogie *nicht* Hand bieten. Vielmehr dürfte darin eine *Ausnahme* zu der im Grundsatz freiheitlichen Ordnung des privaten Haftungsrechts zu sehen sein, so dass sich eine Ausdehnung dieser Wertungen gerade nicht anbietet[1298]. Methodisch lässt sich dies allenfalls dahingehend fassen, dass eine Gesamtanalogie zunächst eine Lücke voraussetzt[1299], die gemäss vorliegend vertretener Auffassung gerade nicht besteht. Auch der Versuch von LOSER hat vor dem Hintergrund der freiheitlichen Schweizer Haftungsrechtsordnung folglich einen schweren Stand.

IV. Fazit

1. Die Anwendung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen gemäss schweizerischem Vertragsrecht

662 Wie im Grundlagenteil anhand der Stufenbaulehre aufgezeigt wurde, bestehen grundsätzlich vier Wege, auf denen öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im Privatrecht zum Tragen kommen können.

1297 Vgl. dazu und zum Folgenden LOSER, Vertrauenshaftung, Rn. 167 ff. (insb. Rn. 167, 168 [dort befindet sich die zit. Stelle] und 173); ähnliche derartige Versuche erwähnt ferner VIONNET, FS von der Crone, 69 f. m.H.

1298 Vgl. auch VIONNET, FS von der Crone, 69 f. m.w.H.; vgl. für eine entsprechend restriktive Handhabung von Art. 21 OR Entscheid B-2050/2007 des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2010, E. 11.3.1.1 f. m.H.

1299 Vgl. EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, BK, Art. 1 ZGB, Rn. 380.

Als (heteronome) Doppelnormen, die zwingender oder dispositiver Natur sein können. 662.1

Auf der Grundlage einer (autonomen) Setzung durch Private (die ihrerseits im Rahmen einer an sie gerichteten Ermächtigungsnorm tätig werden). 662.2

Auf der Grundlage von (heteronomen) gesetzgeberischen Verweisungsnormen *oder* an den Richter gerichteten Ermächtigungsnormen. 662.3

Abgesehen davon, dass der Gesetzgeber keine Normen erlassen hat, die unmittelbar auf öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen verweisen, eröffnet das schweizerische Recht im Finanzmarktbereich grundsätzlich die Möglichkeit, diese Wege zu begehen, wenn die Begründung vertraglicher Pflichten in Frage steht. 663

Ob **Doppelnormen** vorliegen sowie ob diese zwingenden oder dispositiven Charakter haben, wurde als Frage der Auslegung der öffentlich-rechtlichen Erlasse herausgestellt, deren Vorschriften Kandidaten für Doppelnormen sind. Dabei sind wir zum Schluss gekommen, dass sich die höchstrichterliche Praxis, wonach Art. 11 BEHG eine zwingende Doppelnorm darstellt, durchaus vertreten lässt. Den zukünftigen Verhaltensregeln gemäss FIDLEG kommt demgegenüber keine Doppelnormeigenschaft zu. 664

Ob öffentlich-rechtliche Verhalten als **durch die Parteien autonom gesetzt** angesehen werden können, ist in den pathologischen Fällen gemäss vorne erfolgten Ausführungen vorab aufgrund der Auslegung des Erklärungsverhaltens des Finanzdienstleisters oder des Emittenten zu bestimmen. 665

Als potentiell relevantes Erklärungsverhalten kommt zunächst die Kotierung beziehungsweise das Bewilligungsgesuch in Frage. Von einer Übernahme der Pflichten gemäss Kotierungsreglement durch die Emittenten kann allerdings in Auslegung von deren Erklärungsverhalten im Rahmen der Kotierung nicht ausgegangen werden. Anders verhält es sich mit den Pflichten gemäss Art. 11 BEHG, die allerdings bereits als Doppelnormen zum Tragen kommen. Eine Übernahme der Pflichten gemäss FIDLEG kann hinwiederum nicht angenommen werden. Dieses Ergebnis stimmt mit jenem betreffend die Doppelnormeigenschaft der fraglichen Vorschriften nicht einfach zufällig überein. Vielmehr kommen jeweils ähnliche Kriterien zum Tragen. 665.1

Weiter kann gemäss dem Vertrauensprinzip von einer Übernahme der vertraglichen Pflichten allenfalls dann ausgegangen werden, wenn im Einzelfall der Vertrag zwischen Finanzdienstleister und Kunde entsprechend ausgelegt werden kann, sowie im Prinzip bei – gleichfalls im Einzelfall zu analysierenden – öffentlichen Äusserungen des Finanzdienstleisters (beispielsweise auf dessen Website). 665.2

666 Was schliesslich die **an den Richter gerichteten Ermächtigungsnormen** betrifft, ergibt sich folgendes Bild:

666.1 Der Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB sowie die auftragsrechtliche Treuepflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR bieten für einen Beizug öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen regelmässig keinen Raum. Im Hintergrund steht dabei die herausgearbeitete Lesart der Vorschriften, wonach diese *nicht* der Verwirklichung materialer Gerechtigkeitsüberlegungen dienen. Entsprechend kann der Geschädigte ausserhalb der Auslegung des Verhaltens des Schädigers nach dem Vertrauensprinzip grundsätzlich nicht erwarten, dass dieser ihm gegenüber weitergehende Pflichten übernommen hat, auch nicht solche gemäss öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen.

666.2 Das Institut der Verkehrssitte dürfte alsdann grundsätzlich nicht einschlägig sein, da vorauszusetzen ist, dass Verkehrssitten spontan entstehen. Dies trifft auf die Regelungen gemäss den öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen nicht zu, selbst wenn sie im Verkehr im Allgemeinen eingehalten werden dürften.

666.3 Die Einordnung von öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen als vertragliche (Neben-)Pflichten aufgrund richterlicher Rechtsfortbildung wird alsdann regelmässig daran scheitern, dass der Richter gemäss vorliegend vertretener Auffassung aufgrund der prinzipiell freiheitlichen Grundwertungen des Schweizerischen Obligationen- und insbesondere Haftungsrechts (ausserhalb des sozialen Privatrechts) nicht befugt ist, auf der Grundlage von Art. 1 Abs. 2 ZGB Normen mit materialem Gerechtigkeitsgehalt für einschlägig zu erklären.

667 *Daneben* ist die Möglichkeit zu erwähnen, dass öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen gegebenenfalls zur näheren Konkretisierung von bestimmten Pflichten beigezogen werden können, die so bereits aufgrund *ausschliesslich* privatrechtlicher Überlegungen bestehen – sei dies aufgrund der Auslegung des Parteiverhaltens gemäss dem Vertrauensprinzip *oder* konkreter dispositiver Gesetzesvorschriften. Gemäss der zuerst genannten Modalität dürften öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen durch den Richter insbesondere bei der näheren Konkretisierung von Nebenleistungspflichten berücksichtigt werden können. Allerdings handelt es sich dabei nicht um die Situationen, die vorliegend besonders interessieren, namentlich jene, in denen die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen *den konkreten Gehalt privatrechtlicher Pflichten gleichsam ausmachen*.

668 Vor dem Hintergrund dieses Fazits kommen wir sodann auf den bereits festgestellten **materialen Gerechtigkeitsgehalt insbesondere von sog. Schutzpflichten** zurück. Diese spielen *pro memoria* in vorliegendem Zusammenhang eine gewichtige Rolle (so bspw. die Risikoaufklärungspflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. a BEHG bei *Execution Only*-Verträgen). Dabei haben wir in der Einleitung zum (vorliegenden) mate-

riell-rechtlichen Teil festgehalten, dass dem Richter der Umgang mit den rechtspolitischen Zielsetzungen aufgegeben ist, die diesen Pflichten innewohnen, sobald er von den an ihn gerichteten Ermächtigungsnormen Gebrauch macht[1300]. Mit Blick auf den vertraglichen Bereich haben vorne stehende Ausführungen gewisse *Leitlinien* ergeben, die ihm diesen Umgang erleichtern.

669 Namentlich spricht die Auslegung von Art. 2 Abs. 1 ZGB (Grundsatz von Treu und Glauben) und Art. 1 Abs. 2 ZGB (Richterliche Rechtsfortbildung) gemäss vorliegend vertretener Auffassung dafür, dass im Rahmen dieser Vorschriften für materiale Gerechtigkeitsüberlegungen grundsätzlich kein Raum besteht. Mithin hat der Richter von der Anwendung von Vorschriften mit entsprechendem Gerechtigkeitsgehalt grundsätzlich abzusehen, falls nicht bereits das (gegebenenfalls nach dem Vertrauensprinzip) ausgelegte Erklärungsverhalten der Parteien auf deren Anwendung schliessen lässt. Im Übrigen wird mit einer Auslegung der beiden Vorschriften im Sinn der vorliegend vertretenen Auffassung auch dem vorne festgestellten Postulat Nachachtung verschafft, wonach materiale Überlegungen im Bereich des klassischen Privatrechts dem Gesetzgeber vorbehalten sein sollten.

670 Darüber hinaus haben die vorne stehenden Ausführungen ergeben, dass dem Richter *auf dem Gebiet der Parteiautonomie, scil*. besonders wenn er in Anwendung des Vertrauensprinzips die Bedeutung des Erklärungsverhaltens der Parteien zu ermitteln hat, materiale Gerechtigkeitsüberlegungen grundsätzlich *von vorneherein verwehrt* sein sollten. Gleichsam sollten sich entsprechende Überlegungen auf die Ebene der heteronomen Regelungen beschränken und hier – wie eben festgehalten – vorzugswürdig durch den Gesetzgeber vorgegeben werden.

671 Schliesslich erlauben wir uns mit Blick auf die **Verhaltensregeln gemäss FIDLEG** einige Hinweise *de lege ferenda*. Indem das Konzept der Doppelnorm abgelehnt und das Konzept der Ausstrahlungswirkung auf den Schild gehoben werden soll, wird die Möglichkeit einer vertragsrechtlichen Berücksichtigung der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen stark eingeschränkt. Das Konzept der Ausstrahlungswirkung hängt dabei von dem *‹Rezeptionspotential› der privatrechtlichen Vorschriften* ab. Demnach trägt das Konzept nach eben erfolgtem Fazit in erster Linie bei der Konkretisierung von Pflichten, die bereits aufgrund ausschliesslich privatrechtlicher Überlegungen so bestehen. Dagegen bieten die an den Richter gerichteten Ermächtigungsnormen im Allgemeinen keine Hand zu einer weitergehenden Rücksichtnahme auf öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im Vertragsrecht. Auch eine Übernahme öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen aufgrund einer autonomen Setzung durch die Parteien ist nicht leichthin anzunehmen, da gemäss vorliegend vertretener Auf-

[1300] Vgl. vorne, insb. Rn. 428.

fassung dazu ein bezüglicher Geschäftswille erforderlich ist, um dem Grundgedanken der Privatautonomie Nachachtung zu verschaffen. Im Vordergrund dürften hier Äusserungen in schriftlichen Verträgen stehen, die sich entsprechend verstehen lassen.

672 *Insgesamt* erscheint das Rezeptionspotential der Vorschriften des positiven Schweizer Vertragsrechts folglich als *eher gering*. Damit entspricht die Situation *de lege ferenda* in der Schweiz gemäss derzeitigem Stand in groben Zügen der Situation, die zumindest bis vor kurzem *de lege lata* in Deutschland geherrscht hat[1301]. Diese wurde bisweilen für *unbefriedigend* gehalten (vgl. näher sogleich).

673 Insofern ist allerdings darauf zu verweisen, dass weiter die Möglichkeit einer Haftungsbegründung über das *Deliktsrecht* besteht. Zudem können womöglich auch die *weiteren Haftungsvoraussetzungen* (neben jener der Vertragsverletzung) noch als Einfallstore für die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen ins (private) Haftungsrecht fungieren. Insbesondere die auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht bietet dazu durchaus Hand. Diese weiteren Möglichkeiten sind Gegenstand der beiden folgenden Kapitel.

674 Im Hinblick auf die *zukünftige rechtspolitische Diskussion* erscheinen einstweilen gleichwohl folgende Hinweise bedenkenswert:

674.1 Im Kontext der eben erwähnten Möglichkeit einer (alternativen) deliktsrechtlichen Haftungsbegründung gibt es beachtliche Stimmen, die das (Quasi-)Vertragsrecht für die geeignetere Haftungsgrundlage halten. Im Hintergrund steht dabei, dass die Verhaltensregeln ihrerseits regelmässig gerade eine Sonderverbindung zwischen Kunde und Finanzdienstleister voraussetzen[1302].

674.2 Ein Gleichlauf von Privat- und Aufsichtsrecht hat rechtspolitisch Vorteile vorab, weil der Gefahr eines doppelten Pflichtenregimes vorgebeugt wird. Das unselbstständige Konzept der Ausstrahlungswirkung befördert diesen Gleichlauf *nicht*[1303]. Insbesondere ist die Gefahr von Normwidersprüchen grösser, wenn Privat- und öffentliches Recht unverbunden nebeneinander herlaufen[1304], wobei dies bei dem erwähnten, tendenziell geringen Rezeptionspotential der Vorschriften des

---

1301 Vgl. zum Gehalt des Konzepts der Ausstrahlungswirkung im deutschen Recht vorne nach Rn. 160B m.H.; zur Ablehnung der Doppelnormeigenschaft der sog. Wohlverhaltensregeln sodann statt Vieler KOCH, ZBB 2014, 213 m.H.; SETHE, in: Hb. der Vermögensverwaltung, § 5, Rn. 293 m.H.

1302 Vgl. WIEGAND/BERGER, ZBJV 1999, 739; und aus der deutschen Doktrin bspw. DIECKMANN, AcP 2013, insb. 44 f.; zu diesem Argument *de lege lata* vgl. hinten, Rn. 829 ff.

1303 Vgl. – betr. das deutsche Recht – auch FORSCHNER, 116.

1304 Vgl. vorne, Rn. 161.

Schweizer Privatrechts eher der Fall sein wird. Aus diesem Grund sind in Deutschland angesichts des dort zumindest bis vor kurzem geltenden Rechtsbestands Stimmen laut geworden, die sich für eine *eindeutige gesetzliche Verankerung* der zivilrechtlichen Wirkung der sog. Wohlverhaltensregeln aussprechen[1305]. Sie berufen sich zusätzlich auf das Rechtssicherheitsargument und das ‹Regelungsprärogativ› des Gesetzgebers. Für eine entsprechende gesetzliche Verankerung vermögen dabei vorab ausdrücklich als solche eingeordnete Doppelnormen zu sorgen[1305A].

Das Privatrecht kann auch einengender sein als das öffentliche Recht[1306]. Damit geht potentiell wiederum Rechtsunsicherheit einher. Um (auch) dem Einhalt zu gebieten, müssten etwaige Doppelnormen zusätzlich mit einer Art ‹Sperrwirkung› ausgestattet werden[1307]. 674.3

Vorliegend vertretene Auslegung insbesondere von Art. 2 Abs. 1 ZGB und Art. 1 Abs. 2 ZGB ist (wie jede Auslegung) durchaus angreifbar, mit der Konsequenz, dass die beiden Vorschriften derart interpretiert werden könnten, dass dem Richter weitgehende Befugnisse eingeräumt werden, um im Einzelfall öffentlichrechtliche Verhaltensnormen beizuziehen oder gar darüber hinausgehende Pflichten zu stipulieren. Diese Situation könnte auch eintreten, wenn es der Gesetzgeber bei dem Institut der Ausstrahlungswirkung belässt. Sie erscheint freilich (auch) für die Finanzdienstleister nicht zwingend als vorteilig, zumal es ihr an Rechtssicherheit abgeht. Diese würde mit einer klaren gesetzlichen Regelung jedenfalls besser gewahrt als mit der Referenzierung des unselbstständigen Konzepts der Ausstrahlungswirkung. 674.4

Ähnliches würde im Übrigen gelten, wenn nicht ein weitergehendes Verständnis der an den Richter gerichteten Ermächtigungsnormen zum Tragen kommen würde, sondern der (FIDLEG-)Gesetzgeber das Konzept der Ausstrahlungswirkung 674.5

1305 Vgl. bspw. KOCH, ZBB 2014, 217 und *passim;* und nunmehr für die Schweiz auch MARKUS HESS, Zunehmende Unklarheiten im Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht – Gedanken an Beispielen aus dem Anleger- und Konsumentenschutzrecht, in: Grolimund, Pascal (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2018, 1163 ff., *passim*.

1305A Vgl. in der Sache auch KOCH, ZBB 2014, 218, der idealerweise für eine Anordnung der privatrechtlichen Geltung des Aufsichtsrechts im Gesetz selbst plädiert; und ferner nunmehr HESS (vgl. vorangehende Fn.), 1176.

1306 Vgl. – betr. das deutsche Recht – bspw. KOCH, ZBB 2014, 217.

1307 Vgl. insofern den Vorschlag eines *‹safe harbor›* durch den Ständerat und dazu unseren Ausblick zum Abschluss der Arbeit, Rn. 1241 ff. Ob der Ständerat zugleich Doppelnormen einführen wollte, ist unklar.

derart erweitert hätte, dass es nicht einfach auf das bestehende Rezeptionspotential des Privatrechts abstellt, sondern eine – wie auch immer geartetete – erweiterte Berücksichtigung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen erlaubt[1308]. Damit ginge die Kritik, wonach es an gesetzgeberischer Legitimation mangelt, zwar fehl. Angesichts der ‹Unschärfe› auch eines derart erweiterten Konzepts der Ausstrahlungswirkung[1309] wäre der Rechtssicherheit allerdings weiterhin nicht gedient.

674.6 Die ‹eindeutige gesetzliche Verankerung›, die Normwidersprüche vermeidet und dem Regelungsprärogativ des Gesetzgebers sowie dem Rechtssicherheitsgebot Nachachtung verschafft, lässt sich demnach womöglich am besten über das Institut der (dispositiven oder zwingenden) Doppelnormen verwirklichen (womöglich inklusive einer Art ‹Sperrwirkung›). Der (FIDLEG-)Gesetzgeber weist allerdings in eine andere Richtung[1309A].

2. Exkurs 1: Separate Vertrauenshaftung?

675 Nachdem wir uns der vertragsrechtlichen Grundlegung von öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen gewidmet haben, stellt sich uns – wie angekündigt – im Sinn eines Exkurses die Frage, welche Bedeutung der Vertrauenshaftung in vorliegendem Zusammenhang noch zukommt. Dabei ist daran zu erinnern, dass das Konzept auch dazu verwendet wird, Haftungsansprüche wegen der Verletzung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen zu begründen[1310].

676 Zunächst ist an die **Subsidiarität** der Vertrauenshaftung gegenüber der vertraglichen Haftung zu erinnern[1311] (zunächst unbesehen davon, wie breit man jene fasst). Dabei ist zu vermerken, dass das Bundesgericht davon auch ausgeht, wenn der Vertrag mit einer juristischen Person abgeschlossen wurde, während deren Organe aus Vertrauenshaftung in Anspruch genommen werden sollen[1312]. Die Vertrauenshaftung, für die

---

1308 In diese Richtung scheint etwa die jüngste Praxis des BGH zu weisen, die auf ein weitergehendes Verständnis des (deutschen) Konzepts der Ausstrahlungswirkung abzustellen scheint (vgl. dazu vorne, Rn. nach Rn. 160B m.H.).

1309 Vgl. im Allg. bereits vorne, Fn. 240 m.H.; und ferner die H. zum deutschen Recht in Fn. 247.

1309A Vgl. zum letzten Stand hinten, Rn. 1250 ff.

1310 Vgl. vorne, Rn. 470 m.H.

1311 Vgl. vorne, Rn. 471 m.H.

1312 Vgl. Entscheid 4A_213/2010 vom 28. September 2010, E. 7.

in der sog. ‹Organ- beziehungsweise Mitarbeiteraussenhaftung›[1313] bisweilen ein Anwendungsfeld gesehen wird[1314], dürfte mithin *wegfallen*.

677 Wie bereits erwähnt, gehen wir vorliegend weiter davon aus, dass die Vertrauenshaftung **rechtsgeschäftlichen Charakter** hat. Mithin setzt sie eine durch den Schädiger ‹volitiv›[1315] begründete Sonderverbindung voraus, die einen Vertrauenstatbestand begründet.

678 Diese Sonderverbindung entsteht gemäss Praxis «aus bewusstem oder normativ zurechenbarem Verhalten der in Anspruch genommenen Person. Ein unmittelbarer Kontakt zwischen Ansprecher und Schädiger ist dabei nicht zwingend erforderlich; es genügt, dass die in Anspruch genommene Person explizit oder normativ zurechenbar kundgetan hat, für die Richtigkeit bestimmter Äusserungen einzustehen, und dass der Ansprecher im berechtigten Vertrauen darauf Anordnungen getroffen hat, die ihm zum Schaden gereichten»[1316].

679 Die Frage, ob sich (i) eine Person ‹explizit oder normativ zurechenbar› dahingehend geäussert hat, dass sie für die Richtigkeit bestimmter Aussagen einsteht, *läuft meines Erachtens nun aber mit der Frage gleich,* ob (ii) gemäss dem Vertrauensprinzip aufgrund deren Äusserung ein entsprechender Geschäftswille und mithin eine entsprechende vertragliche Verpflichtung abgeleitet werden kann. Fällt die Antwort positiv aus, liegt ein sog. *‹Haftungsvertrag›* vor[1317].

680 Gemäss Sachverhalt des (vor kurzem ergangenen, publizierten) Entscheids, dem die im vorletzten Absatz zitierte Passage entstammt, hat sich ein professioneller Anleger eines Vermittlers bedient, der von einer Prüfgesellschaft mit einem ISO-Zertifikat hinsichtlich dessen Qualitätsmanagementsystem ausgezeichnet wurde. Nachdem der Anleger bei Devisengeschäften, die er über den Vermittler abwickelte, zu Verlusten kam, ging er die Prüfgesellschaft um Schadenersatz auf Grundlage der Vertrauenshaftung an. Das Bundesgericht lehnte den Anspruch ab. Dabei führt es in Anlehnung an die – im allgemeinen, rechtlichen Teil festgehaltene – Passage insbesondere folgende Begründung an: *«Ob Vertrauen erweckt und enttäuscht wurde, kann nicht losgelöst davon beurteilt werden, was inhaltlich zertifiziert wurde. Die Beschwerdeführerin hätte jedenfalls aufzeigen müssen, dass und inwiefern die ISO-Zertifizierung geeignet gewesen sein sollte, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen der*

1313 Vgl. dazu im deliktsrechtlichen Zusammenhang noch hinten, insb. Rn. 835 ff.

1314 Vgl. bspw. WIEGAND/BERGER, ZBJV 1999, 739 ff.

1315 So GONZENBACH, 38.

1316 Vgl. aus der publizierten Praxis zuletzt BGE 142 III 84, E. 3.3 m.w.H.

1317 Vgl. dazu vorne, Rn. 546.4 m.H.

Anleger dahingehend zu wecken, dass diese ihr investiertes Geld zurückbezahlt erhalten würden. Dieser Nachweis ist ihr nicht gelungen. Auf der Basis des festgestellten Sachverhalts hat die Beschwerdegegnerin mit der Zertifizierung nicht normativ zurechenbar kundgetan, den Anlegern dafür einzustehen, das Qualitätsmanagementsystem der D. AG [der Vermittlerin] *sei so ausgestaltet, dass die Anleger sich auf die Rückzahlung verlassen durften»*[1318].

681 *Mit anderen Worten* ist das Zertifikat, welches das Erklärungsverhalten der Prüfgesellschaft zum Ausdruck bringt, daraufhin auszulegen, ob der Prüfgesellschaft – in Umformulierung des vorne eingeführten Kriteriums – aus der Warte eines vernünftigen Dritten bewusst gewesen sein muss, dass sie für die in Frage stehenden Äusserungen gegenüber den Anlegern einzustehen haben wird, falls sie die Äusserungen entsprechend abfasst. Das würde wohl etwa dann zutreffen, wenn die Prüfgesellschaft gemäss Zertifikat dafür eingestanden wäre, dass das Qualitätsmanagementsystem der Vermittlerin derart ausgestaltet sei, dass nur Schuldner mit höchster Bonität berücksichtigt werden und den Anlegern somit, aussergewöhnliche Umstände vorbehalten, keine Ausfälle entstehen.

682 *Analoges* gilt in anderen Situationen, in denen heute herkömmlich die Vertrauenshaftung angerufen wird. Beispielsweise lässt sich auch die *Aufnahme von Vertragsverhandlungen* nach dem Vertrauensprinzip als vertragliche Übernahme gewisser Schutzpflichten deuten[1319], ebenso sog. *Konzernerklärungen*[1320].

Entsprechend dürfte sich im Übrigen auch die – gemäss herkömmlicher, vorliegend ebenfalls vertretener Auffassung – zur Anwendung von Art. 2 Abs. 1 ZGB erforderliche Sonderverbindung regelmässig als solche vertraglicher Natur darstellen lassen.

683 Als **Ergebnis** lässt sich demnach von dem Ausgangspunkt des rechtsgeschäftlichen Charakters der Vertrauenshaftung her festhalten, dass sich die Fälle, in denen herkömmlich von einer Sonderverbindung ausgegangen wird, regelmässig *auch anhand*

1318 BGE 142 III 84, E. 3.5. Das Bundesgericht fordert also eine (zumindest auslegungsgemässe) Äusserung dahingehend, dass der Schädiger ‹für etwas einsteht› (*in casu* eine bestimmte Ausgestaltung eines Qualitätsmanagementsystems; vgl. auch E. 3.3 sowie BGE 130 III 345, E. 2.2 [auf den dort verwiesen wird]). Es scheint also eine performative Äusserung vorauszusetzen. Jedoch wird die Wendung nicht näher erläutert. Entsprechend kann kaum von einer grundsätzlichen Stellungnahme dazu ausgegangen werden, ob die Vertrauenshaftung nur bei performativen oder auch bei deklaratorischen Äusserungen zum Tragen kommen kann (vgl. hinten, Rn. 686).

1319 Vgl. dazu ausführlich MABILLARD, 103 ff., der sich seinerseits für eine Qualifikation des Vertragsverhandlungsverhältnisses als einfache Gesellschaft ausspricht; ferner bereits SCHÖNENBERGER/ JÄGGI, ZK, Art. 1 OR, Rn. 567 ff.

1320 Vgl. VON DER CRONE/WALTER, SZW 2002, 57 ff., insb. 59.

des Vertragsrechts erfassen lassen[1321]. Letztlich geht es in beiden Fällen um die Auslegung der Erklärungen einer Partei nach dem Vertrauensprinzip[1322]. Das Auslegungs*ziel, scil*. ob die Übernahme einer Leistungs- oder auch nur einer Einstandspflicht willentlich bzw. zumindest wissentlich erfolgt ist, unterscheidet sich dabei *nicht*. Ferner ist auch bei der Auslegung eines vertraglichen Erklärungsverhaltens nach dem Vertrauensprinzip kein tatsächlicher Wille zu ermitteln. Infolgedessen zielt der Fiktionsvorwurf, der (zu Gunsten der Vertrauenshaftung) bisweilen an die vertragliche Haftung herangetragen wird[1323], zumindest solange ins Leere, als man die (unbestrittene) Auslegung nach dem Vertrauensprinzip im Vertragsrecht nicht überhaupt ablehnt. Im Sinn dieses Fazits wird endlich auch in der deutschen Doktrin festgehalten, dass das Institut der Vertrauenshaftung entbehrlich ist, wenn man dem Vertrauensprinzip konsequent Nachachtung verschafft und sich insbesondere vom Erfordernis des Erklärungsbewusstseins löst[1324].

Im Übrigen erscheint eine Integration der Vertrauens- in die vertragliche Haftung nicht nur mit den durch das Bundesgericht festgehaltenen Voraussetzungen vereinbar (wobei damit nicht etwa gesagt werden soll, dass das Bundesgericht begrifflich nicht weiterhin an dem Institut festhält). Vielmehr dürfte eine entsprechend Integration in zumindest einer Hinsicht auch einen *inhaltlichen Vorteil* mit sich bringen. So ist das Institut der Vertrauenshaftung immer wieder deswegen in Kritik geraten, weil das Erfordernis der Sonderverbindung zu *konturenlos* ist, um für eine sinnvolle Eingrenzung der relevanten Situationen zu sorgen, insbesondere auch in Abgrenzung zu den 684

[1321] Vgl. auch VON DER CRONE/WALTER, SZW 2002, 57 ff.; vgl. ferner die H. bei LOSER, Vertrauenshaftung, Fn. 2743 (656). Zur Annahme seitens der Geschädigten vgl. bereits vorne, insb. Rn. 468.

[1322] Vgl. auch bereits die H. vorne, Rn. 348 m.H. auf die entsprechende Auffassung zum deutschen Recht von C. KERSTING.

[1323] Vgl. BERGER, Verhaltenspflichten, 50 m.H., und auch 52 f.; sowie DERS., Allgemeines Schuldrecht, Rn. 1956 ff.; ferner bspw. die Ausführungen von PATRY, ZBJV 1957, 61 f., der seinerseits bisweilen Gewährsmann späterer Autoren ist (so von ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, Fn. 204 [76] und 147; BERGER, Verhaltenspflichten, 55 inkl. Fn. 317; und LOSER, Vertrauenshaftung, Rn. 907); weiter DERS., Rn. 1081; CHAPUIS, Responsabilité, 126 f. m.H., der allerdings das Argument nicht für stichhaltig hält; BERGER/MOSER, AJP 1999, 546 und 551.

[1324] Vgl. SÄCKER, MünchKommBGB, 6. Aufl., Einl., Rn. 177 m.w.H.; SCHERMAIER, HKK-BGB, §§ 116–124, Rn. 27 m.w.H.; zum Erfordernis des Erklärungsbewusstseins vgl. vorne, Rn. 573 ff.

sog. ‹Jedermannsbeziehungen›, deren Regelung dem Deliktsrecht überlassen ist[1325]. Setzt man nun im Sinn des Vertragsrechts bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip an, hebt man zwar ebenfalls nicht sehr bestimmte Kriterien auf den Schild[1326]. Immerhin steht im Anschluss daran in Form des eben (erneut) erwähnten Auslegungsziels aber das Moment fest, das die Sonderverbindung ausmacht. Das eröffnet – wie wir im Kontext der potentiellen vertraglichen Übernahme öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen versuchsweise demonstriert haben – die Möglichkeit, diesem Moment anhand heuristischer Kriterien nachzuspüren. Damit lassen sich die einschlägigen Fälle besser spezifizieren, als wenn man mit den Verfechtern des Instituts der Vertrauenshaftung einfach auf die ‹Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr› abstellt[1327].

685 Ein **weitergehendes Konzept** der Vertrauenshaftung ist freilich weiterhin denkbar. Dieses kann meines Erachtens potentiell in zumindest *zwei Richtungen* ausgreifen.

686 Zum einen haben wir bereits gesehen, dass sog. **deklaratorische Äusserungen** zur Begründung vertraglicher Pflichten gemäss dem Vertrauensprinzip nicht hinreichen. Insofern kann das Vertrauen auf derartige Äusserungen ausserhalb des Deliktsrechts *nur* auf das Institut der Vertrauenshaftung gestützt werden[1328]. Diese Situation wird im positiven Recht etwa im Rahmen von Art. 39 OR reflektiert, der die Haftung des *falsus procurator* stipuliert. Dieser haftet letztlich für die unzutreffende deklaratorische Aussage, dass er zur Vertretung des (mutmasslich) Vertretenen befugt ist. Ob und inwiefern sich eine Haftung für deklaratorische Äusserungen über die gesetzlich festgehaltenen Tatbestände hinaus begründen lässt, brauchen wir jedoch nicht zu untersuchen. Wie bereits dargestellt, erfüllen deklaratorische Äusserungen, die aufgrund von gesetzlichen Vorgaben erfolgen (wie bspw. – wenn man dem Kotierungsreglement Gesetzescharakter zugesteht – eine Ad hoc-Mitteilung), nämlich bereits das elementare Erfordernis nicht, wonach ein Verhalten, auf dessen Grundlage alsdann von einer Einstandspflicht ausgegangen werden kann, selbstgewählt sein muss[1329]. Entsprechend wird gerade auch in der Literatur zur Vertrauenshaftung

---

1325 Vgl. bspw. HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 4, Rn. 22; SCHWENZER, OR AT, Rn. 52.03 f. m.H.; ferner GAUCH/SWEET, 139; und aus dem deutschen Schrifttum bspw. DORN, HKK-BGB, § 241, Rn. 64 m.w.H.

1326 Vgl. vorne, Rn. 500 ff.

1327 Vgl. LOSER, Vertrauenshaftung, Rn. 174 f. m.w.H.; vgl. ferner die H. von SOMMER, AJP 2006, Fn. 51 (1035).

1328 So – zum deutschen Recht – insb. CANARIS, FS 50 Jahre BGH, 136 ff.; für die Schweiz dahingehend wohl auch LOSER, Vertrauenshaftung, Rn. 1080 mit Fn. 2737.

1329 Vgl. dazu und zum Folgenden vorne, Rn. 523 ff. m.H.

festgehalten, dass gesetzlich vorgegebene Äusserungen eine solche nicht zu begründen vermögen.

687 Eine weiteres Anwendungsfeld hat die Vertrauenshaftung dann, wenn man vorab mit PETER LOSER (der mit seiner Habilitationsschrift die in der Schweiz mit Abstand einlässlichste Untersuchung zur Problematik geleistet hat) bewusst über das Erfordernis eines Geschäftswillens, der zur vertraglichen Haftungsbegründung erforderlich ist, hinwegsieht und anhand der Vertrauenshaftung weitergehend die **Pflicht zu erhöhter Loyalität bei der Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr** sanktioniert[1330].

688 In diesem Zusammenhang ist allerdings die bereits erwähnte Formel des Bundesgerichts zu beachten, wonach die «Erwartung, dass ohne vertragliche Verpflichtung eine Leistung erbracht werde, grundsätzlich nicht schützenswert» sei, «da es dem Vertrauenden in aller Regel zumutbar ist, sich durch einen entsprechenden Vertragsschluss abzusichern.» Derweil kann «das Vertrauen auf eine freiwillige Leistungserbringung [..] nur ganz ausnahmsweise Schutz finden, namentlich wenn der Vertragsschluss auf Grund der bestehenden Machtverhältnisse oder der Abhängigkeit des Vertrauenden faktisch nicht möglich ist und dem Vertrauenden gleichzeitig der Verzicht auf das Geschäft bzw. auf die Geschäftsbeziehung nicht zugemutet werden kann»[1331].

689 Diese Formel hat zunächst zur Folge, dass die Vertrauenshaftung jedenfalls unter professionellen Marktteilnehmern kaum mehr je gegeben sein wird, da diesen eine vertragliche Absicherung in aller Regel zuzumuten sein dürfte[1332]. Im Rahmen des ausnahmsweisen Vorbehalts scheinen alsdann Fälle angesprochen zu werden, in denen *ohnehin* ein sog. ‹allgemeiner Kontrahierungszwang› besteht. So werden als dessen elementare Voraussetzungen im Allgemeinen Marktmacht der einen Partei sowie Angewiesensein der anderen Partei auf die Leistung genannt[1333]. Besteht ein Kontrahierungszwang, dürfte sich die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung aber gleichfalls erübrigen. Welche Fälle die Vertrauenshaftung – vor dem Hintergrund, dass ‹namentlich› keine abschliessende Aufzählung indiziert – *überdies* weiterhin zu

---

1330 Vgl. LOSER, Vertrauenshaftung, Rn. 141 und 167 ff.

1331 Vgl. für H. vorne, Rn. 623.2.

1332 Vgl. auch BURG/VON DER CRONE, SZW 2010, 426 und auch bereits 425.

1333 SCHWENZER OR AT, Rn. 26.15 m.H.; vgl. ferner auch BGE 129 III 35, E. 6.3. Insofern als sich ein Kontrahierungszwang rechtfertigen lässt, entfallen auch die von STÖCKLI, BR 2008, 70, zu Recht geäusserten Bedenken.

erfassen vermag, soll vorliegend offen bleiben[1334]. Angesichts der restriktiven Formulierung des Vorbehalts und des sehr voraussetzungsvollen Beispiels dürften es jedoch nicht viele sein.

690 Für den von LOSER eingeforderten Anwendungsbereich der Vertrauenshaftung ausserhalb vertraglicher Bindungen besteht *folgerichtig* kaum mehr Raum. Immerhin ist zu bemerken, dass das Bundesgericht die Formel im jüngsten publizierten Entscheid zur Vertrauenshaftung beispielsweise nicht erwähnt, obwohl es im Prinzip auch dort darauf hätte abstellen können[1335]. Auch wenn die ‹allgemeine Geltung› der Formel vom Bundesgericht bisweilen ausdrücklich betont wird[1336], erscheint dessen präjudizielle Bedeutung demnach als nicht abschliessend geklärt.

691 Meines Erachtens bestehen aber auch gute Gründe für das höchstrichterliche Diktum. Das Gericht erhebt zur *ratio decidendi,* dass das Institut des Vertrags ‹nicht ausgehöhlt› werden soll[1337]. Angesichts dessen, dass der schweizerische Gesetzgeber die *ausser*vertraglichen Anspruchsgrundlagen grundsätzlich abschliessend geregelt hat, ohne eine ‹dritte Haftungsspur› vorzusehen[1338], erscheint diese *ratio* als durchaus beachtenswert[1339].

692 Insbesondere drückt das Diktum im Licht der vorne erfolgten Ausführungen aber auch die freiheitlichen Grundwertungen aus, die der schweizerischen Privatrechtsordnung zu Grunde liegen. Die vorne erfolgten Hinweise zu der Begründung von Nebenpflichten aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben gelten *mutatis mutandis* auch hier.

1334 BURG und VON DER CRONE erwähnen bspw. Situationen, in denen eine Haftung aus *culpa in contrahendo* in Frage steht, vgl. SZW 2010, 426.

1335 Vgl. BGE 142 III 84, *passim*. Für Näheres zum Entscheid vgl. vorne, Rn. 680 f., wobei das Bundesgericht durchaus zum Kriterium hätte erheben können, dass die Klägerin (die Anlegerin) bei der Beklagten (der Prüfgesellschaft) um eine vertragliche Absicherung hätte ersuchen müssen.

1336 Vgl. Entscheid 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 5.4.1.

1337 Vgl. Entscheid 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 5.1 und ferner vorne, Rn. 623.2.

1338 Dies gestehen selbst Befürworter der Vertrauenshaftung zu, vgl. für H. vorne, Fn. 1283; vgl. ferner IMMENHAUSER, der feststellt, dass dem aOR eine ‹Dichotomie› zwischen Vertrag und Delikt zu Grunde lag, von welcher im Rahmen der Revision im Jahr 1911 durch den Gesetzgeber *nicht* Abstand genommen wurde (vgl. 381 und 385). Eine gewisse Ausnahme stellte von Beginn weg die *culpa in contrahendo* dar, die bereits im aOR ihren Niederschlag gefunden hat (vgl. DERS., 390 m.H.). Gemäss vorne erfolgten H. (Rn. 682) dürfte sich im Übrigen auch diese in das Vertragsrecht einordnen lassen.

1339 Vgl. in der Sache auch HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 4, Rn. 22 (‹Verwischung der klaren Dogmatik von Vertrags- und Deliktsrecht›).

LOSER scheint demgegenüber der Auffassung zu sein, dass ‹die Berücksichtigung des Vertrauens der Gegenseite› über das Vertragsrecht hinaus sich *«weder als Widerspruch zur Privatautonomie noch als sozialpolitisches Motiv, sondern vielmehr als liberales Gebot»* erweist[1340]. Dabei dürfte er zum einen der Belastung der in Anspruch genommenen Partei zu wenig Beachtung schenken. Er rechtfertigt diese dadurch, dass erst damit *«die notwendigen Voraussetzungen für gestaltendes rechtsgeschäftliches Verhalten geschaffen werden. Denn ohne Vertrauensschutz könnte ihr Anspruch auf Selbstgestaltung nur theoretisch bleiben, weil sie* [die in Anspruch genommene Partei] *nicht ohne weiteres einen geschäftlichen Partner findet, der schutzlos zu risikoreichen Dispositionen* [..] *bereit ist.»* Damit werden meines Erachtens aber letztlich gesamtwohlfahrtschaftliche Kriterien angesprochen, namentlich das Postulat eines möglichst reibungslos funktionierenden Marktes (von dem wiederum auch die in Anspruch genommene Partei profitieren mag). Dass für solche Kriterien im Rahmen eines klassischen Freiheitsverständnisses kein Raum besteht, wurde bereits aufgezeigt[1341]. Zum andern geht er davon aus, dass eine freiheitliche Ordnung es erfordere, dass eine Partei mit den für einen informierten Entscheid erforderlichen Informationen ausgestattet werde[1342]. Dass sie das in einer freiheitlichen Rechtsordnung nicht erwarten kann, wurde ebenfalls bereits dargestellt[1343].

Will man der Auffassung von LOSER *trotzdem folgen,* würde sich schliesslich die Frage stellen, wie sich diese im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung verorten lässt. Der Grundsatz von Treu und Glauben, auf den sich das Bundesgericht stützt[1344], fällt dabei – wie bei der Begründung von *vertraglichen* Schutzpflichten – meines Erachtens weg. Richterrechtliche Einzel- oder Gesamtanalogien hätten alsdann den grundsätzlichen Widerspruch zu den materialen und (nach eben erfolgten Hinweisen zur grundsätzlich abschliessenden Regelung der *ausser*vertraglichen Anspruchsgrundlagen durch den Gesetzgeber) auch strukturellen Grundwertungen des Schweizerischen Haftungsrechts aufzulösen. Als Ausgangspunkt müssten gesetzliche Vorschriften angeführt werden, die es erlauben würden, von diesen Grundwertungen abzuweichen. Dass dies gelingt, erscheint als zweifelhaft, ohne dass wir dies im Rahmen des vorliegenden Exkurses freilich im Einzelnen überprüfen[1345]. 693

1340 Vgl. Vertrauenshaftung, Rn. 203.

1341 Vgl. vorne, Rn. 407 f.

1342 Vgl. Vertrauenshaftung, insb. Rn. 663. Im Übrigen klingen dort ebenfalls ökonomische Erwägungen durch.

1343 Vgl. vorne, Rn. 405 f.

1344 Für H. vgl. vorne, nach Rn. 623.2.

1345 Vgl. zu der von LOSER vorgeschlagenen Gesamtanalogie immerhin bereits vorne, Rn. 661.

694 Im Hinblick auf die nachfolgenden Überlegungen zum Deliktsrecht ist schliesslich auf eine **Koinzidenz** zwischen einer (etwaigen) *Vertrauenshaftung,* der *deliktischen* und letztlich auch der *vertraglichen* Begründung von Schutzpflichten hinzuweisen, die jeweils angerufen werden können sollen, falls es um den *Ersatz reiner Vermögensschäden* geht. Ist der Richter aufgrund der freiheitlichen Grundwertungen des schweizerischen allgemeinen Haftungsrechts, die auf allen drei Gebieten gelten, nicht kompetent, derartige materiale Pflichten auf den Schild zu heben, ist dies *im Rahmen aller drei Gebiete* zu berücksichtigen. In der Folge müsste der Richter in dem fraglichen Rechtsgebiet konsistente Bezüge zur bestehenden gesetzlichen ‹Sollensordnung›[1346] herstellen können, um von diesen Grundwertungen (die selbstredend ihrerseits zu der ‹Sollensordnung› gehören) abweichen zu können. Dies wird ihm für den Bereich der vertraglichen und der quasivertraglichen Pflichtbegründung im Licht vorne stehender Überlegungen nur schwerlich gelingen, derweil darauf im deliktsrechtlichen Zusammenhang noch zurückzukommen ist.

695 In der Literatur kommt diese Koinzidenz im Ansatz etwa zum Ausdruck, wenn HEINRICH HONSELL, BERNHARD ISENRING und MARTIN A. KESSLER festhalten, dass der Vorwurf einer konturlosen Ausuferung nicht nur die Vertrauenshaftung, sondern *«die Befürworter ‹deliktischer Verkehrspflichten zum Schutze fremder Vermögen› in gleicher Weise trifft».* Auch dieser Ansatz bedürfe einer ‹sorgfältigen Begrenzung›[1347]. Wohl zu wenig berücksichtigt wird sie demgegenüber in einer bestimmten Hinsicht beispielsweise von PETER LOSER-KROGH. Dieser kommt in einer (einflussreichen) Abhandlung[1348] zum Schluss, dass ein von ihm sog. ‹autonomes› (deliktsrechtliches) Widerrechtlichkeitsverständnis, in dessen Rahmen die Entwicklung der eben erwähnten ‹deliktischen Verkehrspflichten zum Schutze fremden Vermögens› möglich würde, (sinngemäss) das ‹Regelungsprärogativ› des Gesetzgebers ritzt sowie ordnungspolitische Bedenken weckt, weil die grundsätzliche Beschränkung reiner Vermögensschädigungen diesfalls nicht mehr gewährleistet ist. Dass eine (gleichfalls) richterrechtliche Begründung analoger Pflichten im Rahmen einer Vertrauenshaftung letztlich dieselben Einwände überwinden muss, wird von LOSER, aber bspw. auch von MANUEL JAUN, der LOSER folgt und alsdann (ebenfalls) für eine Vertrauenshaftung plädiert[1349], meines Erachtens nicht hinreichend klar gestellt.

1346 So die Formulierung von DÜRR, ZK, Art. 1 ZGB, vgl. insb. Rn. 387 ff.

1347 Vgl. § 4, Rn. 22.

1348 Vgl. LOSER-KROGH, ZSR 2003 II, und dort insb. 148; für weitere H. vgl. Fn. 808.

1349 Vgl. Sorgfaltspflichtverletzung, 479 ff. und 488 f. (wobei auch JAUN zu deren Begründung materialen Überlegungen nicht abgeneigt scheint, vgl. nur die von ihm verwendete Rubrik des ‹kooperativen Vertrauens›, a.a.O., 488 f.).

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die eigenständige Bedeutung des Instituts der Vertrauenshaftung neben dem Vertragsrecht in Frage gestellt werden kann. Mit Blick auf die Haftung für die Verletzung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen dürfte ihm entsprechend *keine eigenständige Bedeutung* zukommen. Zu bemerken ist allerdings, dass in der Literatur bisweilen eine Vielzahl von verschiedenen Tatbeständen mit dem Institut der Vertrauenshaftung eingefangen wird[1350]. Die vorne stehenden Ausführungen betreffen dabei vorab die Haftung für die Verletzung von sog. Schutzpflichten im Fall reiner Vermögensschäden und auch diese nur kursorisch. In anderen Bereichen, wie beispielsweise den sog. deklaratorischen Äusserungen, verbleibt der Vertrauenshaftung dagegen wohl ein Anwendungsfeld. 696

3. Exkurs 2: Einordnung der Sorgfaltspflichtverletzung im auftragsrechtlichen Haftungstatbestand

Bis anhin haben wir uns im Sinn des vorne abgesteckten Erkenntnisinteressens vorliegender Studie mit der *Stufe der Pflichtverletzung* befasst. Daneben tritt gemäss der vorliegend einschlägigen Haftungsvorschrift (Art. 97 Abs. 1 OR) das *Verschulden*. Dabei bleibt im Auftragsrecht – das den für die Zwecke der vorliegenden Studie mit Abstand wichtigsten besonderen Vertragstyp regelt – in der Doktrin umstritten, ob die Sorgfaltspflichtverletzung (vgl. Art. 398 Abs. 2 OR) unter der Rubrik der Pflichtverletzung *oder* unter derjenigen des Verschuldens zu führen ist[1351]. Die Frage ist vorab deswegen von Bedeutung, weil für das Verschulden eine Beweislastumkehr vorgesehen ist, der Schädiger mithin den sog. Exkulpationsbeweis zu erbringen hat (vgl. Art. 97 Abs. 1 OR). Zudem betreffen Haftungsfreizeichnungen grundsätzlich die Stufe des Verschuldens (vgl. Art. 100 f. OR)[1352]. Auch wenn hier Vieles von der Auslegung der konkreten Haftungsfreizeichnungsklausel abhängen wird[1353], könnte dies zur Folge haben, dass die Sorgfaltspflichtverletzung nicht erfasst ist, wenn man diese der Pflichtverletzung zuschlägt. 697

Im Rahmen des vorliegenden Exkurses geht es *nicht* um eine einlässliche Darstellung der Diskussion und alsdann eine abschliessende Stellungnahme. Angesichts der Erkenntnisse, welche die naturrechtliche Zurechnungslehre gebracht hat, und mit 698

1350 Vgl. insofern (erneut) die einlässliche Arbeit von LOSER, Vertrauenshaftung, *passim*.

1351 Vgl. für bzgl. H. vorne, Rn. 254.2.

1352 Vgl. bspw. auch WIEGAND, BSK-OR I, Art. 100, Rn. 6.

1353 Zu absolut daher wohl WEBER, ZSR 1988 I, 53.

besonderem Fokus auf den Beizug öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen in den Haftungstatbestand, vermerken wir aber Folgendes:

699 Zunächst hat die **naturrechtliche Zurechnungslehre** ergeben, dass sich im Rahmen der Fahrlässigkeitshaftung, die vorliegend im Vordergrund steht, deskriptiv zwei Kategorien von Verhaltensanforderungen unterscheiden lassen, (i) die sog. ‹Hauptpflicht› und (ii) die Pflicht (bzw. Obliegenheit), im Tatzeitpunkt über die zu deren Einhaltung erforderliche Möglichkeit, sich physisch pflichtgemäss zu verhalten, sowie über das dazu erforderliche Wissen zu verfügen. Mithin wird dabei die Aufgabe normiert, der ‹Hauptpflicht› nachzukommen[1354]. Dabei ist mit ‹Hauptpflicht› wohlgemerkt nicht die entsprechende Notion gemäss positivem Recht gemeint, vielmehr können auch sog. Nebenpflichten darunter fallen[1355]. Daher ist nachfolgend von *‹selbstständigen› (bzw. ‹unselbstständigen›) Pflichten* die Rede.

700 Sorgfaltspflichten gehören in diesem Sinn zweiterer Kategorie an. Sie haben selbstständige Pflichten nämlich gleichsam zum *Bezugsobjekt*[1356]. Gut zum Ausdruck kommt dies in Art. 717 Abs. 1 OR. Danach müssen die Organe einer Aktiengesellschaft *«ihre Aufgabe* [die sich in – gemäss hiesiger Begrifflichkeit – selbstständige Pflichten fassen lässt] *mit aller Sorgfalt* [mithin unter Einhaltung der (unselbstständigen) Sorgfaltspflichten] *erfüllen»*[1357].

701 Eine *selbstständige Pflicht* ist beispielsweise die Risikoaufklärungspflicht des Anlageberaters[1358]. Gleichsam hängt damit vor allem die Pflicht (bzw. Obliegenheit) zusammen, sich die dafür erforderlichen Informationen zu verschaffen. Eine *unselbstständige Pflicht* ist demgegenüber zum Beispiel die ebenfalls bereits erwähnte Erstellung des Kundenprofils im Rahmen der sog. Eignungsprüfung. Diese dient der Hauptpflicht des Vermögensverwalters, das Kundenvermögen in auf den Kunden zugeschnittene Weise anzulegen. WALTER FELLMANN nennt weiter die Fachkenntnisse, über die Vermögensverwalter verfügen müssen[1359], die *de lege ferenda* auch im

---

1354 Vgl. zum Ganzen vorne, insb. Rn. 249 ff.

1355 Vgl. GEHRER/GIGER, CHK, Art. 398 OR, Rn. 8.

1356 Vgl. DERENDINGER, Rn. 255; FELLMANN, BK, Art. 398 OR, Rn. 17 m.w.H.; DERS., HAVE 2016, 96 m.w.H.; GEHRER/GIGER, CHK, Art. 398 OR, Rn. 8; sowie OSWALD, 44 f. und 110, je m.w.H.; grundlegend aus der deutschen Doktrin WOLF, AcP 1954, 111 ff.

1357 Dazu, dass die Unterscheidung auch im Rahmen der *Business Judgement Rule* reflektiert wird vgl. bereits vorne, Rn. 244.

1358 Bei GEHRER und GIGER wird die Aufklärungspflicht des Beauftragten gleichsam als Bsp. für eine (sinngemäss) selbstständige Pflicht genannt (vgl. CHK, Art. 398 OR, Rn. 8).

1359 HAVE 2016, 97; vgl. im Allgemeinen auch DERS., Art. 398 OR, Rn. 360.

FIDLEG festgehalten werden (vgl. Art. 6 f. E-FIDLEG bzw. Art. 6 FIDLEG sowie Art. 24 E-FIDLEG bzw. Art. 22 FIDLEG).

In Betreff auf den **Beizug öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Rahmen des (insbesondere) auftragsrechtlichen Haftungstatbestands** ist die Unterscheidung zwischen selbstständigen und unselbstständigen Pflichten vorab in folgender Hinsicht bedeutsam. Öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen, die selbstständige Pflichten regeln (wie beispielsweise die Risikoaufklärungspflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. a BEHG oder zukünftig die Warnpflicht gemäss Art. 14 Abs. 2 E-FIDLEG bzw. Art. 13 Abs. 2 FIDLEG) finden gemäss den vorne stehenden Ausführungen in den Haftungstatbestand Eingang (oder eben nicht). Für öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen, die unselbstständige Pflichten regeln (wie etwa die eben erwähnten Pflichten zur Eignungsprüfung gemäss Art. 13 E-FIDLEG bzw. Art. 12 FIDLEG und zur Aus- und Weiterbildung gemäss Art. 6 f. E-FIDLEG bzw. Art. 6 FIDLEG sowie Art. 24 E-FIDLEG bzw. Art. 22 FIDLEG), besteht gemäss positivem Privatrecht demgegenüber vorab ein *weiteres Einfallstor,* nämlich die Regelung der Sorgfaltspflichten nach Art. 398 Abs. 2 OR beziehungsweise ausserhalb des Auftragsrechts die Regelung des Verschuldens nach Art. 97 Abs. 1 OR. Darauf kommen wir in einem separaten Unterkapitel zurück (vgl. 2. Teil / 4. Kapitel / II.). 702

Was nunmehr die **Einordnung der (unselbstständigen) Sorgfaltspflichten unter die Rubrik der Pflichtverletzung oder des Verschuldens** betrifft, spricht meines Erachtens einiges für die zweite Auffassung[1360], nachdem sich die Sorgfaltspflichten von den selbstständigen (‹primären›) Pflichten unterscheiden lassen: 703

> Unbestritten auf der Stufe des Verschuldens ist zunächst zu prüfen, ob ein *vorsätzliches Verhalten* des Beauftragten vorliegt[1361]. Wie die naturrechtliche Zurechnungslehre ergeben hat, *ersetzt* die Sorgfaltspflichtverletzung alsdann das Vorsatzerfordernis (es erfolgt eine sog. ausserordentliche Zurechnung)[1362]. Dem entspricht die durch den Gesetzgeber vorgenommene Einordnung von Fahrlässigkeit und Vorsatz unter *dasselbe* Haftungselement, nämlich jenes des Ver- 703.1

[1360] Die in der Schweiz insb. von DERENDINGER (vgl. insb. Rn. 251 ff. und 339 ff. m.H.) vertreten wird.

[1361] Vgl. nur FELLMANN, BK, Art. 398 OR, Rn. 467 m.H.

[1362] Vgl. vorne, Rn. 257 f.

schuldens[1363]. Diesen *Gleichlauf* von Fahrlässigkeit – gleichsam dem ‹Gegenteil der Sorgfalt›[1364] – und Vorsatz gilt es meines Erachtens zu *wahren*.

Wie die Ablösung des Vorsatzelements durch jenes der Sorgfaltspflichtverletzung vor sich geht, wurde vorne am *Bespiel* der Risikoaufklärungspflicht des Anlageberaters bereits aufgezeigt[1365]. Wenden wir uns den beiden eben genannten Situationen zu, in denen Sorgfaltspflichten bestehen, verhält es sich sodann wie folgt: Legt ein Vermögensverwalter das Geld von vorneherein nicht anlegergerecht an, sondern beispielsweise allein nach dem Kriterium der Höhe der Vertriebsentschädigungen, die ein Titel generiert, dürfte von Vorsatz auszugehen sein[1366]. Ob er davor im Rahmen der Eignungsprüfung ein Kundenprofil erstellt hat, um zu bestimmen, wie das Kundenvermögen anlegergerecht anzulegen wäre, oder ob er über die erforderlichen Fachkenntnisse verfügt, spielt für die Haftungsbegründung keine Rolle. Die entsprechenden Fragen stellen sich erst, wenn ein Anlageberater *nicht* willentlich bzw. – besser – wissentlich objektiv nicht anlegergerechte Produkte erwirbt. Diesfalls ist zu fragen, ob seine Anlagetätigkeit auf eine etwaig unterlassene Eignungsprüfung oder unzureichende Fachkenntnisse zurückzuführen ist.

703.2 Die Sorgfaltspflichten betreffen ferner naturgemäss die *Sphäre des Beauftragten,* der sich für die Erfüllung der selbständigen Pflichten einzurichten hat. Dies zeigen zunächst die erwähnte Aus- und Weiterbildungspflicht oder etwa auch die ärztliche Pflicht zur regelmässigen Überprüfung der Funktionstüchtigkeit seines Reanimationsgeräts[1367]. Gleiches gilt aber auch für die Ermittlung des Kundenprofils, selbst wenn hier der Anleger einzubeziehen ist.

703.3 Daran schliesst an, dass die Zuordnung der Sorgfaltspflichten zu der Verschuldensstufe der *ratio der Beweislastumkehr* besser entspricht. So ist der Schuldner (*scil*. der Beauftragte) *«besser in der Lage, diejenigen Umstände anzuführen, welche die Erfüllung nicht möglich gemacht haben, als der Gläubiger, welcher die Situation beim Schuldner nicht kennt»*[1368].

1363 Die insb. in Art. 41 Abs. 1 OR zum Ausdruck gebracht wird, im Bereich des Vertragsrechts aber bspw. auch in Art. 101 Abs. 1 OR oder Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 44 Abs. 2 OR.

1364 WOLF, AcP 1954, Fn. 73 (112) m.H.

1365 Vgl. vorne, Rn. 234.

1366 Vgl. FELLMANN, BK, Art. 398 OR, Rn. 467 *(«Ganz allgemein dürfte im Auftragsrecht immer dann Vorsatz gegeben sein, wenn der Beauftragte seine Interessen vor die Interessen des Auftraggebers stellt und (aus Eigennutz) in die eigene Tasche wirtschaftet»).*

1367 Vgl. FELLMANN, BK, Art. 398 OR, Rn. 467; DERS., HAVE 2016, 96.

1368 So WEBER, BK, Art. 99 OR, Rn. 128 m.H.; vgl. auch DERENDINGER, Rn. 343; und zum deutschen Recht EMMERICH, MünchKommBGB, 4. Aufl., § 282, Rn. 3 m.w.H.

Zudem dürfte es im Allgemeinen oftmals dem Parteiwillen entsprechen, dass mit einer *Haftungsfreizeichnungsklausel* Vorkehrungen adressiert werden, die in der Sphäre des Beauftragten eintreten. Insbesondere dürfte der Beauftragte, der die Klausel in einen Vertrag einführt, gerade entsprechende Vorkehrungen im Auge haben, beispielsweise dass er für seine etwaig vernachlässigte Weiterbildung nicht einzustehen gedenkt[1369]. Freilich ist erneut zu vermerken, dass für diese Problematik letztlich stets die (Vertrags-)Auslegung im Einzelfall (gegebenenfalls gemäss dem Vertrauensprinzip) entscheidend ist. 703.4

Der wohl hauptsächliche *Einwand,* der einer entsprechenden Einordnung entgegengehalten wird, knüpft daran an, dass im Auftragsrecht nach herkömmlicher Auffassung nicht der Erfolg, sondern essentiell nur ein sorgfältiges Tätigwerden geschuldet ist (sog. *‹obligations du moyen›*)[1370]. Entzieht man alsdann der Pflichtwidrigkeit zu Gunsten des Verschuldens das Erfordernis der Sorgfaltspflicht, kommt diese ‹Essenz› des Auftrags möglicherweise nicht mehr zum Tragen. So ist eine Pflichtverletzung – *nicht* aber ein Verschulden[1370A] – zur Begründung einer vertraglichen Haftung *stets* erforderlich[1371]. 704

Dieser Einwand ist *nicht leicht von der Hand zu weisen* und das wird vorliegend auch gar nicht im Detail versucht. Immerhin ist zu vermerken, dass der Stufe der Pflichtverletzung nicht einfach nur ein Erfolg verbleibt, sondern auch noch die selbstständige Pflicht, wie beispielsweise die anlegergerechte Vermögensanlage oder die Pflicht des Arztes zur effektiven Reanimation dahergelaufener Patienten[1372]. Allerdings bereitet es Schwierigkeiten, diese Tätigkeiten stets mit dem Attribut der ‹Sorgfalt› zu versehen, mithin im Sinn der herkömmlichen Auffassung von einem ‹sorgfältigen Tätigwerden› auszugehen. Infolgedessen müsste man davon wohl absehen[1373], um die Meinung näher zu begründen, welcher wir nach vorne stehenden Ausführungen tendenziell folgen. 705

1369 Damit im Einklang dürfte beispielsweise stehen, dass H.P. WALTER als Beispiel für einen zulässigen Haftungsausschluss die Situation anführt, in der sich ein Anwalt unter Zeitdruck zur Abklärung einer Rechtsfrage allein unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Praxis bereit erklärt (Abgrenzung, 54).

1370 Vgl. nur FELLMANN, HAVE 2016, 95 m.H.

1370A Vgl. nur Art. 101 Abs. 2 OR, wonach das Verschuldenserfordernis bei der vertraglichen Haftung für Hilfspersonen vollumfänglich ausgeschlossen werden kann.

1371 Vgl. H.P. WALTER, Abgrenzung, 64 f.

1372 Vgl. allgemein zum Gehalt einer von der Sorgfaltspflicht abgrenzbaren Hauptleistungspflicht des Beauftragten auch DERENDINGER, Rn. 86 ff.

1373 Dahingehend bspw. DERENDINGER, Rn. 89 und *passim*.

706 Nichtsdestotrotz behandeln wir die auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht als Einfallstor für öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen für die Zwecke unserer Studie auf der Stufe des Verschuldens (vgl. dazu hinten 2. Teil / 4. Kapitel / II.).

3. Kapitel: Deliktsrecht

I. Ausgangslage gemäss vorherrschender Praxis und Doktrin: Die objektive Widerrechtlichkeitstheorie

Nachfolgend geht es nunmehr um die Frage, unter welchen Umständen öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im *Deliktsrecht* zum Tragen kommen. Dabei behandeln wir im Rahmen des vorliegenden Kapitels wiederum allein die Voraussetzung der *Pflichtverletzung* (im Sinn des im Grundlagenteil herausgearbeiteten Verständnisses). Ob und inwiefern öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im Rahmen weiterer (vertraglicher oder deliktischer) Haftungselemente zum Tragen kommen, wird Gegenstand des darauf folgenden Kapitels sein. Wie erwähnt ist Art. 41 Abs. 2 OR (‹sittenwidrige Schädigung›) im schweizerischen Haftungsrecht weitgehend bedeutungslos geblieben, so dass wir von einer Diskussion dieser Vorschrift als potentielle, eigenständige Haftungsgrundlage absehen. Die nachfolgenden Ausführungen fokussieren auf den *Grundtatbestand des Art. 41 Abs. 1 OR*. 707

Im Rahmen der Haftungsvoraussetzungen gemäss Art. 41 Abs. 1 OR (Widerrechtlichkeit, Schaden, natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang, Verschulden[1374]) wird die Pflichtverletzung auf der Stufe der Widerrechtlichkeit geregelt. Das *Bundesgericht* hält dazu in seiner ständigen Praxis zunächst regelmässig fest, dass es der sog. **‹objektiven Widerrechtlichkeitstheorie›** folge. Daran schliesst (mit womöglich bisweilen im Detail alternativen Formulierungen) folgender Textbaustein an: *«Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Schadenszufügung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR widerrechtlich, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, d.h. wenn entweder ein absolutes Recht des Geschädigten verletzt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (Verhaltensunrecht). Da das Vermögen kein absolutes subjektives Rechtsgut darstellt, ist eine reine Vermögensschädigung nur rechtswidrig, wenn sie auf einen Verstoss gegen eine Verhaltensnorm zurückgeht, die dem Schutz vor solchen Schädigungen dient* [sog. Schutznorm]. *Solche Normen können sich aus der gesamten schweizerischen Rechtsordnung ergeben, einerlei, ob es sich um Privat-, Verwaltungs- oder Strafrecht handelt, ob sie geschriebenes oder* 708

[1374] Für eine Verankerung dieser Erfordernisse im Wortlaut von Art. 41 Abs. 1 OR vgl. die Überschriften über deren jeweiligen Diskussion bei BREHM, BK, Art. 41 OR, vor Rn. 32, vor Rn. 66, vor Rn. 102 und vor Rn. 164.

ungeschriebenes Recht darstellen oder dem Bundes- oder kantonalen Recht entstammen»[1375].

709 Die *wohl herrschende Lehre* folgt der durch das Bundesgericht so festgehaltenen *objektiven Widerrechtlichkeitstheorie*[1376]. Das Einfallstor für öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen, wenn es um die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschädigungen geht, ist damit einstweilen *offensichtlich*. Diese werden im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses als sog. Schutznormen in Bezug genommen. Darauf kommen wir zurück.

710 Der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie erwächst jedoch auch **Kritik**, und zwar vorab von *zwei Seiten,* die sich entlang der klaren Unterscheidung der zwischen Verletzungen absolut geschützter Rechtsgüter und reinen Vermögensschädigungen festmachen lassen[1377] (infolgedessen die objektive Widerrechtlichkeitstheorie im Übrigen ab und an plastisch als ‹zweigliedriges Konzept› apostrophiert wird[1378]).

711 *Zum einen* wird moniert, dass es nicht angemessen sei, die schlichte (adäquat kausale) Herbeiführung eines Erfolgs zur Begründung der Widerrechtlichkeit bei einer Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter genügen zu lassen. Vielmehr sei eine Sorgfaltspflichtverletzung bereits auf der Stufe der Widerrechtlichkeit erforderlich (wobei die Bezeichnungen variieren)[1379]. Da vorliegende Arbeit sich allein mit reinen Vermögensschädigungen auseinandersetzt, gehen wir darauf *nicht* ein.

712 *Zum andern* wird vertreten, dass die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschädigungen nicht vom Vorliegen einer sog. Schutznorm abhängen soll. Vielmehr genüge auch hier eine *Sorgfaltspflichtverletzung* (wobei die Bezeichnungen auch hier variieren), zu deren Bestimmung der Richter im Einzelfall berufen sei. Die Auffassung wird in

---

1375 Vgl. aus der publizierten Praxis bspw. BGE 133 III 323, E. 5.1 m.H.; jüngst ferner BGE 141 III 527, E. 3.2 (dem das Zitat entnommen wurde); für weitere Hinweise auf die höchstrichterliche Praxis vgl. bspw. HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 4, Rn. 1; oder VERDE, Widerrechtlichkeit, Rn. 13; DERS., Straftatbestände, Rn. 324.

1376 Vgl. BREHM, BK, Art. 41 OR, Rn. 33c; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 4, Rn. 1 m.H.; ferner die H. bei VERDE, Widerrechtlichkeit, Rn. 13. Zum potentiell missverständlichen Begriff der ‹objektiven Widerrechtlichkeit› vgl. im Übrigen STÖCKLI, FS Riklin, 237 f.

1377 Die sog. subjektive Widerrechtlichkeitstheorie, wonach eine Schädigung grundsätzlich widerrechtlich ist, wenn nicht ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, wird demgegenüber kaum mehr vertreten (vgl. für H. vorwiegend aus der älteren Literatur VERDE, Widerrechtlichkeit, Rn. 13).

1378 So LOSER-KROGH, ZSR 2003 II, 141.

1379 Paradigmatisch FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, Rn. 312 ff., deren Vorschlag sich ausdrücklich auf Überlegungen zur Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter beschränkt (‹Bei den reinen Vermögensschäden bleibt damit alles beim Alten›, vgl. Rn. 340).

der Sache regelmässig mit der eben dargelegten Auffassung in Betreff auf absolut geschützte Rechtsgüter kombiniert und kommt alsdann bisweilen unter der Rubrik ‹dritte Widerrechtlichkeitstheorie› daher[1380]. Die Unterscheidung zwischen Verletzungen absolut geschützter Rechtsgüter und reinen Vermögensschädigungen wird damit *eingeebnet*[1381].

Neben der objektiven und der ‹dritten› Widerrechtlichkeitstheorie wird übrigens regelmässig die sog. ‹subjektive Widerrechtlichkeitstheorie› erwähnt. Danach ist eine Schädigung grundsätzlich widerrechtlich, ausser es liegt ein Rechtfertigungsgrund vor. Mithin hat der Geschädigte auf der Stufe der Widerrechtlichkeit – auch im Fall reiner Vermögensschäden – keine Pflichtverletzung zu erstellen. Die Theorie wird indessen kaum mehr vertreten[1382] und ist mit einer freiheitlichen Rechtsordnung, wie jener des schweizerischen Haftungsrechts, auch nur schlecht vereinbar[1383].

Die Kritik an der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie, die eine ‹dritte Widerrechtlichkeitstheorie› erforderlich mache, zielt insbesondere in *drei Richtungen*[1384]. *Erstens* wird festgehalten, dass der Gesetzgeber im Rahmen des aOR eine deliktische Generalklausel nach französischem Vorbild vorgesehen habe. Die nachträgliche Einführung der ‹zweigliedrigen Konzeption›, die sich an die deutsche Ordnung anlehnt, sei historisch daher nicht zu begründen[1385]. *Zweitens* wird die Unterscheidung zwischen reinen Vermögensschäden und absolut geschützten Rechtsgütern in Frage gestellt, weil sie sachlich nicht gerechtfertigt sei[1386]. *Drittens* wird der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie entgegengehalten, dass sie eine ‹Flucht ins (Quasi-)Vertragsrecht› zur Folge habe, wie wohl mit dem Deliktsrecht ein geeigneteres Regime 713

[1380] Vgl. für H. vorne, Rn. 254.1; ferner bspw. SCHÖNENBERGER, HAVE 2004, 3 m.w.H.; auch die von CARTIER vertretene ‹Interessenstheorie› (vgl. DERS., Rn. 334 ff.) lässt sich hier einordnen.

[1381] Vgl. zum Ganzen bspw. die Darstellung von LOSER-KROGH, ZSR 2003 II, 141 f. Dazu, dass die sog. ‹dritte Widerrechtlichkeitstheorie› keine Schutznormverletzung voraussetzt, (in der Sache) auch VERDE, Straftatbestände, Rn. 360 m.w.H.

[1382] Vgl. für H. vorwiegend aus der älteren Literatur VERDE, Widerrechtlichkeit, Rn. 13; ein weiterer wichtiger Vertreter ist SIMONIUS (vgl. die H. bei FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, Fn. 671 [104]).

[1383] Vgl. FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, Rn. 283 m.H.

[1384] Für weitere Argumente vgl. CARTIER, Rn. 237 ff.

[1385] Grundlegend insofern SCHWENZER, Symposium Schlechtriem, 60 ff. Damit im Zusammenhang steht das Wortlautargument (vgl. insofern CARTIER, Rn. 237).

[1386] Vgl. bspw. CARTIER, Rn. 238 m.H.

verfüglich sei[1387]. Im Hintergrund steht dabei die angeblich unzureichende gesetzliche Regelungsdichte, die zu *«unhaltbaren Schutz- oder Haftungslücken»* führe[1388].

714 Im Rahmen vorliegender Studie wird an der ständigen höchstrichterlichen Praxis festgehalten; schon nur weil sie zu *tragfähigen Ergebnissen* führt, sobald man sich vor Augen hält, dass die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschädigungen in den Fällen, in denen eine ‹Flucht ins (Quasi-)Vertragsrecht› angetreten wird, oftmals auf materialen Gerechtigkeitsüberlegungen beruht, falls gemäss einer konsequenten Anwendung des Vertrauensprinzips nicht bereits eine vertragliche Bindung vorliegt[1389]. Entsprechend besteht in einer freiheitlichen Ordnung, wie sie (unter anderem) das schweizerische allgemeine Deliktsrecht verwirklicht[1390], *kein Bedürfnis,* in diesen Fällen auf eine Ersatzpflicht des Schädigers zu erkennen; es handelt sich dabei allenfalls um ein *rechtspolitisches Postulat*. Das gilt umso mehr, als mit Art. 41 Abs. 2 OR eine systemkonforme ‹Ausweichsklausel› zur Verfügung steht[1391]. Der eben erwähnte dritte Kritikpunkt zielt nach meinem Dafürhalten folglich ins Leere.

In konsequenter Weise kann es dem schweizerischen Deliktsrecht im Übrigen auch nicht darum gehen, als ‹Mittel der Effektivierung der Durchsetzung der jeweiligen Bezugsnorm› zu dienen, wie dies in Deutschland im Hinblick auf ‹wirtschaftsrechtliche Normen›[1392] bisweilen gefordert wird (grundlegend von BUXBAUM[1393]). Die damit einhergehende Beförderung gesamtwohlfahrtschaftlicher Kriterien – z.B. funktionierender Märkte –, ist mit einer freiheitlichen (allgemeinen Delikts-)Rechtsordnung gleichermassen unvereinbar wie die Beförderung materialer Gerechtigkeitsüberlegungen[1394].

1387 Vgl. bspw. GAUCH/SWEET, Fn. 137 (S. 139) m.H.; STÖCKLI, FS Riklin, 239; in der Sache ferner SCHWENZER, OR AT, Rn. 52.03. Die Wendung ‹Flucht ins Vertragsrecht› wird in der Schweiz bspw. von ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Rn. 16, verwendet.

1388 Vgl. bspw. CARTIER, Rn. 198 ff. m.H. (das Zitat entstammt Rn. 198).

1389 Vgl. insofern insb. die Ausführungen zur Begründung von Nebenpflichten aufgrund Art. 2 Abs. 1 ZGB sowie zur Vertrauenshaftung vorne, 2. Teil / 2. Kapitel / III. / 2. / B. / b. und IV. / 2. Die Fälle, in denen von einer (angeblichen) Haftungslücke ausgegangen wird, sind weitgehend jene, in denen alternativ eine Vertrauenshaftung zum Tragen kommen soll (vgl. in der Sache bspw. SCHWENZER, OR AT, Rn. 52.03).

1390 Vgl. vorne, Rn. 411 m.H.

1391 Vgl. vorne, nach Rn. 416 m.H.

1392 In der Sache spricht BUXBAUM, *passim,* das Wirtschaftsverwaltungsrecht an.

1393 Vgl. DERS., *passim;* vgl. auch BRÜGGEMEIER, Deliktsrecht, Rn. 802. Im Übrigen überrascht kaum, dass BUXBAUM seine Überlegungen durch einen Vergleich mit dem amerikanischen Recht untermauert (vgl. DERS., a.a.O.), werden diese dort doch durch die präventive Funktion des Haftpflichtrechts begünstigt, derweil diese Funktion im schweizerischen Haftpflichtrecht nicht im Zentrum steht (vgl. vorne, Fn. 671).

1394 Vgl. vorne, Rn. 407 f.

Die beiden ersten Kritikpunkte berühren wir zum einen im nachfolgenden historischen Abriss und zum andern vor allem in jenem Unterkapitel, in dem wir den Gehalt des Verweises im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses gemäss Art. 41 Abs. 1 OR analysieren werden (vgl. 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 2.). 715

Historisch lehnte sich das *aOR* gemäss der Botschaft ausdrücklich an die französische deliktsrechtliche Generalklausel an[1395]. Danach erfordert die Begründung einer Haftung eine sog. *faute* sowie einen Schaden und einen Kausalzusammenhang. Die erste Voraussetzung kommt einer durch den Richter zu bestimmenden Sorgfaltspflichtverletzung nahe[1396]. In Abweichung davon wurde allerdings bereits in der ursprünglichen Fassung ein Widerrechtlichkeitserfordernis stipuliert[1397], und auch in der Entstehungsgeschichte lassen sich Momente finden, die gegen eine vollumfängliche Übernahme der französischen Regelung sprechen[1398]. Diese Ambivalenz dürfte auch darauf zurückzuführen sein, dass es galt, die Regelungen aus den verschiedenen Kantonen miteinander in Einklang zu bringen, die insbesondere entweder der deutschen Tradition, die ein objektives Widerrechtlichkeitsverständnis bevorzugte[1399], oder eben der französischen Tradition verhaftet waren[1400]. 716

Alsdann folgte die *Bundesgerichtspraxis* für kurze Zeit der sog. ‹subjektiven Widerrechtlichkeitstheorie›[1401], wobei insbesondere der französische Wortlaut von Art. 50 aOR Halt dazu bot[1402]. Bereits im Jahr 1896 schwenkte sie jedoch auf die objektive 717

1395 Vgl. Botschaft aOR, 185; ferner IMMENHAUSER, Fn. 1479 (S. 374); sowie STÖCKLI, FS Riklin, 240. Den Darstellungen (vgl. 368 ff.) von IMMENHAUSER wird nachfolgend bis zu einem gewissen Grad gefolgt.

1396 Vgl. nur ZWEIGERT/KÖTZ, 622 f. m.H.

1397 Vgl. BUCHER, Einfluss, 162; LOSER-KROGH, ZSR 2003 II, 146.

1398 Vgl. insb. den bspw. von STÖCKLI, FS Riklin, Fn. 54 (S. 240), zit. H. in der Botschaft (=Botschaft aOR, 185); sowie den H. von IMMENHAUSER betr. die Auffassung des wichtigsten Redaktors MUNZIGER, wonach dieser dem sog. Dresdener Entwurf und dem Zürcher PBG anhing, die ihrerseits von einem objektiven Widerrechtlichkeitsverständnis geprägt waren (vgl. IMMENHAUSER, Fn. 1489 [376]; zu den einschlägigen Regelungen der beiden Gesetze, vgl. bspw. BUCHER, Einfluss, 162).

1399 Vgl. BUCHER, Einfluss, 162.

1400 Der entsprechende ‹Kompromisscharakter des Gesetzes› in Bezug auf ‹deutsche› und ‹welsche› Anschauungen wird im Allgemeinen bspw. auch von OSER, ZHR 1912, 64, betont.

1401 Vgl. dazu eben vorne, nach Rn. 712.

1402 Er lautete: *«Quiconque cause sans droit un dommage à autrui, soit à dessein, soit par négligence ou par imprudence, est tenu de le réparer»* (Hervorhebung MK). Daraus wurde abgeleitet, dass eine Rechtfertigung durch den Schädiger erforderlich sei, wenn er sich

Widerrechtlichkeitstheorie um: *«Wenn auch Kläger durch eine Handlung der Beklagten tatsächlich benachteiligt, und dieser Nachteil mit Willen der Beklagten bewirkt worden ist, so sind dieselben doch nur dann zum Schadenersatz verpflichtet, wenn ihre Handlungsweise eine rechtlich unerlaubte war. War dagegen das von ihnen zur Durchführung des Konkurrenzkampfes gewählte Mittel ein solches, das weder gegen ein Gebot der allgemeinen Rechtsordnung verstieß, noch ein individuelles Privatrecht des Klägers verletzte, so kann der Kläger ihrem Vorgehen nicht auf dem Wege der Rechtsverfolgung entgegentreten. Denn nicht gegen jede Schädigung, die im gegenseitigen Interessenkampf zugefügt wird, besteht ein Rechtsschutz, sondern nur gegen diejenigen, welche durch eine Verletzung entweder der allgemeinen Rechtsordnung, oder eines individuellen Rechtes bewirkt wird»*[1403]. In seiner Praxis hat das Bundesgericht dabei auf der Grundlage von Art. 50 aOR (heute Art. 41 Abs. 1 OR) freilich auch bei reinen Vermögensschädigungen durchaus Gebote entwickelt, die einer gesetzlichen Grundlage entbehrten, so im Zusammenhang mit Boykotten und unlauterem Wettbewerb[1404] sowie absichtlichen Vermögensschädigungen[1405].

718 Die *Revision im Jahr 1911* brachte folgende einschlägige Änderungen mit sich:

718.1 Zunächst wurde der französische Wortlaut korrigiert[1406], so dass der subjektiven Widerrechtlichkeitstheorie endgültig der Boden entzogen wurde[1407].

718.2 Sodann wurde Art. 41 Abs. 2 OR betreffend die Haftung für sittenwidrige, absichtliche Schädigungen eingeführt. Dies erfolgte in ausdrücklicher Anlehnung an den nunmehr in Deutschland erlassenen § 826 BGB[1408]. Darin lässt sich eine Bestätigung sehen, dass dem Grundtatbestand *kein* Generalklauselcharakter zukommen soll; andernfalls wäre dessen Einführung kaum erforderlich gewesen, zumal sich sittenwidrige, absichtliche Schädigungen anhand einer Generalklausel ohne weiteres erfassen lassen[1409].

---

aufgrund des Widerrechtlichkeitserfordernisses von der Haftung entsagen will (vgl. dazu einlässlich ERNST, 17 ff.).

1403 BGE 22 I 175, E. 6; vgl. ferner IMMENHAUSER, 375 f. m.H.

1404 Vgl. insb. ERNST, 42 ff.

1405 Vgl. die H. bei LOSER-KROGH, ZSR 2003 II, 147.

1406 Nämlich hin zu jenem des heutigen Art. 41 Abs. 1 OR: *«Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer»* (Hervorhebung MK).

1407 Vgl. IMMENHAUSER, Fn. 1492 (S. 376) m.H.; LOSER-KROGH, ZSR 2003 II, 146 f. m.H.; zurückhaltender allerdings GABRIEL, Rn. 580 ff.

1408 Vgl. Botschaft OR, 14.

1409 Vgl. auch IMMENHAUSER, 386 m.H.; LOSER-KROGH, ZSR 2003 II, 147.

Schliesslich wurde mit Art. 48 aOR (der später durch das UWG ersetzt wurde) eine besondere Haftungsgrundlage für Delikte wegen unlauterem Wettbewerb geschaffen[1410]. Darin kann ebenfalls eine entsprechende Bestätigung gesehen werden. Das zeigt sich insbesondere darin, dass sich die Praxis des Bundesgerichts im Anwendungsbereich des Obligationenrechts von 1881 noch an die französische Gerichtspraxis anlehnte, die ihrerseits aus der französischen Generalklausel heraus eine Haftpflicht bei sog. *‹concurrence déloyale›* entwickelte[1411]. 718.3

Auch im Anschluss daran hat die *Bundesgerichtspraxis,* gestützt auf das Widerrechtlichkeitserfordernis, auch im Fall reiner Vermögensschädigungen weiterhin Verhaltensgebote entwickelt, die *nicht* gesetzlich vorgegeben sind. Das gilt bis zum Inkrafttreten des KG für die sog. ‹Boykottrechtsprechung›[1412] und insbesondere für die sog. Haftung für Rat und Auskunft. In diesem Zusammenhang wird in BGE 57 II 81, bei dem es sich um den in der Sache grundlegenden Entscheid handelt[1413], Folgendes festgehalten: *«Allerdings ist eine* [..] *Wahrheitpflicht nirgends gesetzlich festgelegt. Allein es muss im Interesse eines geordneten Rechtslebens als ein Gebot der allgemeinen Rechtsordnung erachtet werden, dass derjenige, der über Verhältnisse befragt wird, in die dieser kraft seiner Stellung besonderen Einblick besitzt (wenn er sich überhaupt auf eine Antwort einlassen will), wahrheitsgetreue Auskunft zu geben hat, sofern für ihn erkennbar ist, dass diese für den Fragesteller voraussichtlich folgenschwere Bedeutung hat bezw. haben kann. Er darf nicht absichtlich falsche Tatsachen behaupten oder leichtfertig Angaben machen, deren Unrichtigkeit bezw. Ungenauigkeit ihm ohne lange Prüfung in die Augen springen muss»*[1414]. Dieses Verhaltensgebot wird heute in der Doktrin regelmässig als Beispiel für eine ‹ungeschriebene Rechtsnorm› im Sinn der eingangs zitierten höchstrichterlichen Formel eingeordnet[1415]. 719

Schliesslich wurde in der höchstrichterlichen Praxis (spätestens) in den 1980er Jahren unmissverständlich das *‹zweigliedrige Konzept›* festgehalten[1416]. Grossen Einfluss zugestanden wird dabei einem Aufsatz von HANS MERZ (bereits) aus dem Jahr 1955, der weitgehend eine Übernahme der deutschen Regelung postuliert, welche die 720

1410 Vgl. zum Wortlaut vorne, Fn. 765.

1411 Vgl. ERNST, 42 ff., insb. 43 m.H.

1412 Vgl. zuletzt BGE 86 II 365, E. 4 m.H. auf weitere Entscheide in E. 4a *in fine*.

1413 Vgl. JAUN, Fn. 452 (S. 485); für H. auf weitere Entscheide vgl. VERDE, Straftatbestände, Rn. 416.

1414 Vgl. E. 2.

1415 Vgl. bspw. BREHM, BK, Art. 41 OR, Rn. 48 ff.; VERDE, Straftatbestände, Rn. 324.

1416 Vgl. 108 II 305, E. 2b; vgl. für weitere H. VERDE, Straftatbestände, Rn. 324.

Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter grundsätzlich *per se* als rechtswidrig einordnet, derweil sie reine Vermögensschäden nur im Fall von Schutznormen (§ 823 Abs. 2 BGB) oder einer sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB) für ersatzfähig hält[1417].

721 *In der Summe* steht, dass historisch *nicht* von einer Generalklausel ausgegangen werden kann, die im Sinn des französischen Vorbilds dem Richter weitgehenden Freiraum lässt, wenn es gilt, das Widerrechtlichkeitserfordernis mit Inhalt zu füllen. Steht die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden in Frage, ist grundsätzlich eine *Schutznorm* erforderlich, die sich mit den Worten des Bundesgerichts ‹aus der gesamten schweizerischen Rechtsordnung› ergeben kann (also auch aus dem öffentlichen Recht). Insofern zielt auch der zweite der vorne erwähnten Kritikpunkte ins Leere.

722 Indem auch ‹ungeschriebene Normen› als Schutznormen daher kommen können sollen, räumt Art. 41 Abs. 1 OR dem Richter allerdings *wiederum ein gewisses Ermessen* ein, von dem er – wie dargestellt – auch immer wieder Gebrauch gemacht hat.

Dass der *historische Gesetzgeber* insbesondere im Rahmen der Revision aus dem Jahr 1911 ausschliesslich einem von den einschlägigen Vertretern so genannten ‹heteronomen Widerrechtlichkeitsverständnis› gefolgt ist (und mithin den Richter ausschliesslich auf die Möglichkeit zur richterlichen Rechtsfortbildung im Sinn von Art. 1 Abs. 2 ZGB verweist)[1418], erscheint im Übrigen als *fraglich*. Wie wohl hier keine abschliessende historische Analyse geleistet werden kann, ist wohl plausibler, dass sich gestützt auf die Gesetzgebungsgeschichte insofern *kein eindeutiges Ergebnis* erzielen lässt. Wie dargelegt, sprach sich die ursprüngliche Fassung des OR tendenziell für eine Generalklausel nach französischem Vorbild aus oder war zumindest ambivalent. Im Rahmen der Revision wurde alsdann im haftungsrechtlichen Grundtatbestand allein der französische Wortlaut geändert[1419]. Für eine Institutionalisierung eines ‹heteronomen Widerrechtlichkeitsverständnisses› genügt dies wohl nicht, zumal materielle Änderungen des OR nicht den Fokus der Revision bildeten[1420].

1417 Vgl. ZBJV 1955, *passim;* den Einfluss des Aufsatzes von MERZ betonen bspw. IMMENHAUSER (Fn. 1549 [389]) oder FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, Rn. 279, wobei er seinerseits unter anderem dadurch zu Stande gekommen sein dürfte, dass OFTINGER/STARK sich in ihrem Standardwerk der Auffassung ausdrücklich anschliessen, vgl. Bd. I, § 4, Rn. 32.

1418 Dahingehend insb. LOSER-KROGH, ZSR 2003 II, 144 ff.

1419 (Allein) diese Änderung betont in vorliegendem Zusammenhang bspw. auch STÖCKLI, FS Riklin, 231.

1420 Vgl. vorne, Rn. 411.2 m.H. Das wurde wohlgemerkt gerade im Zusammenhang mit dem zwischenzeitlich erlassenen BGB betont (vgl. IMMENHAUSER, 384 m.H.), demgemäss an-

Um dieses richterliche Ermessen kanalisieren zu können (und letztlich auch zu bestimmen, ob es als gerechtfertigt erscheint), bietet es sich meines Erachtens an, nunmehr den Verweis auf Schutznormen im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses näher zu beleuchten, vorab im Hinblick auf dessen Teleologie. Der ‹Charakter› dieses Verweises, der (unter anderem) auf die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen zielt, ist alsdann insbesondere auch zur Bestimmung der Modalitäten, unter denen diese in den Haftungstatbestand von Art. 41 Abs. 1 OR Eingang finden, von hervorragender Bedeutung. 723

II. Der Verweis im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses gemäss Art. 41 Abs. 1 OR

1. Vorbemerkungen

Das in Art. 41 Abs. 1 OR enthaltene Erfordernis der ‹Widerrechtlichkeit› *«ist vorerst nicht mehr als ein inhaltsleerer Begriff, den es näher zu konkretisieren gilt»*[1421]. Ständige Praxis und vorherrschende Lehre haben sich im Zusammenhang mit der Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden dafür entschieden, das Erfordernis dahingehend zu konkretisieren, dass eine *Schutznorm* in Bezug genommen werden können müsse, die ihrerseits der ‹gesamten schweizerischen Rechtsordnung› entstammen kann. Um das Element der Widerrechtlichkeit zu begründen, erfolgt mit anderen Worten grundsätzlich ein Verweis auf Vorschriften, die *nicht* dem Deliktsrecht selbst entstammen[1422]. Gemäss Nomenklatur der Stufenbaulehre liegt folglich eine **Verweisungsnorm auf Gesetzesstufe** vor. In der deutschen Doktrin wird § 823 Abs. 2 BGB, an den sich die Regelung der Haftung für reine Vermögensschädigungen ge- 724

stelle einer Generalklausel nach französischem Vorbild das heteronome Widerrechtlichkeitsverständnis ausdrücklich festgehalten wird, i.Zh.m. reinen Vermögensschäden in § 823 Abs. 2 BGB (vgl. nur die knappe Darstellung bei STÖCKLI, FS Riklin, 231 f. m.H.). Konkret wurde im Rahmen der Revision von 1911 auf das BGB dann allein im Zusammenhang mit der Einführung von Art. 41 Abs. 2 OR Bezug genommen (vgl. eben vorne, Rn. 720).

1421 So JAUN, 391 m.H. (Hervorhebung im Original); vgl. auch MERZ, ZBJV 1955, 306 m.H.

1422 Vgl. bspw. auch bereits BGE 30 II 567, E. 3b; ferner die H. bei HEIERLI, Rn. 535; sowie LOSER-KROGH, ZSR 2003 II, 142; VERDE; Straftatbestände, Rn. 358 m.w.H.

mäss der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie anlehnt, dementsprechend bisweilen ausdrücklich als ‹Verweisungsnorm› bezeichnet[1423].

725 Wie die rechtstheoretischen Überlegungen im Grundlagenteil ergeben haben, sind die Anforderungen, die eine Norm erfüllen muss, damit deren Übernahme in den Haftungstatbestand gelingt, sodann Bestandteil der Verweisungsnorm[1424]. So verhält es sich meines Erachtens auch hier. Mit anderen Worten sind *die Umstände, denen gemäss eine Vorschrift als Schutznorm qualifiziert* (inkl. der Frage, ob und inwiefern es sich dabei auch um eine ‹ungeschriebene Norm› handeln kann), *in Auslegung von Art. 41 Abs. 1 OR zu bestimmen*[1425]. Eine entsprechende **Bestimmungshoheit des Deliktsrechts** erscheint ferner auch dann als vorzugswürdig, wenn die *Reichweite der Verweisung* in Frage steht (vgl. dazu weiter hinten, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 7.). Die Anforderungen, die bestimmen, ob und inwiefern eine öffentlich-rechtliche Verhaltensnorm als Schutznorm qualifiziert, werden in der Folge demnach aus dem Deliktsrechts heraus gewonnen.

726 Als Beleg dafür, dass wir damit das Richtige treffen, lässt sich an die vorne erwähnte Begebenheit anknüpfen, wonach die Begriffe unterschiedlicher Rechtssysteme zu koordinieren sind[1426]. Dabei werden gemäss der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie Verhaltensnormen der *gesamten schweizerischen Rechtsordnung* in Bezug genommen, also auch des öffentlichen Rechts (inkl. Straf- und Aufsichtsrecht). Dazu kommt, dass nach meinem Dafürhalten im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR auch ein Verweis auf *ausländische Vorschriften* denkbar ist[1427].

727 Eine Koordination gelingt vorliegend, wenn man bei der Formulierung der Anforderungen, die potentielle Schutznormen zu erfüllen haben, auf das (schweizerische) Deliktsrecht abstellt *und* dessen (ausgelegte) Begriffe auch an potentielle Schutznormen herangetragen werden können, die ausserhalb des Delikts- beziehungsweise Privatrechts stehen (gleichsam *rechtssystemunabhängig* sind). Der Begriff der Widerrechtlichkeit für sich eignet dazu nicht; das haben wir bereits dargelegt[1428].

1423 Vgl. für H. vorne, Fn. 205.

1424 Vgl. vorne, Rn. 172 f.

1425 Das steht mit der regelmässig vorfindlichen, allgemeineren Feststellung im Einklang, wonach das Deliktsrecht autonom ist, wenn es darum geht, zu bestimmen, ob und unter welchen Voraussetzungen besonders die Verletzung einer Strafnorm einen Schadenersatzanspruch nach sich zieht, vgl. bspw. auch HIRSCHLE/VON DER CRONE, SZW 2007, insb. 337; für weitere H. vgl. HEIERLI, Rn. 667.

1426 Vgl. dazu und zum Folgenden vorne, insb. Rn. 198 ff.

1427 Vgl. dazu hinten, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 7. / B. / b.

1428 Vgl. vorne, Rn. 197 sowie Rn. 724.

Lehnt man sich an die referenzierten Rechtsgebiete an, gelingt eine Koordination demgegenüber *nicht*. Blickt man auf die Rechtsgebiete, die Gegenstand vorliegender Studie sind, ist zudem Folgendes zu vermerken: 728

Im Strafrecht wird die Widerrechtlichkeit (bzw. Rechtswidrigkeit) eines Verhaltens im Allgemeinen vermutet, falls der objektive und subjektive Tatbestand (nicht aber das Schulderfordernis) gegeben sind. Um die Vermutung zu entkräften, steht dem Täter aber die Anrufung von Rechtfertigungsgründen offen[1429]. Ob ein bestimmtes Tatbestandselement insbesondere noch dem subjektiven Tatbestand oder bereits der Schuld zuzuweisen ist, ist alsdann eine der Kernfragen der sog. Unrechts- beziehungsweise Verbrechenslehre. Diese ist ihrerseits von der Diskussion um die richtige sog. Handlungslehre geprägt[1430]. Dabei ist die Strafrechtsdoktrin bis heute kaum zu endgültigen Ergebnissen gelangt[1431]; vielmehr gibt es kaum eine Verbrechenslehre, *«die mehr sein kann als ein vergänglicher Entwurf»*[1432]. Dass sich der ‹pragmatische›[1433] Zivilrechtsgeber in die Fänge dieser endlosen Auseinandersetzungen geben wollte, denen gemäss *vom Gehalt her dasselbe* Element bisweilen dem Tatbestand und bisweilen dem Schulderfordernis zuzuordnen ist, ist kaum denkbar[1434]. Das gilt umso mehr, wenn etwa das deutsche Strafrecht in Bezug genommen wird. Dass die dort angestellten Überlegungen zu den Voraussetzungen, unter denen von einem widerrechtlichen Verhalten auszugehen ist, im Rahmen des Schweizer Haftungstatbestands Berück- 728.1

[1429] Vgl. nur ETIER/STRÄULI, 50 f.; STRATENWERTH, SR AT I, § 8, Rn. 14; TROXLER, Universalität, Rn. 285 ff.; und für weitere H. VERDE, Straftatbestände, Rn. 202.

[1430] Vgl. nur STRATENWERTH, SR AT I, § 8, Rn. 12.

[1431] In der Schweiz mag hinsichtlich der Diskussion um die Zuordnung von *Vorsatz und Fahrlässigkeit* nach der Revision des allgemeinen Teils des StGB im Sinn der sog. finalen Handlungslehre zwar etwas Ruhe eingekehrt sein (vgl. bspw. HEIERLI, Rn. 686; und ferner die Stellungnahme des Bundesrates in der Botschaft StGB AT, 2000). Ob und inwiefern sich die Verbrechens- und insbesondere die Handlungslehren durch den Gesetzgeber determinieren lassen, erscheint allerdings als nicht gesichert. So beförderte vor der Revision der (ausgelegte) Art. 18 aStGB im Sinn der sog. kausalen Handlungslehre noch die Einordnung von Vorsatz und Fahrlässigkeit unter das Schulderfordernis (vgl. nur ETIER/STRÄULI, 33), ohne dass dies einem Durchbruch der finalen Handlungslehre entgegenstand (vgl. die H. in der Botschaft StGB AT, 2000). Hinsichtlich *anderer subjektiver Elemente* ist die Zuordnung sodann weiterhin unklar (vgl. bspw. VERDE, Straftatbestände, Rn. 186 m.H.).

[1432] So JESCHECK/WEIGEND, 216 f.

[1433] So die Charakterisierung von IMMENHAUSER, insb. 381, 384 und 385.

[1434] A.A. offenbar HEIERLI, Rn. 687; VERDE, Straftatbestände, Rn. 193.

sichtigung finden sollen, lässt sich nach meinem Dafürhalten nicht ernsthaft vertreten.

728.2 Im Rahmen der Tatbestände, an die *aufsichtsrechtliche* Sanktionen anschliessen, wird sodann in erster Linie an eine (allenfalls) qualifizierte ‹Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften› angeknüpft (vgl. Art. 31 ff. FINMAG). Von Widerrechtlichkeit ist dabei nicht die Rede. Auch im Allgemeinen spielt die Rubrik, wenn es um die Voraussetzungen verwaltungsrechtlicher Sanktionen geht, meines Wissens keine entscheidende Rolle[1435]. Würde das Zivilrecht also tatsächlich auf die Notion der Widerrechtlichkeit gemäss dem Verständnis des referenzierten Rechtsgebiets verweisen, besteht das Risiko, auf dem Gebiet des Aufsichtsrechts ins Leere zu zielen.

729 Dass die Bestimmungshoheit darüber, ob und inwiefern von einer Schutznorm ausgegangen werden kann, dem (Schweizer) Deliktsrecht zukommen muss, ergibt sich weiter daraus, dass – sobald man über den einzelnen Anwendungsfall hinausblickt – *einheitliche Kriterien* überhaupt nur diesfalls möglich sind. Beispielsweise lässt sich nur so bestimmen, ob ein subjektiver Fahrlässigkeitsmassstab, so er im referenzierten Rechtsgebiet denn vorgesehen ist, auch im Deliktsrecht Berücksichtigung finden soll. Würde man demgegenüber auf die Begrifflichkeiten des referenzierten Rechtsgebiets abstellen, könnte man womöglich etwa zum Schluss kommen, dass im Strafrecht ein subjektiv fahrlässiges Verhalten zur Begründung der Widerrechtlichkeit erforderlich ist, derweil dies im Aufsichtsrecht nicht der Fall ist, selbst wenn dort (ebenfalls) ein subjektiv fahrlässiges Verhalten vorausgesetzt würde[1435A]. Eine derart uneinheitliche Behandlung der verschiedenen Normensysteme, die Schutznormen zur Verfügung stellen, ist dem schweizerischen Deliktsrecht kaum angemessen.

730 Wenn es im nächsten Unterkapitel demnach den Gehalt der Verweisung im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR näher zu bestimmen gilt, hilft der *Begriff* der Widerrechtlichkeit – wie eingangs erwähnt – nicht weiter. Damit gewinnt das sog. ‹teleologische Element› an besonderem Gewicht, so dass wir uns nachfolgend der *Funktion* des Widerrechtlichkeitserfordernisses widmen. Dabei wird sich insbesondere im Licht unserer kollisionsrechtlichen Ausführungen zeigen,

---

[1435] Die Voraussetzungen, die gegeben sein müssen, damit verwaltungsrechtliche Sanktionen ausgesprochen werden können, sind unterschiedlich, je nachdem welche Art von verwaltungsrechtlichen Sanktionen in Frage steht. Die Sanktionen, die verhaltensbestimmende Wirkung haben und folglich Schutznormen auszeichnen (vgl. hinten, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 4. / A. / b.), setzen unter anderem die Verletzung einer verwaltungsrechtlichen Pflicht voraus. Mit der Rubrik der Widerrechtlichkeit wird dabei (aber auch in anderem Zusammenhang) meines Wissens freilich nicht operiert.

[1435A] Vgl. dazu hinten, Rn. 925 m.H.

dass der Verweisung so auch ein rechtssystemunabhängiger Gehalt zugedacht werden kann. Das ‹Erfordernis der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung›, das wir nachfolgend einführen, beruht gleichsam auf dem Grundlagenteil, namentlich der Unterscheidung zwischen verhaltensbestimmenden und übrigen Haftungselementen, die sich deskriptiv und mithin rechtssystemunabhängig erfassen lässt (vgl. vorne 1. Teil / 2. Kapitel / III. / 11.).

Schliesslich sei Folgendes klargestellt: Nachstehend verweisen wir zu Illustrationszwecken nicht selten auf öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen, die gewisse Eigenschaften aufweisen, die gemäss unseren Überlegungen aus der Warte des Deliktsrechts potentiell einschlägig sein könnten. Damit geht *nicht* einher, dass diese Vorschriften stets *sämtliche* Voraussetzungen erfüllen, um als Schutznormen zu qualifizieren. 731

2. Charakterisierung des Verweisungsgehalts

Wie wir bereits aufgezeigt haben, sind reine Vermögensschädigungen in einer freiheitlichen Rechtsordnung wie der schweizerischen *grundsätzlich erlaubt*. Auf diese Prämisse wird gerade in der Haftpflichtrechtsdoktrin regelmässig hingewiesen[1436]. Hier setzt die **Funktion des Widerrechtlichkeitserfordernisses** an, welche für die Charakterisierung des Gehalts des Verweises auf Schutznormen im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR nach meinem Dafürhalten von zentraler Bedeutung ist. 732

Insbesondere im Bereich der Haftung für reine Vermögensschäden[1437] zielt das Widerrechtlichkeitserfordernis nämlich auf eine *Haftungsbegrenzung* ab. Diese Funktion wird vorab in der Doktrin festgehalten[1438]. Unter Zugrundelegung eines Verständnisses des Prinzips *neminem laedere* (das wohlgemerkt nicht jenem der Stoa entspricht, sondern ein allgemeines Verbot schuldhafter Schädigungen meint[1439]) ist dabei bisweilen davon die Rede, dass *«das bekannte «neminem laedere»* [..] *als* 733

1436 Vgl. für H. vorne, Rn. 746.2; vgl. ferner HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 4, Rn. 20 m.w.H.; ROBERTO, Haftpflichtrecht, 04.111 ff.

1437 Vgl. REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Rn. 710.

1438 Vgl. FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, Rn. 273 m.w.H.; HEIERLI, Rn. 528 m.w.H.; OFTINGER/STARK, Bd. I, § 4, Rn. 3 ff.; REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Rn. 666 und 710; VERDE, Straftatbestände, Rn. 287 m.w.H.; krit. (allerdings ohne Rücksicht auf die Partikularitäten reiner Vermögensschädigungen) MÜLLER, CHK, Art. 41 OR, Rn. 42.

1439 Vgl. dazu vorne, Rn. 385 f. m.H.

«neminem illicite laedere»» zu verstehen ist[1440]. In der höchstrichterlichen Praxis wird die Funktion sodann ebenfalls zum Ausdruck gebracht[1441].

734 Die Funktions*weise* lässt sich alsdann unter Rückgriff auf das kantische allgemeine Rechtsgesetz darstellen[1442]. Das bietet sich durchaus an, nachdem dessen Regelungsgegenstand, *scil*. die Abgrenzung der Freiheitsphären gleicher Rechtssubjekte, in der Doktrin ab und an gleichsam als Aufgabe des schweizerischen Haftpflichtrechts angesehen wird[1443].

734.1 Indem zur Begründung der Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden die Verletzung einer Schutznorm vorausgesetzt wird, wird ausserhalb des davon erfassten Verhaltens dem Einzelnen ein Rechtskreis zugesichert, *«in dem er sich frei entfalten und seine Interessen verfolgen kann»*[1444]. In diesem Rahmen ist es ihm im Wirtschaftsverkehr zulässig, im horizontalen und/oder vertikalen Wettbewerb andere zu schädigen[1445].

734.2 Umgekehrt findet der entsprechende Rechtskreis in den Schutznormen dann aber auch seine Grenze und es beginnt der Rechtskreis desjenigen, dessen Interessen die Schutznorm schützt[1446]. Wird dieser im Wirtschaftsverkehr zum Opfer eines Verhaltens, das einer Schutznorm widerspricht, eröffnet ihm das Haftpflichtrecht entsprechend grundsätzlich die Möglichkeit, denjenigen, der das fragliche Verhalten an den Tag gelegt hat, für einen etwaig entstandenen, reinen Vermögensschaden zu belangen[1447].

735 Die haftungsbegrenzende Funktionsweise des Widerrechtlichkeitserfordernisses lässt sich demnach **im Sinn eines Zwischenfazits** dahingehend fassen, dass die Handlungsfreiheit des (potentiellen) Schädigers insofern gewahrt wird, als sein Verhalten nur dann Haftungsfolgen nach sich zieht, wenn es bereits Regelungsgegenstand von

---

1440 So KELLER, Haftpflicht im Privatrecht I, 106.

1441 Vgl. insb. BGE 133 III 323, E. 5.2.3 (vgl. dazu auch noch hinten, Rn. 746.1) und ferner BGE 87 II 40, E. 3c (vgl. dazu auch noch sogl., bei Fn. 1445 und 1447).

1442 Vgl. in der Sache auch OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16, Rn. 67.

1443 Vgl. vorne, Rn. 432 m.H.

1444 So JAUN, 481, wenn auch nicht nur zur Bedeutung des Widerrechtlichkeitserfordernisses für den Fall reiner Vermögensschädigungen; vgl. ferner bspw. STÖCKLI, FS Riklin, insb. 228 f. und öfters; oder auch bereits MERZ, ZBJV 1955, insb. 324 f. und öfters.

1445 Vgl. auch BGE 87 II 40, E. 3c.

1446 So der deutsche BGB-Gesetzgeber (vgl. die bei BISTRITZKI, Rn. 36 m.H., angeführte Stelle; dabei handelt es sich wohlgemerkt um jene Stelle, die auch FELLMANN/KOTTMANN zitieren, vgl. dazu vorne, Rn. 432).

1447 Vgl. auch BGE 87 II 40, E. 3c.

Schutznormen ausserhalb des Deliktsrechts (bzw. zumindest des deliktischen Grundtatbestands von Art. 41 Abs. 1 OR) ist[1448]. Dem durchaus entsprechend wird in der Literatur bisweilen festgehalten, dass reine Vermögensschädigungen im Wirtschaftswettbewerb dann nicht erlaubt sind, wenn ein Verstoss gegen eine Verhaltensvorschrift der Rechtsordnung vorliegt, die ihrerseits Vermögensschädigungen zwar nicht als solche verpönt, sondern nur falls sie *«auf eine zu beanstandende Art und Weise»* erfolgen[1449].

Weitergehende Präzisierungen zur haftungsbegrenzenden Funktion des Widerrechtlichkeitserfordernisses finden sich in der schweizerischen Literatur meines Wissens nicht. In der deutschen Doktrin wird im Allgemeinen immerhin festgehalten, dass sich eine Haftungsbegrenzung nur über die Bestimmung der Voraussetzungen erreichen lässt, denen gemäss es sich bei einer Vorschrift überhaupt um eine Schutznorm handelt[1450]. Dem ist zuzustimmen, wobei das Erfordernis, wonach eine Schutznorm den Schutz individueller Vermögensinteressen zu bezwecken hat, einstweilen aussen vor gelassen wird. 736

Um die übrigen Voraussetzungen zu erfassen, lassen sich nach meinem Dafürhalten insbesondere *zwei alternative Wege* beschreiten: 737

Eine Haftungsbegrenzung lässt sich zum einen bereits dadurch erreichen, dass nicht jedes vermögensschädigende Verhalten verboten wird, sondern nur ein aufgrund einer Schutznorm *objektiv gebotenes Verhalten*. 737.1

Weitergehend kann nicht nur an die objektive Verhaltensregelung, sondern gleichsam an die *‹Vorbestimmung› des Verhaltens* durch die Schutznorm angeknüpft werden. 737.2

Im ersten Fall wird die *potentielle* Handlungsfreiheit der Rechtsunterworfenen gesichert, zumal sich diese an den objektiven Verhaltensvorgaben der Schutznormen orientieren können[1451]. Dies gilt auch dann noch, wenn das durch die Schutznormen 738

1448 Vgl. zum deutschen Recht bspw. auch SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 54 f.

1449 So A. KOLLER, in: Guhl, § 24, Rn. 5; vgl. auch MERZ, ZBJV 1955, 312. Vgl. insofern auch noch die Praxis zum Staatshaftungsrecht, wonach Vermögensschädigungen mangels einer Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter nur dann rechtswidrig sind, wenn sie *«auf ein Verhalten zurückgehen, das von der Rechtsordnung als solches, d.h. unabhängig von seiner Wirkung auf das Vermögen, verpönt wird»* (Hervorhebung MK). *Leading case* ist BGE 116 Ib 193, E. 2a wohlgemerkt m.H. auf OFTINGER/STARK, Bd. II/1, Rn. 43 und 94 f. (vgl. ferner DIES., a.a.O., Rn. 100); dem Entscheid entstammt alsdann auch das Zitat. Vgl. kürzlich ferner bspw. Entscheid 2C_1059/2014 vom 25. Mai 2016, E. 6.2 m.H.; sowie für weitere H. VERDE, Straftatbestände, Rn. 324.

1450 Vgl. (zum deutschen Recht) BRÜGGEMEIER, Deliktsrecht, Rn. 825.

1451 Vgl. CANARIS, FS Larenz, 37; und im Ergebnis wohl auch JAUN, 478 und 481 f.

gebotene objektive Verhalten *speziell* im Hinblick auf die ausservertragliche Haftung zu beachten ist (bspw. weil ausserhalb des Privatrechts nur vorsätzliches Verhalten sanktioniert wird). So erlaubt insbesondere auch noch der deliktsrechtliche, objektive Fahrlässigkeitsmassstab ein selbstverantwortliches Handeln[1452]. Im zweiten Fall wird dagegen nicht auf die potentielle, sondern auf die (wenn auch ihrerseits rechtlich bedingte) *‹tatsächliche›* Handlungsfreiheit der Rechtsunterworfenen abgezielt.

739 Im Sinn des kantischen allgemeinen Rechtsgesetzes wird hier mit anderen Worten auf eine *vorbestehende* Abgrenzung der Freiheitsphären des Schädigers und – infolgedessen – des Geschädigten abgestellt. Wird demgegenüber allein das durch die Schutznormen gebotene objektive Verhalten in Bezug genommen, erfolgt je nachdem eine *durch das Deliktsrecht modifizierte* Abgrenzung, welche die ‹tatsächliche› Handlungsfreiheit des Schädigers zusätzlich einschränkt[1453]. Das zeigt sich in ganz klarer Weise etwa dann, wenn ein objektives Verhaltensgebot der ‹schweizerischen Rechtsordnung›[1454] in Frage steht, das gemäss seinem *genuinen* räumlichen Anwendungsbereich gar nicht anwendbar ist und insofern ausserhalb des Privatrechts die Handlungsfreiheit des Schädigers nicht einschränken würde.

740 Die beiden Wege lassen sich ferner *rechtstheoretisch* einordnen. Indem zum einen zur Haftungsbegrenzung auf die objektiven Verhaltensanforderungen der Schutznorm abgestellt wird, wird letztlich dem *formellen Gehalt einer Verweisungsnorm* Nachachtung verschafft. Der Verweis im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses zielt auf die Pflichtwidrigkeit, die sich – wie im Grundlagenteil dargestellt – im Prinzip von den anderen Haftungselementen loslösen lässt. Der der Verweisungsnorm zu Grunde liegende Tatbestand wird damit *vervollständigt*[1455]. Im Gegensatz dazu stellt der Ansatz, der auf die Vorbestimmung des Verhaltens durch die Schutznorm abstellt, im Grundsatz auf die in der Rechtstheorie ebenfalls vorgeschlagene *Bestimmungsfunktion der Verhaltensnormen* ab[1456].

1452 Vgl. aus der Schweizer Doktrin insb. JAUN, 203 ff., 235 ff.; 253 f.

1453 Vgl. – zum deutschen Recht – auch SCHWITANSKI, 303 f., auch 307 und öfters.

1454 So der vom Bundesgericht regelmässig verwendete Textbaustein (für H. vgl. vorne, Rn. 708); vgl. dazu auch noch hinten, Rn. 894.1.

1455 Damit ist insgesamt der Ausgangspunkt der Überlegungen bspw. von KAROLLUS zum österreichischen Recht beschrieben (vgl. insb. 145, sowie die in hinten, Fn. 1496, zit. Stelle). In der Schweizer Literatur wird das entsprechende Vorgehen bspw. durch CHAPPUIS, SJ 2000 II, 308, beschrieben.

1456 Vgl. dazu vorne, 1. Teil / 2. Kapitel / III. / 11. Im Übrigen trifft HEIERLI im Zusammenhang mit der Geldwäschereistrafnorm eine ähnliche Unterscheidung wie die vorne stehende, wenn gleich er nicht sämtliche verhaltensbestimmenden Elemente der Verhaltensnorm, sondern nur das Vorsatzerfordernis im Auge hat (vgl. Rn. 680 f.).

Im Folgenden stellt sich nunmehr die Frage welcher dieser beiden Ansätze dem *Schweizer Rechtsbestand* besser entspricht. Dabei berücksichtigen wir zunächst einige Gründe, welche die Literatur zu Gunsten der Diskriminierung reiner Vermögensschäden im Vergleich zu absolut geschützten Rechtsgütern anführt. Diese zeigen gleichsam auf, warum die Haftung für reine Vermögensschädigungen – entgegen der ‹dritten Widerrechtlichkeitstheorie› – zu begrenzen ist. 741

Insofern wird nicht selten festgehalten, dass *«der Begriff des Vermögens als solcher zu unkonturiert ist, um tauglicher Anknüpfungspunkt für die Begründung einer Haftung zu sein»*[1457]. In der Folge wird die Handlungsfreiheit der Rechtsunterworfenen arguendo zu stark diminuiert, wenn an diese die Forderung herangetragen würde, das Vermögen anderer uneingeschränkt zu beachten[1458]. Für eine entsprechende Konturierung sorgen die Schutznormen bereits, indem sie objektiv ein bestimmtes Verhalten gebieten, an dem sich die Rechtsunterworfenen orientieren können. 742

Die vorne erwähnten Stimmen, die sich *gegen* eine Diskriminierung reiner Vermögensschädigungen aussprechen, weisen nun aber zu Recht darauf hin, dass es auch absolut geschützte Rechtsgüter gibt, die nur schwer abgrenzbar sind, wobei insbesondere Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechte erwähnenswert sind[1459]. Die *ratio* der Begründung verfängt insofern *nicht*. 743

Trotzdem sind in freiheitlichen Ordnungen wie der schweizerischen Verletzungen auch unkonturierter absolut geschützter Rechtsgüter grundsätzlich verboten. Reine Vermögensschädigungen sind *in solchen Ordnungen dagegen grundsätzlich erlaubt*. Darin liegt die festgestellte[1460], rechtspolitische Begründung für die Diskriminierung reiner Vermögensschäden, die nach meinem Dafürhalten nicht hintergehbar ist[1461]. 744

Auch dieser Begründung kann *grundsätzlich* Nachachtung verschafft werden, wenn allein auf das durch die Schutznormen gebotene objektive Verhalten rekurriert wird. So kann man sich durchaus auf den Standpunkt stellen, dass bereits die entsprechenden Verhaltensvorgaben das Ge- oder Verbot ausmachen, das die grundsätzliche 745

1457 So – zum deutschen Recht – SCHUR, Leistung und Sorgfalt, 263.

1458 Vgl. aus der Schweizer Doktrin JAUN, 481 f. m.w.H.; ferner rechtsvergleichend aus der deutschen Doktrin – neben SCHUR (vgl. Leistung und Sorgfalt, 260 ff. m.w.H.) – bereits SCHMIDT, Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht, 353; sowie CANARIS, FS Larenz, 31 und 37; und aus der österreichischen Doktrin KAROLLUS, 48.

1459 Vgl. einlässlich CARTIER, Rn. 111 ff.

1460 Vgl. vorne, 2. Teil / 1. Kapitel, *passim*.

1461 Vgl. ferner in der Sache bspw. bereits MERZ, ZBJV 1955, 308 f.

Erlaubnis konterkariert[1462]. Es stellt sich allerdings die Frage, ob damit die haftungsbegrenzende Funktionsweise des Widerrechtlichkeitserfordernisses angemessen abgebildet wird.

746 Daran sind nach meinem Dafürhalten Zweifel angebracht. Eine *konsequente Durchführung* der haftungsbegrenzenden Funktion eines Widerrechtlichkeitserfordernisses, das (i) an eine ausserhalb des Deliktsrechts bestehende Ordnung anknüpft, in der (ii) gewisse Verhaltensweisen im Wettbewerb erlaubt und andere verboten sind, macht meines Erachtens *nicht* bei den objektiven Verhaltensanforderungen dieser Ordnung Halt. Vielmehr ist an die dort bestehenden Gewährleistungen, aber auch Beschränkungen der ‹tatsächlichen› Handlungsfreiheit *gesamthaft* anzuknüpfen[1463]. Die entsprechenden Überlegungen finden auch in Praxis und Doktrin eine gewisse Stütze:

746.1 Im (publizierten) Entscheid, in dem die haftungsbegrenzende Funktion des Widerrechtlichkeitserfordernisses bis anhin am prominentesten daherkommt, stellt die Funktion eine der Überlegungen dar, die zur Folge haben, dass im Rahmen des Verweises von Art. 41 Abs. 1 OR auf Art. 305bis StGB das strafrechtliche Vorsatzerfordernis mitumfasst ist[1464]. Die Vorgaben, an die das Deliktsrecht zwecks Haftungsbegrenzung anknüpft, betreffen mithin nicht nur objektive Verhaltensanforderungen, sondern auch andere Momente, die das Verhalten des Schädigers bestimmen. Im Einzelnen ist für das Gericht nicht ersichtlich, *«pourquoi il conviendrait d'attribuer une portée moindre à l'un desdits paramètres* [*scil*. dem objektiven oder dem subjektiven Tatbestand] *par rapport à l'autre dans le cadre de l'infraction de blanchiment d'argent de l'art.* ***305bis CP****. Lors-*

1462 Vgl. bspw. KAROLLUS, 130.

1463 Wenn die Literatur die ‹zu beanstandende Art und Weise› referenziert, in der reine Vermögensschädigungen durch eine Schutznorm verpönt werden (vgl. vorne, Rn. 735 m.H.), lässt sich daraus meines Erachtens nichts gewinnen, das in die eine oder andere Richtung weist. Zu beachten ist allerdings, dass im Allgemeinen nicht hinreichend reflektiert werden dürfte, dass die Verhaltensbestimmung nicht nur von den objektiven Verhaltensanforderungen einer Vorschrift abhängt.

1464 Vgl. BGE 133 III 323, E. 5.2.3, die Stelle bei OFTINGER/STARK, auf die der Entscheid verweist, betont wohlgemerkt besonders die Bedeutung reiner Vermögensschädigungen im Wirtschaftsverkehr. Wenn VERDE darauf hinweist, dass aus dem Entscheid nicht hervorgehe, dass sich das Bundesgericht von der haftungsbegrenzenden Funktion des Widerrechtlichkeitserfordernisses leiten liess (Rn. 525 m.H.), unterstellt er dem Gericht letztlich, dass es Leerformeln verwendet. Meines Erachtens kann der Entscheid nicht anders gelesen werden, als dass die haftungsbegrenzende Funktion Bestandteil der *«réflexions»* ist, die der *ratio decidendi* zu Grunde liegen (so in der Sache bspw. auch MÜLLER-STUDER/GLOOR, 848).

qu'il a édicté cette norme, le législateur a clairement écarté la responsabilité du blanchisseur qui a agi par négligence. [..] *il faut donc admettre que l'art.* ***305bis CP*** *ne souffre pas d'être disséqué et qu'il s'agit d'une norme intangible, qui forme par elle-même un tout*»[1465]. Die Überlegungen des Gerichts dürften sich *in der Sache* entsprechend so wiedergeben lassen, dass, wenn in einem bestimmten Fall nur vorsätzliches Verhalten strafbar ist, dann «*eben erst dort die deliktsrechtlich relevante Grenze der Handlungsfreiheit erreicht*» ist[1466]. Analoges muss nach meinem Dafürhalten für andere Elemente gelten, die im Strafrecht beziehungsweise – allgemeiner – ausserhalb des Privatrechts die ‹tatsächliche› Handlungsfreiheit des Schädigers bestimmen.

In der *Literatur* wird in vorliegendem Kontext bisweilen auf die Parömie ‹Was nicht verboten ist, ist erlaubt› verwiesen, wobei insofern auf die ausserprivatrechtliche Rechtslage abzustellen sei[1467]. Das deckt sich mit der vorliegend vertretenen Auffassung, falls mit ‹Erlaubnis› der Handlungsspielraum gemeint ist, der den Rechtsunterworfenen dort belassen wird[1468]. 746.2

1465 BGE 133 III 323, E. 5.2.3. Gerade wenn das Gericht darauf verweist, dass die objektiven und subjektiven Tatbestandselemente *‹un tout›* formen, ist zu beachten, dass dies auch für weitere verhaltensbestimmende Elemente des Straftatbestands gilt (vgl. CHAPPUIS, SJ 2000 II, 310 f., und zum deutschen Recht WAGNER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 823, Rn. 436; sowie grundsätzlich auch BRÜGGEMEIER, Deliktsrecht, Rn. 822 [der freilich zwischen Verschuldensform und -massstab unterscheidet]). In diese Richtung weisen im Ergebnis ferner jene Stimmen, die bzgl. der Kategorien Rechtswidrigkeit und Verschulden gesamthaft auf die strafrechtlichen Vorschriften abstellen wollen (vgl. für H. SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 187 f.). Dagegen lässt sich insbesondere ins Feld führen, dass das Deliktsrecht dem aufgrund seiner unterschiedlichen allgemeinen Zweckbestimmung im Vergleich zum Strafrecht (*grosso modo:* Präventions- *vs*. Ausgleichsfunktion) nicht folgen müsse (vgl. DERS., a.a.O., 217 f.). Dem ist jedoch vorab zu entgegnen, dass die hier auf den Schild gehobene haftungsbegrenzende Funktion *ihrerseits* dem Deliktsrecht entstammt (vgl. für Einwände gegen Argumente mit der allgemeinen Zielrichtung des Strafrechts ferner auch noch hinten, Rn. 869).

1466 So – zum deutschen Recht – SCHWITANSKI, 303; dazu dass das Vorsatzerfordernis verhaltensbestimmend wirkt, vgl. sodann bereits vorne, Rn. 359.

1467 Vgl.– im Zusammenhang mit der Frage der Übernahme des strafrechtlichen Vorsatzerfordernisses in den privatrechtlichen Haftungstatbestand – bspw. HIRSCHLE/VON DER CRONE, SZW 2007, 337. Im Zusammenhang mit der Bestimmung widerrechtlichen Verhaltens im Allgemeinen wird diese Parömie sodann bereits seit langem in Bezug genommen (vgl. nur BGE 32 III 360, E. 3; MARTIN, 66 m.w.H.).

1468 Vgl. HIRSCHLE/VON DER CRONE, SZW 2007, 337, bei denen von erlaubten ‹Verhaltensweisen› die Rede ist, wobei besonders auch die fahrlässige Erfüllung des Geldwäschereitatbestands dazu gehört. Dahingehend im Übrigen auch bereits der erste Jäger in SCHILLERS Wallenstein (vgl. Rn. 319 ff.): *«Es ist hier wie in den alten Zeiten, Wo die Klinge*

747 **Folglich** wird nachfolgend davon ausgegangen, dass der Gehalt des Verweises im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses von Art. 41 Abs. 1 OR derart zu charakterisieren ist, dass er *an eine bestehende Verhaltensbestimmung durch ausserprivatrechtliche Normen anlehnt*. Damit wird der haftungsbegrenzenden Funktion des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach meinem Dafürhalten am besten Nachachtung verschafft. Auf die Implikationen dieser Charakterisierung gehen wir alsbald ein, wobei sich daraus gewisse Anforderungen an die potentiellen Schutznormen ergeben. Diese referenzieren wir nachfolgend bisweilen mit der Wendung ‹Erfordernis der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung›[1469].

748 Einstweilen ist das Erfordernis aber noch von dem bisweilen vorgetragenen Argument abzugrenzen, das die **Haftungsbegrenzung als Topos** verwendet. Dahinter steht die Intention, die Ersatzfähigkeit von reinen Vermögensschäden über eine (restriktive) Auslegung des Widerrechtlichkeitserfordernisses abzuwehren. Der Topos wird dergestalt vorgebracht, dass *im Allgemeinen* die Gefahr einer Haftungsausuferung beschworen wird[1470]. *Im Besonderen* kommt er alsdann wie folgt daher: *«Dass fahrlässige Vermögensschäden weder im Strafrecht noch im Haftpflichtrecht relevant sind, ist eine dogmatische Prämisse, die einen inneren Grund hat und die nicht*

---

noch alles tät bedeuten; Da gibt's nur ein Vergehn und Verbrechen: Der Ordre fürwitzig widersprechen! Was nicht verboten ist, ist erlaubt; Da fragt niemand, was einer glaubt» (Hervorhebung MK); (‹fürwitzig› lässt sich dabei mit ‹leichtsinnig›, *scil*. einem subjektiven Element, übersetzen). Wenn VERDE dagegen hält, dass die so verstandene Parömie ‹in die Irre führe› und ‹falsch› sei (vgl. Straftatbestände, Rn. 557), mag das aus seiner Perspektive des Rechtsgüterschutzes (vgl. a.a.O., u.a. Rn. 375) zutreffen; dafür genügen die objektiven Merkmale einer Tat (vgl. DERS., a.a.O., Rn. 206 m.w.H.). Allerdings wird vorliegend gerade nicht darauf abgestellt, sondern mit der vorbestehenden Verhaltensbestimmungen auf ein – im Vergleich zu jenem des Rechtsgüterschützes (vgl. dazu hinten, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 5.) – zusätzliches Moment, das in der haftungsbegrenzenden Funktion des Widerrechtlichkeitserfordernisses gründet.

1469 Zu vermerken ist in diesem Zusammenhang, dass das Bundesgericht ausdrücklich auch auf die Möglichkeit verweist, wonach Normen des Privatrechts als Schutznormen in Bezug genommen werden (vgl. vorne, Rn. 708 m.H.). Der Art und Weise, wie das Erfordernis einer vorbestehenden Verhaltensbestimmung in diesem Kontext funktioniert, kann in vorliegender Studie, die öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen beschlägt, nicht nachgegangen werden.

1470 Vgl. z.B. ROBERTO, FS 25 Jahre juristische Abschlüsse an der HSG, 428 ff.; oder SCHWARZ, HAVE 2009, 15 f., der zwar auf die Referenzierung der haftungsbegrenzenden Funktion des Widerrechtlichkeitserfordernisses in BGE 133 III 323 hinweist, dieses allerdings über die Ermittlung des Schutzzwecks einer Vorschrift (namentlich Art. 305bis StGB) zum Tragen kommen lassen will, die im fraglichen Entscheid freilich nicht zur Frage steht.

leichthin aufgegeben werden sollte: Reine Vermögensschäden werden bei blosser Fahrlässigkeit nicht ersetzt, weil andernfalls die Haftung uferlos und unüberschaubar wäre und die Handlungsfreiheit des Individuums zu sehr eingeschränkt würde»[1471].

749 Dass die Handlungsfreiheit des potentiellen Schädigers für das Widerrechtlichkeitserfordernis zwar eine Rolle spielt, haben die Ausführungen gezeigt, die zu eben gezogenen Fazit geführt haben. *Überschreitet* dieser allerdings die Grenze des ihm ausserhalb des Privatrechts zugeteilten Rechtskreises, steht dem Geschädigten alsdann grundsätzlich auch ein Ersatzanspruch zu. Das haben die vorne stehenden Ausführungen ebenso ergeben.

750 Insbesondere mit Blick auf das Vorsatzerfordernis kommt Folgendes hinzu: Wird dieses als verhaltensbestimmendes Element nicht gleichsam über das Widerrechtlichkeitserfordernis in den Haftungstatbestand berufen, gilt im Zivilrecht das Prinzip, wonach ein potentieller Schädiger ein Verhalten gemäss einem objektiven Massstab an den Tag zu legen hat (sog. Vertrauensprinzip)[1472]. Daran reibt man sich, wenn man sich mit dem Argument der Haftungsbegrenzung auf das (subjektive) Vorsatzerfordernis beruft. Dies lässt sich (wiederum) mit Rücksicht auf das kantische allgemeine Rechtsgesetz illustrieren, wonach die Freiheit des Schädigers durch die Verhaltensvorgaben der Schutznormen begrenzt wird, derweil an dieser Grenze die Freiheit des (potentiell) Geschädigten beginnt, dessen Interessen durch die Schutznorm geschützt werden. Die – für den Geschädigten gemäss dem Vertrauensgedanken einzig bedeutsame – Grenze in der sog. *‹ens naturalis›* (d.h. auf der empirisch wahrnehmbaren Ebene) bleibt sich nämlich gleich, unbesehen auf welche Vorgänge in der sog. *‹ens moralis›* (d.h. auf der empirisch nicht wahrnehmbaren, ‹moralischen› Ebene) des Schädigers dessen Verhalten zurückzuführen ist. Beispielsweise wird ersterer unbesehen davon unzutreffend über die Risiken einer Anlage aufgeklärt, ob die Risiken dem Schädiger dabei bekannt sind oder nicht. Finden die Vorgänge in der *ens moralis* des Schädigers allerdings Berücksichtigung, hat dies eine Verschiebung der Grenze zur Folge, die *zu Lasten des Vertrauensprinzips* geht. Dies bedarf einer

---

1471 So HONSELL, ZSR 2011 II, 83 m.w.H. (allerdings nicht auf schweizerische Autoren); vgl. auch ROBERTO/RICKENBACH, ZSR 2012 I, 198 f. und öfters.

1472 Grundlegend KRAMER, AcP 1971, *passim;* in vorliegendem Zusammenhang sodann SCHWITANSKI, 302 f. m.w.H.; im Allgemeinen zum Schweizer Deliktsrecht ferner nur FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, Rn. 532 m.w.H. und (zur historischen Entwicklung) Rn. 538 ff.; sowie REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Rn. 843 ff.; zum Zusammenhang von Zurechnung von Erklärungsverhalten und Zurechnung zur Tat gemäss dem Vertrauensprinzip vgl. bereits vorne, Rn. 223.

näheren Begründung als einer Berufung auf die Haftungsbegrenzung als Topos[1473], beispielhaft einer solchen wie sie vorne stehend unter Rückgriff auf die Funktion des Widerrechtlichkeitserfordernisses geleistet wurde.

751 Damit ist die nachfolgende Diskussion *«ohne Angst vor dem Schreckgespenst einer ‹uferlosen Ausweitung› der Haftpflichtfälle zu führen»*[1474]. Für eine Haftungsbegrenzung sorgen – nur, aber immerhin – die besagte Funktion des Widerrechtlichkeitserfordernisses sowie dessen weitere Anforderungen (insb. an den [Individual-]Schutzzweck der [potentiellen] Schutznormen) und schliesslich auch die übrigen Haftungsvoraussetzungen[1475].

3. Zwischenhalt: Übersicht über die Anforderungen an eine Schutznorm

752 Steht der Gehalt des Verweises auf Schutznormen nach (dem ausgelegten) Art. 41 Abs. 1 OR nunmehr fest, wenden wir uns der Frage zu, *unter welchen Voraussetzungen öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen als Schutznorm qualifizieren*. IVO SCHWANDER weist nach einer Analyse der höchstrichterlichen Praxis auf folgende Fragen hin, die im Sinn von Mindestbedingungen erfüllt sein müssen[1476]: (i) Liegt eine Verhaltensnorm vor?; (ii) ist sie genügend bestimmt?; und (iii) bezweckt sie, (unter anderem) Vermögensschäden von der Art des eingetretenen zu verhindern?

753 Ersteren beiden Fragen widmen wir uns in den beiden sogleich folgenden Unterkapiteln (vgl. 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 4. / A. und B.). Sie lassen sich beide als Implikationen der eben dargestellten Charakterisierung des Gehalts des vorliegend in Frage stehenden Verweises erfassen, *scil*. des Erfordernisses der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung. Dasselbe gilt für die Grundsätze, die bei der Auslegung öffentlich-rechtlicher Schutznormen zum Tragen kommen, die wir im Anschluss daran kurz traktieren (vgl. 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 4. / C.). Daraufhin erfolgt ein

---

1473 Vgl. auch VERDE, Straftatbestände, Rn. 554. Zu weiteren Begründungsansätzen der Vertreter des Vorsatzdogmas vgl. noch hinten, vgl. 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 6. / B. m.H.

1474 So die Forderung von GAUCH, recht 1996, 14, allerdings betreffend die Haftung für reine Vermögensschäden über das Widerrechtlichkeitserfordernis hinaus.

1475 Die Bedeutung der übrigen Haftungselemente für die Haftungsbegrenzung betont mit Blick auf die deutsche Rechtslage insb. BUXBAUM, 50 f.; aus der Schweiz dahingehend bspw. ROBERTO, GesKR 2006, 153 f.; die Bedeutung des Erfordernisses, wonach der Individualschutzzweck einer Norm zu ermitteln ist, betont HEIERLI, Rn. 630.

1476 Vgl. AJP 2007, 1178; ähnlich HEIERLI, Rn. 575 m.w.H. (die von diesem erwähnte, weitere Frage, wird vom Bundesgericht nicht stets angeführt, vgl. dazu hinten, Rn. 812.3).

Exkurs, der sich mit der Frage befasst, ob – neben den gesetzlichen Vorschriften, die den Gegenstand vorliegender Studie ausmachen – auch für ungeschriebene und autonom gesetzte Schutznormen Raum besteht (vgl. 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 4. / D.).

Die dritte Frage nach dem sog. ‹Individualschutzzweck› der Schutznormen ist Gegenstand des daran anschliessenden Unterkapitels (vgl. 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 5.). Zudem behandeln wir die Frage, ob – neben den eben skizzierten – weitere Bedingungen hinzukommen müssen, damit öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen als Schutznorm Eingang in den Haftungs(-grund-)tatbestand des 41 Abs. 1 OR finden (vgl. 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 6.). 754

Steht einmal fest, *dass* eine öffentlich-rechtliche Verhaltensnorm als Schutznorm qualifiziert, stellt sich ferner die Frage nach der *Reichweite des Verweises* im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses, *scil*. danach, welche Haftungselemente in den Deliktsrechtstatbestand übernommen werden sollen. Dieser Frage widmen wir uns weiter hinten (vgl. 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 7.). Im Anschluss daran stellen wir schliesslich die Frage, ob allein Schutznormen solcher Art in Bezug genommen werden, die das im Grundlagenteil herausgearbeitete Erfordernis der Pflichtwidrigkeit betreffen, *oder* auch Schutznormen, die in der Sache andere Haftungselemente regeln (wie bspw. die Sorgfaltsobliegenheiten des Geschäftsherrn nach Art. 55 Abs. 1 OR); (vgl. 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 8.). 755

Aus **methodischer Warte** haben wir im Übrigen bereits erwähnt, dass die Bedingungen, denen gemäss eine Schutznorm im Rahmen des Haftungstatbestands von Art. 41 Abs. 1 OR zur Anwendung gelangt, *in Auslegung der Verweisungsnorm* zu gewinnen sind. Einen entsprechenden Auslegungsvorschlag haben wir vorne stehend im Licht der haftungsbegründenden Funktion des Widerrechtlichkeitserfordernisses gegeben. Daraus resultierte das Erfordernis der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung. Dessen verschiedene Implikationen haben wir überblicksartig sodann eben erwähnt. Dass eine Schutznorm den Schutz individueller Interessen zu bezwecken hat, steht damit nicht im Zusammenhang, ist in Praxis und Doktrin als Gehalt von Art. 41 Abs. 1 OR allerdings anerkannt. Auch das Erfordernis des Individualschutzzwecks wird zunächst durch das Deliktsrecht festgehalten. 756

Ob die fraglichen Bedingungen *erfüllt* sind, ist dann aber *in Auslegung der Schutznorm* zu gewinnen, scil. *in casu* des öffentlichen Rechts[1477]. In der deutschen Doktrin ist in diesem Zusammenhang (sinngemäss) regelmässig davon die Rede, dass die 757

[1477] Vgl. auch SCHWANDER, AJP 2007, 1178, wenn er festhält, dass sich die vorneerwähnten Fragen ‹bei der Auslegung› stellen, wobei es ihm – wie seine nachfolgenden Ausführungen (a.a.O., 1179 ff.) belegen – um die Auslegung der Schutznorm geht.

Vorschrift ein *«Transmissionsriemen für die in anderen Rechtsgebieten getroffenen Wertungen in das Deliktsrecht»* ist[1478].

757.1 Damit wird zunächst die Begebenheit beschrieben, dass es § 823 Abs. 2 BGB, sobald ausserprivatrechtliche Vorschriften als Schutznormen qualifizieren, ermöglicht, die darin vorgesehenen Verhaltensstandards *«in das Zivilrecht zu verlängern und ihre Verletzung mit privaten Schadenersatzansprüchen zu sanktionieren»*[1479].

757.2 Freilich wird auch noch in einem weiteren Sinn an ausserprivatrechtliche Wertungen angeknüpft. So macht sich das Deliktsrecht mit der Bezugnahme auf den *Schutzzweck* ausserprivatrechtlicher Normen ein Kennzeichen nutzbar, das diese *unabhängig* von ihrer deliktsrechtlichen Vereinnahmung aufweisen[1480]. Unter dieser Prämisse hat alsdann die auslegungsweise Ermittlung des Individualschutzzwecks einer Vorschrift zu erfolgen[1481]; es geht mithin gleichsam um einen ausserprivatrechtlichen Zweck[1482].

757.3 Eine derartige ‹Transmission ausserprivatrechtlicher Wertungen› in das Deliktsrecht erfolgt auch im Rahmen des *Erfordernisses der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung*. Hier wird definitionsgemäss ebenfalls auf ein Kennzeichen abgestellt, das einer Norm unabhängig von ihrer deliktsrechtlichen Vereinnahmung zukommt. Ob eine Norm sozusagen entsprechend gekennzeichnet ist, bestimmt sich alsdann ebenfalls nach *deren* Auslegung[1483]. Darauf kommen wir

---

1478 So WAGNER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 823, Rn. 384 m.w.H. in Fn. 1354; vgl. ferner SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 60 f. m.w.H.

1479 Vgl. WAGNER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 823, Rn. 384; so bspw. auch HAGER, in: Staudinger, § 823 BGB, G 3.

1480 SCHMIEDEL, 107.

1481 Vgl. SCHMIEDEL neben eben paraphrasierten Stelle insb. 149 ff.; vgl. auch SCHIEMANN, in: Erman, § 823 BGB, Rn. 158 m.w.H.

1482 Das stellt bereits der Gesetzeswortlaut von § 823 Abs. 2 BGB klar (vgl. SPICKHOFF, in: Soergel-BGB, § 823, Rn. 195 m.w.H.), wobei der insoweit im vom Bundesgericht verwendeten Textbaustein noch nachdrücklicher gefasst ist: Eine reine Vermögensschädigung ist nur rechtswidrig, *«wenn sie auf einen Verstoss gegen eine Verhaltensnorm zurückgeht, die dem Schutz vor solchen Schädigungen dient»* (für H. vgl. vorne, Rn. 708). Vgl. ferner die Gegenüberstellung bei WAGNER mit der ‹autonom-deliktsrechtlichen Würdigung›, die unter dem Titel der ‹Tragbarkeit einer Haftung im Lichte des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems› (vgl. dazu hinten, vgl. 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 6. / A.) vorzunehmen ist (vgl. MünchKommBGB, 6. Aufl., § 823, Rn. 409); für a.A. vgl. schliesslich KAROLLUS, 359 ff., der diese bespricht, ihnen aber ablehnend gegenübersteht (vgl. 125 ff.; sowie auch 349 ff.).

1483 Vgl. auch SCHMIEDEL, der (zum deutschen Recht) fordert, dass Schutzgesetze einen ‹uneingeschränkten Verhaltensbefehl› aufstellen müssen (vgl. dazu noch hinten,

insbesondere im Zusammenhang mit der sogleich zu erläuternden Rubrizierung der Schutznormen als Verhaltensnormen zurück.

An die Begebenheit, wonach in Auslegung der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen zu ermitteln ist, ob die Bedingungen gegeben sind, die deren Inbezugnahme als Schutznorm regeln, schliesst ferner Folgendes an: Es kann vorkommen, dass sich der Gesetzgeber *ausdrücklich* zur Schutznormeigenschaft einer Vorschrift äussert. In Auslegung dieser Vorschrift dürfte alsdann davon ausgegangen werden können, dass die fraglichen Bedingungen als durch den gesetzgeberischen Hinweis gleichsam *abgegolten* erachtet werden können, selbst wenn im Übrigen zweifelhaft wäre, ob sie gegeben sind. So genügt der deutschen Lehre beispielsweise eine ausdrückliche Stellungnahme des Gesetzgebers in Art. 15 Abs. 6 Satz 1 WpHG (Ad hoc-Publizitätspflicht), um die Schutznormeigenschaft dieser Vorschrift abzulehnen, obwohl sie deren Individualschutzzweck anerkennt[1484]. *Umgekehrt* wäre auch denkbar, dass der Legislator die Schutznormeigenschaft einer Vorschrift ausdrücklich deklariert. 758

Damit nähern wir uns im Übrigen den Situationen an, in denen Vorschriften gerade im Hinblick auf die zivilrechtliche Bewehrung mit Schadenersatz erlassen werden. Dabei hat der Gesetzgeber alsdann die Möglichkeit, sich von den Überlegungen des allgemeinen Deliktsrechts (wie den Vorliegenden) *zu emanzipieren*. Diese Möglichkeit steht dem Gesetzgeber offen, sofern er über Privatrechtskompetenz (vgl. Art. 122 BV) verfügt[1485]. Davon wird insbesondere im Fall *spezialgesetzlicher Haftungsbestimmungen* Gebrauch gemacht. Diese nehmen regelmässig Vorschriften in Bezug, die in einem bestimmten Gesetz enthalten sind (vgl. bspw. Art. 9 UWG, Art. 12 KG oder Art. 145 KAG), oder verweisen anderweitig auf öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen[1486]. Die vorliegend besprochenen Bedingungen, von denen nach Art. 41 Abs. 1 OR die Begründung der Widerrechtlichkeit abhängt, dürften hier regelmässig *nicht* gleichermassen gegeben sein müssen. Vielmehr dürfte ein Verstoss gegen die (objektiven) Verhaltensvorgaben einer Vorschrift, die im entspre- 759

Rn. 762 ff.), wobei jeweils durch Auslegung des (potentiellen) Schutzgesetzes zu ermitteln sei, ob dieses jener Forderung genügt (vgl. 41 mit Fn. 46).

1484 Vgl. statt Vieler FUCHS, in: Fuchs, vor §§ 37b, 37c WpHG, Rn. 63 m.w.H. Ähnliches dürfte für eine eindeutige Stellungnahme in den Materialien gelten, wie sie hinsichtlich Art. 15 WpHG ebenfalls vorfindlich ist (vgl. DERS., a.a.O.).

1485 Andernfalls hat er nur die eben erwähnte Möglichkeit, die Auslegung der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen im Hinblick auf die Ermittlung von deren Schutzgesetzeigenschaft zu beeinflussen.

1486 So bspw. die Prospekthaftungstatbestände (vgl. dazu – insb. zu Art. 752 OR – ferner immerhin noch hinten, Rn. 827); sowie Art. 754 OR (vgl. dazu ferner immerhin noch hinten, nach Rn. 1206.2).

chenden (Spezial-)Gesetz vorgesehen ist, regelmässig genügen. Angesichts des Gegenstands unserer Studie, den wir auf die allgemeinen Haftungsgrundlagen eingegrenzt haben, wird dies allerdings nicht näher untersucht.

4. Implikationen der Charakterisierung des Verweisungsgehalts

A. Verweis auf Verhaltensnormen

a. Im Allgemeinen

760 In Praxis[1487] und Doktrin[1488] wird regelmässig gefordert, dass es sich bei Schutznormen um *‹Verhaltensnormen›* handeln müsse. Im Licht des Erfordernisses der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung lassen sich dabei in *zwei Richtungen* Präzisierungen anbringen.

761 Zunächst wird damit das Erfordernis referenziert, wonach eine Schutznorm ein **bestimmtes Verhalten ge- oder verbieten** muss[1489]. Damit ist die grundlegende Anforderung an eine Vorschrift angesprochen, damit diese überhaupt als Verhaltensnorm durchgeht. Dieses Erfordernis hat offensichtlich auch eine verhaltensbestimmende Komponente, zumal es gleichsam für die Beschreibung der an die Rechtsunterworfenen gerichteten Verhaltensanforderungen sorgt[1490]. Ausgrenzen lassen sich damit *kategorial andere* Normen wie lediglich rechtshindernde Normen beziehungsweise Ermächtigungsnormen im Allgemeinen[1491] oder auch Legaldefinitionen[1492].

1487 Vgl. insb. Entscheid 4A_54/2008 vom 29. April 2008, E. 5.3.4.; und ferner die zahlreichen H. bei VERDE, Straftatbestände, Rn. 362.

1488 Vgl. SCHWANDER, AJP 2007, 1178; ferner MISTELI, 109; oder im Allgemeinen auch bereits MERZ, ZBJV 1955, 307; vgl. weiter die zahlreichen H. bei VERDE, Straftatbestände, Rn. 362.

1489 Vgl. CARTIER, Rn. 200 m.w.H.; ROBERTO, Haftpflichtrecht, 04.33 f. m.w.H.; VERDE, Straftatbestände, Rn. 362; und – zum deutschen Recht – SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 110 f., sowie DERS., Soergel-BGB, § 823, Rn. 194, je m.w.H.

1490 Vgl. vorne, 1. Teil / 2. Kapitel / II. / 1. m.H.

1491 Vgl. SCHMIEDEL, 45 ff.

1492 So SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 111.

Voraussetzungsvoller ist das zweite, weitergehende Erfordernis, das jedenfalls in der Schweizer Literatur nur selten angesprochen wird[1493]. Dieses lässt sich dahingehend fassen, dass es nicht genügt, wenn eine potentielle Schutznorm ein gebotenes oder verbotenes Verhalten *beschreibt*. Vielmehr ist erforderlich, dass der Gesetzgeber einen ‹uneingeschränkten Verhaltensbefehl› erlässt[1494]; mit anderen Worten muss der Gesetzgeber den Rechtsunterworfenen **zu dem ge- oder verbotenen Verhalten auch bestimmen**. In gewissem Sinn wird die im Kontext der haftungsbegrenzenden Funktion des Widerrechtlichkeitserfordernisses als ‹tatsächlich› apostrophierte Beschränkung der Handlungsfreiheit der Rechtsunterworfenen damit (wiederum über das objektive Verhaltensgebot hinaus) auch *normativ* eingefordert. 762

Ob dies der Fall ist, ist – wie allgemein erwähnt – in Auslegung der in Frage stehenden öffentlich-rechtlichen Verhaltensnorm zu beantworten[1495]. Der Frage, *ob und in welcher Ausgestaltung an deren Verletzung Sanktionen anknüpfen,* kommt dabei entscheidende Bedeutung zu[1496]. 763

1493 Vgl. immerhin VERDE, Straftatbestände, Rn. 362 und 384, der es allerdings bei wenig aussagekräftigen Stichworten belässt, wie dass ein Verhalten ‹in den Augen des Gesetzgebers nicht bloss unerwünscht sein dürfe› (Rn. 362) und dass eine Rechtsnorm ‹nicht blossen Appellcharakter› haben dürfe (Rn. 384). Zudem weist VERDE auf BGE 95 II 83 hin (vgl. dazu sogl.).

1494 Vgl. SCHMIEDEL, 41; ferner BISTRITZKI, Rn. 43 (‹Normbefolgung durch den Gesetzgeber gefordert und nicht nur gewünscht›); sowie VERDE (vgl. für H. die voranstehende Fn.).

1495 Vgl. vorne, Rn. 757 m.H.

1496 Vgl. auch BISTRITZKI, Rn. 34 ff.; a.A. offenbar SCHMIEDEL, 41, und im Anschluss daran KAROLLUS, 350 f. sowie 146 inkl. Fn. 16 m.w.H. sowie VERDE, Straftatbestände, Rn. 375 (vgl. ferner BRÜGGEMEIER, Deliktsrecht, Rn. 799 [dessen aus dem positiven deutschen Recht abgeleitetes Argument für die Schweiz jedenfalls nicht einschlägig ist]; und ohne nähere Begründung DÖRNER, JuS 1987, 525). SCHMIEDEL (a.a.O.) und KAROLLUS (insb. 350 f.) monieren dabei vorab, dass der Gesetzgeber so nicht mehr die Möglichkeit hat, dem Geschädigten *«‹originär› einen Schutz und damit eine schadenersatzrechtliche ‹Rechtsmacht›»* zu verleihen (so KAROLLUS, a.a.O.). Wie vorne aufgezeigt (vgl. Rn. 758 f.), besteht diese Möglichkeit freilich weiterhin. Ferner postuliert KAROLLUS Folgendes: *«Das Schadenersatzrecht knüpft ausschliesslich an Verhaltensgebote an. Eine allfällige Rechtsfolgenanordnung des primären Rechtsgebietes ist dafür aber gerade ohne Bedeutung und der ‹vollständige› Rechtssatz wird gerade erst durch Verknüpfung mit der schadenersatzrechtlichen Rechtsfolgeanordnung gebildet»* (350 [Hervorhebungen im Original]). Damit wird letztlich der formelle Gehalt von Verweisungsnormen als unvollständige Rechtssätze beschrieben. Wenn gemäss vorliegend vertretener Auffassung Art. 41 Abs. 1 OR einen haftungsbeschränkenden Effekt dadurch erreicht, dass er an eine bestehende Verhaltensbestimmung durch ausserprivatrechtliche Normen anlehnt, wird der Verweisungsnorm allerdings eine zusätzliche teleologische Bedingung beigegeben, die

763.1 Ist *keine* Sanktion vorgesehen, dürfte zwar im Einzelfall bisweilen trotzdem von einem uneingeschränkten Verhaltensbefehl ausgegangen werden können. Eine entscheidende Rolle werden dabei die Gründe spielen, die den Gesetzgeber dazu bewegt haben, von einer Sanktion abzusehen. Von einem entsprechenden Auslegungsergebnis ist jedoch nicht leichthin auszugehen[1497]. Vielmehr dürfte das Fehlen einer Sanktion indizieren, dass der Gesetzgeber zwar gegebenenfalls ein gewisses Verhalten *der guten Ordnung halber* vorschreibt, die Rechtsunterworfenen dazu allerdings nicht unbedingt anweisen will[1498].

763.2 Falls demgegenüber eine *Sanktion ausgesprochen* wird, ist im Sinn einer Indikation vom Gegenteil auszugehen. Allerdings ist auch hier zu prüfen, ob die Sanktion zum Zwecke erlassen wurde, zu einem Handeln oder Unterlassen gemäss der bewehrten Verhaltensnorm zu bestimmen.

764 Gerade in zweiter Hinsicht weist zumindest im Ergebnis auch ein älterer Entscheid des Bundesgerichts in die hier vorgegebene Richtung. In BGE 95 III 83 stellte sich dem Gericht die Frage, ob die Bestimmungen über die paulianische Anfechtung (Art. 285 ff. SchKG) und/oder die Anfechtung einer Verrechnung (Art. 214 SchKG) Schutznormen im Sinn von Art. 41 Abs. 1 OR darstellen[1499]. Zumindest die ersten Bestimmungen bezwecken dabei den Schutz des Vermögens der Gläubiger[1500]. Ferner stellen die Vorschriften im Hinblick auf die Verwirklichung dieses Zwecks durchaus *bestimmte Verhaltensanforderungen* auf (auch wenn die diesen widerstrebenden Handlungen mitunter kaum negativ bewertet werden, wie insbesondere die durch Art. 286 SchKG erfassten Schenkungen belegen).

765 Nichtsdestotrotz *versagt* das Gericht den Vorschriften die Schutzgesetzeigenschaft. Zur Begründung nimmt es auf die Sanktionen Bezug, mit denen die Vorschriften bewehrt sind, namentlich die potentielle Anfechtbarkeit. Gegen die Annahme einer Schutznorm spreche, dass nicht von vorneherein feststehe, ob das Gebot tatsächlich greife, da sich die Anfechtung erst im Konkurs aktualisiere. Dies ist freilich aufgrund einer entsprechenden objektiven Strafbarkeitsbedingung auch bei den Insolvenzde-

---

den formellen Gehalt der Verweisungsnormen übersteigt, die KAROLLUS (ohne dass ihm dies vorgeworfen werden soll) unberücksichtigt lässt.

1497 Ähnlich BISTRITZKI, Rn. 43.

1498 Paradigmatisch dafür stehen sog. blosse Ordnungsvorschriften wie Art. 699 Abs. 2 OR (Einberufung der GV innerhalb von sechs Monaten).

1499 Vgl. BGE 95 III 83, E. 6c. Die nachfolgenden Hinweise zu dem Entscheid befinden sich an dieser Stelle.

1500 Vgl. nur BGE 141 III 527, E. 3.5; AMMON/WALTHER, § 52, Rn. 1.

liktstatbeständen (Art. 163 ff. StGB) der Fall, welche die herrschende Doktrin und – bis vor kurzem – die Gerichtspraxis grundsätzlich als Schutznormen einordnete[1501].

Entscheidender könnte daher sein, dass die Sanktion der Anfechtbarkeit im Zusammenhang mit den fraglichen Vorschriften indiziert, dass die Rechtsunterworfenen *nicht in unbedingter Weise* zu dem gebotenen Verhalten angewiesen werden sollen[1502]. Tritt der Konkursfall ein, müssen sie es sich allerdings gefallen lassen, dass die fraglichen Transaktionen im Fall einer Anfechtung rückgängig gemacht werden können. Mit anderen Worten geht es um eine Ausgleichsordnung, die der ‹Wiederherstellung der Exekutionsrechte der Gläubiger› dient[1503], und nicht darum, die tatbestandsmässigen Verhaltensweisen unbedingt zu verbieten. 766

Im Übrigen wird die entsprechende Bedeutung von Sanktionen in der Sache auch in der *Rechtstheorie* hervorgehoben. So wird im Allgemeinen festgehalten, dass es einer Norm an tatsächlicher Geltung fehlt, wenn deren Verletzung nicht sanktioniert wird: *«Auch das gerechte und richtige Rechtsgesetz wird in der Regel erst mit Hilfe bestimmter Rechtsfolgen, die für den Adressaten als Vorteile, Belohnungen oder Strafen spürbar werden, die gewünschte und erforderliche Befolgung der überwiegenden Mehrzahl erreichen»*[1504];

1501 Vgl. nur die H. in BGE 141 III 527, E. 3.4. Mit diesem Entscheid wurde dann allerdings eine Praxisänderung vollzogen.

1502 Vgl. ferner LORANDI, recht 1990, 23; oder VERDE, Straftatbestände, Rn. 384, die im vorliegenden Kontext ebenfalls auf die Bedeutung der ‹blossen Anfechtbarkeit› hinweisen. Allerdings postulieren wir nicht einfach, dass *nie* von deren Schutzgesetzeigenschaft einer Norm ausgegangen werden kann, wenn diese nur mit der Sanktion der Anfechtung bewehrt ist. Entscheidend ist stattdessen die Auslegung (die im Text betr. Art. 214 und 285 ff. SchKG jedoch nur in summarischer Weise vorgenommen wird). Gleichsam erscheint es als nicht ausgeschlossen, dass auch eine entsprechend sanktionierte Norm als Schutznorm durchgeht. So könnte die Auslegung einen uneingeschränkten Verhaltensbefehl ergeben, dessen Durchsetzung allerdings der Partei anheimgestellt werden soll, zu deren Schutz die Norm erlassen wurde. Ohne dass das hier im Einzelnen untersucht wird, erscheint es entsprechend bspw. nicht als von vorneherein ausgeschlossen, dass Art. 28 OR, der auf absichtliche Täuschungen abzielt, als Schutznorm qualifiziert (vgl. dazu vorne, Fn. 779 m.H.).

1503 Vgl. AMONN/WALTHER, § 52, Rn. 2.

1504 So UWE KRÜGER, 71 f.; vgl. bspw. ausführlich auch KALIN, 240 ff. m.w.H.; ferner SATZGER (zit. bei NIGGLI/RIEDO, Quasi-Strafrecht, Fn. 11 [92]); STRATENWERTH, SR AT I, § 2, Rn. 21, 24 und 29; VERDE, Straftatbestände, Rn. 110 m.w.H.; J. VOGEL, Norm- und Pflicht, 36 f. m.w.H.; oder im finanzmarktrechtlichen Zusammenhang (betr. Art. 20 aBEHG) die Einschätzung von MEIER-SCHATZ, in: Hertig et al., Art. 40–44, Rn. 63: *(«Wie so vielen wirtschaftsrechtlichen Verhaltensregeln drohte auch den Meldepflichten das Schicksal toter Buchstaben, falls deren Verletzung nicht verwaltungsstrafrechtlich geahndet würden»)*. Aus dem praktisch philosophischen Schrifttum vgl. schliesslich bspw. NELSON, 90: *«Wie kann denn ein Befehl überhaupt ein Grund zu seiner Befolgung wer-*

dazu kommt selbstverständlich die Möglichkeit, dass Normgebote *unmittelbar* durchgesetzt werden. Vorschriften, deren Verletzung *keinerlei* Sanktionen nach sich ziehen, wirken demgegenüber tatsächlich regelmässig nicht verhaltensbestimmend. Entsprechend wird die Sanktionierung des darin vorgeschriebenen Verhaltens zuweilen als Voraussetzung für das Vorliegen einer Verhaltensnorm genannt[1505]. Freilich ist anzuerkennen, dass es dabei um *tatsächliche* Feststellungen geht – oder mit den Worten von JOACHIM VOGEL: *«Hier wird im Grunde der Bereich der (normativ orientierten) Rechtstheorie verlassen und derjenige der Rechtssoziologie erreicht»*[1506]. Entsprechend besteht die *Gefahr eines naturalistischen Fehlschlusses,* wenn von dieser tatsächlichen Feststellung auf ein rechtliches Sollen geschlossen wird[1507] – nämlich letztlich auf die Schadenersatzpflicht, welche auf der Schutznormeigenschaft einer Vorschrift gründet, die abgestützt auf ebendiese tatsächliche Feststellung ermittelt worden ist. Um dieser Gefahr zu entgehen und daraufhin wiederum zulässige Schlüsse ziehen zu können, bedarf die verhaltensbestimmende Wirkung von Sanktionen folglich einer *normativen Validierung*. Eine solche wird vorliegend durch die besondere Bedeutung geleistet, die den Sanktionen bei der Beantwortung der Auslegungsfrage beigemessen wird, ob die potentiellen Schutznormen eine unbedingte Verhaltensanweisung der Rechtsunterworfenen bezwecken.

767 **Insgesamt** bedeutet die Anforderung, wonach der Verweis auf Schutznormen im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses gemäss Art. 41 Abs. 1 OR auf Verhaltensnormen abzuzielen hat, gemäss vorliegend vertretener Auffassung nicht nur, dass diese ein *Verhaltensgebot oder -verbot beschreiben* müssen. Vielmehr müssen sie die *Rechtsunterworfenen dazu auch bestimmen*. Bei der entsprechenden Auslegungsfrage ist besonders beachtlich, ob an die Verletzung der Schutznorm Sanktionen anknüpfen und wie diese gegebenenfalls ausgestaltet sind. Da im Verwaltungsrecht (inkl. Finanzmarktaufsichtsrecht) ein Strauss von Sanktionskategorien existiert, untersuchen wir nachfolgend kurz, wie die verwaltungsrechtlichen Sanktionen im Licht dieser Auslegungsfrage einzuordnen sind.

768 Mit Blick auf die *praktische Bedeutung* dieser (qualifizierten) Anforderungen an die Konstitution einer Verhaltensnorm, die als Schutznorm in Bezug genommen werden soll, haben die Anforderungen im Übrigen zunächst vorab zur Folge, dass sog. ‹Ordnungsvorschriften› nicht als Schutznormen qualifizieren. Ferner ist an Fälle wie den

---

den? Es kann für seine Befolgung keinen anderen Grund geben, als das Interesse an den Folgen, die von dem Befehlenden an die Handlung geknüpft werden» (Hervorhebung im Original).

1505 Vgl. SCHNEIDER, 44 f. m.w.H.

1506 Norm- und Pflicht bei unechten Unterlassungsdelikten, Berlin 1993, 36 f.

1507 Vgl. exemplarisch insofern bspw. die Überlegungen in ganz anderem Zusammenhang von KALIN, 240 ff., an die wohl ein entsprechender Vorwurf gerichtet werden können dürfte; zum Konzept des naturalistischen Fehlschlusses vgl. vorne, Fn. 863.

vorne erwähnten betreffend die schuldbetreibungs- und konkursrechtlichen Anfechtungstatbestände zu denken. Damit ist die Relevanz *in praxi* zunächst begrenzt[1508]. Erheblich an praktischer Bedeutung gewinnt das Erfordernis allerdings im Zusammenhang mit der *‹Adressierung› von Schutznormen an natürliche und/oder juristische Personen*. Darauf kommen wir in einem separaten Unterkapitel zurück (vgl. 2. Teil / 3. Kapitel / III.).

b. Zur Bedeutung der verwaltungsrechtlichen Sanktionen im Besonderen

Bevor wir uns den verwaltungsrechtlichen Sanktionen widmen, halten wir fest, dass Schutznormen, deren Verletzung mit **Strafe** bewehrt ist, *ohne Weiteres* als Verhaltensnormen durchgehen, und zwar auch in eben festgehaltenem, qualifizierten Sinn[1509]. Das ergibt sich bereits aufgrund des Strafzwecks der sog. *Generalprävention*. Diese macht ein Strafrecht *«erst erforderlich»*[1510] und ist entsprechend – bei allem Streit um die Strafzwecke im Einzelnen und ohne dass zwischen positiver und negativer Generalprävention unterschieden werden soll[1511] – als Aufgabe des Strafrechts (zumindest unter anderen) nicht wegzudenken. Der generalpräventive Ansatz seinerseits macht sich die verhaltensbestimmende Wirkung von Sanktionen zu Nutze. Gemäss seiner Prämisse werden die Rechtsunterworfenen durch Strafandrohung (und Strafvollzug) belehrt und so von der Übertretung von Strafvorschriften abgehalten[1512]. *Vice versa* sollen die Adressaten aufgrund der entsprechend sanktionierten Vorschriften zu dem vorgeschriebenen Verhalten bestimmt werden. Demnach weisen Strafen als Sanktionen die Verhaltensnormen, die sie bewehren, schon nur aufgrund ihres generalpräventiven Zwecks als uneingeschränkte Verhaltensbefehle aus. 769

Wenn in der *deutschen Doktrin* im Übrigen der Einfluss des Strafzwecks auf die Beantwortung der Frage, ob oder inwiefern eine strafrechtliche Vorschrift als Schutznorm Berücksichtigung finden soll, zurückhaltend bewertet wird, tut dies den eben erfolgten Überlegungen – die durchaus auf die Generalprävention als Strafzweck abstellen – keinen Abbruch. Denn die entsprechenden Äusserungen ergehen *in einem anderen Kontext*, nämlich im Zusammenhang mit den – vorliegend noch zu behandelnden – Fragen, (i) ob

---

1508 Vgl. ferner den H. von RÖHL/RÖHL, denen gemäss sog. *‹leges imperfectae›* seltene Ausnahmen darstellen (vgl. 222).

1509 Vgl. im Ergebnis bspw. auch VERDE, Straftatbestände, Rn. 384.

1510 Vgl. STRATENWERTH, SR AT I, § 2, Rn. 27 ff., insb. Rn. 29.

1511 Vgl. dazu nur STRATENWERTH, SR AT I, § 2, Rn. 20 ff.; sowie ROXIN, SR AT I, § 3, Rn. 21 ff.

1512 Vgl. ROXIN, SR AT I, § 3, Rn. 21 ff., und dabei gerade bereits Rn. 21; vgl. auch STRATENWERTH, SR AT I, § 2, Rn. 20 ff.

eine Vorschrift (auf die schweizerischen Vorgaben gemünzt) in einem konkreten Fall den Schutz des individuellen Vermögens bezweckt[1513] sowie (ii) welche strafrechtlichen Sanktionsvoraussetzungen im Zivilrecht Berücksichtigung finden sollen[1514]. Auch ist der kürzlich ergangene *BGE 141 III 527* nicht dahingehend zu lesen, dass der generalpräventive Zweck der Schutznormeigenschaft von Art. 163 und 167 StGB entgegensteht[1515].

770 Bevor wir uns nunmehr einzelnen Kategorien von verwaltungsrechtlichen Sanktionen zuwenden, bemerken wir im Hinblick auf deren Einordnung vorab, dass es nachfolgend allein um sog. *repressive Verwaltungssanktionen* geht, mithin *«um die Gesamtheit der verwaltungsrechtlichen Sanktionen, die der Staat gegenüber den Bürgern anordnet, welche pflichtwidrig gegen eine verwaltungsrechtliche Anordnung verstossen haben»*[1516]. Sie stehen den sog. *präventiven Massnahmen* gegenüber, die nicht an die Verletzung verwaltungsrechtlicher Vorschriften anschliessen, sondern diese von vorneherein zu verhindern versuchen[1517] (so wie beispielsweise wenn die Aufsichtsbehörde im Rahmen ihrer prudenziellen Aufsicht einer Bank vorgibt, gewisse riskante Engagements von vorneherein zu unterlassen[1518]). Im Rahmen der repressiven Verwaltungssanktionen wird herkömmlich zwischen pönalen Sanktionen (bisweilen – in mit Rücksicht auf die Oberkategorie verwirrender Weise – auch ‹repressive Sanktionen›), exekutorischen Sanktionen und administrativen Rechtsnachteilen unterschieden[1519].

771 Die **pönalen Verwaltungssanktionen** zielen im Allgemeinen vorab auf die Ahndung von Pflichtverletzungen ab[1520]. Alsdann liegt das *«primäre Ziel der pönalen Sanktionen* [..] *in der Sanktionierung des pflichtwidrigen Verhaltens des Betroffenen»*. Insofern haben sie *«die gleiche Funktion wie das Strafrecht»*[1521]. Entsprechend verfolgen sie wie das Strafrecht unter anderem einen generalpräventiven Ansatz[1522].

1513 Vgl. SCHMIEDEL, 107 (und zum Anwendungsbereich von dessen Äusserung, 109 ff.).

1514 Vgl. SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 199 f.

1515 Vgl. zu dessen *ratio decidendi* vielmehr hinten, Rn. 826.

1516 So LOCHER, Rn. 9 im Anschluss an JAAG.

1517 Vgl. LOCHER, Rn. 9 f. m.H.

1518 Vgl. KLEINER, in: Zobl et al., Art. 23bis BankG, Rn. 16 m.w.Bsp.

1519 Vgl. LOCHER, Rn. 47 ff. m.H.

1520 Vgl. LOCHER, Rn. 62 m.w.H. sowie – unter Verwendung der Bezeichnung ‹repressive Sanktionen› – JAAG, FS Schmid, 561 f. und 571 f.; und – ebenfalls mit etwas anderer Terminologie – ferner EICKER/FRANK/ACHERMANN, 10 ff. m.w.H.

1521 Vgl. LOCHER, Rn. 63 m.H.

1522 Daneben dürften sie auch einen spezialpräventiven Ansatz verfolgen, indem die Sanktionen den Täter, der diese zu erdulden hat, von zukünftigen Gesetzesverstössen abhalten

Den Sanktionen gemäss Art. 32 FINMAG (Feststellungsverfügung), Art. 33 FINMAG (Berufsverbot) und Art. 34 FINMAG (Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung) wird in der Praxis beziehungsweise der Doktrin denn auch ein generalpräventiver Zweck zugedacht[1523]; gleichermassen einzuordnen sein dürfte etwa das sog. ‹Händlerverbot› nach Art. 35a FINMAG[1524]. In der Folge können wir auch von einer unbedingten Verhaltensanweisung durch Verhaltensnormen ausgehen, die mit pönalen Verwaltungssanktionen belegt sind (inklusive der eben erwähnten Behelfe gemäss Finanzmarktaufsichtsgesetz).

Mit den **exekutorischen Verwaltungssanktionen** wird sodann die unmittelbare Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands intendiert[1525]. Zentrale Rechtsgrundlage im Finanzmarktbereich ist Art. 31 FINMAG (Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands). Das Potential exekutorischer Sanktionen zur Bestimmung des Verhaltens der Rechtsunterworfenen erscheint *prima facie* fragwürdig. In der Literatur wird in diesem Kontext nämlich festgestellt, ein abschreckender Effekt sei *«nur dann überhaupt vollstellbar, wenn der zugefügte Nachteil nicht nur den ursprünglichen, vor der fraglichen Handlung bestehenden Zustand wiederherstellt»*[1526]. Ein (rationaler) Gesetzgeber wird anhand exekutorischer Verwaltungssanktionen demnach keine generalpräventiven Zwecke verfolgen. 772

sollen. An dem verhaltensbestimmenden Charakter der Sanktionen ändert sich damit nichts, solange diese gleichfalls generalpräventiv wirken sollen.

1523 So betr. Art. 34 FINMAG das Bundesgericht, bspw. in Entscheid 2C_1055/2014 vom 2. Oktober 2015, E. 4.2 m.w.H., vgl. betr. Art. 32 und 34 FINMAG ferner ZIMMERLI, GesKR 2009, 9 f.; betr. Art. 32 FINMAG HSU/BAHAR/FLÜHMANN, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 32 FINMAG, Rn. 7 m.w.H; und betr. Art. 33 FINMAG HSU/BAHAR/FLÜHMANN, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 33 FINMAG, Rn. 6 m.w.H. sowie UHLMANN, SZW 2011, 446 *(«die – empfindliche – Sanktion die Betreffenden von pflichtwidrigem Verhalten abschrecken»).*

1524 Das Händlerverbot ist – *nomen est omen* – spezifisch auf das Fehlverhalten jener gerichtet, die selbst Handelstransaktionen tätigen (und deren Vorgesetzte, vgl. WINZELER, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 35a BEHG, Rn. 5 f.). Dessen allgemeine Tragweite ist mithin begrenzt und es findet entsprechend auch nicht auf das Fehlverhalten von Anlageberatern Anwendung, wie es im Anlageberatungsfall in Frage steht. Auch wenn das Händlerverbot mit Einführung des Berufsverbots gemäss FINMAG nicht etwa obsolet wird (vgl. nur Botschaft FINMAG, 2882), findet das Händlerverbot nachfolgend folglich keine besondere Beachtung.

1525 Vgl. JAAG, FS Schmid, 561 und 563 ff.; LOCHER, Rn. 53 f. m.w.H.; ferner – mit etwas abweichender Terminologie – EICKER/FRANK/ACHERMANN, 10 ff. m.w.H.

1526 NIGGLI/RIEDO, BSK-KG, Vor Art. 49a-53, Rn. 32 m.w.H.

773 Der Ansatz der Generalprävention stellt allerdings zwar eine hinreichende, nicht aber eine notwendige Möglichkeit dar, um zu bestimmen, dass aufgrund einer bestimmten Sanktionsart den entsprechend bewehrten Verhaltensnormen eine unbedingte Verhaltensanweisung zu Grunde liegt. Dies zeigt sich gerade bei exekutorischen Sanktionen. Der (Um-)Weg über die *Androhung* einer bestimmt gearteten Sanktion ist hier gleichsam entbehrlich, da *unmittelbar* auf die Einhaltung der fraglichen Vorschriften hingewirkt wird. Folglich sind auch Vorschriften, die mit exekutorischen Sanktionen belegt sind, grundsätzlich dahingehend auszulegen, dass damit ein uneingeschränkter Befehl bezweckt wird.

774 In vorliegendem Zusammenhang steht eine unmittelbare Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands indessen regelmässig *ausser Frage,* denn die Verletzung einer Verhaltensnorm *an sich* kann nicht rückgängig gemacht werden. Im Vordergrund stehen vielmehr Vorschriften, die einen bestimmten *Zustand* vorschreiben, wie bspw. Kapitalisierungs- oder Organisationsvorschriften[1527].

Als exekutorische Massnahme wird zum Beispiel das sog. *Gewährsverfahren* eingeordnet[1528]. Dieses richtet sich angesichts des sog. Grundsatzes der Institutsaufsicht[1529] *in konzeptionell notwendiger Weise gegen das beaufsichtigte Institut*. Auslöser kann durchaus eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Verhaltensnormen sein (die ihrerseits über die sog. Gewährsvorschriften in Bezug genommen werden[1530]). Bei der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands geht es dann allerdings nicht darum, die Verletzung dieser Normen rückgängig zu machen. Vielmehr wird der rechtmässige Zustand dadurch wiederhergestellt, dass das fehlbare Organ, das keine ‹Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit› mehr bietet, aus dem beaufsichtigten Institut auszuscheiden hat. Für das fehlbare Organ können damit *nota bene* einschneidende Konsequenzen einhergehen[1531]. Entsprechend dürfte das Gewährsverfahren als Sanktion auf die Organe *tatsächlich*

1527 Vgl. zu zweiterer Situation bspw. Entscheid B-2204/2011 des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Juli 2012, E. 10.

1528 Vgl. bspw. UHLMANN, SZW 2011, 440, unter Hinweis auf die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts. Dazu, dass das Gewährsverfahren trotz dem neuen Berufsverbot (Art. 33 FINMAG) auch nach Erlass des FINMAG weiterhin zur Verfügung steht, vgl. i.Ü. UHLMANN, a.a.O., 443 ff.; ZULAUF, FINMA Sonderbull. 2/2013, 18.

1529 Vgl. Art. 3 Bst. a FINMAG; ferner bspw. (je i.Zh.m. dem Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG) Entscheid 2C_739/2015 vom 25. April 2016, E. 2.2 (nicht publiziert in BGE 142 II 243); HSU/BAHAR/FLÜHMANN, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 33 FINMAG, Rn. 9.

1530 Vgl. dazu hinten, Rn. 780.1.

1531 Das Gewährsverfahren kann gleichsam in einem faktischen Berufsverbot resultieren und infolgedessen für den Betroffenen – wie wohl nicht zwingend – finanzielle Einbussen zur Folge haben, die jene bspw. einer Busse bei Weitem übersteigen. Vorab vor diesem Hintergrund steht denn auch die massive doktrinäre Kritik an dem Institut (für H. vgl. UHLMANN, SZW 2011, Fn. 47 [445]).

durchaus verhaltensbestimmende Wirkung haben. Diese kann angesichts der Konzeption der Sanktion, die auf das beaufsichtigte Institut zielt, jedoch nicht als vom Gesetzgeber normativ validiert gelten, so dass das Gewährsverfahren als Sanktion den entsprechend sanktionierten Verhaltensnormen meines Erachtens keine unbedingte Verhaltensanweisung *an die Adresse der Organe* beistellt.

Zu nennen ist ferner das Institut der *Einziehung* (vgl. Art. 35 FINMAG), das gemäss Gesetzgeber ebenfalls die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sicherstellt[1532]. Ganz im Vordergrund steht dabei die *Ausgleichsfunktion,* die dem Institut innewohnt; gleichsam die Herstellung eines bestimmten, hypothetischen Vermögenszustands (Parömie: ‹Unrecht soll sich nicht lohnen›)[1533]. Insofern erscheint es in einer gewissen Analogie zur erwähnten Bundesgerichtspraxis betreffend die schuldbetreibungs- und konkursrechtlichen Anfechtungstatbestände fraglich, ob mit einer (fiktiven) Verhaltensnorm, an deren Verletzung *allein* eine Einziehung anknüpft, den Rechtsunterworfenen ein uneingeschränkter Verhaltensbefehl erteilt werden soll.

Als dritte Kategorie von Verwaltungssanktionen werden schliesslich die sog. **administrativen Rechtsnachteile** angeführt. Sie haben *«den Entzug oder die Veränderung von Befugnissen oder Vorteilen, die Privaten eingeräumt worden sind»,* zum Gegenstand[1534]. Dazu gehört in erster Linie der Bewilligungsentzug nach Art. 37 FINMAG. Im Allgemeinen verfolgen administrative Rechtsnachteile alsdann zunächst exekutorische Zwecke, auch wenn keine unmittelbare Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erfolgt[1535]. Gleichzeitig werden sie *«vom Betroffenen trotz ihrer restitutorischen Wirkung vorwiegend als Strafe empfunden, da sie in der Regel pönale Elemente zur Ahndung des Fehlverhaltens enthalten»*[1536]. Droht der Gesetzgeber im Hinblick auf die Verletzung von Verhaltensnormen administrative Rechtsnachteile an (paradigmatisch den Entzug der Bewilligung *bei schweren Aufsichtsrechtsverletzungen,* vgl. Art. 37 Abs. 1 FINMAG), steht meines Erachtens das pönale Element gleichsam im Vordergrund (derweil bspw. bei einem Entzug der Bewilligung, *weil der rechtmässige Zustand nicht mehr wiederhergestellt werden kann,* von 775

1532 Vgl. Botschaft FINMAG, 2849.

1533 Vgl. Botschaft FINMAG, 2849 und 2883. Daneben wird in einem Nebensatz zwar erwähnt, dass die Einziehung die Rechtsunterworfenen auch vor einer (Aufsichts-) Rechtsverletzung abhalten soll (vgl. a.a.O., 2849). Auch dies soll freilich allein durch einen Ausgleich der unrechtmässigen Gewinne erreicht werden, so dass es sich gewissermassen um eine (nach eben erfolgten Ausführungen fragwürdige) Reflexwirkung handelt.

1534 So NIGGLI/RIEDO, BSK-KG, Vor Art. 49a-53, Rn. 29 m.w.H.; und ausführlicher dazu bspw. JAAG, FS Schmid, 562 und 567 ff.; LOCHER, Rn. 68 m.w.H.

1535 Vgl. LOCHER, Rn. 70 m.H.

1536 So LOCHER, Rn. 70 m.H.

einem exekutorischen Charakter der Sanktion auszugehen wäre, vgl. ebenda)[1537]. Ein wesentlicher Unterschied zu den pönalen Verwaltungssanktionen besteht demnach *nicht*. Damit geht grundsätzlich erneut ein generalpräventiver Zweck einher, so dass wir erneut annehmen können, dass die entsprechend bewehrten Vorschriften die Rechtsunterworfenen zu dem darin vorgesehenen Verhalten bestimmen sollen.

776 **Zusammenfassend** halten wir das Folgende fest: Von einer unbedingten Verhaltensanweisung durch eine Verhaltensnorm wird in aller Regel zunächst dann ausgegangen werden können, wenn an deren Verletzung Strafen, pönale Verwaltungssanktionen oder (im Licht eben gegebener Präzisierung) administrative Rechtsnachteile anknüpfen. Entsprechend genügen derart sanktionierte Verhaltensnormen denn auch vorne festgehaltenem Erfordernis der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung, das seinerseits für deren Schutznormeigenschaft konstitutiv ist. Auch bei exekutorischen Verwaltungssanktionen ist von einem uneingeschränkten Befehl auszugehen, allerdings stehen dabei Normen im Vordergrund, die bestimmte Zustände und nicht bestimmte Verhaltensweisen vorschreiben. *Gesamthaft* hat sich damit die Indikation bewahrheitet, wonach eine unbedingte Verhaltensanweisung angenommen werden kann, falls an die Verletzung der Verhaltensnorm Sanktionen anknüpfen[1538].

777 Im Hinblick auf die **Beispielfälle** werden die zentralen öffentlich-rechtlichen Normen überblicksartig endlich wie folgt in einer Weise sanktioniert, die diese als *Verhaltensnormen in vorne festgehaltenem, qualifizierten Sinn* ausweist:

1537 Vgl. ferner LOCHER, Rn. 205 m.H., der im Allgemeinen darauf hinweist, dass *«die administrativen Rechtsnachteile je nach Gewichtung der charakterisierenden Elemente im Einzelfall entweder vorwiegend restitutorisch oder pönal wirken»,* so dass die Rubrik als eigenständige Kategorie in Frage gestellt werden könne.

1538 Allerdings gibt es eben auch Ausnahmen. Abgesehen von den bereits erwähnten schuldbetreibungs- und konkursrechtlichen Anfechtungstatbeständen, dem Gewährsverfahren (sofern es die Organe betrifft) und der Einziehung, ist auch noch an Sanktionen zu denken, denen *ausschliesslich* spezialpräventive Zwecke innewohnen (wie z.B. tendenziell den Massnahmen nach Art. 59 ff StGB, vgl. HEER, BSK-SR I, Vor Art. 56 StGB, Rn. 5 m.H.). Deren Prämisse ist, dass durch *«Einwirkung auf den Täter selbst»* die Begehung von *zukünftigen* Taten durch *ebendiesen* Täter verhindert werden soll (nicht aber von der bereits begangenen), *insoweit* sie denn auch keine Verhaltensbestimmung *sämtlicher* Rechtsunterworfener bezweckt (vgl. STRATENWERTH, SR AT I, § 2, Rn. 20 ff., und ROXIN, SR AT I, § 3, Rn. 28 f.). Im Verwaltungsrecht werden rein präventive Massnahmen gar nicht als Sanktionen eingestuft (vgl. vorne, Rn. 770).

Im Nachgang an eine Verletzung von *Art. 11 BEHG* kann die FINMA im Prinzip sämtliche aufsichtsrechtlichen Massnahmen gemäss Art. 31 ff. FINMAG ergreifen[1539], wobei nach vorne erfolgten Ausführungen die Massnahmen nach Art. 32, 33, 34 und 37 FINMAG im Vordergrund stehen dürften. *De lege ferenda* kommen gemäss FIDLEG im Fall der Verletzung der Verhaltensregeln verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen hinzu (vgl. Art. 92 E-FIDLEG bzw. Art. 89 FIDLEG). 777.1

Blicken wir auf das *Kotierungsreglement,* ist zunächst vorauszusetzen, dass dessen Vorschriften überhaupt als Gesetzesrecht qualifizieren, damit sie als Schutznormen in Frage kommen[1540]. Alsdann steht der Schweizer Börse SIX gemäss Art. 61 KR aber ein Strauss von Sanktionen zur Verfügung, wobei in vorliegendem Zusammenhang insbesondere jene der Busse zu nennen ist (vgl. Abs. 1 Bst. 2). Den Bussen gemäss Kotierungsreglement wird (gleich wie den strafrechtlichen Bussen) generalpräventiver Charakter zugestanden[1541]. 777.2

Geldwäscherei ist schliesslich vorab strafbewehrt (vgl. Art. 305bis und Art. 305ter StGB sowie die verwaltungsstrafrechtlichen Vorschriften, welche die Pflichten gemäss GWG sanktionieren); dazu kommen bei von der FINMA beaufsichtigen Instituten die aufsichtsrechtlichen Massnahmen gemäss Art. 31 ff. FINMAG, anhand welcher auch die Vorschriften des GWG sanktioniert werden können[1542]. 777.3

B. Bestimmtheitserfordernis

Die schweizerische *Doktrin* macht die Einordnung einer Vorschrift als Schutznorm vermehrt davon abhängig, dass diese (bzw. die darin enthaltene Verhaltensbestimmung) *hinreichend bestimmt* ist[1543]. In der *Praxis* wird das Erfordernis vorab zum 778

1539 Vgl. bspw. BAHAR/STUPP, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 11 BEHG, Rn. 95; WEBER, OFK-BEHG, Art. 11, Rn. 34. (Verwaltungs-)strafrechtliche Sanktionen stehen demgegenüber nicht zur Verfügung.

1540 Vgl. dazu einlässlich hinten, Rn. 797 ff.

1541 Vgl. die verschiedenen entsprechenden H. von SIEBENECK, 178 ff., insb. i.Zh.m. mit der Revision des KR, die zu einem erhöhten Bussenrahmen führten.

1542 Das GWG gehört zu den *«Finanzmarktgesetzen»* (Art. 31 FINMAG) bzw. *«aufsichtsrechtlichen Bestimmungen»* (vgl. Art. 32 ff. FINMAG), deren Verletzung anhand der aufsichtsrechtlichen Massnahmen gemäss Art. 31 ff. FINMAG sanktioniert wird. Das ergibt mitunter die Aufzählung des GWG im Rahmen von Art. 1 FINMAG (vgl. Abs. 1 Bst. f).

1543 Vgl. HEIERLI, Rn. 581 m.w.H.; HEIERLI/SCHNYDER, BSK-OR I, 5. Aufl., Art. 41, Rn. 34 m.w.H., wobei die dort angegebene Stelle von BGE 133 III 323 *(«329 f.»)* m.E. dieses Erfordernis nicht enthält; vgl. ferner ROBERTO/RICKENBACH, ZSR 2012 I, 187; ROBERTO, Haftpflichtrecht, Rn. 04.32 und 04.34; SCHWANDER, AJP 2007, 1178; a.A. offenbar VERDE, Straftatbestände, Rn. 443. Aus dem deutschen Recht vgl. sodann insb. WAGNER,

Staatshaftungsrecht festgehalten[1544], in dessen Rahmen ebenfalls der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie gefolgt und die haftungsbegrenzende Funktion des Widerrechtlichkeitserfordernisses betont wird[1545].

779 Das Erfordernis ist meines Erachtens zu begrüssen. Wie nachfolgender Exkurs zu den ungeschriebenen Schutznormen noch näher ergeben wird, darf es dem *Richter* insbesondere angesichts der Teleologie des Verweises im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nämlich nicht offenstehen, im Bereich der Haftung für reine Vermögensschädigungen selbst Verhaltensnormen aufzustellen. Dieses Postulat wird im Prinzip unterlaufen, falls alsdann auf Schutznormen verwiesen wird, die *ihrerseits* Raum für die richterliche Erfassung zahlreicher, nicht näher bestimmter Verhaltensweisen offen lassen.

780 *Beispielhaft* verweisen wir auf folgende Vorschriften, deren Schutznormeigenschaft aufgrund des Bestimmtheitserfordernisses womöglich in Frage gestellt werden kann:

780.1 Zunächst richten wir unseren Blick auf die im Finanzmarktrecht althergebrachten *Gewährsvorschriften* (betr. Banken: Art. 3 Abs. 2 Bst. c und c[bis] BankG; betr. Effektenhändler: Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG[1546]). Diesen unterstehen gemäss dem jeweiligen Gesetzeswortlaut neben der juristischen Person als Bewilligungsträger auch deren Organe[1547] sowie die massgebenden Aktionäre (derweil sich das Gewährsverfahren als exekutorische Sanktion allein an die juristische Person richtet[1547A]). Der Gehalt der Gewährsvorschriften ist weitgehend unbestimmt; eine *«einwandfreie Geschäftstätigkeit erfordert* [schlicht] *ein korrektes Verhalten im Geschäftsverkehr»*[1548]. An Bestimmtheit gewinnen die Vorschriften erst durch die

---

MünchKommBGB, 6. Aufl., § 823, Rn. 387, der sich im Allgemeinen zurückhaltend zeigt, offener allerdings gerade mit Blick auf die Rolle der Schutznormen als Handhabe zur Ersetzung reiner Vermögensschäden; (auch insofern) kritischer gegenüber dem Erfordernis zeigt sich v.a. SPICKHOFF (in Soergel-BGB, § 823, Rn. 196 m.w.H.; sowie ausführlich in Gesetzesverstoss, 118 ff.).

1544 Vgl. BGE 118 Ib 473, E. 4a; vgl. allerdings auch noch die Praxis betr. die bankenrechtliche Gewährsvorschrift sogl. hinten, m.H.

1545 Vgl. nur POLTIER, 47 ff.

1546 Für weitere Gewährsvorschriften vgl. die Übersicht bei UHLMANN, SZW 2011, 438.

1547 Im Einzelnen vgl. betr. Banken KLEINER/SCHWOB, in: Zobl et al., Art. 3, Rn. 175 ff.; und betr. Effektenhändler Art. 23 Abs. 3 BEHV und HUBER/HSU, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 10 BEHG, Rn. 53; ferner UHLMANN, SZW 2011, insb. 440 m.w.H.

1547A Vgl. vorne, nach Rn. 774 m.H.

1548 HUBER/HSU, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 10 BEHG, Rn. 61 (betr. Effektenhändler); ebenso KLEINER/SCHWOB, in: Zobl et al., Art. 3 BankG, Rn. 191 ff. (betr. Banken; vgl. bereits die Überschrift, a.a.O., vor Rn. 191).

Rechtsordnung und in naheliegender Weise insbesondere durch die Pflichten, die das Finanzmarktrecht vorschreibt[1549] (inklusive z.B. Art 11 BEHG[1550]). Rechtstheoretisch handelt es sich *grosso modo* entsprechend um *Verweisungsnormen*. Damit kommt den Gewährsvorschriften aufgrund unzureichender Bestimmtheit *keine* Schutznormeigenschaft zu[1551], wie dies betreffend die bankenrechtliche Gewährsvorschrift nunmehr auch das Bundesgericht festgestellt hat[1552].

780.2 Sodann betrachten wir den *Grundsatz von Treu und Glauben* (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Wie bereits dargestellt, folgen wir dabei der herkömmlichen Auffassung, wonach dessen Anwendung von einer Sonderverbindung abhängig zu machen ist. Im *allgemeinen Rechtsverkehr* kommt die Vorschrift folglich schon deswegen als Schutznorm nicht in Frage. Die Schutznormeigenschaft von Art. 2 Abs. 1 ZGB wird durch das Bundesgericht mit Unterstützung der wohl vorherrschenden Doktrin allerdings im Allgemeinen abgelehnt[1553]. Als Begründung wird vorab angeführt, dass die Vorschrift eben keine ‹Jedermannsbeziehungen› regle[1554]. Allerdings besteht gemäss schweizerischem Recht Anspruchskonkurrenz zwischen Vertrags- und Deliktsrecht, so dass der Grundsatz von Treu und Glauben *innerhalb seines Anwendungsbereichs* durchaus als deliktische Schutznorm zum Zug kommen könnte[1555]. Meines Erachtens scheitert eine Inbezugnahme des Grundsatzes von Art. 2 Abs. 1 ZGB als Schutznorm demnach vielmehr am Bestimmtheitsgebot. Im Sinn nachfolgend sogleich noch zu präzisierender Überlegungen muss es dem Richter nicht nur versagt sein, sich im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR auf ungeschriebene Schutznormen zu berufen, sondern auch auf derart unbestimmte Normen wie die (in der deutschen Doktrin so referenzierte) ‹königliche Generalklausel›. Dabei besteht übrigens durchaus eine gewisse Parallele zu den Gewährsvorschriften. Zur Begründung von deren Unbestimmtheit haben

1549 Vgl. KLEINER/SCHWOB, in: Zobl et al., Art. 3 BankG, Rn. 191 (zum BankG); HUBER/HSU, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 10 BEHG, Rn. 61 (zum BEHG); gleichsam in vorliegendem Zusammenhang sodann HEIERLI, Rn. 941 m.w.H.; oder HEINZER, Rn. 364.

1550 Vgl. die H. auf Entscheide (noch) der EBK bei HUBER/HSU, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 10 BEHG, Rn. 61.

1551 Vgl. HEIERLI, Rn. 941 m.w.H.; HEINZER, Rn. 364; a.A. allerdings WICKI, 104 ff.

1552 Vgl. Entscheid 4A_54/2008 vom 29. April 2008, E. 5.3.4.

1553 Ausdrücklich insb. in BGE 124 III 297, E. 5c; aus der Literatur vgl. – neben den im Entscheid Zitierten – bspw. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, Art. 2 ZGB, Rn. 136 m.w.H. auch auf frühere Entscheide; REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Rn. 719 m.w.H.; für eine Übersicht zum Meinungsstand vgl. VERDE, Straftatbestände, Fn. 1348.

1554 Vgl. insb. HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 2 Rn. 7; so ferner wohl auch BGE 124 III 297, E. 5c.

1555 Vgl. näher dazu hinten, Rn. 829 ff.

wird unter anderem vermerkt, dass sie letztlich nur auf andere Vorschriften verweisen. Bei Art. 2 Abs. 1 ZGB handelt es sich nach vorne erfolgten Darstellungen seinerseits um eine an den Richter gerichtete Ermächtigungsnorm. Diese ist durch den Richter gleichermassen durch Wertungen auszufüllen, die *ausserhalb* der Regelung selbst liegen (wie wohl er dabei gemäss hier vertretener Auffassung grundsätzlich keine materialen Gerechtigkeitsüberlegungen anstellen sollte).

780.3 Auch das zukünftige *FIDLEG* enthält gemäss dem bundesrätlichen Entwurf Vorschriften, die dem Richter weitgehend freie Hand lassen würden und demnach dem Bestimmtheitsgebot nicht zwingend genügen. Beispielhaft sei die allgemeine ‹Programmvorschrift› des Art. 8 Abs. 2 E-FIDLEG genannt, wonach Finanzdienstleister beim Erbringen ihrer Dienstleistungen *«im bestmöglichen Interesse ihrer Kundinnen und Kunden und mit der erforderlichen Fachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit»* handeln sollen[1555A].

780.4 *Art. 11 BEHG* ist demgegenüber jedenfalls im Hinblick auf die Regelungsgehalte, die je *«insbesondere»* aufgeführt werden (vgl. Abs. 1 Bst. a., b und c.), als hinreichend bestimmt anzusehen[1556], zumal mit den Verhaltensregeln für Effektenhändler bei der Durchführung des Effektenhandelsgeschäftes der Schweizerischen Bankiervereinigung ein Regelwerk zur Verfügung steht, das zu dessen Konkretisierung beigezogen wird (und von der FINMA nunmehr auch als sog. ‹Mindeststandard› anerkannt ist)[1557].

781 Im Licht dieser Beispiele dürften die erwähnten teleologischen Vorgaben dahingehend etwas präzisiert werden können, dass Gesetzesbestimmungen dem Bestimmtheitserfordernis tendenziell dann nicht genügen, wenn sie bereits so konzipiert sind, dass sie *keinen eigenen* Regelungsgehalt haben, sondern durch andere Vorschriften und/oder ‹externe Wertungen› ausgefüllt werden müssen. Ferner könnte eine Rolle spielen, ob sie eine *konkrete* Tätigkeit regeln oder nur das Auftreten im Geschäftsverkehr *im Allgemeinen* (selbst wenn dies mit Blick auf eine bestimmte Rolle des Normadressaten erfolgt, wie exemplarisch im Fall von Art. 8 Abs. 2 E-FIDLEG)[1558].

[1555A] Die Vorschrift findet sich im verabschiedeten Gesetz nicht mehr wieder.

[1556] Vgl. in der Sache auch WYSS, 86 f. (insb.: *«Das Gesetz* [..] *erwähnt* [..] *nicht nur die Informations-, Sorgfalts- und Treuepflicht, sondern liefert bereits selbst aufschlussreiche Interpretationen jeder einzelnen Pflicht»*); in der Tendenz anders aber WIEGAND/BERGER, ZBJV 1999, 739.

[1557] Vgl. dazu auch noch hinten, nach Rn. 810.

[1558] Das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot, das auf dem Legalitätsprinzip (vgl. Art. 5 Abs. 1 BV) beruht (vgl. EPINEY, BSK-BV, Art. 5, Rn. 44 m.H.), dürfte dggü. nicht weit genug gehen. Gemäss der Einschätzung von SPICKHOFF (zum deutschen Verfassungs-

Im Einzelnen sind die Grenzen freilich schwer zu ziehen[1559], so dass das Bestimmtheitserfordernis *in Zweifelsfällen nicht den Ausschlag geben sollte*. Insbesondere besteht die Gefahr, dass mit dem Hinweis darauf Wertungen verschleiert werden, die das Erfordernis an sich nicht zum Ausdruck bringt[1560]. 782

C. Auslegung öffentlich-rechtlicher Schutznormen

Im Zusammenspiel von öffentlichem und privatem Recht stellt sich die Frage, nach welchen Grundsätzen die *öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen auszulegen* sind. Sie wird vorab dann aktuell werden, wenn das angestammte Rechtsgebiet sog. *‹Auslegungsschranken›* kennt. Paradigmatisch dafür steht das strafrechtliche Analogieverbot, an dem sich die Diskussion denn auch vorab entfacht hat. Ferner ist es denkbar, dass das öffentliche Recht und das Privatrecht dieselben Begriffe verwenden, die allerdings in dem jeweiligen Rechtsgebiet je anders auszulegen sind[1561]. 783

Nach meinem Dafürhalten ergibt sich die Antwort bereits klar aus dem vorne angedachten Erfordernis der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung. So sorgen eben die *öffentlich-rechtlichen Vorschriften* für die Begrenzung der Handlungsfreiheit des Schädigers. Diese wird beispielsweise auch dadurch gewahrt, dass strafrechtliche Vorschriften nicht in analoger Weise zur Füllung etwaiger Gesetzeslücken beigezogen werden. Ebenso sind die Begrifflichkeiten des angestammten Rechtsgebiets entscheidend. Schränken diese die Handlungsfreiheit des Schädigers weniger 784

---

recht) dürfte diesem selbst eine deliktische Generalklausel noch genügen (vgl. Gesetzesverstoss, 121 f.), die ihrerseits die eben erwähnten teleologischen Vorgaben gerade nicht erfüllt. Wenn allerdings strafrechtliche Normen in Bezug genommen werden, könnte man sich m.E. aber fragen, ob das *in casu* fragliche Bestimmtheitserfordernis durch das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot abgegolten wird (Art. 1 StGB).

1559 Vgl. bspw. jüngst auch Entscheid 2c_867/2015 vom 13. Dezember 2016, E. 3.2.1., wo das Bestimmtheitsgebot, wie es aufgrund des Legalitätsprinzips (vgl. Art. 5 Abs. 1 BV) im Allgemeinen geboten ist, behandelt wird. Dabei betont das Bundesgericht, dass dessen Gehalt nicht abstrakt, sondern allein mit Blick auf den konkreten Fall bestimmt werden kann.

1560 Wie dies SPICKHOFF der deutschen Gerichtspraxis vorwirft (Gesetzesverstoss, 122).

1561 Ein Beispiel stellt die Notion des Vermögensschadens dar, die im Strafrecht unterschiedlich bestimmt wird (vgl. vorne, Fn. 506). Im Allgemeinen wird die grundsätzliche Unabhängigkeit des Strafrechts vom Zivilrecht mit der Konsequenz potentiell divergenter Begriffe in der Schweizer Literatur vorab von CASSANI, Protection pénale, 51 ff., festgehalten (vgl. ferner den rechtsvergleichenden Abriss bei DERS., 28 ff. m.w.H.; zum deutschen Recht WITTIG, 190 m.w.H.; sowie die allgemeinen Ausführungen zur sog. ‹Relativität der Rechtsbegriffe› von TROXLER, Universalität, Rn. 62 ff.).

stark oder stärker ein, ist dies bei der Auslegung der Vorschrift zu berücksichtigen, (auch) wenn sie in den Haftungstatbestand Eingang findet.

785 Mit Blick auf das strafrechtliche Analogieverbot[1562] im Besonderen ist damit der deutschen Gerichtspraxis entsprochen[1563], wobei der Bundesgerichtshof unter anderem das Erfordernis der *Rechtssicherheit* betont, das seinerseits mit dem Erfordernis der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung korrespondiert[1564]. ANDREAS SPICKHOFF weist zudem in meines Erachtens zutreffender Weise darauf hin, dass die Gefahr besteht, wonach der Richter mittels (im Strafrecht unzulässiger) Analogien *ungeschriebene Schutznormen* schaffen kann, wie dies gemäss nachfolgenden Ausführungen auch im schweizerischen Recht nicht zulässig sein soll. Soll zwecks Bestimmung des widerrechtlichen Verhaltens im Fall reiner Vermögensschädigungen auf ausserdeliktsrechtliche Gesetzesvorschriften abgestellt werden, geht es nicht an, diese im Hinblick auf deren privatrechtliche Wirkung *modifiziert* anzuwenden.

Aus der Schweizer Doktrin setzt sich vorab MICHEL VERDE mit der Frage auseinander[1565]. Er spricht sich gegen eine Berücksichtigung des Analogieverbots im Deliktsrecht aus. Dabei argumentiert er in der Sache im Wesentlichen mit dessen ‹Sanktionsspezifität›. Abgesehen davon, dass wir diesem Kriterium – wie wir noch zeigen werden – nur eine eingeschränkte Bedeutung beimessen, hat dieses in vorliegender Situation nach meinem Dafürhalten vor den eben angesprochenen (grundlegenden) Argumenten zurückzutreten. VERDE wird diesen Argumenten indessen nicht zwingend folgen, da er auch die autonome Setzung von Schutznormen durch den Richter für zulässig erachtet[1566].

786 Geht es weiter um die Auslegung gleicher Begriffe mit je nach Rechtsgebiet unterschiedlicher Bedeutung, grenzt das Bundesgericht, wenn es um die Inbezugnahme des strafrechtlichen Vorsatzes geht, Eventualvorsatz und bewusste Fahrlässigkeit nach *strafrechtlichen* Kriterien ab, ohne sich auf die (spärliche) zivilrechtliche Diskussion zu beziehen[1567]. Dem ist nach eben erfolgten Ausführungen ebenfalls zuzustimmen. Wenn das Bundesgericht aber in Hinsicht auf den Beweis der Tatsachen, die dem Tatbestandsmerkmal des (Eventual-)Vorsatzes zu Grunde liegen, auf den

---

1562 Vgl. dazu m. zahlreichen H. auf die Gerichtspraxis bspw. DONATSCH, OFK-StGB, Art. 1, Rn. 27.

1563 Vgl. BGH, NJW 1978, 1856.

1564 Vgl. sogl., Rn. 790 ff. m.H.

1565 Vgl. Straftatbestände, Rn. 438 ff.

1566 Vgl. für entsprechende H. hinten, Fn. 1571.

1567 Vgl. Entscheid 4A_594/2009 vom 27. Juli 2010, E. 3.5; auf die entsprechende Begebenheit weist auch VERDE, Straftatbestände, Rn. 527, hin. Zu beachten ist jedoch, dass sich zwischen Zivil- und Strafrecht keine Unterschiede ergeben, wenn man jeweils der h.A. folgt, vgl. DERS., a.a.O., Rn. 515 m.H.

Grundsatz *‹in dubio pro reo›* abstellt, geht es dagegen zu weit. Diese Beweisregel gilt im Zivilverfahren nicht[1568].

Kurzum sind öffentlich-rechtliche Schutznormen nach den Grundsätzen auszulegen, die in ihrem angestammten Rechtsgebiet gelten. Dazu gehört im Übrigen selbstredend auch, dass etwaige Konkretisierungen auf Verordnungsstufe oder – im Fall einer Validierung durch den (staatlichen) Gesetzgeber – auf Stufe Selbstregulierung zu beachten sind[1569]. 787

D. Exkurs: Ungeschriebene Normen und private Regelwerke als Schutznormen

Wie erwähnt lässt das Bundesgericht die Möglichkeit offen, dass auch *‹ungeschriebene›, durch den Richter gebildete Verhaltensnormen* als Schutznormen im Sinn von Art. 41 Abs. 1 OR durchgehen[1570]. In der Doktrin findet diese Praxis weitgehend Zustimmung[1571]; wobei sie bisweilen gleichsam als entscheidender Anknüpfungspunkt für die Fälle angesehen wird, in denen das Deliktsrecht (angeblich[1572]) ‹unhaltbare Haftungslücken› aufweist[1573]. 788

Meines Erachtens sprechen gute Gründe dafür, dem Richter diese Möglichkeit *nicht* an die Hand zu geben. Diese werden nachfolgend kurz dargestellt. Sie richten sich im Übrigen *auch* gegen jene Stimmen, die im Sinn der ‹dritten Widerrechtlichkeitstheorie› dem Richter von vorneherein die Möglichkeit einräumen, autonom Sorgfaltspflichten aufzustellen[1574]. In der Folge widmen wir uns ferner der Frage, ob sog. *‹private Regelwerke›* als Schutznormen beigezogen werden können. Diese hängt mit ersterer Frage *nota bene* zusammen. 789

1568 So zu Recht VERDE, Straftatbestände, Rn. 527 und 619 m.w.H.; ferner BREHM, BK, Art. 53 OR, Rn. 15.

1569 Vgl. auch HEIERLI, Rn. 559 m.H. auf die deutsche Doktrin.

1570 Vgl. insofern nur den durch das Bundesgericht regelmässig verwendeten Textbaustein vorne, Rn. Rn. 708 m.H. sowie als Beispiel die (deliktische) Haftung für Rat und Auskunft (vgl. dazu näher sogl.). Für w.H. aus der Praxis vgl. HEIERLI, Rn. 558; VERDE, Straftatbestände, Rn. 416.

1571 Vgl. nur VERDE, Straftatbestände, Rn. 416 m.w.H.; sowie ferner die w.H. bei HEIERLI, Rn. 558.

1572 Vgl. dazu vorne, Rn. 714.

1573 Vgl. insb. STÖCKLI, FS Riklin, 239 f. Die (an anderem Ort bereits zit.) Wendung der ‹unhaltbaren Haftungslücke› entstammt CARTIER, Rn. 198.

1574 Vgl. zum Gleichlauf der beiden Auffassungen bspw. auch ROBERTO, GesKR 2006, 152; TROXLER, Universalität, Rn. 365.

790 Wie bereits erwähnt, dürften zunächst der Gesetzgebungsgeschichte keine entscheidenden Hinweise zu entnehmen sein, die für oder gegen **ungeschriebene Schutznormen** sprechen[1575]. Wie ebenfalls bereits erwähnt, mögen etwaige Haftungslücken rechtspolitisch alsdann zwar unbefriedigend sein. Sobald dabei materiale Gerechtigkeitsüberlegungen auf dem Spiel stehen, ist das im Licht des freiheitlichen Charakters der schweizerischen (allgemeinen Haftpflicht-)Rechts-ordnung im Grundsatz allerdings *hinzunehmen;* die Begründungslast liegt bei jenen, die sich auf die unbefriedigende Situation berufen. Entsprechend finden Argumente, die darauf abstellen, dass (i) derartige Haftungslücken bestehen, und (ii) das Deliktsrecht zu deren Ausfüllung das geeignete Regime sei, so dass (iii) diese Haftungslücken gemäss Deliktsrecht zu füllen seien[1576], *de lege lata* grundsätzlich *keine Unterstützung*.

791 Meines Erachtens ist die *haftungsbegrenzende Funktion* entscheidend, die dem Widerrechtlichkeitserfordernis durch die Praxis und die vorherrschende Doktrin jedenfalls im Bereich der Haftung für reine Vermögensschädigungen prinzipiell durchaus zugedacht wird (wie wohl alsdann regelmässig keine näheren Präzisierungen erfolgen)[1577]. Sie trachtet danach, die Handlungsfreiheit der Rechtsunterworfenen im Wirtschaftswettbewerb zu wahren. Dazu sind *gesetzliche* Schutznormen erforderlich, und zwar unbesehen davon, ob man der vorliegend vertretenen Auffassung folgt und das Erfordernis der vorbestehenden Verhaltensbestimmung auf den Schild hebt oder die (zumindest potentielle) Handlungsfreiheit der Rechtsunterworfenen bereits als durch eine Inbezugnahme der objektiven Verhaltensanforderungen für hergestellt erachtet. Bietet das Deliktsrecht demgegenüber dafür Hand, dass der *Richter selbst* Verhaltensnormen aufstellen kann, fällt die haftungsbegrenzende Funktion des Widerrechtlichkeitserfordernisses, so wie sie vorne stehend dargestellt wurde, weitgehend weg. Dem (potentiellen) Schädiger wird gerade kein Rechtskreis mehr zugestanden, in dem er sich gesichert frei bewegen kann, sondern er muss stets damit rechnen, dass ihm für gewisse, bis anhin ‹rechtlich ungetestete› Verhaltensweisen eine Haftpflicht auferlegt wird[1578]. Damit in der Sache übereinstimmend weist CHRISTIAN HEIERLI auf das *Rechtssicherheitsgebot* hin[1579].

1575 Vgl. vorne, Rn. 716 ff.

1576 Dahingehend bspw. SCHWENZER, OR AT, Rn. 52.03.

1577 Vgl. dazu und zum Folgenden vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 2.

1578 Vgl. – zum deutschen Recht – bspw. PICKER, JZ 1987, 1047, der zutreffend darauf hinweist, dass daran auch etwaige doktrinäre ‹Strukturierungsversuche› nichts zu ändern vermögen (für die Bildung von Fallgruppen spricht sich in der Schweiz dggü. bspw. CARTIER, Rn. 361 f., aus); ferner SCHWITANSKI, 252 f. m.w.H. In Deutschland wird die Schutzgesetzeigenschaft von (gewohnheits- oder richterrechtliche) sog. Verkehrspflichten sodann überwiegend abgelehnt, wobei natürlich die Begründung besonders nahe liegt,

Zudem ist an das *‹Regelungsprärogativ› des Gesetzgebers* zu erinnern, dem in einer freiheitlichen Ordnung (wie sie das schweizerische (allgemeine) Deliktsrecht darstellt[1580]) Nachachtung zu verschaffen ist, sobald es um den Erlass von Regelungen mit materialem Gerechtigkeitsgehalt geht[1581]. Solche haben die Vertreter ungeschriebener Schutznormen aber im Sinn, wenn sie die bereits erwähnten (angeblichen) Haftungslücken bemängeln. 792

Insgesamt besteht für ungeschriebene Schutznormen meines Erachtens demnach *kein Raum*[1582], wobei dazu zusätzlich Folgendes zu vermerken ist: 793

Zunächst könnte man mit Rücksicht auf die bereits erwähnte Arbeit von MARIETTA AUER einwenden, dass im Fall von Generalklauseln auf der materiellen, formellen und institutionellen Ebene ein grundsätzlich nicht auflösbares Spannungsfeld besteht, in dem im Einzelfall allerdings ein Ausgleich zu finden ist[1583]. Die Möglichkeit zur Bildung ungeschriebener Schutznormen könnte dabei gewissermassen als *‹Restanz› der ursprünglichen Generalklausel* angesehen werden. Allerdings gilt im Rahmen der nach herrschender Lehre und Gerichtspraxis ausge- 793.1

dass bereits in § 823 Abs. 2 BGB nur von ‹(Schutz-)Gesetzen› die Rede ist (vgl. STÖCKLI, FS Riklin, 235 ff. m.H., ferner ist vorab der H. von WAGNER zu erwähnen, dass auch aus der Praxis kein Fall bekannt sei, in dem derartige Verkehrspflichten als Schutzgesetze rubriziert worden sind, vgl. MünchKommBGB, 6. Aufl., § 823, Fn. 1739 (Rn. 397) m.w.H.; vgl. ferner nur SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 61; oder KAROLLUS, Haftung aus Schutzgesetzverletzung, 27 ff.; anders schätzt den deutschen Rechtsbestand offenbar VERDE ein [vgl. Rn. 415]).

1579 Vgl. Rn. 567 m.H.; ferner SCHIEMANN, HKK-BGB, §§ 823–830, 840, 842–853, Rn. 25, wenn er zum deutschen Recht festhält, dass ‹die Schadenersatzverpflichtung wegen eines Verstosses gegen ein Schutzgesetz (§ 823 Abs. 2 BGB) vielfach keine schwierigen richterlichen Wertungen erfordert›; vgl. allgemein auch bereits vorne, Rn. 417 ff.

1580 Vgl. vorne, Rn. 411 m.H.

1581 Vgl. vorne, insb. Rn. 424. Die Bedeutung des Gewaltenteilungsprinzips wird im vorliegenden Zusammenhang im Allgemeinen denn auch regelmässig betont (für H. vgl. vorne, Fn. 808), wohlgemerkt auch durch Autoren, die andererseits ungeschriebenen Schutznormen unkritisch gegenüberstehen (so namentlich VERDE, Straftatbestände, zum einen Rn. 343, und zum andern Rn. 416 und 679).

1582 So im Ergebnis auch BGE 87 II 40 (vgl. die bereits ausgeführte Stelle vorne, Rn. 417). Aus der Literatur vgl. bereits W. BURCKHARDT, ZStrR 1902, 238; vgl. bspw. auch OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, Vorbem. zu Art. 41–61, Rn. 14 (die dort als Ausnahmen benannten Vorschriften von Art. 48 aOR [der später ohnehin durch das UWG ersetzt wurde] und Art. 52 OR ändern daran für vorliegende Zwecke nichts) und Art. 41, Rn. 13; aus der neueren Zeit tendenziell ferner HEIERLI, Rn. 566 ff; LOSER-KROGH und im Anschluss an diesen weitere Autoren (vgl. für H. vorne, Fn. 808). Rechtsvergleichend vgl. neben den H. zum deutschen Recht in Fn. 1578 bspw. KAROLLUS, 35 f. (zum österreichischen Recht).

1583 Vgl. vorne, Rn. 601 m.H.

legten Vorschrift von Art. 41 Abs. 1 OR heute die objektive Widerrechtlichkeitstheorie (inkl. der dabei impliziten Funktion der Haftungsbegrenzung bei reinen Vermögensschädigungen)[1584]. Zudem dient das schweizerische allgemeine Deliktsrecht, das zuvorderst durch den Grundtatbestand von Art. 41 Abs. 1 OR ausgestaltet wird, *nicht* der Herstellung materialer Gerechtigkeit[1585]. Damit schlägt das Pendel zu Gunsten einer freiheitlichen Ordnung sowie von Rechtssicherheit und Gesetzesbindung aus (und gleichermassen zu Lasten materialer Gerechtigkeit, Einzelfallgerechtigkeit und richterlicher Flexibilität).

793.2 Sodann hat der Richter durchaus die Möglichkeit, ungeschriebene Normen im Rahmen zulässiger Rechtsfortbildung gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB zu finden[1586]. Dabei ist freilich zu beachten, dass angesichts der freiheitlichen Ordnung, die das schweizerische allgemeine Deliktsrecht zu verwirklichen bestrebt ist, mit der bereits im Zusammenhang mit dem Vertragsrecht angemahnten Zurückhaltung zu verfahren ist, zumal mit Art. 41 Abs. 2 OR bereits eine Vorschrift mit Ergänzungsfunktion zur Verfügung steht.

793.3 Betreffend das praktische Paradigma einer ungeschriebenen Schutznorm, der Haftung für Rat und Auskunft, wird in der Literatur zutreffend auf die Möglichkeit hingewiesen, diese *vertraglich* zu erfassen[1587]. In vorne ausgeführter Stelle aus dem *Leading Case* BGE 57 II 81 wird wohlgemerkt der Vorbehalt angebracht, wonach es ja dem ‹Willen› des Schädigers obliege, sich auf eine Antwort einzulassen[1588]. Alsdann scheint es meines Erachtens naheliegend, zumindest gemäss dem Vertrauensprinzip davon auszugehen, dass er sich zu einer wahrheitsgetreuen Beantwortung der Frage verpflichten will, wenn er tatsächlich Auskunft gibt[1589]. Wenn aber derart von einer vertraglichen Pflicht ausgegangen werden könnte, würde *kein Raum für das Deliktsrecht* bestehen, da aus der Verletzung vertraglicher beziehungsweise allgemeiner autonom gesetzten Pflichten (die nicht Gegenstand einer Schutznorm sind) grundsätzlich keine Widerrechtlichkeit folgt[1590].

1584 Vgl. dahingehend auch HEIERLI, Rn. 566.

1585 Vgl. vorne, Rn. 411 m.H.

1586 Vgl. insb. BREHM, BK, Art. 41 OR, Rn. 51b f.; und im Anschluss daran HEIERLI, Rn. 568 m. Fn. 1440 m.w.H.; ferner bspw. LOSER-KROGH, ZSR 2003 II, 149.

1587 Vgl. OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16, Rn. 117 inkl. Fn. 187.

1588 Vgl. vorne, Rn. 719.

1589 Vgl. auch bereits vorne, Rn. 625. Im Gegensatz zu ausservertraglichen Beziehungen, in deren Rahmen die sog. ‹Betrugsschranke› überschritten werden muss (vgl. vorne, Rn. 415 f.), können folglich auch fahrlässige Falschauskünfte Pflichtverletzungen darstellen.

1590 BGE 74 II 23, E. 1b (vgl. auch bereits die Regeste: *«Unerlaubte Handlung nach Art. 41 OR liegt nicht vor bei blosser Verletzung einer Vertragspflicht»*); ferner Entscheid

Schliesslich ist die Haftungsbegründung aufgrund heteronomer Schutznormen auch *kein Zufallsprodukt,* dessen Beistellung von einem etwaigen Tätigwerden des Gesetzgebers abhängig ist[1591]. Vielmehr handelt es sich um einen – nach eben vorgenommenen Überlegungen – wohlbegründeten Entscheid der Schweizer Deliktsrechtsordnung, zur Begründung der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 Abs. 1 OR im Fall reiner Vermögensschädigungen (nur) auf eben solche (heteronomen) Schutznormen zu verweisen[1592]. Die vorne gegebenen Gründe widerlegen mithin auch das Argument der Zufälligkeit, so dass nach alledem an der Ablehnung ungeschriebener Schutznormen festzuhalten ist. 793.4

Was den zweiten Gegenstand des vorliegenden Exkurses betrifft, namentlich die Behandlung von **Vorschriften aus privaten Regelwerken als Schutznormen**, ist zunächst Folgendes zu beachten: Stellt man sich (entgegen den eben erfolgten Überlegungen) auf den Standpunkt, dass es dem Richter gestattet ist, ungeschriebene Schutznormen zu bilden, dürfte er als solche im Prinzip *auch private Regelwerke* beiziehen können. Es verhält sich dann ähnlich wie mit dem Beizug privater Regelwerke im Rahmen des Verschuldenserfordernisses[1593]. Das wird in der Literatur recht selten gesehen[1594], in zutreffender Weise aber beispielsweise von VITO ROBERTO festgehalten[1595]. 794

4C.311/2001 vom 24. Januar 2002, E. 2b m.w.H. Aus der Literatur BREHM, BK, Art. 41 OR, Rn. 38; FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, Rn. 298; HEIERLI, Rn. 560 m.w.H.; KESSLER, BSK-OR I, Art. 41, Rn. 34a und 35; MÜLLER-CHEN, Probleme, 15; SCHWENZER, OR AT, Rn. 50.06. Solche Pflichten entstammen gleichsam nicht der heteronomen Rechtsordnung, die das Bundesgericht in seiner regelmässig verwendeten Textbaustelle (vgl. vorne, Rn. 408 m.H.) in Bezug nimmt (vgl. auch HEIERLI, Rn. 562). Das entspricht auch der Rechtslage in Deutschland, wobei insofern (wiederum) vorab auf die explizite Inbezugnahme von ‹Gesetzen› im Rahmen von § 823 Abs. 2 BGB verwiesen werden kann; vgl. alsdann nur SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 75 f. m.w.H.; WAGNER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 823, Rn. 396 m.w.H.

1591 So aber ein weiterer Vorwurf der Proponenten ungeschriebener Schutznormen vgl. insb. CARTIER, 199 und 202 m.w.H.

1592 Ähnlich auch VERDE, Straftatbestände, Rn. 376.

1593 Vgl. dazu noch hinten, insb. 2. Teil / 4. Kapitel / II.

1594 Ein besonderer Beleg dafür sind Äusserungen von Autoren, die zum einen die richterliche Bildung ungeschriebener Schutznormen für zulässig erachten und zum andern ablehnen, dass eine Verletzung privatrechtlicher Regelwerke widerrechtlich im Sinn von Art. 41 Abs. 1 OR sein kann (so bspw. VERDE, Straftatbestände, zum einen Rn. 416 und 679; und zum andern Rn. 417 [‹kein Fundament für die Widerrechtlichkeit›]).

1595 GesKR 2006, 152 f.; für weitere H. auf entsprechende Äusserungen von ROBERTO vgl. DAENIKER, GesKR 2006, 146; vgl. ferner die H. bei HEIERLI, Rn. 563.

795 Abgesehen davon wird der Schutznormcharakter von privaten Regelwerken in der höchstrichterlichen Praxis[1596] *und* der Doktrin[1597] *zu Recht abgelehnt*. Das ergibt sich schon nur daraus, dass es sich dabei eben um *autonom gesetzte* (vertragliche oder verbandsrechtliche) Pflichten handelt, denen der heteronome Charakter abgeht, der Schutznormen auszeichnet[1598]. Ferner haben private Regelwerke auch nicht die Qualität staatlicher Gesetze[1599], wobei es sich – wie die voranstehenden Überlegungen zur Möglichkeit ungeschriebener Schutznormen ergeben haben – ebenfalls um eine Eigenschaft handelt, die Schutznormen im Sinn des Schweizer Deliktsrechts aufweisen müssen[1600].

796 Im Umfeld der sog. *‹regulierten Selbstregulierung›* schliesst daran die Frage an, ob einem *bestimmten* Regelwerk Gesetzescharakter beziehungsweise – um anzuzeigen, dass es nicht um die Hierarchiestufe der Regelung geht – *Rechtssatzcharakter* zukommt. Im Gegensatz zur sog. ‹freien Selbstregulierung› wirkt der Staat bei der regulierten Selbstregulierung mit, indem er an die Regelwerke, die ihrerseits durch Private erlassen werden, allgemein gesprochen gewisse Vorgaben heranträgt[1601]. Die Frage ist für jedes Regelwerk individuell zu beantworten.

797 Sie stellt sich mit Blick auf die Beispielfälle besonders akzentuiert in Bezug auf das *Kotierungsreglement*, zumal der Geschädigte seinen Haftungsanspruch im Ad hoc-Publizitätsfall gleichsam aus einer Verletzung von dessen Vorschriften ableitet. Die Diskussion um die Rechtsnatur des Kotierungsreglements wird – gerade im Hinblick auf die Einordnung von Art. 53 KR als Schutznorm – relativ einlässlich geführt. Wir beschränken uns im Folgenden auf einige Hinweise.

Eine weitere Diskussion betrifft im Übrigen die Problematik, ob die Bestimmungen des Kotierungsreglements als öffentliches Recht oder als Privatrecht qualifizieren[1602]. Eine

---

1596 Vgl. Entscheid 4A_594/2009 vom 27. Juli 2010, E. 3.4.

1597 Vgl. HEIERLI, Rn. 562 m.w.H.; KESSLER, BSK-OR I, Art. 41, Rn. 35; ROBERTO/RICKENBACH, ZSR 2012 I, 192; VERDE, Straftatbestände, Rn. 417 m.w.H.; ferner bspw. die Autoren, die den Gesetzes- und alsdann den Schutznormcharakter des Kotierungsreglements ablehnen, so insb. DAENIKER, GesKR 2006, 145 f. m.w.H. (für weitere H. auf entsprechende Äusserungen von DAENIKER vgl. ROBERTO, GesKR 2006, 150).

1598 Vgl. eben vorne, Rn. 793.4 m.H.

1599 Vgl. nur BGE 132 III 285, E. 1.3 m.H.

1600 Vgl. dazu, dass in diesem Zh. bisweilen auch das Begriffspaar ‹heteronom› und ‹autonom› verwendet wird, i.Ü. bereits vorne, nach Rn. 158.

1601 Vgl. zu der Unterscheidung bspw. JUTZI, 202 ff. m.H., der ferner auf alternative Bezeichnungen verweist.

1602 Vgl. dazu insb. BÜHLER, Rn. 1050 ff.; vgl. ferner MAURER/VON DER CRONE, SZW 2011, 405; WATTER/REICHENBERG, AJP 2005, 981 m.w.H.

Einordnung als öffentliches Recht wäre dabei auch dann *nicht* ausgeschlossen, wenn sich herausstellen sollte, dass es sich dabei nicht um Rechtssätze sondern um autonom gesetzte Regeln handelt. So gibt es bekanntlich (auch) verwaltungsrechtliche Verträge, die ihrerseits begriffsnotwendig dem öffentlichen Recht zuzurechnen sind[1603]. Im Fall einer Qualifikation als Rechtssätze wären die Bestimmungen gemäss den herkömmlichen Abgrenzungskriterien *prima vista* hingegen wohl dem öffentlichen Recht zuzuordnen[1604]. Für die Schutznormeigenschaft der Bestimmungen ist jedoch deren *Rechtssatzcharakter* entscheidend, zumal Vorschriften des öffentliches Rechts *sowie* des Privatrechts als Schutznormen in Frage kommen[1605].

798 Das *Bundesgericht* hat die Frage nach der Rechtsnatur des Kotierungsreglements vor einigen Jahren in einem publizierten Entscheid *ausdrücklich offengelassen,* derweil das Zürcher Obergericht als Vorinstanz diesem noch Rechtssatzcharakter zugestanden hatte[1606]. Die *Literatur* ist gespalten[1607]. Sowohl die Äusserungen aus der Praxis sowie – bis auf zwei[1608] – auch jene aus der Literatur sind allerdings zur Rechtslage *vor* Inkrafttreten des FinfraG ergangen. Dieses Gesetz hat das BEHG per 1. Januar 2016 teilweise ersetzt und regelt nunmehr unter anderem die Börsenaufsicht. Dabei stipuliert es nunmehr insbesondere auch die staatlichen Vorgaben an das Kotierungsreglement (beziehungsweise *allgemeiner* an die Kotierungsreglemente, welche die in der Schweiz bewilligungspflichtigen Börsen zu erlassen haben).

799 Das FinfraG steckt *gewisse ‹Eckwerte›*[1609] betreffend den *Inhalt* des Kotierungsreglements ab. Dabei finden sowohl Informationspflichten als auch (Dauer-)Pflichten zur Aufrechterhaltung der Kotierung ausdrücklich Erwähnung (vgl. Art. 35 Abs. 2 Bst. b und c FinfraG). Die Pflicht, das Anlegerpublikum nicht nur mit regelmässigen sondern im Fall relevanter Entwicklungen auch mit anlassbezogenen Informationen

---

1603 Vgl. dazu allein HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 1286 FF. inkl. H. zu deren Abgrenzung zu den privatrechtlichen Verträgen.

1604 Vgl. im Ergebnis auch BÜHLER, Rn. 1050 ff.

1605 Vgl. den durch das Bundesgericht regelmässig verwendeten Textbaustein vorne, Rn. 708 m.H.

1606 Vgl. BGE 137 III 37, E. 2.1.

1607 Vgl. etwa die Übersichten zum Meinungsstand in BGE 137 III 37, E. 2.2.1, sowie bei BÜHLER, Rn. 1047 f.; für eine vertragliche Qualifikation ferner bspw. PETITPIERRE-SAUVAIN, FS Forstmoser, Fn. 43 (552); und nunmehr A. SCHOTT/WINKLER, SK-FinfraG, Art. 27, Rn. 23 m.H; für eine gesetzliche Qualifikation ferner bspw. ROBERTO/RICKENBACH, ZSR 2012 I, 192; GRAF, AJP 2014, 515 ff.; vgl. nunmehr ferner auch BORENS/BAUMANN, SK-FinfraG, Art. 35, Rn. 7 f. m.H., die selbst keine Stellung beziehen.

1608 Namentlich jene von BORENS/BAUMANN, SK-FinfraG, Art. 35, Rn. 7 f., und jene von A. SCHOTT/WINKLER, SK-FinfraG, Art. 27, Rn. 23.

1609 So BÜHLER, Rn. 1048 und 1049 m.H.

zu versorgen, zählte wohl bereits bei Erlass des BEHG[1610] und zählt insbesondere heute[1611] ferner zu den internationalen Standards. Diesen ist gemäss Art. 35 Abs. 2 FinfraG Rechnung zu tragen[1612]. Im Prinzip erscheint die Ad hoc-Publizitätspflicht demnach als gesetzlich durchaus vorgegeben. Wie die Pflicht *inhaltlich auszugestalten* ist, lässt sich den staatlichen Vorgaben jedoch *nicht* entnehmen[1613]. Schon nur weil man demnach mit dem Bestimmtheitserfordernis in Konflikt geraten würde, bietet es sich meines Erachtens nicht an, bereits aus den *Vorgaben des FinfraG* eine Schutznorm abzuleiten. Dahingehende doktrinäre Äusserungen finden sich meines Wissens denn auch nicht[1614]. Zudem macht die Definition der inhaltlichen Eckwerte durch das FinfraG den Rechtssatzcharakter des *Kotierungsreglements selbst* noch nicht aus[1615].

1610 Die Botschaft verweist bei der Erläuterung von Art. 8 auf die einschlägigen Bestimmungen der EU (vgl. Botschaft BEHG, 1402). Bei der dort zuerst erwähnten *«Richtlinie 79/279/EWG (mit Änderung 88/627)»* handelt es sich um die EU-Börsenzulassungsrichtlinie vom 5.3.1979, die von Beginn weg eine Ad hoc-Publizitätspflicht enthielt. Aufgrund derer Umsetzung wurde bspw. in Deutschland im Jahr 1986 eine entsprechende Pflicht eingeführt (vgl. zur Rechtsentwicklung in der EU und Deutschland bspw. PFÜLLER, in: Fuchs, § 15 WpHG, Rn. 3 ff.).

1611 Neben den einschlägigen Bestimmungen der EU, die (weiterhin) eine Ad hoc-Publizitätspflicht vorsehen, sind beispielsweise die Standards der IOSCO zu nennen (vgl. JACQUELINE MORARD [damals ‹Leiterin Regulatory and Strategic Projects› der SWX], GesKR 2009, 221 f.) und, was die Ad hoc-Publizitätspflicht betrifft, insb. deren *«Principles for Ongoing Disclosure and Material Development Reporting by Listed Entities»,* auf die auch in den *«Objectives and Principles of Securities Regulation»* verwiesen wird. Dabei handelt es sich ihrerseits um *«Zielsetzungen und Grundsätze der Regulierung, welche heute weltweit anerkannt sind»* (so NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, § 3, Rn. 352).

1612 Den internationalen Standards ist zwar nicht etwa vollumfänglich zu folgen (und das macht bspw. die SWX auch nicht, vgl. MORARD, GesKR 2009, 221), *«grundlegende Regeln mit einem Schwergewicht bei den Informationspflichten»* sind aber zu beachten (BAUMGARTEN/LANZ, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 8 BEHG, Rn. 8 m.w.H.).

1613 Vgl. noch zum BEHG auch MAURER/VON DER CRONE, die sich bereits bzgl. einer Vorgabe der Pflicht im Prinzip zurückhaltend zeigen (SZW 2011, 404).

1614 Vielmehr wird die Haftung aus Art. 41 Abs. 1 OR einhellig vom heteronomen Charakter des Kotierungsreglements abhängig gemacht, vgl. exemplarisch DAENIKER/WALLER, Kapitalmarktbezogene Informationspflichten, 100 ff.

1615 Vgl. Entscheid 2A.599/2006 vom 5. April 2007, E. 2.2 (betr. Reglemente von Selbstregulierungsorganisationen im Geldwäschereibereich).

Die Vertreter der *Auffassung, wonach das Kotierungsreglement als Rechtssatz daher kommt,* führen an, dass dessen Bestimmungen von der Börse im Rahmen einer *Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen* erlassen worden sind[1616]. Eine entsprechende gesetzliche Ermächtigung muss denn gemäss Bundesgericht auch vorliegen, damit Private Rechtssätze erlassen können[1617]. Die Vorschriften des aBEHG zur Börsenaufsicht (vgl. Art. 3 ff.; *heute* Art. 4 ff. FinfraG) werden vor allem in der Verwaltungsdoktrin allerdings nicht immer dahingehend interpretiert, dass sie eine Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen vorsehen[1618]. In der Nomenklatur der Stufenbaulehre erfolgt die Rückbindung des Kotierungsreglements an die Grundnorm den entsprechenden Äusserungen gemäss vielmehr über *an die Privaten gerichtete Ermächtigungsnormen,* die diesen im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben die Möglichkeit zum autonomen Abschluss von Rechtsgeschäften eröffnen. 800

Eine *ausdrückliche* Ermächtigung zum Erlass von Rechtssätzen durch die Börsen ist weder anlässlich der Stipulierung des FinfraG noch vorher, anlässlich der Stipulierung des BEHG erfolgt. Ob eine solche intendiert war (oder von einer an die Privaten gerichteten Ermächtigungsnorm auszugehen ist), ist daher *auslegungsmässig zu ermitteln*. 801

Dabei macht das FinfraG zur ‹Regulierung der Selbstregulierung› zunächst durchaus *Vorgaben:* 802

Die *Eckwerte betreffend den Inhalt* des Kotierungsreglements sind für dessen Rechtssatzcharakter allerdings nicht ausschlaggebend. Darauf haben wir bereits hingewiesen. 802.1

Sodann ist das Kotierungsreglement von der FINMA *zu genehmigen* (vgl. Art. 27 Abs. 4 FinfraG); und zwar mit für dessen Geltung *konstitutiver Wirkung*[1619]. 802.2

1616 Vgl. die in BGE 137 III 37, E. 2.1.1 angeführten; ferner MAURER/VON DER CRONE, SZW 2011, 401 FF.; ROBERTO, GesKR 2006, 150; sowie BÜHLER, Rn. 1049, dessen Ausführungen besonders hervorzuheben sind und denen im Folgenden zu einem guten Teil gefolgt wird.

1617 BGE 135 II 38, E. 4.4. m.w.H.

1618 MARTI, ZBl 2000, 574 f. und 576 f. insb. Fn. 80 m.w.H. (gemäss MARTI, a.a.O., handelt es sich dabei um die h.A.); vgl. auch ERASS, 310 ff.; auch das Bundesamt für Justiz scheint von diesem Verständnis auszugehen (vgl. dessen Verständnis von Selbstregulierung im Gesetzgebungsleitfaden, Rn. 810 ff. und Rn. 816, sowie bereits Rn. 809, welcher es den Erlass des Kotierungsreglements zurechnet, vgl. Rn. 811).

1619 Vgl. – wenn auch zum aBEHG – bspw. MAURER/VON DER CRONE, SZW 2011, 402 und öfters.

Auch diese Form staatlicher Mitwirkung ist für die Rechtssatzqualität eines Regelwerks jedoch nicht entscheidend[1620].

802.3 Schliesslich ist der Erlass des Kotierungsreglements *der Börse aufgegeben* (vgl. Art. 34 Abs. 1 FinfraG) und geradezu *Bewilligungsvoraussetzung* zu deren Betrieb (vgl. Art. 5 i.V.m. Art. 34 Abs. 1 FinfraG)[1621]. Diese Umstände sprechen allerdings ebenfalls nicht zwingend für eine Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen[1622].

803 Wie ROLF WATTER und DIETER DUBS im Allgemeinen festhalten, lässt sich «aus der Ausgestaltung der Mitwirkung des Staates nicht ohne weiteres herleiten, ob die im Rahmen der Selbstregulierung erlassenen Bestimmungen dem objektiven Recht zuzuordnen sind, oder ob sie vertrags- oder gesellschaftsrechtlichen Charakter haben»[1623]. Dieses Votum trifft im vorliegenden Kontext nach alledem das Richtige. Die erwähnten gesetzlichen Vorgaben geben also nicht den Ausschlag.

804 Zu Gunsten des Rechtssatzcharakters des Kotierungsreglements wird des Weiteren angeführt, dass es von der Börse *in Erfüllung der ihr übertragenen staatlichen Aufgaben* zu erlassen sei[1624]. Wie wohl das Parlament dies bei Erlass des BEHG noch ausdrücklich anders gesehen hat[1625], dürften die Börsen in der Tat staatliche Aufgaben wahrnehmen. So stehen mit dem Funktionsschutz und womöglich auch mit dem Anlegerschutz Polizeigüter auf dem Spiel, deren Protektion ihrerseits dem Staat obliegt[1626]. Allerdings kommt das Bundesgericht zu Recht zum Schluss, dass auch damit nicht zwingend eine Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen einhergeht[1627].

1620 DAENIKER/WALLER, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 4 BEHG, Rn. 13 m.w.H. (u.a. auf einen älteren Bundesgerichtsentscheid); MÖHRLE, Rn. 88 m.w.H.; A. SCHOTT/WINKLER, SK-FinfraG, Art. 27, Rn. 23; und (im Ergebnis) vor Kürzerem auch BGE 135 II 38, E. 4, insb. E. 4.5; sowie Entscheid 2A.599/2006 vom 5. April 2007, E. 2.2.

1621 Vgl. – zum aBEHG – ferner MARTI, ZBl 2000, 574; WATTER/DUBS, ST 2005, 746.

1622 Vgl. im Ergebnis bspw. auch MARTI, ZBl 2000, 574 f. und 576 f.

1623 ST 2005, 746 (Hervorhebung MK); so jedenfalls im Ergebnis ferner bspw. MÖHRLE, Rn. 86 ff.

1624 Vgl. insb. MAURER/VON DER CRONE, SZW 2011, 403 f.; WATTER/DUBS, ST 2005, 746 f.; beso. mit Blick auf die darin vorgesehene Ad hoc-Publizitätspflicht ferner BÖCKLI, § 18, Rn. 59.

1625 Vgl. insb. das Votum von SCHLÜE im Ständerat (Amtl. Bull. SR 1993, 999) und jenes von DAVID im Nationalrat (Amtl. Bull. NR 1994, 1061).

1626 Vgl. im Allgemeinen vorne, Rn. 69 f.; und ferner bspw. BÜHLER, Rn. 1051 m.H.

1627 Vgl. BGE 135 II 38, E. 4.5; ferner ERRASS, 319, demgemäss mit dem Verzicht des Staats, *«den Rechtsverwirklichungsprozess* [..] *zu Ende zu führen, und Private* [..] *anzuhalten, die Sache mindestens teilweise selbst in die Hand zu nehmen»,* die Zuordnung als Staatsauf-

Letztlich können Staatsaufgaben auch auf anderem Weg erfüllt werden, beispielsweise durch rechtsgeschäftliches Handeln.

Gewichtigere Anhaltspunkte für die Haltung des Gesetzgebers in der Frage nach der Rechtsnatur des Kotierungsreglements gibt der *Wortlaut* der Vorschrift des FinfraG, die um die Grundlegung des Kotierungsreglements besorgt ist (*i.e.* Art. 35 FinfraG)[1628]. Deren dritter Absatz lautet wie folgt: *«Die Börse überwacht die Einhaltung des Reglements und ergreift bei Verstössen die vertraglich vorgesehenen Sanktionen»* (Hervorhebung MK). Dieser (leider unvermittelte) Hinweis lässt sich kaum anders verstehen, als dass der Gesetzgeber den Regelwerken, welche die Sanktionen regeln, Vertragscharakter zudenkt[1629]. Alsdann sollte der Hinweis nicht einfach ignoriert werden (Parömie: *verba cum effectu accipienda sunt*), zumal es sich dabei nicht etwa um ein Zufallsprodukt handelt[1630]. Dass der Gesetzgeber damit *ausschliesslich* auf die Regelung der Sanktionen Bezug nehmen wollte, hinsichtlich der übrigen Regelungen des Kotierungsreglements (inkl. jene der Pflichten der Emittenten) aber von einer abweichenden Qualifikation ausgeht, erscheint endlich als schlecht vorstellbar. Insbesondere war dem Gesetzgeber bewusst, dass die *bestehenden* Reglemente – vorab das Kotierungsreglement (vgl. insb. Art. 61 KR)[1631] – gleichermassen Sanktionen *sowie* Pflichten der Emittenten regeln[1632], infolgedessen eine Qualifikation der einen Kategorie von Regelungen auch auf die andere Kategorie zutreffen muss. 805

gabe geradezu verloren geht; sowie jüngst auch Entscheid 2c_867/2015 vom 13. Dezember 2016, E. 2.3., wonach die Selbstregulierungsorganisationen im Geldwäschereibereich – *«ungeachtet der privatrechtlichen Natur ihrer Organisation und des privatrechtlichen Charakters der von ihnen ausgesprochenen Sanktionen bei Verletzung der gesetzlichen bzw. reglementarischen Vorgaben»* – öffentliche Aufgaben wahrnehmen.

1628 ZELLWEGER-GUTKNECHT, Jahrbuch SGHVR 2014, 119 f., scheint davon auszugehen, dass das FinfraG auf den Meinungsstreit um die Rechtsnatur des Kotierungsreglements keinerlei Einfluss hat. Dem wird mit Blick auf die Ausführungen im Text nicht gefolgt.

1629 Vgl. auch BORENS/BAUMANN, SK-FinfraG, Art. 35, Rn. 8.

1630 Vgl. vielmehr bereits die Botschaft FinfraG, 7536; sowie Art. 36 Abs. 2 FinfraG.

1631 Vgl. ferner Art. 23a des Kotierungsreglements der BX Berne eXchange, der zweiten in der Schweiz zugelassen Börse, abrufbar unter <https://www.berne-x.com/listing>, zuletzt besucht am 13. Juni 2017.

1632 Vgl. ferner den Verweis des Gesetzgebers auf den Gehalt der bestehenden Reglemente in anderem Kontext, Botschaft FinfraG, 7536.

806 Wie tendenziell übrigens bereits anlässlich des Erlasses des BEHG[1633], scheint der Gesetzgeber mithin davon auszugehen, dass das Kotierungsreglement *Vertragscharakter* hat (wobei auch der Erläuterungsbericht zur FinfraV noch dahingehend zu verstehen sein dürfte[1634]). Eine Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an die Börsen steht für ihn folglich gar *nicht auf dem Spiel*.

807 Die Literaturstimmen, die sich *für eine vertragliche Qualifikation* aussprechen, verweisen ihrerseits insbesondere auf die *Autonomie der Emittenten*. DANIEL DAENIKER führt gleichsam an, dass das BEHG (bzw. nunmehr das FinfraG) weder das Monopol einer bestimmten Börse noch einen Börsenzwang vorschreibt. *«Niemand kann gezwungen werden, der SWX Swiss Exchange beizutreten oder seine Geschäfte über die SWX Swiss Exchange zu tätigen; ausserdem können die Marktteilnehmer jederzeit ein eigenes Handelssystem entwickeln, wenn sie sich der Regelung der SWX Swiss Exchange entziehen möchten»*[1635]. Dabei ist zwar zu beachten, dass ein ‹eigenes Handelssystem›, falls es die gleichen (rechtlichen) Eigenschaften wie die SIX Swiss Exchange haben und diese mithin (tatsächlich) substituieren soll[1636], ebenfalls einer Börsenbewilligung bedarf. Voraussetzung dafür ist wiederum der Erlass eines Reglements, das seinerseits den vorne erwähnten inhaltlichen Eckwerten zu genügen hat[1637]. Abgesehen davon steht den Emittenten der Entscheid, sich den Regelungen eines *bestimmten* Kotierungsreglements zu unterwerfen (und damit einer bestimmten Regelung der Ad hoc-Publizitätspflicht) *rechtlich* aber in der Tat offen. Daran ändert auch die *faktische* Dominanz der SIX Swiss Exchange auf dem Schweizer Börsenplatz nichts[1638] (der – wenn schon – mit den Mitteln des Kartellrechts zu begegnen

---

1633 Vgl. insb. das Votum DAVID im Nationalrat (Amtl. Bull. NR 1994, 1061); ferner BORENS/BAUMANN, SK-FinfraG, Art. 35, Rn. 7; sowie A. SCHOTT/WINKLER, SK-FinfraG, Art. 27, Rn. 23.

1634 Vgl. Erläuterungsbericht FinfraV, 28; und ferner A. SCHOTT/WINKLER, SK-FinfraG, Art. 27, Rn. 23.

1635 So DAENIKER, GesKR 2006, 145; vgl. ferner bspw. DERS./WALLER, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 4 BEHG, Rn. 12; vgl. ferner WATTER/REICHENBERG, AJP 2005, 980 f. m.H., die ihrerseits freilich a.A. sind.

1636 Dazu, dass ein etwaiger – durchaus zulässiger – ausserbörslicher Handel kein Substitut zum börslichen Handel ist, zutreffend MAURER/VON DER CRONE, SZW 2011, 405.

1637 Vgl. dahingehend auch WATTER/REICHENBERG, AJP 2005, 981.

1638 Ein – weil ihm die Gefahr eines naturalistischen Fehlschlusses innewohnt, methodisch ohnehin problematischer – Rückgriff auf die *tatsächlich* eingeschränkte Wahlfreiheit der Emittenten (vgl. bspw. MAURER/VON DER CRONE, SZW 2011, 405, oder auch HENCKEL VON DOMMERSMARCK, 119 f.) ist meines Erachtens daher unbehelflich.

wäre[1639]). Aus der Perspektive der Börsen ist es dementsprechend ihnen selbst überlassen, im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben den Inhalt des Kotierungsreglements zu bestimmen. In einer *Zusammenschau* können die Emittenten und die Börsen darüber letztlich also durchaus verfügen.

Anderweitig ist die Autonomie der Börsen jedoch eingeschränkt. Sie haben jeden Gesuchsteller, der die Voraussetzungen erfüllt, zu den gleichen Bedingungen zur Kotierung zuzulassen (vgl. Art. 18 Abs. 1 FinfraG)[1640]. Daraus folgt letztlich eine Kontrahierungspflicht. Auch dieser Umstand bedeutet aber *nicht,* dass dem Kotierungsreglement der Vertragscharakter abzusprechen ist, qualifizieren doch Regelungen im Nachgang an eine Kontrahierungspflicht weiterhin als Verträge[1641]. 808

Zusammenfassend reguliert der Staat die Selbstregulierung der Börsen zwar recht stark. Allerdings ergeben sich daraus wohl keine durchschlagenden Argumente dafür, dass der Gesetzgeber ihnen Rechtssetzungsbefugnisse übertragen wollte. Stattdessen scheint er von einem vertraglichen Charakter des Kotierungsreglements auszugehen. Eine Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen steht für ihn folglich gar nicht auf dem Spiel. Alsdann können die Parteien im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben rechtlich in der Tat über den Inhalt des Kotierungsreglements verfügen – die Börsen, indem sie die einschlägigen Pflichten konkretisieren, und die Emittenten, indem sie einem bestimmten Reglement zustimmen oder nicht (wobei ihnen die Möglichkeit offen steht, ihre Kapitalbeschaffung alternativ zu organisieren). Vor diesem Hintergrund erscheint es *de lege lata* als angemessener, von einer *an die Parteien gerichteten Ermächtigungsnorm* auszugehen (statt von einer Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an die Börsen). Daraus folgt, dass das Kotierungsreglement tendenziell nicht als Rechtssatz, sondern als Vertrag qualifiziert, und die darin enthaltenen Vorschriften (inkl. die Ad hoc-Publizitätspflicht) mithin nicht als Schutznormen durchgehen dürften. 809

Im Übrigen können private Regelwerke im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses gemäss Art. 41 Abs. 1 OR trotzdem Berücksichtigung finden, nämlich falls sie zur *Konkretisierung von Schutznormen* beigezogen werden. Dies geschieht zunächst dann, wenn die Konkretisierung auf der Grundlage einer spezifischen hoheitlichen Regelungsermächtigung erfolgt. Konsequenz davon ist, dass eine Verletzung der 810

1639 Die Unterstellung der Börsen unter das Kartellgesetz wurde bspw. betont, als das BEHG erlassen wurde, vgl. Amtl. Bull. SR 1993, 999.

1640 Ferner Art. 25 Abs. 1 Bst. a FinfraV; und zur Rechtslage unter dem aBEHG dessen Art. 8 Abs. 4; sowie MÖHRLE, Rn. 87.

1641 Vgl. nur ARNET, Rn. 84 m.H.

entsprechenden Regelwerke *zugleich* eine Schutznormverletzung nach sich zieht[1642]. Auch abgesehen davon können private Regelwerke im angestammten Rechtsgebiet aber bei der Auslegung von Schutznormen berücksichtigt werden[1643], infolgedessen sie nach den in voranstehendem Unterkapitel erfolgten Ausführungen zur Auslegung öffentlich-rechtlicher Schutznormen im Zivilrecht ebenfalls zu berücksichtigen sind.

Im Zusammenhang mit Art. 11 BEHG sind beispielhaft in erster Linie die Verhaltensregeln für Effektenhändler bei der Durchführung des Effektenhandelsgeschäftes der Schweizerischen Bankiervereinigung vom 22. Oktober 2008 zu nennen. Bereits bevor diese im Sinn von Art. 7 Abs. 3 FINMAG als Mindeststandard anerkannt wurden, wurde in der Literatur vertreten, dass diese (bzw. deren Vorgängervorschriften) durch die Aufsichtsbehörde bei der Auslegung von Art. 11 BEHG zu berücksichtigen sind[1644]. Nachdem die Verhaltensregeln als Mindeststandard anerkannt wurden[1645], beruhen sie nunmehr auf einer spezifischen hoheitlichen Regelungsermächtigung, so dass nicht mehr die zweite, sondern die erste der beiden vorne erwähnten Situationen zutrifft. Deren Verletzung stellt mithin zugleich eine Verletzung von Art. 11 BEHG dar. Eine andere Frage ist im Übrigen, ob den Bestimmungen in Selbstregulierungserlassen aufgrund der Anerkennung als Mindeststandards gleichsam *Gesetzescharakter* zukommt[1646], so dass die Vorschriften ihrerseits als Schutznormen in Frage kommen würden. Das hätte zur Folge, dass sie unabhängig davon, ob sie der Konkretisierung von bereits bestehenden Schutznormen dienen, im Deliktsrecht Berücksichtigung finden könnten. Diese Frage überlassen wir der Spezialliteratur[1647].

5. Individualschutzzweck

811 Als weiteres, im Grundsatz unbestrittenes Erfordernis, damit eine (*in casu* öffentlich-rechtliche) Vorschrift als Schutznorm durchgeht, muss diese ‹dem Schutz vor reinen Vermögensschädigungen dienen›[1648]. Deren Zweck muss sich dabei auf den Schutz

1642 Vgl. HEIERLI, Rn. 560 f. m.w.H.

1643 Vgl. zu dieser Möglichkeit im deutschen Recht auch SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 77 f.

1644 Vgl. einlässlich WYSS, 83 ff. m.H.

1645 Vgl. Rn. 10 des Anhangs zum. FINMA-RS 08/10 ‹Selbstregulierung als Mindeststandard›; zu den Parametern des Konzepts der Selbstregulierung als Mindeststandard insb. JUTZI, *passim*.

1646 Vgl. auch HEIERLI, Rn. 650.

1647 Vgl. insb. JUTZI, 204 ff. m.H.

1648 So der durch das Bundesgericht regelmässig verwendete Textbaustein (vgl. vorne, Rn. 708 m.H.); ferner nur FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, Rn. 299 m.w.H. Bezweckt eine Vorschrift nur den Schutz absolut geschützter Rechte, ist das Erfordernis demnach nicht erfüllt (vgl. BGE 119 II 127, E. 3). Das fällt praktisch allerdings nicht ins Gewicht, da

individueller Rechtsgüter richten[1649]. Dabei genügt es gemäss Gerichtspraxis freilich, dass dieser Schutzzweck *neben* dem Schutz öffentlicher Interessen (wie jenem der Institutionen der Rechtspflege oder des Kapitalmarkts) herläuft[1650]. Die Frage, ob eine bestimmte Vorschrift den Schutz individueller Vermögensinteressen bezweckt, ist eine **Auslegungsfrage**[1651]. Bereits daraus ergibt sich, dass es *unzureichend* ist, wenn der Individualschutz eine blosse Reflex*wirkung* des Schutzes öffentlicher Interessen (wie in vorliegendem Zusammenhang insb. des Funktionsschutzes) darstellen würde[1652]. Vielmehr müssen gesetzgeberische Anhaltspunkte zur Verfügung stehen, die auslegungsmässig auf den Schutz individueller Interessen durch die fraglichen Vorschriften schliessen lassen.

In der Literatur wird in Anlehnung an die deutsche Doktrin darüber hinaus bisweilen unterschieden zwischen (i) dem sachlichen Schutzbereich, wonach die Norm den Schutz des verletzten Rechtsguts, *ergo* des individuellen Vermögens, bezwecken muss; (ii) dem persönlichen Schutzbereich, wonach die Person, die in ihren Vermögensinteressen verletzt ist, dem Kreis der Personen angehören muss, dessen Protektion die Norm bezweckt, und (iii) dem modalen Schutzbereich, wonach nach der Art 812

diesfalls eine Schutznormverletzung zur Begründung der Wiederrechtlichkeit gemäss der ‹zweigliedrigen› objektiven Widerrechtlichkeitstheorie nicht erforderlich ist.

1649 So ausdrücklich bspw. CHAPPUIS, SJ 2000 II, 306 m.w.H.; sowie HEIERLI, Rn. 601 m.w.H.

1650 Das wird insb. in der Gerichtspraxis festgehalten, welche die Schutznormeigenschaft der Geldwäschereistrafnorm behandelt (vgl. dazu die H. bei HEIERLI, Rn. 588); vgl. in der Sache bspw. auch Entscheid 4A_213/2010 vom 28 September 2010, E. 4. betr. Art. 11 BEHG, der zugleich für einen funktionierenden Kapitalmarkt sorgen soll; a.A. scheinen freilich bspw. ROBERTO und RICKENBACH zu sein (ZSR 2012 I, 188 und Fn. 17 (189) oder auch BÜHLER, Fn. 1239 (S. 459 f.); für weitere H. auf die Gerichtspraxis und die Literatur vgl. VERDE, Straftatbestände, Rn. 395. Im Sinn des Bundesgerichts wird sodann auch in Deutschland entschieden (vgl. zur deutschen Praxis SPICKHOFF, Soergel-BGB, § 823, Rn. 195, und ausführlich DERS., Gesetzesverstoss und Haftung, 113 ff.; für weitere H. aus der deutschen Praxis und Lehre vgl. VERDE, Straftatbestände, Rn. 395; insofern unklar daher ROBERTO/RICKENBACH, a.a.O., 188).

1651 Vgl. HEIERLI, Rn. 586 m.w.H.; ROBERTO, Haftpflichtrecht, Rn. 04.103; SCHWANDER, AJP 2007, 1178 und *passim;* VERDE, Straftatbestände, Rn. 422 m.w.H.

1652 Vgl. auch HEIERLI, Rn. 585 m.w.H. (auch auf das deutsche und das österreichische Recht). Vgl. ferner die Diskussion um den Schutzzweck der Vorschriften des KR zur Ad hoc-Publizität hinten, Rn. 817 f.

und Weise bzw. Richtung der Schädigung gefragt wird, welche die Norm verhindern will[1653].

812.1 Die Ermittlung des sachlichen Schutzbereichs wird dabei dadurch abgegolten, dass die eben erörterte Auslegungsfrage gestellt wird (kurzum: Bezweckt die Norm [abstrakt], das individuelle Vermögen zu schützen?).

812.2 Die zweite Frage wird insofern zutreffend gestellt, als die potentiellen Schutznormen bisweilen (bereits abstrakt) nicht einfach die Vermögensinteressen sämtlicher Personen zu schützen bezwecken, sondern nur jene eines bestimmten Personenkreises[1654]. Im Einzelnen geht es auch hier um Auslegungsfragen[1655].

812.3 Soll das dritte Kriterium dahingehend verstanden werden, dass die Schutznormeigenschaft einer Vorschrift davon abhängen soll, dass diese gerade auch vor Schäden wie dem konkret eingetretenen schützt (sog. Schutzzwecktheorie)[1656], geht es meines Erachtens alsdann nicht mehr um die auslegungsmässige Ermittlung des *abstrakten* Schutzzwecks einer Vorschrift, sondern darum, ob ein *konkret* eingetretener Erfolg als durch die fragliche Verhaltensnormverletzung herbeigeführt angesehen werden kann. Unterstrichen wird dies dadurch, dass *ebendieses* Kriterium gemäss vordringlicher Auffassung im Rahmen der Kausalitätsprüfung Berücksichtigung finden soll[1657]. Die entsprechende Prüfung sollte meines Erachtens (‹erst›) auf der Stufe der Kausalität stattfinden[1658], wobei sich dann die

---

1653 Vgl. nur HEIERLI, Rn. 586 und 590 ff.; VERDE, Straftatbestände, Rn. 385 ff.; letzterer Aspekt wird – neben dem ersteren – bisweilen auch in der Gerichtspraxis erwähnt (vgl. die Analyse von SCHWANDER, AJP 2007, 1178).

1654 Bisweilen wird allerdings die Frage, ob *individuelle* Vermögensinteressen geschützt werden sollen, auch erst auf dieser Stufe gestellt, vgl. bspw. HEIERLI, Rn. 601.

1655 Vgl. dazu die in der Sache exemplarischen Ausführungen in Entscheid 4A_54/2008 vom 29. April 2008, E. 5.3, wo herausgearbeitet wird, dass die Geldwäschereibestimmungen nur den Schutz der Opfer der Vortat bezwecken. Vgl. ferner die Diskussion um die Frage, ob eine Person mit einem Effektenhändler in einem Vertragsverhältnis stehen müsse, um als Kunde in den personalen Schutzbereich von Art. 11 BEHG zu fallen (vgl. dazu sogl., nach Rn. 814).

1656 Vgl. insb. VERDE, Straftatbestände, 400 ff.; ferner FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, Rn. 302 m.w.H.; HEIERLI, Rn. 610.

1657 Vgl. i.d.Zh. die Feststellung (aus der Warte des deutschen Rechts) von SPICKHOFF, wonach sich die sog. Schutzzwecklehre *«heute über den gesamten Bereich der vertraglichen und ausservertraglichen Haftung, sowohl bei der Haftungsbegründung als auch bei der Haftungsausfüllung und Schadenszurechnung, verbreitet»* hat (Gesetzesverstoss, 242 m.w.H., inkl. rechtsvergleichenden H. unter anderem betr. die Schweiz); vgl. mit Blick auf die Schweiz einlässlich nunmehr FREI, Rn. 520 ff.

1658 Gerade umgekehrt bspw. ROBERTO, bspw. Haftpflichtrecht, Rn. 06.66; und im Anschluss an diesen SCHWENZER, OR AT, Rn. 19.08.

Frage stellt, welcher Raum für die herkömmliche Adäquanztheorie noch besteht[1659].

Auslegungsfragen, wie jene betreffend die Ermittlung des Individualschutzzwecks einzelner Vorschriften, stehen im Allgemeinen *nicht* im Fokus vorliegender Arbeit. Sodann bestehen bereits mehrere ausführliche Darstellungen, wie dabei *im Allgemeinen* vorzugehen ist. Vorab zu nennen ist die noch immer wegweisende Arbeit zum deutschen Recht von BURKHARD SCHMIEDEL[1660], die gerade angesichts der geringen Differenzen in der privatrechtlichen Methodenlehre (inkl. Auslegungslehre) zwischen der Schweiz und Deutschland[1661] auch hier bedeutsam ist. In der Schweiz hat sich in jüngerer Zeit MICHEL VERDE relativ einlässlich mit der Problematik befasst[1662]. Wir begnügen uns *im Licht der Beispielfälle* mit folgenden Bemerkungen. 813

Blicken wir auf den **Anlageberatungsfall**, anerkennt das Bundesgericht, dass *Art. 11 BEHG* den Schutz der individuellen Anleger und deren Vermögen bezweckt und hält in der Folge auch die Schutznormqualität der Vorschrift fest[1663]. Diese Praxis findet in der Doktrin Zustimmung[1664]. Wie vorne erfolgte Hinweise ergeben haben, erscheint es in der Tat zutreffend, dass Art. 11 BEHG nicht nur auf den Funktions-, sondern auch auf den Schutz der (individuellen) Anleger beziehungsweise Kunden abzielt. 814

In einem Entscheid des Zürcher Obergerichts wird allerdings dafür gehalten, dass eine Person mit einem Effektenhändler in einem *Vertragsverhältnis* stehen müsse, um als Kunde in den ‹personalen Schutzbereich› von Art. 11 BEHG zu fallen[1665]. Dabei ist dem Gericht zu Gute zu halten, dass bereits der Wortlaut der Bestimmung, der auf ‹Kunden› Bezug nimmt, ausschliesst, dass sich Anleger auf die Vorschrift berufen können, die dem

1659 Vgl. dazu insb. FREI, Rn. 534 ff.

1660 Vgl. insb. 136 ff.

1661 Vgl. KRAMER, Methodenlehre, Fn. 35 (46).

1662 Vgl. Straftatbestände, Rn. 424 ff.

1663 Vgl. Entscheid 4A_213/2010 vom 28. September 2010, E. 4.

1664 Vgl. bspw. EGGEN, SZW 2011, 631; EMMENEGGER/THÉVÉNOZ, SZW 2011, 376 f.; MONFERRINI/VON DER CRONE, SZW 2012, 352 F.; vgl. ferner WEBER, SJZ 2013, 416, der freilich in Frage stellt, ob aus dem Entscheid abgeleitet werden kann, dass Art. 11 BEHG auch Schutznormcharakter besitzt (vgl. insofern aber auch die m.E. zutreffende Kritik von ZELLWEGER-GUTKNECHT, Jahrbuch SGHVR 2014, Fn. 56 [119]); vgl. zum Meinungsstand (inkl. H. auf Äusserungen, die vor dem Entscheid ergangen sind) MONFERRINI/VON DER CRONE, SZW 2012, Fn. 36 (S. 353).

1665 Publiziert in ZR 2012, Nr. 30, vgl. E. 2.2.2; vgl. ferner die Besprechung des Entscheids von MONFERRINI/VON DER CRONE, SZW 2012, 348 und 354 f.; zu einem anderen Aspekt des Kundenbegriffs, namentlich ob *grosso modo* auch sog. institutionelle Anleger darunter fallen, vgl. EGGEN, SZW 2011, 632 m.H.

Effektenhändler unbekannt sind. Geradezu ein Vertragsverhältnis ist nach meinem Dafürhalten allerdings *nicht* erforderlich (jedenfalls wenn man mit der vorherrschenden Auffassung nicht bereits mit dem Beginn der Vertragsverhandlungen von einem solchen ausgehen will). Vielmehr reicht es – im Sinn des bereits angesprochenen ‹Aufgreifkriteriums›[1666] – im Allgemeinen hin, dass ein individueller Kontakt zwischen Kunde und Effektenhändler im Hinblick auf die Aufnahme einer Geschäftsbeziehung besteht. Ohne dass der (kantonale) Entscheid vorliegend einlässlich besprochen werden soll, spricht dafür zunächst die Bedeutung der Notion des Kunden gemäss allgemeinem Sprachgebrauch, die nicht bereits eine vertragliche Beziehung voraussetzt[1667], sowie dass die Botschaft zu FIDLEG und FINIG die Notion *de lege ferenda* ausdrücklich entsprechend umschreibt[1667A]. Vor allem aber ist bei *Execution Only*-Verträgen, in deren Rahmen die Vorschrift ebenfalls zum Tragen kommen soll[1668], zumindest die Risikoaufklärungspflicht (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. a BEHG) vor Abschluss des Erwerbsgeschäfts zu erfüllen[1669], und auch bei Anlageberatungs- oder Vermögensverwaltungsverträgen darf es nicht auf die Zufälligkeit ankommen, ob ein Kunde in hinreichender Weise vor oder nach dem eigentlichen Vertragsabschluss auf die einschlägigen Risiken hingewiesen wird. Dem Entscheid ist mithin *nur partiell* zuzustimmen.

815 *De lege ferenda* stellt sich ferner die Frage, wie es sich mit den *Verhaltensregeln des FIDLEG* verhält. Auch insofern wurde bereits festgehalten, dass damit grundsätzlich der Schutz individueller Anleger- beziehungsweise Kundeninteressen bezweckt wird[1670]. CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT befürchtet (auf Grundlage der Vernehmlassungsvorlage) allerdings, dass durch die ausdrückliche Feststellung von deren aufsichtsrechtlichem Charakter und die Begrenzung von deren privatrechtlichem Einschlag auf die bereits mehrmals erwähnte Ausstrahlungswirkung auch deren Schutznormeigenschaft konterkariert wird[1671]. Diese Befürchtung erscheint mir wenig begründet:

1666 Vgl. vorne, Rn. 448 f.

1667 Auch die Person, die einen Laden betritt, ist herkömmlich eine Kundin, jedenfalls, wenn sie sich alsdann allenfalls beraten lässt; vgl. in vorliegendem Zusammenhang auch MONFERRINI/VON DER CRONE SZW 2012, 354; bspw. das UWG geht bei der Verwendung teilweise sogar weiter (vgl. bspw. Art. 3 Abs. 1 Bst. o).

1667A Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, 44.

1668 Vgl. EMMENEGGER, FS von Büren, 649 f.; P.C. GUTZWILLER, 41 f.

1669 Vgl. Art. 4 der Verhaltensregeln für Effektenhändler bei der Durchführung des Effektenhandelsgeschäftes der Schweizerischen Bankiervereinigung vom 22. Oktober 2008.

1670 Vgl. vorne, Fn. 858.

1671 Vgl. Jahrbuch SGHVR 2014, 118 f. und 120.

Zunächst kommen gerade auch *rein* aufsichtsrechtliche Vorschriften als Schutznormen in Frage und – vor dem Hintergrund, dass die Botschaft zum FIDLEG für eine entsprechende Qualifikation kaum Raum lässt[1672] – nicht etwa nur Doppelnormen. 815.1

Versteht man das Konzept der Ausstrahlungswirkung alsdann – wie vorliegend – so, dass damit der Richter dann auf die aufsichtsrechtlichen Vorschriften Bezug nehmen kann, *wenn das Privatrecht dafür Einfallstore bereit hält,* kann davon in vorliegendem Zusammenhang gerade Gebrauch gemacht werden. Bei der Verweisungsnorm von Art. 41 Abs. 1 OR handelt es sich gerade um ein entsprechendes Einfallstor. 815.2

Schliesslich fokussieren die einschlägigen Aussagen des Gesetzgebers auf das *Vertragsrecht*[1673]. Entsprechend scheint es fraglich, ob sich dazu überhaupt Aussagen zum Deliktsrecht ableiten lassen. 815.3

Insofern besteht grundsätzlich die Möglichkeit, die Verhaltensregeln gemäss FIDLEG als Schutznormen in Bezug zu nehmen (wenn neben dem Erfordernis des Individualschutzzweckes auch die übrigen Anforderungen erfüllt sind). Im Übrigen wird dies für jede Vorschrift im Einzelnen auslegungsmässig zu bestimmen sein. 816

Wenden wir uns alsdann dem **Ad hoc-Publizitätsfall** zu, ist der Individualschutzcharakter des *Kotierungsreglements* weiterhin umstritten; das haben wir bereits erwähnt[1674]. Dazu bemerken wir – nur, aber immerhin – Folgendes: 817

Dem Kotierungsreglement liegt das Börsengesetz beziehungsweise nunmehr das FinfraG zu Grunde (vgl. nunmehr Art. 35 FinfraG). Mit Blick auf den Schutzzweck dieser Gesetze im Allgemeinen ist daran zu erinnern, dass bereits die Entwicklung der Börsengesetzgebung (inkl. Erlass des FINMAG) in verstärkter Weise auf einen Anlegerindividualschutz hinausgelaufen ist[1675]. Im Rahmen des FinfraG hat der Anlegerschutz – im Gegensatz noch zum BEHG – alsdann ausdrücklich in die Zweckbestimmung Eingang gefunden (vgl. Art. 1 Abs. 2 FinfraG, wonach unter anderem der ‹Schutz der Finanzmarktteilnehmerinnen und -teilnehmer› bezweckt wird)[1676]. Die Tendenz wird damit bestätigt (auch wenn gewisse Äusserungen des Bundesrats anders gedeutet werden können)[1677]. 817.1

1672 Vgl. vorne, Rn. 460.2 m.H.

1673 Vgl. insb. die grundlegenden Aussagen in der Botschaft FIDLEG/FINIG auf S. 17.

1674 Vgl. vorne, Rn. 540 m.H. zum Meinungsstand.

1675 Vgl. vorne, Rn. 453 m.w.H.

1676 Vgl. SETHE, SK-FinfraG, Art. 1, Rn. 29.

1677 Vgl. auch SETHE, SK-FinfraG, Art. 1, Rn. 29 ff.

817.2 Nähert man sich sodann der vorliegend in Frage stehenden Pflicht an, ist Art. 35 Abs. 2 Bst. b FinfraG (früher Art. 8 Abs. 2 BEHG) in Rechnung zu stellen. Dieser Vorschrift gemäss hat das Kotierungsreglement Vorschriften *«über die Offenlegung von Informationen, auf welche die Anlegerinnen und Anleger für die Beurteilung der Eigenschaften der Effekten und die Qualität des Emittenten angewiesen sind»*, zu enthalten. Offensichtlich soll es bei den Informationspflichten gemäss Kotierungsreglement (unter anderem) darum gehen, dem Anleger eine tragfähige Entscheidungsgrundlage zur Verfügung zu stellen[1678]. Zu diesen Informationspflichten zählt auch die Ad hoc-Publizitätspflicht[1679].

818 Vor diesem Hintergrund bereitet es meines Erachtens Schwierigkeiten, den Gesetzgeber als nicht um den Anlegerschutz besorgt zu erachten[1680]. Entsprechend dürfte das Erfordernis des Individualschutzzweckes *letztlich* als gegeben zu erachten sein, zumal es – wie im Allgemeinen erwähnt – hinreicht, dass der Anlegerschutz neben dem Schutz öffentlicher Interessen (*in casu* dem Funktionsschutz) her läuft.

1678 Entsprechend hielt bereits der Gesetzgeber des BEHG fest, dass der Emittent aufgrund seiner Informationspflichten vor und während der Kotierung *«Berichte veröffentlichen muss, die dem Anleger die Bildung eines sachgerechten Urteils über die Eigenschaften der Effekten* [..] *und über die Qualität des Emittenten* [..] *ermöglichen»* (vgl. Botschaft BEHG, 1403 [Hervorhebung MK]); ähnlich wie hier – wie wohl ohne Rückgriff auf (damals) Abs. 2 von Art. 8 BEHG und die Botschaft – ferner MAROLDA MARTINEZ, 361 f.; PETITPIERRE-SAUVAIN, FS Forstmoser, 552; ferner wohl auch SETHE, SK-FinfraG, Art. 1 Rn. 30 [der zwar Bst. a von Art. 35 Abs. 2 FinfraG erwähnt, eigentlich aber Bst. b meinen dürfte, wie auch sein Verweis auf Art. 36 Abs. 1 Satz 2 FinfraG ergibt]; sowie auch der BGH, der aus einer Stelle in den deutschen Materialien, wonach die Ad hoc-Publizitätspflicht *«dazu beitragen* [soll]*, dass Marktteilnehmer frühzeitig über marktrelevante Informationen verfügen, damit sie sachgerechte Anlageentscheidungen treffen können»,* ableitet, dass die Pflicht nunmehr auch den Schutz der Anleger bezweckt (vgl. BGH XI ZR 51/10 vom 13. Dezember 2011, Rn. 56). Zudem ist beachtlich, dass bei der Beurteilung, ob die Kursrelevanz einer Tatsache erheblich ist, auf die Perspektive des durchschnittlichen Marktteilnehmers abgestellt werden soll (vgl. Kommentar RLAhP, Rn. 87) und damit *nicht* auf die tatsächlichen Kapitalmarktparameter (vgl. zu den beiden Möglichkeiten NIGGLI/WANNER, BSK-SR II, Art. 161bis StGB, Rn. 17). Das spricht m.E. ebenfalls für den Anlegerschutzzweck der Vorschrift.

1679 Vgl. nunmehr ferner Art. 35 Abs. 2 Bst. c FinfraG, wo die Pflichten zur Aufrechterhaltung der Kotierung genannt werden, und dazu die Botschaft FinfraG, welche die Ad hoc-Publizität ausdrücklich erwähnt (S. 7536).

1680 Die anlegerschützende Wirkung der Ad hoc-Publizitätsvorschriften betonen – in anderem Zusammenhang – etwa auch noch MAURER/VON DER CRONE, SZW 2011, 404; vgl. ferner die in der bereits erwähnten Übersicht zum Meinungsstand von BÜHLER, Fn. 3254 (460) entsprechend Zitierten.

Für unzureichend könnte man den Individualschutz – wie im Allgemeinen ebenfalls erwähnt – dann halten, wenn er als blosse Reflex*wirkung* des Funktionsschutzes daher kommen würde. Entsprechend wird in Deutschland angeführt, dass die Ad hoc-Publizitätspflicht gemäss Art. 15 WpHG sich zwar zugunsten der Anleger auswirken könne, dies für die Schutzgesetzeigenschaft der Vorschrift aber nicht ausschlaggebend sei[1681]. In der schweizerischen Doktrin findet sich dahingehend bisweilen der Hinweis, der Anlegerschutz sei nur ‹Mittel zum Zweck› des Funktionsschutzes[1682]; sinngemäss sei der Anlegerschutz im Funktionsschutz gleichsam enthalten. Obwohl vorne stehend angesprochene Anhaltspunkte des *Gesetzgebers* bereits dagegen sprechen, weisen wir insofern auf Folgendes hin:

Versteht man unter Funktionsschutz die Gewährleistung von Allokationseffizienz und macht diese ihrerseits davon abhängig, dass *«den Anlegern* [*i.e.*: sämtlichen Anlegern[1683]] *zutreffende und vollständige Informationen unmittelbar zur Verfügung stehen, damit sie das Risiko und die Rendite jederzeit abschätzen können»*[1684], trifft es zunächst zwar wohl zu, dass die unmittelbare Information der Anleger dem Funktionsschutz dient. Und ist ein so verstandener Funktionsschutz einmal sichergestellt, stellt der Schutz des Anlegers an sich für die Informationspflichten auch nicht mehr zwingend eine zusätzliche Motivation dar (sondern diesem kommt der in einem effizienten Markt zu Stande gekommene Preis zu Gute).

Allerdings ist es keineswegs gesichert, dass die Effizienz des Kapitalmarkts davon abhängt, dass kursrelevante Informationen öffentlich zugänglich sind. Einen Erklärungsversuch liefert zwar die Hypothese effizienter Kapitalmärkte in der mittelstarken Form *(Efficient Capital Market Hypothesis* in der *Semistrong Form)*[1685], auf die im Kapitalmarkt-

---

1681 Vgl. ASSMANN, in: Assmann/Schneider, § 15 WpHG, Rn. 31; in der Sache festgehalten wird dieses Argument alsdann auch vom BGH, vgl. BGH NJW 2012, 1800, Rn. 56; BGH NJW 2010, 3651, Rn. 31. Schlichte Verweise der Schweizer Doktrin auf das deutsche Recht (vgl. bspw. DAENIKER, GesKR 2006, Fn. 54 [146]; ZOBL/KRAMER, Fn. 580 [103]) haben vor dem Hintergrund der ausdrücklichen negativen Stellungnahme des deutschen Gesetzgebers (§ 15 Abs. 6 WpHG) übrigens nur eine begrenzte Aussagekraft.

1682 Vgl. BÜHLER, Rn. 1239 m.w.H. u.a. auf ZOBL/KRAMER, Rn. 29.

1683 Dies ergibt der Kontext der Aussage (vgl. ZOBL/KRAMER, Rn. 13 sowie auch Rn. 29).

1684 ZOBL/KRAMER, Rn. 13 m.w.H.

1685 Sie besagt, dass aktuelle Preise von Wertpapieren sämtliche öffentlich verfügbaren Informationen widerspiegeln (vgl. nur ROSS/WESTERFELD/JAFFE, 430 ff.; insb. 435 und zusammenfassend 459). Weil es nun naturgemäss diese Informationen sind, die für die Bewertung einer Publikumsgesellschaft verantwortlich zeichnen, impliziert dies deren Einfluss auf die Preisbildung unter der Voraussetzung, dass zwar nicht der einzelne Marktteilnehmer, aber die Marktteilnehmer *insgesamt* rational handeln (vgl. dazu nur DIES. 432 ff.; hier setzt die sog. *‹Behavioural Finance›* an [vgl. DIES., 443 ff.; für weitere H. vgl. die nachfolgende Fn]) – mithin die Informationen auch verwerten. Infolgedessen soll es einer Publikumsgesellschaft denn auch nicht möglich sein, die Investoren bspw. durch

haftungsrecht denn auch regelmässig abgestellt wird[1686]. Deren Plausibilität ist in der ökonomischen Theorie jedoch *umstritten*[1687]. Vorsichtigere Stimmen gestehen schlicht zu, dass die Erklärung der Preisbildung an den Kapitalmärkten zu einem guten Teil gleichsam *im Dunkeln* bleibt[1688]. Dass ein funktionsfähiger Kapitalmarkt einer Pflicht zur unmittelbaren Information sämtlicher Anleger bedarf, liegt also nicht in der ‹Natur der Sache›, sondern beruht auf einem (normativen) Entscheid der Legislative – mit anderen Worten ist die korrekte Preisbildung eine *normativ* korrekte Preisbildung[1689]. *In der Summe* steht, dass der Gesetzgeber die Information der Anleger zwar als zweckmässig für die Gewährleistung eines funktionsfähigen Kapitalmarkts erachtet (‹Die Öffentlichmachung der Informationen soll einen effizienten Kapitalmarkt ermöglichen›). Er tut dies aber *gleichermassen* für den Schutz der Anleger (‹Die Öffentlichmachung der Informationen soll dem Anleger eine sachgerechte Entscheidung ermöglichen›). *Kurzum* ist der Anlegerschutz also weder nur eine Folge des Funktionsschutzes, noch verhält es sich damit umgekehrt[1690].

---

komplexe Strukturierung von Wertpapieren hinters Licht zu führen (vgl. DIES., 431; und das Bsp. auf S. 429).

1686 So auch HELLGARDT, Kapitalmarktdeliktsrecht, insb. 521 i.V.m. 123 ff.

1687 So wird in einem amerikanischen Standardlehrbuch zur Unternehmensfinanzierung heute Folgendes festgehalten: «[A]*cademic financial economists have sorted themselves into three camps, with some adhering to market efficiency, some believing in behavioural finance and others (perhaps the majority) not yet convinced that either side has won the argument»* (ROSS/WESTERFELD/JAFFE, 451; vgl. ferner FERRELL, der die Begebenheit, dass 70–80 % der Kursveränderungen am Kapitalmarkt einer tragfähigen Erklärung harren [vgl. sogl.], als Schwäche der Hypothese Effizienter Kapitalmärkte auslegt [J. Comp. L. 2003, 512 f.]). Vgl. ferner ZUFFEREY, ZSR 1996 I, 180; sowie SORGENFREI, demgemäss die ‹zahlreichen – sich teilweise diametral gegenüberstehenden – Theorien zur Börsenpreisbildung› verdeutlichen, dass es keine ‹empirische Theorie› gibt, welche die im Rahmen des Verbots der Marktmanipulation tatbestandsmässige Bewertungserheblichkeit der unrichtigen oder irreführenden Angaben zu bestimmen vermag (in: Park, Teil 3 Kap. 4 T1 Rn. 37 f. m.w.H.). Die Hypothese wird durch Erkenntnisse der sog. *‹Behavioural Finance›* (vgl. dazu bspw. CHAMMARTIN/VON DER CRONE, SZW 2006, 457 f.), sowie durch weitere – u.a. spieltheoretische – Erkenntnisse in Frage gestellt (vgl. SPINDLER, AcP 2008, 291 ff.).

1688 Gemäss FERRELL, auf den auch HELLGARDT verweist (vgl. Kapitalmarktdeliktsrecht, Fn. 120 [130] und Fn. 22 [522]), lassen sich nur 20–30 % der Kursveränderungen anhand finanzwissenschaftlicher Modelle erklären (vgl. J. Comp. L. 2003, 503 und insb. 504 ff. wo er auf mehrere empirische Belege hinweist).

1689 Vgl. im Kontext von Art. 161bis aStGB (nunmehr Art. 155 FinfraG) in der Sache ähnlich NIGGLI/WANNER, BSK-SR II, Art. 161bis StGB, Rn. 12 m.H.

1690 Vgl. insofern nunmehr bspw. auch noch der Erläuternde Bericht Änderung Bankengesetz und Bankenverordnung (FinTech), 38, wonach die Förderung der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes sowie die neueinzuführende Förderung der Zukunftsfähigkeit des Fi-

Im Hinblick auf den **Geldwäschereifall** hat das Bundesgericht endlich bestätigt, dass die *Geldwäschereistrafnorm* (Art. 305bis StGB) neben dem Schutz der Rechtspflege auch den Schutz des Individualvermögens des Opfers der Vortat bezweckt[1691]. CHRISTIAN HEIERLI kommt in seiner einlässlichen Analyse der Vorschrift zu demselben Schluss[1692]. Dem ist nichts beizufügen. 819

Abgelehnt hat das Bundesgericht im Geldwäschereizusammenhang demgegenüber den Individualschutzzweck (i) von Art. 305ter StGB (Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften)[1693] und (ii) der Sorgfalts- oder Verhaltenspflicht des GwG (Art. 3–10)[1694]. HEIERLI analysiert auch diese Vorschriften einlässlich, wobei er zu einem guten Teil zu anderen Schlüssen als das Bundesgericht gelangt[1695]. Auch dem ist grundsätzlich nichts beizufügen[1696]. 820

Noch nicht einlässlich untersucht ist im Übrigen der Einfluss von BGE 136 IV 188 auf das Deliktsrecht, der nunmehr auch Verstösse gegen den Geldwäschereitatbestand durch *Unterlassen* für strafbar erklärt[1697]. Eine entsprechende Analyse kann vorliegend nicht geleistet werden. Sie könnte aber deswegen bedeutsam sein, weil gewisse Vorschriften des GWG, die – wie eben gesehen – grundsätzlich nicht als Schutznormen qualifizieren, gemäss dem Entscheid im Rahmen von Art. 305bis StGB 821

---

nanzplatzes Schweiz als Schutzziele ‹Reflexwirkungen des Individual- und Funktionsschutzes› darstellen. Auch daraus lässt sich m.E. schliessen, dass der Gesetzgeber nicht davon ausgeht, dass (auch) der Anleger- eine Reflexwirkung des Funktionsschutzes darstellen soll – oder umgekehrt –, sondern dass diese beiden Schutzziele gleichwertig nebeneinander stehen.

1691 *Leading Case* ist BGE 129 IV 322, vgl. E. 2 sowie auch bereits die Regeste; vgl. ferner nur die Darstellung der höchstrichterlichen Praxis durch HEIERLI, Rn. 713 ff. m.H.

1692 Vgl. Rn. 719 ff. (und für das Fazit von DEMS. Rn. 770).

1693 Erstmals in 4A_21/2008 des Bundesgerichts vom 13. Juni 2008, E. 5 (nicht publiziert in BGE 134 II 529). Vgl. ferner wiederum nur die Darstellung der höchstrichterlichen Praxis durch HEIERLI, Rn. 771 ff. m.H.

1694 *Leading Case* ist BGE 134 III 529, vgl. E. 4 sowie auch bereits die Regeste; vgl. aus der unpublizierten Praxis zuletzt die Bestätigung in 4A_122/2013 vom 31. Oktober 2013, E. 3.2.3.

1695 Vgl. betr. Art. 305ter Abs. 1 StGB Rn. 771 ff. (Fazit in Rn. 808) und betr. Art. 3–10 GWG Rn. 858 ff. (Fazit in Rn. 895 ff. und 915); vgl. dazu ferner SCHWANDER, AJP 2007, 1179 ff.

1696 Vgl. zu Art. 3–5 GWG ferner auch noch hinten, 2. Teil / 2. Kapitel / II. / 8.

1697 Vgl. E. 6 und bereits die Regeste. HEIERLI beschränkt sich insofern auf allgemeine Ausführungen (vgl. Rn. 638 f.); ausführlich zum Entscheid aus strafrechtlicher Warte i.Ü. CONRAD HARI, SZW 2012, *passim*.

als Garantenpflichten eingeordnet werden[1698]. In der Folge könnte deren – freilich vorsätzliche[1699] – Verletzung (sozusagen auf einem Umweg) doch noch zu einer deliktischen Haftung führen.

6. Weitere Anforderungen an eine Schutznorm?

822 Neben den dargestellten Voraussetzungen, denen gemäss öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen als Schutznormen qualifizieren, werden vorab in Deutschland bisweilen weitere genannt. Davon adressieren wir nachfolgend insbesondere deren zwei, die auch in der Schweiz diskutiert werden. Zum einen wird die Schutznormeigenschaft einer Vorschrift abgelehnt, falls die deliktische Haftung ‹im Licht des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems› nicht tragbar ist. Zum andern wird postuliert, dass (insbesondere) öffentlich-rechtliche Normen strafbewehrt sein müssen, damit diese als Schutznormen in Frage kommen.

823 Vorneweg gehen wir kurz auf ein drittes Postulat ein. Namentlich wird in der Doktrin bisweilen gefordert, eine potentielle Schutznorm müsse dahingehend ausgelegt werden können, dass der Gesetzgeber gleichsam die *Absicht* hatte, bei deren Verletzung Schadenersatzansprüche entstehen zu lassen[1700]. Dieser Forderung ist nicht stattzugeben. So wird im Rahmen der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie, falls die Haftung für reine Vermögensschädigungen in Frage steht, gerade auf Schutznormen ausserhalb des Deliktsrechts verwiesen, inklusive öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen. Deren Verletzung ist ihrerseits zunächst durch öffentlich-rechtliche Sanktionen bewehrt. Die Schadenersatzfolge wird dem Haftungstatbestand demgegenüber erst durch das Deliktsrecht beigegeben. Entsprechend erscheint es als *wesensfremd* zu fordern, dass der Gesetzgeber der verwiesenen Normen sich bereits zur Schadenersatzpflicht äussert[1701]. Tatsächlich werden derartige Äusserungen denn auch nur selten vorliegen[1702], wie wohl dies – wie die Hinweise des FIDLEG-Gesetzgebers zu dessen privat- bzw. genauer vertragsrechtlichen Implikation indizieren – nicht auszuschliessen ist. Beleg dafür ist wohlgemerkt, dass die Gerichtspraxis zahlreiche, insbesondere strafrechtliche Schutznormen übernommen hat, bei deren Erlass sich der

1698 Vgl. E. 6 des Entscheids, insb. E. 6.2.2.

1699 Vgl. nur HEIERLI, Rn. 59.

1700 Vgl. MISTELI, 109; dahingehend ferner ROBERTO/RICKENBACH, ZSR 2012 I, 190, unter Bezugnahme auf eine (vereinzelte) Stimme aus der deutschen Doktrin.

1701 Vgl. im Anschluss an die herrschende deutsche Doktrin auch VERDE, Straftatbestände, Rn. 411 m.w.H.; sowie HEIERLI, Rn. 587.

1702 Vgl. auch VERDE, Straftatbestände, Rn. 411 m.w.H.

Gesetzgeber zu deren zivilrechtlichen Auswirkungen kaum Gedanken gemacht haben wird[1703].

A. Tragbarkeit einer Haftung im Licht des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems

In der deutschen Praxis (und partiell der Doktrin) wird im Hinblick auf die Bestimmung des Schutznormcharakters einer Vorschrift unter der Rubrik der ‹Tragbarkeit einer Haftung im Licht des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems› gefragt, *«ob die Belange des Geschädigten durch Ansprüche gegen Dritte bereits «anderweit ausreichend abgesichert» sind»*[1704]. Eine derartige anderweitige Absicherung ist mit Blick auf die Verletzung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen insbesondere in *drei Situationen* denkbar. 824

Erstens bestehen **besondere gesetzliche Anspruchsgrundlagen,** wobei *in casu* in erster Linie an spezialgesetzliche Haftungsvorschriften zu denken ist. Diese können denselben Sachverhalt wie die Schutznormen regeln (mitunter indem sie diese geradezu in Bezug nehmen) und dem Geschädigten neben dem allgemeinen deliktsrechtlichen Haftungsanspruch aus Art. 41 Abs. 1 OR alsdann einen weiteren Behelf zur Verfügung stellen. In der Folge stellt sich die Frage, ob ein Schadenersatzanspruch gemäss allgemeinem Deliktsrecht mit Rücksicht auf die besonderen gesetzlichen Anspruchsgrundlagen ausgeschlossen sein soll[1705]. Die Antwort darauf ist *im Einzel-* 825

1703 Ob sich das Bundesgericht dieser Auffassung in den vereinzelt gebliebenen Entscheiden 4A_54/2008 vom 29. April 2008, E. 5.3.2 und 6B_81/2009 vom 30. Juni 2009, E. 5.3, dieser Auffassung angeschlossen hat (so VERDE, Straftatbestände, Rn. 411) soll vorliegend offen bleiben. Im Rahmen der Wendung *«Il faut que la norme en question dicte un comportement pour prévenir certains dommages (finalité protectrice), de sorte que, mise en relation avec l'art. 41 al. 1 CO, cette norme semble avoir pour but la réparation de ces dommages (rapport d'illicéité)»,* könnte es ihm auch nur um die Unterscheidung zwischen (abstraktem) Individualschutzzweck und (konkretem) Schutzzweckzusammenhang gegangen sein.

1704 Vgl. VERSE, ZHR 2006, 405 m.w.H. [Anführungszeichen im Original]; sowie ferner nur SPICKHOFF, Soergel-BGB, § 823, Rn. 199 m.w.H.; die sich selbst dem Erfordernis gegenüber jedoch beide kritisch zeigen, vgl. je a.a.O., 405 ff. bzw. Rn. 199 ff.; für w.H. auf die deutsche Praxis vgl. auch VERDE, Straftatbestände, Rn. 409. In der Schweizer Doktrin wird das Erfordernis bspw. von ROBERTO/RICKENBACH, ZSR 2012 I, 190, erwähnt, ohne dass sie sich dazu äussern, ob es auch in der Schweiz zum Tragen kommen soll; *contra* dggü. VERDE, Straftatbestände, Rn. 409 ff.

1705 Vgl. zum deutschen Recht SPICKHOFF, Soergel-BGB, § 823, Rn. 200; DERS., Gesetzesverstoss, 138; diesem folgt im Hinblick auf die Rechtslage in der Schweiz auch VERDE nach (vgl. Straftatbestände, Rn. 414). Im Übrigen erwähnt SPICKHOFF (a.a.O. [dem VER-

fall in Auslegung dieser Grundlagen zu gewinnen (inklusive der potentiellen Schutznormen, die damit sanktioniert werden)[1706]. Letztlich geht es dabei um die Problematik der *Gesetzes- beziehungsweise Anspruchskonkurrenz*[1707], die sich auch ohne eine gesonderte Rubrik der ‹Tragbarkeit einer Haftung im Licht des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems› stellt[1708].

826 Entsprechende Überlegungen haben *in der Sache* Eingang in einen vor kurzem ergangenen Bundesgerichtsentscheid gefunden. Gegenstand von BGE 141 III 527 war unter anderem die Frage, ob die Mitwirkung einer Geschäftspartnerin einer konkursiten Gesellschaft wegen einer (mutmasslichen) Verletzung von Art. 163 StGB (Betrügerischer Konkurs) und Art. 167 StGB (Gläubigerbevorzugung) um Schadenersatzansprüche gemäss Art. 41 Abs. 1 OR angegangen werden kann. Das Bundesgericht lehnte es – entgegen der herrschenden Lehre und seiner früheren Praxis[1709] – ab, die Verletzung der beiden Straftatbestände als widerrechtlich zu taxieren. Dabei stützte es sich in Auslegung der einschlägigen Vorschriften im Wesentlichen darauf, dass die paulianischen Anfechtungsansprüche die Gläubiger hinreichend schützen, so dass für konkurrierende Schadenersatzansprüche aus Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 163 StGB bzw. Art. 167 StGB kein Raum bestehe[1710]. Die meines Erachtens entscheidende Stelle lautet im Wortlaut wie folgt: *«Auch in Bezug zu Art. 41 Abs. 1 OR gilt demnach, dass Art. 163 ff. StGB dem Gläubigerschutz einzig durch ihre generalpräventive Wirkung dienen. Der Umfang des Gläubigerschutzes ergibt sich hingegen aus dem Zwangsvollstreckungsrecht. Dieses kennt mit den Anfechtungsklagen nach Art. 285 ff. SchKG, aber auch mit zahlreichen weiteren Instituten, ein spezifisches*

DE, a.a.O., auch insofern folgt]) ferner die Möglichkeit, wonach ein (ausgelegtes) Gesetz, das potentielle Schutznormen bereit hält, die Begründung von Schadenersatzansprüchen überhaupt ‹bewusst versagt› (*scil*. ohne seinerseits eine Haftungsregelung zu treffen).

1706 Vgl. zum deutschen Recht VOGEL, in: Assmann/Schneider, § 20a WpHG, Rn. 31, wo dieser auf die Situation eingeht, ob die spezialgesetzliche Haftung für die Verletzung der Ad hoc-Publizitätsvorschriften jene gemäss §§ 37b und 37c WpHG verdrängt. In der Sache ähnlich auch SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 138.

1707 Vgl. zum deutschen Recht insb. SCHMIEDEL, 242 ff.; und im Anschluss daran wiederum SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, insb. 138. Zu den Notionen ‹Gesetzeskonkurrenz› und ‹Anspruchskonkurrenz› vgl. OFTINGER/STARK, Bd. I, § 13, Rn. 4: Erstere Kategorie betrifft Situationen, in denen eine Anspruchsgrundlage die andere ausschliesst; zweitere Kategorie solche, in denen beide Anspruchsgrundlagen angerufen werden können. Nachfolgend ist im Sinn des wohl gängigeren Sprachgebrauchs nur noch von ‹Anspruchskonkurrenz› die Rede.

1708 So in der Sache auch VERDE, Straftatbestände, Rn. 414.

1709 Für H. vgl. je BGE 141 III 527, E. 3.4.

1710 BGE 141 III 527, E. 3.5.

und genügendes Konzept des Gläubigerschutzes. Art. 163 ff. StGB haben demnach nicht die Funktion, den zwangsvollstreckungsrechtlichen Gläubigerschutz auszuweiten und zusätzliche Anspruchsgrundlagen für die Gläubiger zu schaffen». Auch das Bundesgericht kommt folglich *ohne* die Rubrik der ‹Tragbarkeit einer Haftung im Licht des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems› aus.

827 Im Finanzmarktzusammenhang ist im Sinn einer exemplarischen spezialgesetzlichen Haftungsgrundlage ferner die *Prospekthaftung* zu nennen (vgl. Art. 752 und Art. 1156 OR sowie *de lege ferenda* Art. 72 E-FIDLEG bzw. Art. 69 FIDLEG)[1711]. Über Art. 752 OR können heute potentiell auch die Vorgaben an den Prospekt gemäss KR (vgl. Art. 27 ff. KR) sanktioniert werden[1712]. Würden die Vorschriften des KR als Schutznormen qualifizieren[1713], könnte man sich folglich die Frage stellen, ob die Prospekthaftung für eine Haftung aus Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. diesen Vorschriften Raum belässt. Diese Auslegungsfrage soll vorliegend nicht beantwortet werden. Wir vermerken nur, dass in der Literatur im Allgemeinen festgehalten wird, dass die Haftung gemäss Art. 41 Abs. 1 OR in *Anspruchskonkurrenz* zu jener gemäss Art. 752 OR tritt[1714].

828 *Praktisch* dürfte die Problematik endlich insbesondere dann ins Gewicht fallen, wenn die Auslegung der spezialgesetzlichen Anspruchsgrundlage ergibt, dass diese nur die Verletzung bestimmter potentieller Schutznormen erfasst, jene anderer aber *gerade nicht*[1715]. Dann stellt sich nämlich die Frage, ob damit bei einer Verletzung der zweiten Kategorie von Vorschriften nicht auch die Haftung gemäss allgemeinem Deliktsrecht ausgeschlossen ist, wie wohl diese *im Übrigen* möglicherweise als Schutznormen qualifizieren würden.

829 Die zweite relevante Situation betrifft **vertragliche Ansprüche**, die in Konkurrenz zu deliktischen Ansprüche aus Art. 41 Abs. 1 OR treten. Diese Möglichkeit besteht,

---

1711 Darüberhinaus ist insb. Art. 145 KAG zu erwähnen, der Geschädigten bei einer Verletzung der Pflichten gemäss KAG eine spezialgesetzliche Haftungsgrundlage an die Hand gibt. Alsdann liesse sich auch hier die Frage stellen, ob daneben auch noch eine Haftung gemäss Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. den Pflichten gemäss KAG als (potentielle) Schutznormen in Frage kommt.

1712 Vgl. bspw. VON DER CRONE, Aktienrecht, § 12, Rn. 16 f.; WATTER, BSK-OR II, Art. 752, Rn. 3 ff.

1713 Vgl. dazu – freilich im Zusammenhang mit der Ad hoc-Publizitätspflicht – vorne, insb. Rn. 797 ff. und Rn. 817 f.

1714 Vgl. bspw. BINDER/ROBERTO, CHK, Art. 752 OR, Rn. 24.

1715 Vgl. – *wohlgemerkt* in anderem, nämlich strafrechtlichem Zusammenhang – bspw. die ausdrückliche Regelung von Art. 23 UWG, die einen Umkehrschluss auf die dort nicht genannten Tatbestände zulässt.

falls die potentiellen Schutznormen an Sonderverbindungen anknüpfen, wie beispielsweise Art. 11 BEHG oder auch der Untreue- (Art. 138 StGB) und der Betrugstatbestand (Art. 146 StGB), die das Bundesgericht sämtlich als Schutznormen einordnet[1716]. Dabei gehen wir zunächst davon aus, dass die Ansprüche je **gegen dieselbe Person** bestehen.

Wie erwähnt vermögen *durch die Parteien* (autonom) gesetzte Pflichten demgegenüber keine Widerrechtlichkeit zu begründen. Diese Situation ist mit jener heteronomer Pflichten, die an Sonderverbindungen anknüpfen, nicht zu verwechseln. Noch einmal eine andere Frage ist alsdann jene, ob die Verletzung relativer Rechte *Dritter* mangels einer Schutznorm deliktsrechtliche Schadenersatzansprüche zur Folge haben kann. Diese wird in der Schweiz durch Praxis und herrschende Lehre (ebenfalls) negativ beantwortet[1717].

830 Blicken wir auf *Art. 11 BEHG,* stipuliert dieser Pflichten des Effektenhändlers *gegenüber Kunden,* mithin Pflichten, die eine Sonderverbindung voraussetzen, und nicht solche, die gegenüber jedermann bestehen. Daraus wird bisweilen abgeleitet, dass das *«Deliktsrecht grundsätzlich der falsche Anknüpfungspunkt»* sei, und unter anderem deswegen die Schutznormeigenschaft von Art. 11 BEHG abgelehnt[1718]. In dieselbe Kerbe schlägt auch die Auffassung, wonach Art. 2 Abs. 1 ZGB deswegen keine Schutznorm sei, weil er an ein bestehendes Rechtsverhältnis anknüpft[1719].

831 Entsprechende Überlegungen nimmt die Schweizer Gerichtspraxis vereinzelt auch im Allgemeinen vor, so namentlich das Bundesgericht, als ihm die Frage einer deliktischen Haftung aus verschiedenen arbeitsrechtlichen Pflichten[1720] vorlag. Das Gericht stellte im Anschluss an die regelmässig erwähnte Feststellung, wonach gemäss der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie der Verstoss gegen eine ‹allgemeine gesetzliche Pflicht› erforderlich sei[1721], folgendes fest: *«Il faut donc qu'il y ait violation d'un devoir général, c'est-à-dire d'un devoir incombant à tous* [..]. *En revanche, la violation d'un devoir qui n'est pas universel, mais seulement relatif ne suffit pas; par devoir relatif, on entend essentiellement un devoir né d'un acte juridique et qui*

1716 Vgl. betr. Art. 11 BEHG die H. vorne, Rn. 814; betr. Art. 138 StGB Entscheid 4C.408/2005 vom 1. Juni 2006, E. 4 und E. 7 (vgl. ferner auch Entscheid 4A_502/2008 vom 31. März 2009); betr. Art. 146 StGB die H. vorne, Rn. 415.

1717 Vgl. nur BGE 114 II 91, E. 4a / aa m.w.H.

1718 Vgl. WIEGAND/BERGER, ZBJV 1999, 739; vgl. auch BAHAR/STUPP, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 11 BEHG, Rn. 96.

1719 Vgl. vorne, Rn. 780.2 m.H.

1720 Namentlich der Lohnzahlungspflicht (Art. 322 ff. OR), der Abrechnungspflicht (Art. 322c OR) und den Vorschriften zur Kündigung (Art. 336 ff. OR).

1721 Vgl. insofern auch den durch das Bundesgericht regelmässig verwendeten Textbaustein vorne, Rn. 708 m.H.

n'incombe qu'au cocontractant»[1722]. In der deutschen Doktrin wird in diesem Zusammenhang – im Licht der Rubrik der ‹Tragbarkeit einer Haftung im Licht des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems› – bisweilen folgendes festgehalten: Soweit Normen, die vertragliche Beziehungen zwischen den Parteien regeln, überhaupt Ge- oder Verbote aufstellen (wie dies vorliegend vorausgesetzt werden kann), *«erweist die Systematik des Vertragsrechts im Vergleich zu den deliktsrechtlich eintretenden Rechtsnormen, dass das Vertragsrecht im Verhältnis zum Deliktsrecht eine insoweit in sich abgeschlossene (auch) schadenersatzrechtliche Spezialregelung und Sonderordnung ist, mit der sich vertragsrechtliche Normen als Schutzgesetze nicht vertragen würden»*[1723].

Gesamthaft lassen sich diese Überlegungen auf den Nenner bringen, dass die Verletzung von Schutznormen, in deren Tatbestand eine sog. Sonderverbindung steht, deliktsrechtlich nicht sanktioniert werden können soll. Vielmehr ist der Geschädigte auf etwaige (quasi-)vertragliche Ansprüche zu verweisen. In den Beispielen steht ihm dabei Art. 11 BEHG als Doppelnorm zur Verfügung sowie der Grundsatz von Treu und Glauben als (grundsätzlicher[1724]) Generator von Nebenpflichten. 832

Meines Erachtens ist in diesem Kontext zunächst erneut auf die hergebrachte Rubrik der *‹Anspruchskonkurrenz›* zu verweisen. Falls sich ein Anspruch auf mehrere Anspruchsgrundlagen stützen lässt, bestimmt diese Rubrik, ob die eine Anspruchsgrundlage der/den anderen vorgeht oder ob alle angerufen werden können[1725]. In der Schweiz wird es in der Praxis und Doktrin ganz allgemein als Grundsatz erachtet, dass zwischen vertraglicher Haftung und deliktischer Verschuldenshaftung Anspruchskonkurrenz besteht[1726]. Als bedeutsamer Beispielfall sind Ansprüche aus Verletzung der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht zu nennen, die als Nebenpflicht in erster Linie die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen bezweckt und in Kon- 833

1722 Vgl. Entscheid 4C.311/2001 vom 24. Januar 2002, E. 2b.

1723 Vgl. Soergel-BGB, § 823, Rn. 201 m.w.H.; die deutsche Praxis weist insofern *nota bene* in eine andere Richtung (vgl. die H. bei DEMS, a.a.O.; sowie DEMS., Gesetzesverstoss, 142).

1724 Vgl. dazu einlässlich vorne, 2. Teil / 2. Kapitel / III. / 2. / B. / b.

1725 Zu ebendiesem Schluss kommt (zum deutschen Recht) in der Sache letztlich auch SCHMIEDEL, vgl. 242 ff., insb. 248 f.; vgl. im Zusammenhang mit Ansprüchen aus Verletzung der sog. Wohlverhaltensregeln gemäss WpHG ferner bspw. FUCHS, in: Fuchs, Vor §§ 31 WpHG, Rn. 104 inkl. Fn. 270 m.w.H.

1726 Vgl. insb. OFTINGER/STARK, Bd. I, § 13, Rn. 43 m.w.H. insb. auf die Gerichtspraxis; ferner nur SCHWENZER, OR AT, Rn. 67.05 f. m.w.H.

kurrenz mit entsprechenden ausservertraglichen Ansprüchen steht[1727]. Die erwähnten (vereinzelt gebliebenen) höchstrichterlichen Überlegungen stehen hier einer deliktischen Haftung offensichtlich nicht entgegen. Wie es sich mit der Anspruchskonkurrenz *bei reinen Vermögensschäden* zwischen (insbesondere) auftragsrechtlicher Haftung und ausservertraglicher Haftung wegen Schutzgesetzverletzung im Besonderen verhält, wird in der Schweiz meines Wissens jedoch kaum erörtert[1728]. Allerdings sind meines Erachtens *keine* Gründe ersichtlich, gerade hier von dem althergebrachten Grundsatz abzuweichen.

833.1 Insbesondere werden im Rahmen der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie die absolut geschützten Rechtsgüter im Bereich der reinen Vermögensschädigungen durch *heteronome* gesetzliche Pflichten ersetzt und *nicht* durch absolute Pflichten. Wenn darauf Bezug genommen wird, dass es sich um ‹allgemeine Pflichten› handeln muss, dürfte damit nur gemeint sein, dass sie sich als generelle Normen an alle Rechtsgenossen richten müssen[1729]. Ausgeschlossen sind allein durch die Parteien autonom gesetzte Normen, wozu man (in Abweichung von den vorliegend vertretenen Begrifflichkeiten[1730]) in vorliegendem Zusammenhang allenfalls auch noch Normen des dispositiven Vertragsrechts zählen kann[1731].

833.2 Dazu kommt, dass mit öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen naturgemäss (jedenfalls auch) die Protektion öffentlicher Interessen intendiert wird, im Finanzmarktzusammenhang vorab Funktionsschutz, so dass mit den Worten von MICHAEL HASSEMER zudem Folgendes zu beachten ist: *«Wenn aber solche Gründe – obschon vielleicht nur neben anderen – für Vorschriften der bezeichneten Art bestimmend sind, dann werden mit ihnen nicht nur Verpflichtungen innerhalb der Sonderverbindung auferlegt, sondern zugleich allgemeine Verkehrs-*

1727 Vgl. PORTMANN, BSK-OR I, Art. 328, Rn. 55; OFTINGER/STARK, Bd. I, § 13, Rn. 45 m.H. auf zahlreiche Bundesgerichtsentscheide; REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR, Rn. 27.

1728 Wohl weil regelmässig die Einschätzung von SCHWENZER geteilt wird, wonach ein mit dem Dienstleistungs- und Arbeitsvertragsrecht ‹konkurrierender Deliktsanspruch mangels Widerrechtlichkeit grundsätzlich nicht in Frage› komme (vgl. OR AT, Rn. 67.05 f.). Im deutschen Recht geht die vorherrschende Auffassung im Übrigen von Anspruchskonkurrenz aus, wobei hier im Grundsatz ausdrücklich keine Ausnahme gemacht wird, wenn vertragliche Ansprüche neben solchen aus § 823 Abs. 2 BGB stehen (vgl. bspw. BGH NJW 1987, 2008, Rn. 37 f. m.w.H.).

1729 Vgl. dahingehend auch MERZ, ZBJV 1955, 312. Entsprechend ist der Schutznormcharakter individueller Verwaltungsakte abzulehnen (vgl. ROBERTO/RICKENBACH, ZSR 2012 I, 191 m.H. [auf die dt. Doktrin]).

1730 Vgl. dazu vorne, Rn. 147 ff.

1731 Vgl. dazu MERZ, ZBJV 1955, 307.

pflichten, wie sie das Recht der unerlaubten Handlungen überhaupt kennzeichnen»[1732].

Folglich ist meines Erachtens auch dann von Anspruchskonkurrenz auszugehen, wenn neben der vertraglichen Haftung eine deliktische Haftung wegen der Verletzung von öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen in Frage steht, deren Anwendbarkeit an das Bestehen einer Sonderverbindung anknüpfen. Diese Begebenheit steht ihrer Eignung als Schutznormen nicht entgegen. Dies wird durch die Gerichtspraxis betreffend die eingangs genannten Vorschriften (Art. 11 BEHG[1733] und Art. 138 sowie Art. 146 StGB[1734]) im Prinzip denn auch bestätigt. 834

1732 Vgl. 61 ff.

1733 Wenn das Zürcher Obergericht im Übrigen in einem Sachverhalt, in dem der Geschädigte den Emittenten eines strukturierten Produktes für ersatzpflichtig hielt, das jener über dessen Hausbank erwarb, jüngst festgehalten hat, dass Art. 11 BEHG diesfalls mangels einer vertraglichen Beziehung zwischen Emittent und Geschädigten nicht anwendbar sei, ging es eben um dessen Nichtanwendbarkeit im konkreten Fall und nicht um die (abstrakte) Schutznormeigenschaft von BEHG 11 (vgl. ZR 2012, Nr. 30, E. 2.2 am Ende [*«vorliegend»*]; und bereits den Leitsatz*:* [*«insoweit»*]; vgl. ferner MONFERRINI/VON DER CRONE, SZW 2012, 355). Ebenso *im Übrigen* wohl BAHAR und STUPP, denen gemäss ein Verstoss gegen Art. 11 BEHG als *«Verletzung der privatrechtlichen Beziehung zwischen Effektenhändler und Kunde gelten»* kann, wohingegen die Vorschrift für eine Begründung einer Haftung nicht zu sorgen vermögen, selbst wenn sie als Schutznorm zu qualifizieren sei (vgl. BSK-BEHG/FINMAG, Art. 11 BEHG, Rn. 96 m.w.H.).

1734 Dies anerkennen hinsichtlich Art. 138 und 146 StGB auch WIEGAND und BERGER, ZBJV 1999, Fn. 125 (739), und entgegnen dem vor dem Hintergrund, dass diese Delikte Vorsatz voraussetzen: *«Zivilrechtlich liegt daher regelmässig eine sittenwidrige Schädigung i.S.v. Art. 41 Abs. 2 OR vor, so dass die Suche nach einer die Widerrechtlichkeit begründenden Schutznorm entbehrlich ist»*. Dies trifft zunächst schlicht nicht zu, wenn man der h.A. folgt, die bei widerrechtlichen Schädigungen Art. 41 Abs. 2 OR überhaupt nicht anwenden will (vgl. vorne, nach Rn. 416). Wenn sodann das Bundesgericht (und die ganz h.A.) die fraglichen Fälle auch tatsächlich über Art. 41 Abs. 1 OR schlagen (für H. vgl. nur BREHM, BK, Art. 41 OR, Rn. 39), zeigt dies, dass auch Schutznormen, welche die Verletzungen relativer Rechte zum Gegenstand haben, Widerrechtlichkeit zu begründen vermögen. Was von dem Argument von WIEGAND und BERGER übrig bleibt, ist folglich meines Erachtens eine – für das Schweizer Recht gemäss dem nachstehenden Unterkapitel unzulässige – Anlehnung an CANARIS, demgemäss mit Blick auf BGB 826 von BGB 823 II nur Schutznormen erfassen sein sollen, die Vorsatz voraussetzen, zumal dieser Auffassung in der deutschen Gerichtspraxis gerade insofern Nachachtung verschafft wurde, als strafrechtliche Schutznormen von dem ‹Subsidiaritätsargument› ausgenommen werden (vgl. ROBERTO/RICKENBACH, ZSR 2012 I, 189; VERSE, ZHR 2006, 408 und Fn. 27 [405], je m.w.H.).

835 Richten sich die Ansprüche gegen *denselben* Schädiger, ist aus *praktischer* Warte allerdings zu bemerken, dass die Auswirkungen gering wären, wenn man zu einem anderen Ergebnis gelangen würde. Dem Geschädigten wird ein deliktischer Anspruch kaum je vorteilhafter sein[1735]. Würde die Forderung, dass Vorschriften, die auf den Bestand einer Sonderverbindung abstellen, keinen Schutznormcharakter haben, allerdings *absolut* vorgetragen (und nicht nur für den Fall, dass konkurrierende vertragliche Ansprüche gegen denselben Schädiger bestehen), hätte dies vorab Konsequenzen für die **Haftung von Mitarbeitern**, falls die Sonderverbindung zwischen einer juristischen Person und dem Geschädigten besteht[1736]. Dabei handelt es sich um die dritte Situation, in welcher die hinreichende Absicherung des Geschädigten einen Einfluss darauf haben könnte, ob eine öffentlich-rechtliche Verhaltensnorm als Schutznorm durchgeht.

De lege ferenda könnte eine etwaige Forderung, dass Vorschriften, die an Sonderverbindungen anknüpfen, keine Schutzgesetzeigenschaft haben, im Übrigen noch in anderer Hinsicht bedeutsam sein. So hat der vertragsrechtliche Teil ergeben, dass vertragliche Ansprüche wegen Verletzungen der Verhaltensregeln gemäss FIDLEG nur schwer zu begründen sind (im Gegensatz zu Ansprüchen auf Grundlage von Art. 11 BEHG, bei dem es sich um eine Doppelnorm handelt). Aufgrund der bis anhin erfolgten Ausführungen steht der Schutznormeigenschaft der Verhaltensregeln gemäss FIDLEG nichts Grundsätzliches entgegen. Die Regeln stellen freilich regelmässig darauf ab, dass eine Sonderverbindung vorliegt[1737]. Würde ihnen allein auf dieser Grundlage die Schutzgesetzeigenschaft versagt, würde entsprechend eine weitere potentielle Haftungsgrundlage wegfallen.

836 Im *deutschen Recht* verweist der Bundesgerichtshof Geschädigte unter der Rubrik der ‹Tragbarkeit einer Haftung im Licht des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems› regelmässig auf die (vertraglichen) Ansprüche gegenüber dem Geschäftsherrn (i.d.R. eine juristische Person), wenn sie Mitarbeiter in Anspruch nehmen[1738]. Zwischen gewöhnlichen Mitarbeitern und Organen wird dabei nicht grundsätzlich unterschie-

---

1735 Vgl. dazu vorne, Rn. 345. Vgl. sodann bspw. zum (mit vorliegenden insoweit vergleichbaren) Fall einer Fürsorgepflichtverletzung PORTMANN, BSK-OR I, Art. 328, Rn. 55; sowie REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR, Rn. 27.

1736 Vgl. insofern insb. Entscheid 4C.311/2001 vom 24. Januar 2002, in dem eben diese Konsequenz gezogen wird. Stehen reine Vermögensschäden in Frage, wäre eine Haftung der *Organe* aufgrund einer Verletzung arbeitsrechtlicher Vorschriften trotzdem unsicher, da die Vorschriften sich nicht an die Organe (sondern an den Arbeitgeber) richten und auch die Möglichkeit einer Ausdehnung von deren personalem Anwendungsbereich *prima vista* nicht gegeben ist (vgl. dazu hinten, 2. Teil / 3. Kapitel / III. / 2., *passim*).

1737 Vgl. für (überblicksartige) H. vorne, Rn. 448.

1738 Vgl. insb. BGH NJW 2008 1734, Rn. 16 (m.H. auf BGH NJW 2007 1876).

den[1739]. Die sog. Subsidiarität der Haftung der Mitarbeiter wird insbesondere mit *«allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen»* begründet, wonach die Eigenhaftung *«auf Ausnahmefälle beschränkt und an sehr hohe Voraussetzungen geknüpft sei»*[1740]. Das gilt zunächst solange, als der Geschäftsherr solvent ist. Ob sodann bei dessen Insolvenz das Subsidiaritätserfordernis immer noch zum Tragen kommen soll, erscheint in der Literatur zumindest hinsichtlich der Haftung von Organen als wenig geklärt[1741], während die Praxis durchaus in diese Richtung weist[1742]. Demgegenüber wird die Ermöglichung einer Organaussenhaftung im Insolvenzfalle in der deutschen Doktrin bisweilen gleichsam unter die (teleologischen) Funktionen der Haftung wegen Schutzgesetzverletzung (§ 823 Abs. 2 BGB) eingeordnet[1743].

Betreffend die Rechtslage in der *Schweiz* ist zunächst zu erwähnen, dass nach vorne erfolgten Überlegungen keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass nicht von einer Schutznorm auszugehen ist, wenn diese auf eine Sonderverbindung zwischen einer juristischen Person und dem Geschädigten abstellt. 837

Alsdann bringt (wiederum) der BGH offensichtlich *Wertungsargumente* zu Gunsten des Schutzes der Mitarbeiter ins Spiel[1744]. Das kann man jedenfalls im Insolvenzfall auch anders sehen. So kann man die einschlägigen Wertungen mit VITO ROBERTO auch dahingehend festhalten, dass der Schutz des Geschädigten gegenüber dem Schädiger, dem immerhin ein Fehlverhalten vorgeworfen werden kann, immer noch vorzuziehen ist[1745]. Dies trifft auf Schädigungen durch gewöhnliche Mitarbeiter zu, 838

1739 Vgl. bspw. BGH, NJW 1994 1801, der die Haftung einer GmbH-Geschäftsführerin betroffen hat; ferner VERSE, ZHR 2006, 405 ff. m.w.H.

1740 BGH NJW 2008 1734, Rn. 16; vgl. auch Rn. 22.

1741 Vgl. dazu VERSE, ZHR 2006, 405 ff. m.w.H.

1742 Vgl. BGH, NJW 2008 1734, Rn. 22; BGH NJW 1994 1801, in dem eine Haftung einer GmbH-Geschäftsführerin wegen Verletzung ihrer Organpflichten neben der insolventen Gesellschaft und dem Schädiger (einem anderen Geschäftsführer, dessen Delikte durch Wahrnehmung der Organpflichten allenfalls hätten verhindert werden können) unter anderem unter Berufung auf das ‹Subsidiaritätsargument› abgelehnt wurde (vgl. 1803 f.); ferner BGH, NJW 2010 3651, Rn. 31.

1743 So WAGNER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 823, Rn. 388; in der Sache auch MAIER-REIMER, NJW 2007, 3159.

1744 Vgl. im Finanzmarktzusammenhang für Deutschland ferner BENICKE, 470; und sodann auch weitere Entscheide des BGH (vgl. für H. WAGNER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 823 Rn. 388; DERS., MünchKommBGB, 5. Aufl., Rn. 392); kritisch dazu bspw. FUCHS, in: Fuchs, Vor. §§ 31 ff. WpHG, Rn. 103. Knappe aber gute H. zu den wohl wichtigsten Gründen finden sich bspw. bei FOUNTOULAKIS/MÄSCH, ZEuP 2011, 473 ff.

1745 FS Rehbinder, 95; vgl. auch SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 134; und allgemein zum Wertungsgesichtspunkt ROBERTO, Schadensrecht, 253 f. m.w.H. Implizit vorausgesetzt ist da-

wie – wohl umso mehr – auch auf solche durch Organe. Die zweite Ansicht entspricht auch einer freiheitlichen Ordnung besser, welche die Verantwortung für das eigene Handeln betont.

839 Ein Blick auf die Haftung für die Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter *bestätigt* diese Wertung. Hier stellen gemäss einer vordringenden Auffassung Mängel an der Kaufsache keine Eigentumsverletzung dar[1746]. Dies lässt sich insbesondere – aber nicht etwa nur[1747] – für sog. weiterfressende Mängel bestreiten[1748]. Jedenfalls soll der potentiell gegebene deliktsrechtliche Anspruch dem vertraglichen Anspruch gegen den *Verkäufer* nachgehen[1749] (ohne dass dies einschneidende praktische Konsequenzen hat[1750]). Hat der Verkäufer nun aber die Kaufsache von einem Hersteller bezogen, dem seinerseits ein schuldhaftes Verhalten vorzuwerfen ist, würde dessen Haftbarmachung durch den Käufer gemäss erwähnter vordringender Auffassung an der fehlenden Eigentumsverletzung scheitern. Andernfalls kann sie grundsätzlich hergestellt werden. In dieser Situation wird eine Haftung des *Herstellers* wertungsmässig ebenfalls begrüsst[1751] (wobei dessen Haftung im Übrigen ebenfalls insbesondere im Insolvenzfalle bedeutsam sein dürfte[1752]).

---

bei, dass den Geschädigten *kein* Fehlverhalten trifft, das im Übrigen im Rahmen des Selbstverschuldens zu berücksichtigen wäre (vgl. dazu vorne, nach Rn. 301 m.w.H.; vgl. ferner VERDE, Straftatbestände, 413).

1746 Vgl. insb. HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 21, Rn. 66 ff.; sowie SCHWENZER, OR AT, Rn. 50.17 f. m.w.H.

1747 So wird heute in Deutschland an prominenter Stelle *jedenfalls* eine Eigentumsverletzung angenommen (vgl. WAGNER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 823, Rn. 194).

1748 Vgl. insb. FASTRICH, AJP 1995, 1121.

1749 Vgl. für die Schweiz nur FASTRICH, AJP 1995, 1122 ff.; und für Deutschland nur WAGNER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 823, Rn. 195. Ohne darauf mangels Praxisrelevanz näher einzugehen, dürften sich die dazu führenden Überlegungen mit jenen vergleichen lassen, die das ‹Subsidiaritätsargument› bestimmen, das seinerseits vorliegenden Überlegungen als Rubrik dient.

1750 Vgl. dazu vorne, Rn. 345. Dazu kommt, dass die schweizerische Gerichtspraxis die Erfüllung etwaiger vertraglicher Modalitäten jedenfalls im Kaufrecht auch für die deliktischen Ansprüche voraussetzt (vgl. HONSELL, OR BT, 118 f.).

1751 Vgl. BRÜGGEMEIER, Deliktsrecht, Rn. 316.

1752 Dazu kommen könnten *nota bene* zuständigkeits- und kollisionsrechtliche Argumente, da sich – ausserhalb des Verbraucherrechts im Gegensatz zum Vertragsrecht – je nach Sachverhalt (und ohne Rücksicht auf die Bedeutung des Instituts der doppelrelevanten Tatsache in diesem Zusammenhang) Zuständigkeit und anwendbares Recht am Sitz des Geschädigten gegeben wären.

Demnach bestehen in der Schweiz meines Erachtens wertungsmässig keine eindeutigen Anhaltspunkte dafür, Geschädigte auf den Geschäftsherrn zu verweisen, wenn sie einen Mitarbeiter in Anspruch nehmen. Das gilt freilich vorab im Insolvenzfall, zumal sich der Geschädigte ausserhalb desselben an den Geschäftsherrn halten kann, so dass ein schlichter Vergleich der bei Mitarbeitern und Geschädigten vorhandenen Parameter nicht hinreichend ist. 840

Indessen sind auch in der (praktisch weniger relevanten) Situation, in welcher der Geschäftsherr in Anspruch genommen werden kann, keine Anhaltspunkte ersichtlich, die in der schweizerischen Rechtsordnung für einen besonderen Schutz der Mitarbeiter im Licht der ‹Tragbarkeit von deren Haftung im haftungsrechtlichen Gesamtsystem› sprechen. Vielmehr weist das schweizerische Deliktsrecht eine sog. *‹personalistische Struktur›* auf[1753]. *«Das heisst, dass die Haftung grundsätzlich an das Fehlverhalten eines oder mehrerer Individuen anknüpft. Für die Haftung eines Unternehmens bedeutet das, dass seine Haftung keine unmittelbare ist, sondern sie ist grundsätzlich immer vermittelt durch ein vorgängiges Delikt eines Individuums, und seine Haftung kommt grundsätzlich stets als zusätzliche Garantie kumulativ zur Individualhaftung des fehlbaren Mitarbeiters hinzu»*[1754]. Die personalistische Struktur des schweizerischen Deliktsrechts ihrerseits hat ihren Niederschlag gleichsam im Gesetz gefunden, nämlich in Art. 55 Abs. 3 ZGB, der statuiert wurde, *«um eine allfällige gegenteilige Rechtsauffassung (Wegfall der Haftung der Organe juristischer Personen wegen der Haftung der juristischen Person selbst) eindeutig auszuschliessen»*[1755]. Diese Vorschrift wird in der Praxis bisweilen ausdrücklich auch auf die Haftung von Hilfspersonen (inkl. ‹gewöhnliche› Mitarbeiter) angewandt[1756]. Dementsprechend wird zwischen der vertraglichen Haftung des Geschäftsherrn (vgl. Art. 101 841

1753 Ebenso wie das deutsche (wobei auch der Blick der Verfasser sogleich anzuführender Umschreibung darauf gerichtet ist); und an sich auch das französische (allerdings hat dort die Gerichtspraxis die Haftung von Mitarbeitern Dritten gegenüber trotzdem *von vorneweg* begrenzt, vgl. dazu FOUNTOULAKIS/MÄSCH, ZEuP 2011, insb. 464 ff.).

1754 FOUNTOULAKIS/MÄSCH, ZEuP 2011, 468 f. m.H.; vgl. auch noch 463 f.

1755 So RIEMER, BK, Art. 54/55 ZGB, Rn. 63 m.H.

1756 Vgl. BGE 79 II 66, E. 4 (Anwendung auf Mitarbeiter eines Eishockey-Vereins). Auch die Begründung des Entscheids ist erwähnenswert, bringt sie doch schön zum Ausdruck, dass die personalistische Struktur des Haftungsrechts nur ein Ausfluss eines ‹aufgeklärten Menschenbilds› ist: *«La qualité de membre ne diminue en rien la prudence requise envers les tiers. Elle ne depouille pas de la personnalité ni ne supprime la responsabilité individuelle (art. 55 al. 3 CC). La conception qui assimile les equipiers à des simples instruments est inadmissible»* (vgl. a.a.O.; und ferner bspw. BRÜGGEMEIER, HAVE 2004, 162); kritisch freilich RIEMER, BK, Art. 54/55 ZGB, Rn. 63.

Abs. 1 OR) und der Haftung der Hilfspersonen aus Art. 41 OR im Allgemeinen schliesslich Anspruchskonkurrenz angenommen[1757].

842 *In der Summe* steht, dass unter der Rubrik der ‹Tragbarkeit einer Haftung im Licht des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems› auch dann *keine* zusätzlichen Anforderungen an den Beizug von öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen als Schutznormen bestehen, wenn die Haftung von Mitarbeitern in Frage steht. In diesem Zusammenhang wird sich allerdings die Frage stellen, ob der Mitarbeiter überhaupt *Adressat* von Pflichten ist, die (zumindest zunächst) das Verhältnis zwischen dem Geschädigten und dem Geschäftsherrn im Rahmen einer Sonderverbindung betreffen[1758]. Sodann bestehen Argumente aus der Systematik des deliktsrechtlichen Haftungstatbestands, die bis zu einem gewissen Grad eine Entlastung der Mitarbeiter zur Folge haben[1759]. Schliesslich wäre zu diskutieren, ob und inwiefern Arbeitnehmern gegenüber Arbeitgebern ein sog. ‹Freistellungsanspruch› zusteht[1760]. Darauf treten wir vorliegend jedoch nicht ein.

843 Ziehen wir ein **Fazit** zum Erfordernis, wonach unter der Rubrik der ‹Tragbarkeit einer Haftung im Licht des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems› zu prüfen ist, ob der Geschädigte bereits anderweitig hinreichend abgesichert ist, ist dieses für die schweizerische Rechtsordnung meines Erachtens *abzulehnen*[1761]. Entsprechend steht es dem Beizug öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen als Schutznormen nicht

---

1757 Vgl. Art. 51 OR und hier insb. die französische Marginalie *(«Concours de diverses causes du dommage»);* ferner nur BREHM, BK, Art. 55 OR, Rn. 101; WEBER, BK, Art. 101 OR, Rn. 174 m.w.H. aus Praxis und Lehre. Werden juristische Person und Organe für dieselbe Handlung der Organe in Anspruch genommen, besteht demgegenüber echte Solidarität (vgl. dazu noch hinten, Rn. 1010.1 m.H.).

1758 Vgl. dazu hinten, 2. Teil / 3. Kapitel / III. / 2. Ohne dass dies (angesichts des privatrechtlichen Charakters [genuin] vertragsrechtlicher Bestimmungen) näher untersucht werden soll, könnte meines Erachtens die Haftung der Organe wegen Verletzung vertragsrechtlicher Bestimmungen aufgrund dieser Überlegungen (überblicksartig keine [heteronome] Verhaltensbestimmung durch die fraglichen Vorschriften) nicht in Frage kommen, so dass das Ergebnis gemäss Entscheid 4C.311/2001 vom 24. Januar 2002, E. 2b (Ablehnung der Haftung der Organe) noch auf anderem Weg erreicht werden könnte.

1759 Vgl. dazu hinten, 2. Teil / 3. Kapitel / III. / 8.

1760 Vgl. dazu ROBERTO, FS Rehbinder, 94 f. m.w.H.; bei anderen Autoren ist in diesem Zusammenhang im Übrigen von ‹innerbetrieblichem Schadensausgleich› die Rede, so u.a. in den jüngeren Kommentierungen von PORTMANN (vgl. BSK-OR 1, Art. 321e, Rn. 24, und Art. 328, Rn. 49); sowie bei REHBINDER/STÖCKLI (vgl. BK, Art. 328 OR, Rn. 3). Von besonderer Bedeutung im Hinblick auf den Insolvenzfall ist dabei die Frage nach dessen konkursrechtlichen Privilegierung.

1761 Vgl. im Ergebnis insgesamt ähnlich wie hier auch VERDE, Straftatbestände, Rn. 409 ff.

entgegen. Das heisst indessen nicht, dass die unter der Rubrik vorgetragenen Anliegen keinesfalls Berücksichtigung finden. Dafür sorgt vorab die (herkömmliche) Prüfung, ob zwischen verschiedenen Ansprüchen des Geschädigten *Anspruchskonkurrenz* besteht. Damit stehen wir auf sichererem Grund als ihn die sog. Tragbarkeitsformel bieten kann, deren Verwendung im Zusammenhang mit konkurrierenden Ansprüchen sich – wie ANDREAS SPICKHOFF zum deutschen Recht festhält – *«eher als verschleiernd, denn als klärend»* erweist[1762]. Dazu kommt im Hinblick auf die Haftung von Mitarbeitern insbesondere das noch zu diskutierende Erfordernis, wonach (unter anderem) Normen, die an eine Sonderverbindung zwischen Geschäftsherrn und Geschädigtem anknüpfen, einer (noch näher zu bestimmenden) Adressierung an die Mitarbeiter des Geschäftsherrn bedürfen.

B. Strafbewehrung und Vorsatzdogma

Das zweite zusätzliche Erfordernis, das wir näher besprechen, wurde von CLAUS WILHELM CANARIS vorab auf Grundlage der deutschen Gesetzessystematik entwickelt[1763]. Danach müssen im Fall reiner Vermögensschäden, welche durch die Fahrlässigkeitshaftung gemäss § 823 Abs. 1 BGB keinen Schutz finden, die Schutzgesetze entweder *«mit Kriminalstrafe bedroht»* sein oder zumindest als *«Typisierung und Ergänzung von BGB 826»* durchgehen, der wie Art. 41 Abs. 2 OR eine Haftung wegen absichtlichem Verstoss gegen die guten Sitten stipuliert. Mit *‹Kriminalstrafe›* referenziert CANARIS – gemünzt auf die Schweiz – mit Freiheits- oder Geldstrafe bewehrte Verbrechen oder Vergehen (im Folgenden ‹Kriminalstrafrecht›), im Gegensatz zu den mit Busse sanktionierten Übertretungen (im Folgenden ‹Strafrecht im weiteren Sinne›)[1764]. Als Konsequenz erfährt die deliktische Haftung für reine Vermögensschäden tendenziell eine Beschränkung auf vorsätzliche Übertretungen[1765]. 844

[1762] Vgl. Gesetzesverstoss und Haftung, 137.

[1763] CANARIS hat das Erfordernis insb. in seinem Beitrag für die (zweite) Larenz FS festgehalten, vgl. dort 49 f. sowie 58 ff.; vgl. ferner bspw. LARENZ/CANARIS, 438 f. Dass das Erfordernis von CANARIS eingeführt wird, ist insofern kaum ein Zufall, als es der Promotion von einheitlichem gesetzlichen Schuldverhältnis und Vertrauenshaftung nicht ungelegen kommt (vgl. BRÜGGEMEIER, Deliktsrecht, Rn. 799). *Für sich* spricht das nicht gegen das Erfordernis, allerdings dürften sich gewisse Argumente, die dafür ins Feld geführt werden, *auch mit Blick auf das deutsche Recht* relativieren (so allgemein denn auch BRÜGGEMEIER, a.a.O.).

[1764] Die Begriffe ‹Kriminalstrafrecht› (auch ‹Strafrecht im engeren Sinn›) und ‹Strafrecht im weiteren Sinn› sind der Diskussion um die Differenzierung verschiedener Kategorien von Strafrechten entnommen (vgl. bspw. NIGGLI/RIEDO, Quasi-Strafrecht, 93 f. und *passim*).

[1765] So SPICKHOFF, Soergel-BGB, Rn. 199; vgl. auch VERSE, ZHR 2006, 406.

Auf die entsprechende Forderung, wonach reine Vermögensschäden grundsätzlich nur bei Vorsatz ersatzfähig sein sollen (sog. *‹Vorsatzdogma›*), kommen wir nachfolgend noch zurück.

845 Die überwiegende deutsche Doktrin lehnt die Auffassung ab[1766], mit Blick auf die Schweiz ebenso MICHEL VERDE[1767]. Insbesondere VITO ROBERTO und JENNIFER RICKENBACH scheinen ihr für die Schweiz freilich zugeneigt, wie noch näher darzulegen sein wird. Ferner könnte auch ein Hinweis des Bundesgerichts in BGE 134 III 529, dem gemäss die Schutznormeigenschaft der Vorschriften des GWG abgelehnt wird, dahingehend gedeutet werden. Namentlich hält es das höchste Gericht für beachtlich, *«dass das Geldwäschereigesetz für Verstösse gegen die in Art. 3–8 GwG statuierten Sorgfaltspflichten auf Strafandrohungen verzichtet»*[1768].

846 Die Auffassung ist im vorliegenden Zusammenhang von einiger Bedeutung, da die Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften bisweilen gar nicht strafbewehrt und bisweilen (verwaltungsstrafrechtlich) nur mit Busse belegt ist[1769]. ROBERTO und RICKENBACH halten denn im Allgemeinen gleichsam fest, dass *«vom Verwaltungsrecht als Quelle von Schutzgesetzen für reine Vermögensschäden* [..] *abgesehen werden»* sollte[1770].

847 Da CANARIS sich wesentlich auf die deutsche Gesetzessystematik stützt, bietet sich meines Erachtens zunächst ein Vergleich mit den entsprechenden **schweizerischen Vorgaben** an. Diese bilden *kein günstiges Umfeld* für eine Übernahme von dessen Auffassung[1771]:

1766 Vgl. nur HAGER, in: Staudinger, § 823 BGB, G 17 m.w.H.: *«Die h.L. lehnt die These ab»;* für weitere H. vgl. WAGNER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 823, Rn. 387; SPICKHOFF, Soergel-BGB, Rn. 199; oder VERDE, Straftatbestände, Rn. 375. Der Auffassung von CANARIS nicht abgeneigt scheint dggü. bspw. VERSE (vgl. ZHR 2006, 408 f. und öfters).

1767 Vgl. Straftatbestände, Rn. 375.

1768 Vgl. BGE 134 III 529, E. 4.3.

1769 Vgl. dazu nur den Überblick im Kontext der Beispielfälle vorne, Rn. 777.

1770 Vgl. ROBERTO/RICKENBACH, ZSR 2012 I, 199 (dazu ist allerdings zu bemerken, dass auch das von ihnen ihrerseits erwähnte Lauterkeits- und Kartellrecht verwaltungsrechtliche Komponenten haben).

1771 So im Ergebnis auch HEIERLI, Rn. 629 f., wobei er vorab anführt, dass das deutsche Recht im Vergleich zum schweizerischen keine Generalklausel kenne, sondern das Haftungsregime nach Rechtsgütern differenziert. Dazu ist zu bemerken, dass diese Differenzierung an sich in der Schweiz mit der (freilich höchstrichterlichen) Einführung der ‹zweigliedrigen› objektiven Widerrechtlichkeitstheorie gleichfalls übernommen wurde.

847.1 In Deutschland wurden Strafnormen durch den Gesetzgeber als Hauptanwendungsfälle von § 823 Abs. 2 BGB angesehen[1772]. Derweil führte der Schweizer Gesetzgeber des aOR bestehende oder zukünftige Gesetze *«zum Schutze der Autorrechte oder der Fabrik- und Handelszeichen u.s.w.»* an. Von Strafgesetzen ist dagegen *nicht* die Rede[1773], wie wohl im Sinn eines mildernden Umstands zu bemerken ist, dass der Erlass eines vereinheitlichen Strafgesetzbuchs damals in ferner Zukunft lag.

847.2 Sodann sah der deutsche Gesetzgeber § 826 BGB von Beginn weg vor und mass ihm als eine der ‹drei kleinen Generalklauseln› auch eine den anderen beiden Vorschriften (§ 823 Abs. 1 und 2) jedenfalls gleichwertige Bedeutung zu[1774]. In der Schweiz war der Verstoss gegen die guten Sitten als Haftungstatbestand im OR von 1881 dagegen überhaupt noch nicht vorgesehen, und er war auch im Rahmen der Revision von 1911 ein Wackelkandidat, zumal dessen Einführung teilweise für überflüssig gehalten wurde. Nicht unwesentlich zu dessen trotzdem noch erfolgter Aufnahme in das OR beigetragen haben dürften schliesslich die Voten in den parlamentarischen Beratungen von EUGEN HUBER höchstpersönlich[1775]. Das *Stigma eines Ergänzungstatbestands* wurde Art. 41 Abs. 2 OR in der Folge indessen nie mehr wirklich los[1776], wie sich dies auch in dessen – ebenfalls im Gegensatz zu Deutschland[1777] – praktisch äusserst kleinen Bedeutung widerspiegelt.

1772 Vgl. nur VERSE, ZHR 2006, 408 m.H.

1773 Vgl. Botschaft aOR, 186 f.

1774 Vgl. insb. SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 49 ff. m.w.H., insb. 57 ff.: *«Nach allem kann ein gleich in welcher Weise zu umschreibendes Rangverhältnis zwischen den beiden Absätzen des § 823 BGB (und auch § 826 BGB) nicht angenommen werden»;* vgl. auch DERS., Soergel-BGB, § 823, Rn. 180 m.w.H.; und ferner nur KAROLLUS, 124.

1775 Vgl. zur Gesetzgebungsgeschichte u.a. GABRIEL, Rn. 626 ff.; vgl. auch den Überblick von BIERI, AJP 2008, 549; vgl. ferner auch bereits vorne, Rn. 416.

1776 Vgl. bspw. BIERI, AJP 2008, 550 m.w.H.; und gerade im Vergleich zur deutschen Rechtslage SCHWENZER, Symposium Schlechtriem, 64 ff.; davon wurde offenbar durch den Gesetzgeber auch bereits bei dessen Erlass ausgegangen (vgl. GABRIEL, Rn. 642); vgl. auch bereits vorne, Rn. 416. Immerhin hätte das Pendel eine Zeit lang wohl in eine andere Richtung ausschlagen können, wenn man in Rechnung stellt, dass neben BECKER im BK (vgl. BIERI, a.a.O. m.H.) auch OSER und SCHÖNENBERGER im ZK (vgl. Rn. 9 am Ende und Rn. 94) die Bedeutung von Art. 41 Abs. 2 OR (jedenfalls betr. die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden) hochhielten. Dazu, dass die Vorschrift insofern ein grösseres als das genutzte Potential hat, vgl. vorne, a.a.O.

1777 Vgl. nur die gängigen Kommentierungen von § 826 BGB, so widmet SPRAU der Vorschrift im Palandt immerhin 62 Rn. Zum Vergleich: MÜLLER widmet Art. 41 Abs. 2 OR

847.3 Schliesslich wurde der Ansatz von CANARIS durch die deutsche Praxis zwar – jedenfalls bis vor kurzem[1778] – nicht *tel quel* übernommen, fasste aber in der einen oder anderen Form durchaus Fuss[1779]. Das *Schweizer Bundesgericht* brachte demgegenüber gerade im Entscheid, in dem es die Lehre vom Verhaltensunrecht und die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden zum ersten Mal (ausdrücklich) zusammenführte, Vorschriften ausserhalb des Strafrechts als Schutzgesetze zur Anwendung[1780]; und hat dies vorher[1781] und nachher[1782] immer wieder getan. Abgesehen von der eben zitierten Stelle aus BGE 134 III 529[1783] erwähnt das Bundesgericht das Kriterium zwecks Ablehnung der Schutznormeigenschaft von Vorschriften ausserhalb des Strafgesetzes sodann mit keinem Wort.

Blickt man im Übrigen kursorisch auf die *Literatur,* wird im grundlegenden Aufsatz von HANS MERZ kein spezielles Gewicht auf das Strafrecht gelegt[1784]. Im Standardwerk von KARL OFTINGER und EMIL W. STARK werden sodann nicht strafrechtliche Vorschriften herausgestrichen, sondern *«die zahlreichen polizeirechtlichen Erlasse* [..], *welche einzelnen Gruppen von Rechtssubjekten besondere Sorgfaltspflichten auferlegen»*[1785]. In jüngerer Zeit wird das Strafrecht allerdings bisweilen durchaus in erster Linie angeführt[1786].

---

im vom Umfang her wohl in etwa vergleichbaren CHK gerade mal deren zwei (vgl. Art. 41 OR Rn. 55 f.).

1778 Weitergehend wohl aber die jüngste Praxis, vgl. BGH, NJW 2012, 1800, 1803 m.w.H.

1779 Vgl. SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 132 f. m.w.H.; und ferner die H. bei VERDE, Straftatbestände, Rn. 375.

1780 Vgl. BGE 115 II 15, E. 4a betr. die Pflicht der vormundschaftlichen Organe zum Schutz von Vermögensinteressen Dritter; vgl. in diesem Zusammenhang sodann BGE 136 III 113, E. 3.2, betr. Art. 395 Abs. 2 i.V.m. Art. 413 Abs. 1 ZGB, wobei auf ersteren Entscheid Bezug genommen wird; vgl. im Übrigen auch den regelmässig verwendeten Textbaustein, auf den vorne, Rn. 708, hingewiesen wurde.

1781 Vgl. bspw. BGE 106 II 232, E. 2c betr. Art. 728/729 aOR; BGE 87 II 40, E. 3c betr. ‹Markenrechtsgesetz› und UWG.

1782 Vgl. neben Entscheid 4A_213/2010 vom 28 September 2010 (betr. Art. 11 BEHG); und gerade eben zit. BGE 136 III 113 (betr. Art. 395 Abs. 2 i.V.m. Art. 413 Abs. 1 ZGB), bspw. BGE 117 II 315 betr. die Pflichten der bankenrechtlichen Revisionsstelle gemäss BankG (vgl. insb. E. 4d) des Entscheids).

1783 Vgl. vorne, Rn. 845 m.H.

1784 Vgl. ZBJV 1955, 312 f., 316.

1785 Vgl. Bd. I, § 4, Rn. 42.

1786 Vgl. bspw. ROBERTO, Haftpflichtrecht, Rn. 04.38 ff.; SCHWENZER, OR AT, Rn. 50.20.

Insbesondere ROBERTO und RICKENBACH sind einer Übernahme der Auffassung von CANARIS trotzdem zugeneigt[1787]. Dabei führen sie zunächst an, dass reine Vermögensschäden im Grundsatz nur bei Vorsatz ersatzfähig seien (sog. **‹Vorsatzdogma›**[1788]), wobei dem durch den Beizug (nur) von Strafvorschriften als Schutznormen Nachachtung verschafft werde[1789]. 848

Ins Feld gezogen wird dabei zunächst unter dem Banner der Haftungsbeschränkung[1790]. Anhand dieses Topos lässt sich allerdings nicht begründen, dass nur Tatbestände als Schutznormen eignen, die (in aller Regel) Vorsatz voraussetzten[1791]. 848.1

Eine Anlehnung an Art. 41 Abs. 2 OR schlägt ebenfalls nicht durch[1792]. So sind die Schutznormen für das Zivilrecht aufgrund des Widerrechtlichkeitserfordernisses von Art. 41 Abs. 1 OR von Belang; es geht vorliegend mithin um diese Vorschrift. Das Widerrechtlichkeitserfordernis steht dort neben dem Verschuldenserfordernis, und dieses lässt – neben Vorsatz (‹Absicht›) – Fahrlässigkeit genügen[1793] (eine andere Frage ist ob, steht die Schutznorm einmal fest, im Zivil- 848.2

1787 Vgl. ZSR 2012 I, 188 ff., 195 f. und öfters; vgl. auch bereits ROBERTO, FS 25 Jahre juristische Abschlüsse an der HSG, 428 ff.; vgl. ferner HONSELL, ZSR 2011 II, 82 ff. (eine Haftung für reine Vermögensschäden lasse sich abgesehen von Art. 41 Abs. 2 – bis auf wenige Ausnahmen [vgl. 83] – nur begründen, wenn ‹Schutzgesetze gegen Vermögensdelikte› bzw. ‹Gesetze zum Schutz des Vermögens im Strafrecht bestehen›, die ihrerseits Vorsatz voraussetzen); und im Ergebnis dahingehend auch WIEGAND/BERGER, ZBJV 1999, Fn. 125 (739).

1788 Vgl. zum Begriff insb. die Dissertation von GRIGOLEIT, welche diesen bereits im Titel führt (‹Vorvertragliche Informationshaftung – Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken›); und im Anschluss an diesen bspw. HONSELL, ZSR 2011 I, 83 und öfters.

1789 Vgl. ZSR 2012 I, insb. 195 f.; so auch die weiteren in Fn. 1787 Zitierten.

1790 So sowohl ROBERTO und RICKENBACH, als auch HONSELL (vgl. die H. in Fn. 1787 vorne).

1791 Vgl. bereits vorne, Rn. 748 ff.

1792 Eine solche erfolgt zwar nicht durch ROBERTO und RICKENBACH (vgl. ZSR 2012 I, überall); aber tendenziell durch HONSELL (vgl. ZSR 2011 II, 82 ff.) sowie durch WIEGAND/BERGER (vgl. ZBJV 1999, Fn. 125 [739]).

1793 Vgl. bereits dessen Wortlaut; dies hat sodann auch bereits der Gesetzgeber zu Art. 50 aOR unmissverständlich klargestellt (vgl. dazu Fn. 1795 sogl. hinten, m.H.); auch HONSELL gesteht zu, dass der Wortlaut von Art. 41 Abs. 1 OR auch fahrlässige Vermögensschädigungen umfasst (vgl. ZSR 2011 I, 83, auch 84). Er beruft sich dann allerdings darauf, dass es ‹anerkannt› sei, dass die Praxis *nur* die Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter unter Art. 41 Abs. 1 OR fasse. Daraus ergebe sich *e contrario* für den deliktsrechtlichen Vermögensschutz das vorne unter Fn. 1787 bereits Angeführte. Die – im Gegensatz zu jenen betr. Abs. 2 von Art. 41 OR – äusserst zahlreichen Entscheide, welche die Haftung für

recht auch deren [etwaiges] Vorsatzerfordernis Berücksichtigung findet[1794]). Die Vorgaben von Art. 41 Abs. 1 OR sind damit dem Vorsatzdogma noch ungünstiger als jene von § 823 Abs. 2 Satz 2 BGB. Dieser erklärt Fahrlässigkeit nicht geradezu zur zumindest *gleichwertigen*[1795] Regelvoraussetzung, sondern zur Mindestvoraussetzung[1796] *(«Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein»).* Freilich werden in der deutschen Doktrin bereits die Vorgaben von § 823 Abs. 2 Satz 2 BGB der Auffassung entgegengehalten, wonach im Fall reiner Vermögensschäden nur Schutzgesetze Berücksichtigung finden sollen, deren Verletzung ein vorsätzliches Handeln voraussetzt[1797]. Für die Schweiz gilt dieses Argument gleichsam umso mehr.

848.3 Die Anlehnung an die Vorschrift betreffend die vorsätzliche sittenwidrige Schädigung wird sodann zu Recht auch in Deutschland kritisiert[1798] – kurzum: Wenn von drei *gleichwertigen* ‹kleinen Generalklauseln› auszugehen ist, kann nicht einfach angelehnt an § 826 BGB auch für § 823 Abs. 2 BGB von einem Vorsatzdogma ausgegangen werden, derweil letztere Vorschrift ihrerseits Fahrlässigkeit genügen lässt. Dies muss für die Schweiz erneut umso mehr gelten, steht Abs. 2 von Art. 41 OR doch tendenziell nicht auf der gleichen Ebene wie Abs. 1 sondern hat eine komplementäre Funktion – gerade auch, was den Ersatz reiner Vermögensschäden betrifft[1799]. Ein Rückgriff auf die Haftungsvoraussetzungen des Abs. 1 auf der Grundlage von Abs. 2 dürfte sich folglich verbieten.

849 Ein Vorsatzdogma ist im schweizerischen Recht folglich *nicht* auszumachen[1800], so dass dieses auch keine Argumentationskraft im Hinblick auf das Postulat besitzt, wonach allein strafbewehrte Vorschriften als Schutznormen in Frage kommen.

---

reine Vermögensschäden unter Abs. 1 fassen, scheint er einfach auszublenden. Es bleibt sodann denn auch unklar, unter welche Vorschrift die zugestandene Haftung für reine Vermögensschäden im Fall einer Verletzung von strafrechtlichen Vorschriften fallen soll (vgl. a.a.O., 83).

1794 Vgl. dazu hinten, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 7. / C. / c. / bb.

1795 Bereits in der Botschaft zum aOR wird die Fahrlässigkeit aber auch für reine Vermögensschäden zum Prinzip erhoben (vgl. Botschaft aOR, 185 ff.).

1796 So – wie wohl in anderem Zusammenhang – SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 209.

1797 Vgl. PETERS, JZ 1983, Fn. 15, dem HAGER, in: Staudinger, § 823 BGB, G 17, folgt.

1798 Vgl. insb. SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 57 ff.; sowie SCHWITANSKI, 300 ff.; und im Anschluss an SPICKHOFF auch VERDE, Straftatbestände, Rn. 518.

1799 Vgl. gerade in diesem Zusammenhang und gerade im Vergleich mit § 826 BGB nur auch noch MISTELI, 70 f.; ferner bereits meine H. vorne, Rn. 847.2.

1800 Vgl. auch HEIERLI, Rn. 629; VERDE, Straftatbestände, Rn. 518 m.w.H.

Wiewohl es dafür meines Erachtens keiner weiteren Belege bedarf, lässt sich auch noch ein Hinweis zum *aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht* anbringen – ein Gebiet, in dem wohl ausschliesslich die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden in Frage steht[1801]. Das aOR (von 1881) beschränkte (ohne nähere Begründung in der Botschaft[1802]) die Haftung der Organe für Gläubigern und/oder Aktionären zugefügte Schäden auf vorsätzliches Verhalten. Dieses Vorsatzerfordernis wurde mit der (vorletzten) Revision des Aktienrechts abgeschafft, wobei daran im Rahmen der letzten Revision festgehalten wurde. Auch insofern besteht offensichtlich kein Vorsatzdogma.

ROBERTO und RICKENBACH bringen allerdings weitere Gründe vor. Zunächst sei es deswegen vorteilhaft, auf die Strafbewehrung abzustellen, weil *«dieses Kriterium nicht von diffizilen Auslegungsfragen abhängt und somit ein* ***praktikables Kriterium*** *darstellt»*[1803]. Diese Begründung trifft zunächst jedenfalls erst dann zu, wenn feststeht, was unter Strafbewehrung zu verstehen ist. Das ist jedoch der Fall, wenn man mit CANARIS festhält, dass es um Vorschriften des Kriminalstrafrechts gehen soll[1804]. 850

Würde man dagegen beispielsweise fordern, dass die Normen sich im Strafgesetzbuch befinden müssen, würde man sich in eine Abhängigkeit von – mit Blick auf vorliegende Problematik – *Zufallsentscheidungen* des Gesetzgebers begeben[1805]. Ein entsprechendes Zufallsargument hält die deutsche Doktrin allerdings auch dem durch CANARIS für einschlägig erklärten Kriterium vor[1806], und in der Tat wird denn auch in der Strafrechtsdoktrin anerkannt, dass dem Gesetzgeber bei der Zuordnung eines Regelungsgegenstands die Unterscheidung von Kriminalstrafrecht und Strafrecht 851

1801 Im deutschen Recht, das insofern keine Spezialbestimmungen kennt, wird die Organaussenhaftung ferner als ein für die Haftung wegen Schutzgesetzverletzung (§ 823 Abs. 2 BGB) wichtiger Anwendungsfall angesehen (vgl. bereits vorne, Rn. 836).

1802 Vgl. Botschaft aOR, 223.

1803 Vgl. ZSR 2012 I, 189 m.H. auf CANARIS (bzw. dessen mit LARENZ verfasstes Lehrbuch zum Schuldrecht); (Hervorhebung MK).

1804 Aus den Ausführungen von ROBERTO und RICKENBACH (ZSR 2012 I) geht dies dagegen nicht so klar hervor, ist bisweilen doch (zutreffend) von *«Strafbewehrung»* im Vergleich zu *«Bussgeldbewehrung»* die Rede, bisweilen von *«strafrechtlichen Delikten»* im Vergleich zu *«in irgendeinem Erlass niedergelegten Verhaltensnormen»* (195), und schliesslich wird in einer Aufzählung von Vorschriften, die nicht *«strafbewehrt»* sein sollen, mit Art. 9 GWG ein bussgeldbewährter Tatbestand aufgeführt, der offensichtlich nicht im StGB geregelt ist (Fn. 64).

1805 Dazu ist nur ein Blick auf Insider- und Kursmanipulationstatbestand erforderlich, der mit Inkrafttreten per 1. Mai 2013 aus dem StGB in das BEHG und alsdann mit Inkrafttreten per 1. Januar 2016 in das FinfraG übertragen wurde.

1806 Vgl. bspw. VERSE, ZHR 2006, 408 f. m.w.H.

i.w.S. ein Ermessen zusteht[1807]. An der dadurch erreichten gewissen Praktikabilität ändert dies freilich nichts (wie wohl sich nicht etwa nur im Strafgesetzbuch Kriminalstrafrecht finden lässt[1808]). Auch wenn gerade das Bundesgericht sich im Kontext der Gesetzesauslegung bisweilen darauf beruft, dass *«in der Schweiz seit jeher eine einfache und praktische Rechtsauffassung vorgeherrscht hat»*[1809], sollten entsprechende Praktikabilitätserwägungen sachliche Argumente meines Erachtens aber nicht verdrängen, auch nicht *in casu*[1810].

852 Sodann soll gemäss ROBERTO und RICKENBACH «die **tatbestandliche Präzision** und der **hohe Unrechtsgehalt** von strafrechtlich pönalisierten Verhaltensweisen unerwünschte Haftungsausuferungen» verhindern[1811].

853 Das erstere Erfordernis wird meines Erachtens mit dem bereits erwähnten Bestimmtheitserfordernis *abgegolten*. Auf dessen Grundlage fallen qualifiziert unbestimmte Vorschriften als Schutznormen weg.

854 Mit Blick auf das zweite Erfordernis lässt sich auf einen ersten und unbefangenen Blick mit VERSE festhalten, dass im Allgemeinen der Strafrechtsgesetzgeber die fraglichen strengen Sanktionen nur *«mit Rechtsnormverletzungen mit besonders grossem Unrechtsgehalt verknüpft»*[1812].

855 Dem wird in der Literatur zunächst mit Recht entgegengehalten, dass angesichts der unterschiedlichen Zwecksetzungen von Zivil- und Strafrecht nicht davon ausgegangen werden könne dürfe, dass ein erhöhter Unrechtsgehalt der potentiellen Schutznormen auch im Deliktsrecht von Bedeutung ist[1813]. Dazu wäre schon eine besondere, *im Deliktsrecht angelegte* Begründung erforderlich, die allerdings nicht gegeben wird.

1807 Vgl. NIGGLI/RIEDO, Quasi-Strafrecht, 107 m.w.H.

1808 Vgl. bspw. Art. 47 BankG und die Parallelvorschrift Art. 43 BEHG; Art. 44 ff. FINMAG; Art. 23 UWG.

1809 So bisweilen das Bundesgericht, vgl. BGE 67 II 70, E. 2; und BGE 127 III 73, E. 4(f).

1810 Vgl. dahingehend auch VERDE, Straftatbestände, Rn. 376, der er es nicht für relevant erachtet, dass *«strafrechtliche Schutznormen allenfalls leichter aufzufinden»* sind.

1811 Vgl. ZSR 2012 I, 189 m.H. auf CANARIS.

1812 Vgl. ZHR 2006, 409 (vgl. auch 408 [bereits in der Überschrift] und öfters); ferner bereits CANARIS selbst (vgl. FS Larenz, 58 und öfters); und auch ROBERTO/RICKENBACH, ZSR 2012 I, 189. Dem Unrechtsgehalt von Schutznormen Bedeutung beizumessen scheint bspw. auch ZELLWEGER-GUTKNECHT, recht 2009, 78, wobei sie eine Klärung der Rolle fordert, die dieser für die Auswahl von Schutznormen im Einzelnen spielt.

1813 Vgl. SCHWITANSKI, 303 f.; ferner KAROLLUS, 130. Auch ROBERTO/RICKENBACH, ZSR 2012 I, 188 f., gestehen dies zu.

Als problematisch erscheint zudem, dass mit dem Unrechtsgehalt der Vorschriften des Kriminalstrafrechts ein Kriterium angesprochen wird, bei dem es sich – wie MARCEL ALEXANDER NIGGLI und CHRISTOF RIEDO aufgezeigt haben – *«um eine nicht weiter belegte Denkfigur des deutschen Rechts bzw. der deutschen Strafrechts-Dogmatik»* handelt[1814]. Letztlich geht es dabei nur um eine vom positiven Recht aufgreifbare (ethische) Vorgabe[1815]. Daran schliesst alsdann Folgendes an: *«Ein unterschiedlicher ethischer Gehalt bzw. eine unterschiedliche Wertung des Gesetzgebers lässt sich folglich* [wer denn sonst sollte darüber entscheiden?] *einzig aus der Tatsache ableiten, dass die Strafbestimmung eben nicht dem Kriminal- sondern dem Verwaltungsstrafrecht oder dem Ordnungswidrigkeitsrecht zugeordnet wurde»*[1816]. Akzeptiert man dies, kann man freilich durchaus davon ausgehen, dass der Gesetzgeber mit der Zuordnung eines Tatbestands zum Kriminalstrafrecht oder zum Strafrecht i.w.S. zugleich eine Aussage zum grösseren oder kleineren Unrechtsgehalt der Tat macht[1817], wie dies die Autoren, welche die Unterscheidung für das Zivilrecht nutzbar machen wollen, denn vielleicht auch tun (und sich dieser Aussage alsdann anschliessen). Nur bleibt beachtlich, dass in jedem Fall noch *ganz andere Gründe* hinter der fraglichen Einordnung stehen. 856

NIGGLI und RIEDO führen im Anschluss an die Diskussion zum sog. ‹Kartellverwaltungsstrafrecht› (Art. 49a ff. KG) insofern die ‹klassischen strafrechtlichen Garantien› an, wie den Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 1 StGB) und das Schuldprinzip[1818] an, die als *«hinderlich oder praktisch nicht umsetzbar gewertet werden»*[1819]. Als ebenso einflussreich erscheinen die Verfahrensgarantien (insb. Art. 6 EMRK). Beispielsweise waren auf dem Weg zum FINMAG im sogenannten ersten Sanktionenbericht der EBK sehr hohe Bussen vorgesehen (maximal CHF 5 Mio. für Personen und CHF 50 Mio. für Unternehmen)[1820], die gemeinhin wohl auf einen hohen Unrechtsgehalt der 857

1814 Quasi-Strafrecht, insb. 102 ff., ausgeführte Stelle befindet sich auf S. 108. Wohlgemerkt räumt auch CANARIS selbst ein, dass eine überzeugende Abgrenzung des Unrechtsgehalts der Vorschriften des ‹Kriminalstrafrechts› im Vgl. zu jenen des ‹Strafrechts im weiteren Sinn› *«bisher nicht gelungen ist»* (vgl. FS Larenz, 64 m.H.).

1815 Ebenfalls davon aus gehen denn offensichtlich auch die Autoren, die den höheren ‹sozialethischen Unwert› im Allgemeinen als Abgrenzungskriterium zwischen Kriminalstrafrecht und Strafrecht i.w.S. anführen, wie dies aus den Ausführungen von NIGGLI und RIEDO, Quasi-Strafrecht, insb. 102 ff., ohne Weiteres hervorgeht.

1816 Vgl. NIGGLI/RIEDO, Quasi-Strafrecht, 107.

1817 Vgl. auch NIGGLI/RIEDO, Quasi-Strafrecht, 108.

1818 Vgl. Quasi-Strafrecht, 113 f.

1819 So DIES., Quasi-Strafrecht, 114.

1820 EBK-Sanktionenbericht, 53.

damit bewehrten Verhaltensweisen schliessen lassen würden[1821]. Diese wurden daraufhin ganz offensichtlich in erster Linie aufgrund der Vorgaben der Verfahrensgarantien später nicht Gesetz[1822]. Bei den Sanktionen, die sich unmittelbar an juristische Personen richten, kann es sich ferner bereits konzeptionell nicht um Geldstrafen (oder gar Freiheitsstrafen) handeln[1823]. Diese Aufzählung dürfte sich erweitern lassen.

Im Übrigen verdeutlicht womöglich auch noch der nachfolgende, persönliche Hinweis die Relativität der Notion des Unrechtsgehalts einer Vorschrift. Ich erachte beispielsweise *für sich* einen einfachen Ladendiebstahl eines Jugendlichen oder Hungernden für weniger ‹unrechtsbehaftet› als eine auch fahrlässige (das heisst kriminalstrafrechtlich nicht belangbare) Verwischung der Spuren von Geldern eines Beamten eines Unrechtregimes, mit denen der Täter beziehungsweise dessen Arbeitgeber gutes Geld verdient. Dabei gehe ich davon aus, dass sich *mein* innerer Richter, der für dieses ethische Urteil (im Sinn der kantischen praktischen Philosophie) zuständig ist, damit in ganz guter Gesellschaft befindet.

858 Demnach wäre der Hinweis auf den Unrechtsgehalt einer potentiellen Schutznorm zum einen aus dem Deliktsrecht heraus begründungsbedürftig. Dem kommen die Vertreter der entsprechenden Auffassung jedoch nicht nach. Selbst wenn man zum andern aber zum Schluss kommen sollte, dass der Unrechtsgehalt eine Rolle spielen soll, stellt sich die Frage ob die Unterscheidung zwischen Kriminalstrafrecht und Strafrecht i.w.S. das Richtige trifft. *Insgesamt* ist mithin auch dieses Argument von ROBERTO und RICKENBACH wenig stichhaltig.

859 Schliesslich wird – gewissermassen im Sinn eines Umkehrschlusses – festgehalten, dass der Beizug von Schutznormen ausserhalb des Strafrechts zu *«zufälligen und widersprüchlichen Ergebnissen im Deliktsrecht»* führen würde[1824]. Zunächst ist in diesem Zusammenhang daran zu erinnern, dass dem Abstellen *nur* auf das Kriminalstrafrecht dieselbe **Zufälligkeit** vorgeworfen werden kann. Alsdann wurde bereits erwähnt, dass es dem (wohlbegründeten) Verweis auf ausserdeliktsrechtliche

---

1821 Sie überschreiten die Höhe der maximalen Geldstrafen bei Vergehen (CHF 1.08 Mio. [360 Tagessätze à CHF 3'000, vgl. StGB 34]) sowie der maximalen Bussen im Unternehmensstrafrecht (CHF 5 Mio., vgl. StGB 102 I) bei Weitem.

1822 Vgl. nur die insofern entscheidenden Ausführungen der Expertenkommission ZIMMERLI, 19 f. (in der Botschaft FINMAG wird nur noch darauf verwiesen, dass *«weitergehende Vorschläge der EBK»* von dieser Kommission abgelehnt wurden, vgl. 2852 mit Fn. 24).

1823 Vgl. NIGGLI/GFELLER, BSK-SR I, Art.102 StGB, Rn. 38; vgl. auch NIGGLI/RIEDO, Quasi-Strafrecht, 98 oder 101 f.

1824 So ROBERTO/RICKENBACH, ZSR 2012 I, 195 f., wobei sie CANARIS zitieren (bzw. dessen mit LARENZ verfasstes Lehrbuch zum Schuldrecht).

Schutznormen inhärent ist, dass darauf abgestellt wird, ob der Gesetzgeber tätig wurde oder nicht; das gilt *in- und ausserhalb* des Kriminalstrafrechts[1825]. Dass die bei der Ermittlung des Schutzzwecks zu beantwortenden Auslegungsfragen dem Richter ein gewisses Ermessen an die Hand geben, ist alsdann zuzugestehen; allerdings unterscheiden sich das Kriminalstrafrecht und die übrige Rechtsordnung auch insofern *nicht*[1826].

In der Summe soll also eine – dort auch nicht etwa vorherrschende – deutsche Auffassung in das schweizerische Haftungsrecht übernommen werden, welche die ihr in Deutschland günstigen Vorgaben in der Schweiz nicht wieder findet; und für die auch in der Sache ausser dem ‹praktischen Auslegungsargument› kaum etwas spricht. Diese Argumente sind meines Erachtens *nicht hinreichend,* um an potentielle Schutznormen das Kriterium heranzutragen, dass diese strafbewehrt sein müssen. Insofern bewahrheitet sich in vorliegendem Kontext die von ROBERTO in anderem Zusammenhang (zutreffend) geprägte Rede, wonach ein *«Schielen auf das BGB den Blick auf das schweizerische Recht trüben kann»*[1827]. 860

Im Übrigen ist an dieser Stelle dezidiert auf die Unterschiede der Auffassung von CANARIS sowie ROBERTO und RICKENBACH zu dem vorliegend vertretenen Erfordernis der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung hinzuweisen. Die einzige Gemeinsamkeit besteht darin, dass in dessen Rahmen auch (aber nicht nur) der Sanktion der Strafe eine bestimmte Rolle zugeteilt wird. Wie die straf- oder auch die einschlägige verwaltungsrechtliche Sanktion zu ausserprivatrechtlichem Verhalten bestimmt, ob sie bspw. an vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten anknüpft, ist für das entsprechende Erfordernis nicht von Bedeutung. Zudem lässt sich das Erfordernis – namentlich mit der haftungsbegrenzenden Funktion des Widerrechtlichkeitsmerkmals – an genuine deliktsrechtliche Erwägungen anschliessen. Solche Erwägungen sind im Hinblick auf das Postulat strafbewehrter Schutznormen nach eben erfolgten Ausführungen gerade nicht ersichtlich. 860A.

1825 Vgl. auch VERDE, Straftatbestände, Rn. 374.

1826 Das zeigt sich schon nur daran, dass es bei den in diesem Zusammenhang besonders kritisierten Kabelbruchfällen (auf die in vorliegendem Kontext gerade auch ROBERTO/RICKENBACH verweisen, vgl. ZSR 2012 I, 196) um eine Vorschrift des Kriminalstrafrechts geht, namentlich Art. 229 StGB.

1827 Vgl. den Untertitel seines Aufsatzes ‹Haftung für Dienstleistungen›.

7. Reichweite des Verweises (relevante ausserprivatrechtliche Haftungselemente)

A. Vorbemerkungen

861 Im Folgenden geht es um die Frage, welche ausserprivatrechtlichen Elemente aufgrund der Verweisung im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses gemäss Art. 41 Abs. 1 OR auch im Deliktsrecht Berücksichtigung finden sollen. Dabei berücksichtigen wir Elemente, die in ihrem angestammten Rechtsgebiet *Sanktionsvoraussetzungen* darstellen[1828].

862 Als Pole fungieren zum einen eine Übernahme *ausschliesslich* des durch die fragliche Norm geforderten objektiven Verhaltens und zum andern eine solche (grundsätzlich) *sämtlicher* Voraussetzungen einer Sanktion im angestammten Rechtsgebiet[1829]. Diese sind zahlreich, vor allem falls die Verweisungsnormen auf strafrechtliche Vorschriften zielen[1830]. Zumindest die Schweizer Doktrin widmet sich regelmässig relativ unvermittelt den einzelnen Elementen, deren Beizug in das Haftungsrecht in Frage steht[1831]. Wir versuchen nachfolgend, die Problematik zunächst anhand einiger *allgemeiner Überlegungen* zu kanalisieren.

863 Dass die Verweisung jedenfalls die objektive Verhaltensanweisung der Schutznorm zum Gegenstand hat, ist der **rechtstheoretischen Einordnung der Verweisungsnormen als unvollständige Rechtssätze** geschuldet.

864 Greifen wir auf die Aufschlüsselung des Haftungstatbestands im Rahmen des Grundlagenteils zurück, regelt Art. 41 Abs. 1 OR (in Verbindung mit verschiedenen ande-

---

1828 Gründe, die *allein* eine Strafmilderung zur Folge haben, bleiben nachfolgend demnach unberücksichtigt. Deren Bedeutung für das Deliktsrecht kann vorliegend nicht untersucht werden. Tendenziell dürfte die Schadensbemessung (inkl. Reduktion); (vgl. Art. 43 f. OR) nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen haben, da der Verweis auf die ausserprivatrechtlichen Vorschriften im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses allein die Haftungsbegründung betrifft.

1829 Vgl. SPICKHOFF, Soergel-BGB, § 823, Rn. 205 m.H.

1830 Eine Übersicht über die fraglichen Elemente findet sich betr. das österreichische Recht bspw. bei KAROLLUS, 144 f. (wobei bereits dessen eigene Ausführungen zeigen, dass diese nicht etwa abschliessend ist, vgl. z.B. 237 ff.); vgl. zum deutschen Recht ferner bspw. SPICKHOFF, Soergel-BGB, § 823, Rn. 204 ff.; und alsdann – aus Schweizer Perspektive – vor allem VERDE, Rn. 377 f. und insb. Rn. 456 ff.

1831 Vgl. bspw. die knappen Vorbemerkungen von VERDE, Rn. 456 f.; und HEIERLI, Rn. 698; sowie ROBERTO/RICKENBACH, die sich sogl. den einzelnen Elementen widmen (vgl. ZSR 2012 I, 192 ff.).

ren Vorschriften des Privatrechts) – von dem Widerrechtlichkeitserfordernis abgesehen – folgende Haftungselemente *selber:*

Zunächst gemäss Art. 41 Abs. 1 OR das Verschulden (bzw. die Zurechnung zur Tat und zur Schuld [vgl. insofern ferner Art. 16 und 18 ZGB]), die Kausalität (bzw. die objektive Zurechnung) und den Schaden (bzw. den Erfolg); 864.1

Und alsdann die vorne sog. allgemeinen Verteidigungsgründe, das heisst Rechtfertigung (vgl. insb. Art. 52 OR); (inkl. Einwilligung; vgl. im Allgemeinen das Prinzip *‹volenti non fit inuiria›;* ferner bspw. Art. 28 Abs. 2 ZGB)[1832], Selbstverschulden (vgl. insb. Art. 44 Abs. 1 OR) und Haftungsfreizeichnung (vgl. Art. 100 f. OR); sowie 864.2

den räumlichen (vgl. die Vorschriften des IPRG), zeitlichen (vgl. die Vorschriften des SchlT zum ZGB) und personalen (vgl. Art. 41 Abs. 1 OR, der insofern keine Restriktionen enthält) Anwendungsbereich der Verhaltensnormen. 864.3

Steht eine etwaige Haftung des Geschäftsherrn fest, gilt dies ferner für die Voraussetzung, unter denen ihm das Verhalten seiner Hilfsperson zuzurechnen ist (vgl. Art. 55 Abs. 1 OR und Art. 55 Abs. 2 ZGB); 864.4

Und schliesslich gilt dies selbstredend auch für etwaige (hier nicht im Detail zu behandelnde) andere privatrechtliche Kriterien, nach denen sich bestimmt, ob und in welchem Umfang eine erfolgreiche Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs gelingt, wie etwa die Verjährung (vgl. Art. 60 OR) oder Haftungsermässigungsgründe *ausserhalb* des Selbstverschuldens (vgl. bspw. Art. 44 Abs. 2 OR). 864.5

Gegenstand des Widerrechtlichkeitserfordernisses seinerseits ist das Erfordernis der Pflichtverletzung. *Insoweit* ist eine Inbezugnahme der Schutznorm im Licht des formellen Gehalts der Verweisungsnorm als unvollständiger Rechtssatz gleichsam *erforderlich;* darüber hinaus ist sie es *nicht*[1833]. Wie vorne aufgeführt, lassen sich die weiteren Haftungselemente grundsätzlich auch vom Erfordernis der Pflichtwidrigkeit losgelöst formulieren, so dass deren gleichzeitige Inbezugnahme keine Notwendigkeit ist. 865

[1832] Die Rechtfertigungsgründe stellen freilich insofern eine gewisse Ausnahme dar, als sie ebenfalls äussere Verhaltensanforderungen beschreiben, dabei die im Rahmen des Erfordernisses der Pflichtverletzung bezeichneten Verhaltensanforderungen allerdings in Bezug nehmen.

[1833] Vgl. dahingehend bspw. auch HEIERLI, Rn. 678 ff., wie wohl allein im Zusammenhang mit der Frage, ob neben den objektiven Verhaltensvorgaben auch das strafrechtliche Vorsatzerfordernis in den Haftungstatbestand zu übernehmen ist.

866 Damit geht aufgrund der **Systematik** von Art. 41 Abs. 1 OR und der weiteren Vorschriften eines (im materiellen Sinn) allgemeinen Deliktsrechts nach meinem Dafürhalten einher, dass dem Widerrechtlichkeitserfordernis kein Regelungsgegenstand überlassen werden soll, der nicht bereits durch die anderen Haftungselemente geregelt ist[1834]. Insofern verbleibt ihm die Regelung des objektiven Verhaltens, beziehungsweise im Sinn der Überlegungen im Grundlagenteil des Erfordernisses der Pflichtverletzung. Insbesondere ein Übergriff auf die Zurechnungsebene erfolgt demgegenüber nicht.

867 Dem systematischen Argument stehen potentiell **teleologische Erwägungen** entgegen. Wie wir bereits dargelegt haben, sind entsprechende Überlegungen nach meinem Dafürhalten ebenfalls *aus Art. 41 Abs. 1 OR* zu gewinnen[1835]. Für Überlegungen aufgrund der *verwiesenen* Normen besteht mithin kein Raum. Alsdann dürften vorab *zwei Möglichkeiten* bestehen:

867.1 Zum einen kann man auf den *Zweck des Schutzes des (reinen) Vermögens als Rechtsgut* abstellen[1836]. Ein solcher wird im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR durchaus verfolgt, wie das anerkannte Erfordernis belegt, wonach eine Schutznorm die Protektion des Individualvermögens intendieren muss. Das Vermögen als Rechtsgut ist beeinträchtigt, sobald das von der Schutznorm geforderte *objektive Verhalten* an den Tag gelegt wurde[1837]. Zur Illustration greifen wir ein bereits erwähntes Beispiel auf. Demnach genügt es für die Beeinträchtigung (letztlich) der Vermögensrechte eines Anlegers, dass dieser objektiv unzutreffend über die Risiken einer Anlage aufgeklärt wird. Ob die Risiken dem Berater dabei bekannt

---

1834 Ähnlich, vorab im Hinblick auf das Verhältnis von Verschulden und Widerrechtlichkeit, auch PERRIG, SJZ 1959, vgl. insb. 329; sowie VON BÜREN/WALTER, ZBJV 2007, 731; zum österreichischen Recht im Allgemeinen dahingehend alsdann KAROLLUS, vgl. insb. 147 f.

1835 Vgl. bereits vorne, insb. Rn. 725 ff.

1836 Dahingehend in der Sache jedenfalls im Zusammenhang mit der Frage, ob neben den objektiven Verhaltensvorgaben auch der subjektive Tatbestand strafrechtlicher Vorschriften in den Haftungstatbestand zu übernehmen ist, aber auch im Allgemeinen wohl VERDE (vgl. zunächst Straftatbestände, Rn. 587 und alsdann Rn. 457 i.V.m. insb. Rn. 165); ferner OFTINGER/STARK, Bd. I, § 4, Fn. 54 (S. 181): *«Im Strafrecht müssen nicht alle Voraussetzungen des Straftatbestandes erfüllt sein, sondern nur der grundsätzliche Schutz gegen eine bestimmte Art der Schädigung»*. Dass das reine Vermögen bisweilen nicht als Rechtsgut angesehen wird (vgl. bspw. Entscheid 2A.578/2003 vom 10. Mai 2004, E. 4.2.; OFTINGER/STARK, Bd. I, § 4, Rn. 30), ist meines Erachtens eine Frage der Begrifflichkeiten, die vorliegend nicht interessiert.

1837 Vgl. VERDE, Straftatbestände, Rn. 206 m.w.H.; und – zum deutschen Recht – DÖRNER, JuS 1987, 524 f. m.w.H.

waren, ob er physisch (bspw. aufgrund eines akuten Augenleidens) zur vorangehenden Abklärung der einschlägigen Risiken nicht im Stande war, oder ob er sich des Gebots, zutreffend über die Risiken aufzuklären, nicht bewusst war *(etc.)* bleibt darauf ohne Einfluss.

867.2 Zum andern kann man an die haftungsbegrenzende Funktion des Widerrechtlichkeitserfordernisses anknüpfen. Im Gefolge dieser Funktion vertreten wir nach vorne erfolgten Überlegungen den Ansatz, dass im Rahmen des Verweises gemäss Art. 41 Abs. 1 OR darauf abzustellen ist, *ob* die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen die Rechtsunterworfenen *zu einem gewissen Verhalten bestimmen*. Dementsprechend lässt sich nunmehr auch die Frage stellen, *inwiefern* dies der Fall ist. Stimmt man der Proposition zu, erscheint dies als folgerichtig. So stellt die Abgrenzung der Freiheitsphären von Schädiger und Geschädigtem auf die ‹tatsächliche› Handlungsfreiheit ab, die ersterem im angestammten Rechtsgebiet gewährt wird. Diese wird ihrerseits nicht allein durch die objektive Verhaltensanforderung, sondern auch durch die Haftungselemente auf der Zurechnungsebene geleistet (die – wie bereits die Ausführungen zur natürlichen Zurechnungslehre gezeigt haben[1838] – gleichsam um die *Freiheit* der Person bedacht sind). Für Einzelheiten verweisen wir auf die nachfolgenden Überlegungen zu den einzelnen Haftungselementen. Im Übrigen wird damit auch dem Gebot der Rechtsklarheit und damit letztlich der Rechtssicherheit Nachachtung verschafft; namentlich dadurch, dass ein potentieller Schädiger im Wirtschaftsverkehr grundsätzlich davon ausgehen kann, (auch) mit keinen Schadenersatzansprüchen konfrontiert zu werden, wenn er das von ihm im *angestammten* Rechtsgebiet geforderte Verhalten, an dem er sich (zunächst) ausrichten soll, an den Tag legt.

868 Nachdem vorne begründet wurde, dass die Schutznormeigenschaft öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen nicht nur vom Erfordernis des Individualschutzzwecks, sondern auch auf vom Erfordernis der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung abhängt, wird in vorliegendem Zusammenhang Entsprechendes vertreten. Die objektive Verhaltensanweisung der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnorm, die im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR aufgrund des ersteren Erfordernisses in Bezug genommen wird, ist mithin durch Haftungselemente zu ‹ergänzen›, denen eine verhaltensbestimmende Wirkung zugedacht werden kann. Diese Elemente wurden vorne im Licht des rechtstheoretischen Konzepts der Bestimmungsfunktion von Verhaltensnormen überblicksartig dargestellt; in den nachfolgenden Unterkapiteln werden wir näher darauf eingehen.

[1838] Vgl. grundlegend vorne, Rn. 214 m.H.

Ein entsprechender Ansatz wird meines Wissens zumindest in der Schweizer Doktrin nicht konsequent vertreten. CHRISTIAN HEIERLI hält im Allgemeinen aber beispielsweise Folgendes fest: *«Die Strafnorm verbietet ein bestimmtes Verhalten und gibt damit eine Verhaltensanweisung. Diese ist für die Schutznormdiskussion relevant.* [..] *entsprechend* [ist] *nur vorsätzliches Handeln vom Straftatbestand – als Verhaltens- und damit Schutznorm – erfasst, wenn die Norm nur vorsätzliches Handeln verbietet»*[1839]. Diese Aussage könnte sich durchaus in eben festgehaltenem Sinn verstehen lassen. Im Besonderen ordnet HEIERLI allerdings etwa die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, die vom Verhalten des Schädigers *unabhängig* sind[1840], als für den zivilrechtlichen Haftungstatbestand bedeutsam ein[1841]. Mithin stimmen seine Ausführungen in der Sache mit vorliegendem Standpunkt nicht stets überein[1842]. Meines Erachtens widerspiegelt die allgemeine Aussage von HEIERLI im Übrigen die Unsicherheiten, die mit der Notion der ‹Verhaltensnorm› in vorliegendem Kontext einhergehen.

869 Geht es um *strafrechtliche* Schutznormen, wird (auch) in der Schweizer Literatur schliesslich zuweilen das Kriterium erwähnt, wonach sog. **‹sanktionsspezifische› Haftungselemente** im Zivilrecht keine Übernahme erfahren sollen[1843]. Dabei handelt es sich ebenfalls um ein teleologisches Kriterium, werden doch die allgemeinen Zielrichtungen verglichen, die Straf- und Zivilrecht verfolgen. Das Strafrecht sei vorab um die *«Sühne für persönliche Schuld und Besserung des Täters»* besorgt, derweil im Deliktsrecht der Ausgleichsgedanke (und mithin eine stärkere Orientierung an den Interessen des Geschädigten) im Vordergrund stehe[1844]. Abgesehen davon, dass er (in wohl auch für die Schweiz bemerkenswerter Weise) darauf hinweist, dass diese allgemeinen Zielrichtungen vermehrt konvergieren, stellt ANDREAS SPICKHOFF allerdings mit Recht fest, dass dieses Kriterium *nicht sehr trennscharf* ist[1845]. *Cum grano salis* sind letztlich *sämtliche* Voraussetzungen, denen gemäss ein Verhalten strafbar ist, durch die allgemeinen Zwecke geprägt, die dem Strafrecht zu Grunde liegen. Das wird beispielsweise nicht nur für das Element der Schuld gelten (das die Proponenten des Kriteriums der Sanktionsspezifität regelmässig evozie-

1839 Rn. 698 (Hervorhebung im Original).

1840 Vgl. hinten, Rn. 980 m.H.

1841 Vgl. Rn. 700.

1842 Darauf lässt auch sein H. in Fn. 1681 auf DÖRNER schliessen, der mit wenigen Ausnahmen *allein* auf die objektive Verhaltensanweisung abstellt (vgl. JuS 1987, *passim*).

1843 Vgl. HEIERLI, Rn. 698; VERDE, Rn. 378; je m.H. auf die deutsche Doktrin.

1844 Vgl. insb. DÖRNER, JuS 1987, 525 f.; und im Anschluss an diesen HEIERLI, Rn. 698.

1845 Vgl. Gesetzesverstoss und Haftung, 199 f. und auch 189 f. Entsprechend erwähnt SPICKHOFF das Kriterium in seiner Kommentierung von § 823 BGB, die sich durchaus an seine Habilitationsschrift anlehnt, gar nicht mehr (vgl. Soergel-BGB, § 823, insb. Rn. 204 ff.).

ren[1846]), sondern auch für eine etwaige ausschliessliche Ahndung vorsätzlichen Verhaltens[1847], oder den zeitlichen (vgl. Art. 2 StGB) oder räumlichen (Art. 3 ff. StGB) Anwendungsbereich der strafrechtlichen Vorschriften. Folglich dürfte sich unter Bezugnahme auf die allgemeinen Zwecke des Strafrechts im Vergleich zum Deliktsrecht letztlich die Übernahme sämtlicher strafrechtlicher Haftungselemente abwehren lassen. Zudem ist daran zu erinnern, dass der (privatrechtliche) Ausgleichsgedanke für sich *keinen* materiellen Gehalt hat, sondern dafür erst die einzelnen Zurechnungskriterien sorgen[1848]. Wie sich nachfolgend verschiedentlich zeigen wird, ist der Gehalt verschiedener Zurechnungskriterien im *Spannungsfeld zwischen Schädiger- und Geschädigteninteressen* denn auch umstritten.

Nichtsdestotrotz ist das Kriterium der Sanktionsspezifität meines Erachtens hilfreich bei der Aussonderung gewisser Elemente; nämlich dann, wenn deren *spezifische* Zielrichtungen für die zivilrechtliche Haftungsbegründung völlig *unerheblich* sind[1849]. Eine Indikation dafür ist *nota bene,* dass sie im vorne überblicksartig dargestellten zivilrechtlichen Haftungstatbestand *keine* Rolle spielen[1850]. Grenzt man das Kriterium der Sanktionsspezifität entsprechend ein, dürfte es alsdann auch das bereits erwähnte, *allgemeinere* teleologischen Kriterien verdrängen. 870

Als *Anwendungsfälle* des Kriteriums sind die Institute des Rücktritts und der tätigen Reue (Art. 23 StGB), des fehlenden Strafbedürfnisses bei geringfügigen Straftaten (Art. 52 StGB), der Wiedergutmachung (Art. 53 StGB) und der Betroffenheit des Täters durch seine Tat (Art. 54 StGB) zu nennen; und ferner das (prozessuale) Erfordernis, dass zwecks Verfolgen gewisser Delikte ein Strafantrag vorliegen muss. Hinsichtlich dieser Elemente ist unbestritten, dass sie im zivilrechtlichen Haftungstatbestand keine Rolle spielen[1851]. In gleicher Weise dürften sodann zum Beispiel etwaige Kronzeugenregelungen zu behandeln sein, die in erster Linie einer effektiveren verfahrensmässigen Durchsetzung der zu Grunde liegenden Vorschriften (bspw. 871

1846 Vgl. aus der Schweiz HEIERLI, Rn. 701; VERDE, Straftatbestände, 460 f.; aus dem deutschen Recht DÖRNER, JuS 1987, 526 m.w.H.

1847 Vgl. dazu noch hinten, Rn. 935.

1848 Vgl. vorne, Rn. 378 m.H.

1849 Vgl. ähnlich SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 200.

1850 Gerade umgekehrt *nota bene* DÖRNER, JuS 1987, 525.

1851 Vgl. ROBERTO/RICKENBACH, ZSR 2012 I, 194 m.w.H.; VERDE, Straftatbestände, 377, 600 und 616 m.w.H.; betr. den Strafantrag auch HEIERLI, Rn. 699; aus der deutschen Doktrin ferner bspw. SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 234 f. und 235 f., je m.w.H.

jener des Kartellrechts) dienen[1852]. Auf weitere Beispiele kommen wir im Zusammenhang mit der Besprechung der einzelnen Haftungselemente zurück.

872 Der Begriff der ‹Widerrechtlichkeit› für sich hilft schliesslich auch in vorliegendem Zusammenhang nicht weiter[1853]. Allerdings bestehen vereinzelt **ausdrückliche Gesetzesvorschriften** betreffend die Problematik, namentlich Art. 53 Abs. 1 OR[1854] und Art. 60 Abs. 2 OR, die beide das Verhältnis von Delikts- und Strafrecht betreffen. Letztere Vorschrift besagt, dass längere strafrechtliche (Verfolgungs-)Verjährungsfristen (vgl. dazu Art. 97 f. StGB) auf das Deliktsrecht durchschlagen[1855]. Etwaige kürzere strafrechtliche Verjährungsfristen bleiben darauf demgegenüber ohne Einfluss. Sie werden im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nicht in Bezug genommen, schon nur weil sie in keinerlei Zusammenhang mit der an den Schädiger gerichteten Verhaltensanweisung stehen[1856]. Dasselbe gilt für aufsichtsrechtliche Verjährungsvorschriften[1857].

873 Nachfolgend erfolgt eine nähere Diskussion ausgewählter Haftungselemente. Dabei finden die nunmehr eingeführten Parameter grundsätzlich allesamt Berücksichtigung. *Im Vordergrund* steht freilich das teleologische Kriterium der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung (wenn es nicht durch das Kriterium der Sanktionsspezifität ausgeschaltet wird).

1852 Zutreffend daher ein Bericht der NZZ, wonach im Kontext möglicher Manipulationen von Referenzzinssätzen trotz Selbstanzeigen der UBS vor verschiedenen Behörden (unter anderem der Weko) Schadenersatzansprüche gegen die Bank nicht ausgeschlossen seien (vgl. NZZ vom 3. Juli 2012, 21); vgl. zur *‹ratio›* der kartellrechtlichen Kronzeugenregelung alsdann bspw. GRAF, SZW 2014, 493 f.

1853 Vgl. ferner bereits vorne, Rn. 197, 724 und 727; vgl. im Zusammenhang mit der Frage, ob neben den objektiven Verhaltensvorgaben auch das strafrechtliche Vorsatzerfordernis in den Haftungstatbestand zu übernehmen ist, ferner HEIERLI, Rn. 666.

1854 Vgl. näher dazu hinten, insb. Rn. 929 ff.

1855 Vgl. für Details bspw. BREHM, BK, Art. 60 OR, Rn. 65 ff.; oder VERDE, Straftatbestände, Rn. 608 ff.

1856 Im Ergebnis unstr.; vgl. HEIERLI, Rn. 699; ROBERTO/RICKENBACH, ZSR 2012 II, 194 m.w.H.; VERDE, Straftatbestände, Rn. 615 m.w.H.; aus der deutschen Doktrin ferner bspw. SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 235.

1857 Vgl. auch ROBERTO/RICKENBACH, ZSR 2012 II, 194 m.w.H.; in der Sache enthält das Aufsichts- bzw. allgemeiner das Verwaltungsrecht nur relativ selten Verjährungsbestimmungen. Alsdann kommt der höchstrichterliche Grundsatz zur Anwendung, wonach zunächst auf öffentlich-rechtliche Regelungen für verwandte Sachverhalte abzustellen ist. Falls es keine solchen gibt, kann ein Gericht entweder privatrechtliche Bestimmungen analog anwenden (insb. Art. 127 f. OR) oder selbst eine Regelung aufstellen (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 777 m.H.).

Das gilt zum einen, weil dieses die objektive Verhaltensanweisung der Schutznorm ohne Weiteres mitumfasst[1858]. Damit wird der Gehalt des (ebenfalls) teleologischen Arguments, das auf den (Individual-)Rechtsgüterschutz abzielt, gleichsam *abgegolten*. Dass im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR die objektive Verhaltensanweisung referenziert wird, ergibt sich – wie dargestellt – auch bereits aus der Qualifikation der Vorschrift als Verweisungsnorm; und ist in der Literatur denn auch unbestritten[1859]. 874

Zum andern gehen wir davon aus, dass das aus der haftungsbegrenzenden Funktion des Widerrechtlichkeitserfordernisses abgeleitete teleologische Kriterium *über* den systematischen Überlegungen im Nachgang an die genuine Stipulierung der weiteren Haftungselemente durch Art. 41 Abs. 1 OR und weitere Vorschriften des allgemeinen Deliktsrechts steht. 875

Diese Prämisse unterstellen wir vor dem Hintergrund des im vorliegenden Kontext bereits erwähnten BGE 133 III 323, demgemäss unter anderem aufgrund der haftungsbegrenzenden Funktion des Widerrechtlichkeitserfordernisses auf eine Übernahme des Vorsatzelements des Geldwäschereistraftatbestands in den privatrechtlichen Haftungstatbestand erkannt wurde[1860]. Auf die Systematik insbesondere von Art. 41 Abs. 1 OR, der das Element des Verschuldens im Prinzip selbst regelt (‹sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit›), wird dabei *keine* Rücksicht genommen. In der Doktrin sind Stimmen, die eine entgegenstehende Auffassung vertreten, vereinzelt geblieben[1861]. 875.1

Ferner ist ein systemwahrender Ansatz im Prinzip durchaus möglich. Nimmt man das Widerrechtlichkeitserfordernis zum Ausgangspunkt, könnte man nämlich davon ausgehen, dass es *bereits daran* fehlt, wenn ein Element, auf welches verwiesen wird, in einem konkreten Fall nicht gegeben ist. Die übrigen Haftungsvoraussetzungen müssten alsdann gar nicht mehr geprüft werden. 875.2

Schliesslich verschafft das Kriterium der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung dem im Grundlagenteil proponierten Erfordernis Nachachtung, wonach der Gehalt der Elemente, die aus anderen Normensystemen in das private (schweizerische) Deliktsrecht Eingang finden, rechtssystemunabhängig bestimmt werden sollte. Die Haftungselemente, die dem Kriterium entsprechen, lassen sich 875.3

1858 Vgl. vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 2., *passim*.

1859 Vgl. nur VERDE, Straftatbestände, 462 (‹im Grunde genommen eine Selbstverständlichkeit›); ferner nur ROBERTO/RICKENBACH, ZSR 2012 II, 192 f.

1860 Vgl. vorne, Rn. 746.1.

1861 Vgl. bspw. aber immerhin VON BÜREN/WALTER, ZBJV 2007, 731 f.

gemäss den vorne stehenden Ausführungen nämlich entsprechend erfassen[1862]. Damit besteht insbesondere auch die Möglichkeit, ausländische öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen in Bezug zu nehmen (vgl. näher dazu hinten, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 7. / B. / b.).

876 Eine abschliessende, insbesondere historische Auslegung zur Ermittlung der Bedeutung der in Art. 41 Abs. 1 OR und den weiteren, vorne erwähnten deliktsrechtlichen Bestimmungen verwendeten Begriffe und deren Implikationen in vorliegendem Kontext kann allerdings nicht geleistet werden – weder im Allgemeinen noch nachstehend im Besonderen. Da das Erfordernis einer Schutznormverletzung bei reinen Vermögensschäden erst (laufend) durch die Praxis eingeführt wurde, ist eine solche jedoch auch nicht zwingend zielführend.

877 Bevor wir uns den einzelnen Haftungselementen widmen, vermerken wir, dass dieselben Verhaltensweisen (ausserhalb des Deliktsrechts) in *verschiedenen* Rechtsgebieten sanktioniert werden können. Beispielsweise sollen die Verhaltensregeln des FIDLEG sowohl aufsichtsrechtlich als auch verwaltungsstrafrechtlich bewehrt werden (vgl. Art. 90 und Art. 92 E-FIDLEG bzw. Art. 87 und 89 FIDLEG). Das Parlament hat nunmehr allerdings die beaufsichtigten Finanzinstitute vom Geltungsbereich der Strafvorschriften ausgenommen (vgl. Art. 92 FIDLEG). *De lege lata* werden Verletzungen der börsenrechtlichen Meldepflichten gemäss Art. 120 ff. FinfraG[1863] oder die Journalführungspflicht des Effektenhändlers[1864] aufsichts- und verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert. Die nachfolgenden Ausführungen werden in der Sache ergeben, dass im Deliktsrecht je nachdem unterschiedliche Elemente Berücksichtigung finden. Exemplarisch setzt die strafrechtliche Sanktionierung der zukünftigen Verhaltensregeln gemäss FIDLEG im Vergleich zur aufsichtsrechtlichen Sanktionierung Vorsatz voraus. Derartige ‹Normenhäufungen› sind zu Gunsten des Geschädigten aufzulösen; dieser hat gleichsam *«die Möglichkeit, je nach Schutzgesetz und Anspruchsgrundlage auf die ihm jeweils günstigste Ausprägung der Rechtswidrigkeit zurückzugreifen»*[1865].

1862 Vgl. vorne, Rn. 730.

1863 Vgl. Art. 151 FinfraG und zur Möglichkeit einer aufsichtsrechtlichen Sanktionierung hinten, Fn. 1978.

1864 Vgl. Art. 42a BEHG sowie Art. 31 ff. FINMAG.

1865 So zum deutschen Recht SPICKHOFF, Soergel-BGB, § 823, Rn. 207 m.H. Norm*widersprüche* dürften im Fall, dass mehrere *inländische* Normen als Schutznormen in Frage kommen, demgegenüber noch seltener auftreten, als wenn die Anwendung *ausländischer* Schutznormen auf dem Spiel steht (für näheres zu Normwidersprüchen in dieser Situation vgl. hinten, nach Rn. 906).

Von vorneherein *nicht* von entsprechenden ‹Normenhäufungen› auszugehen ist im Übrigen – an sich selbstverständlich –, wenn die Vorschriften des einen Rechtsgebiets im Gegensatz zu jenen des anderen die Voraussetzungen, die eine Schutznorm ausmachen, nicht erfüllen. So kommt das Bundesgericht in BGE 134 III 529 beispielsweise zum Schluss, dass allein die Geldwäschereistrafnorm (Art. 305bis StGB) den Schutz individueller Vermögensinteressen bezweckt, nicht aber die grundsätzlich allein aufsichtsrechtlich sanktionierten Vorschriften des GWG[1866]. Entsprechend kann sich der Geschädigte auch nur auf die Strafrechtsnorm berufen.

B. Anwendungsbereich der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen

a. Im Allgemeinen

Der *zeitliche, räumliche und personale Anwendungsbereich* sind Konstituenten der verhaltensbestimmenden Wirkung einer Norm[1867]. Die entsprechenden Vorschriften zum Anwendungsbereich einer Norm bestimmen, ob die Rechtsunterworfenen einem Verhaltensbefehl unterworfen sind oder nicht. Ferner muss eine Norm auch gültig zustande gekommen sein, um eine verhaltensbestimmende Wirkung zu entfalten[1868]. Dass nur solche Vorschriften als Schutznormen durchgehen, die dieser Anforderung genügen, wird jedenfalls in der Standardliteratur zwar – soweit ersichtlich – nicht festgehalten, erscheint aber grundsätzlich als selbstverständlich[1869]. 878

1866 Vgl. insb. E. 4; vgl. dazu freilich auch noch hinten, Rn. 985.

1867 Vgl. bereits vorne, Rn. 356 m.H.

1868 Vgl. im Allgemeinen ebenfalls bereits vorne, Rn. 356.

1869 In der deutschen Doktrin wird sogar erwogen, dass Normen, die formell in Kraft stehen, deren Einhaltung aber *tatsächlich* weitgehend unüblich ist, keine Berücksichtigung finden sollen (vgl. dazu SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 63). Sodann wird dies mit Blick auf die Publikation einer Gesetzesvorschrift, die ihrerseits Voraussetzung für deren Verbindlichkeit für die privaten Adressaten ist (vgl. nur MÜLLER, Elemente einer Rechtssetzungslehre, Rn. 165), kaum jemand bestreiten. Schwierigere Fragen stellen sich in Bezug auf die Vereinbarkeit potentieller Schutznormen mit übergeordnetem Recht. Gesetzeswidrige Verordnungen, die durch das Bundesgericht akzessorisch überprüft werden können (vgl. HÄFELIN ET AL., Rn. 2093 ff.), dürften zwar *kaum* als Schutznormen qualifizieren. Demgegenüber sind Bundesgesetze für die Gerichte und anderen rechtsanwendenden Behörden aufgrund von Art. 190 BV massgebend, *«unabhängig davon, wie sie* [verfassungs-] *rechtlich eingeschätzt werden»* (vgl. HANGARTNER/LOOSER, SGK-BV, Art. 190, Rn. 6). Aufgrund dieses ‹Anwendungsgebots› (vgl. DIES., a.a.O., Rn. 11) wird *für Private* gleichsam die Verbindlichkeit selbst verfassungswidriger Bundesgesetze festgelegt (während *der Gesetzgeber* weiterhin gehalten ist, keine solchen zu erlassen, und die Gerichte die Verfassungswidrigkeit zu Handen des Gesetzgebers auch feststellen können [vgl. DIES.,

879 Im Folgenden wenden wir uns der Frage zu, ob und inwiefern der angestammte zeitliche, räumliche und personale Anwendungsbereich öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen deliktsrelevant ist. Mit Blick auf den räumlichen Anwendungsbereich ist zu unterscheiden, ob der Verweis auf *inländische oder ausländische* Schutznormen zielt. Die erste Situation behandeln wir in diesem, die zweite Situation in einem nachfolgenden, separaten Unterkapitel. Dabei werden namentlich selten erörterte Fragen des schweizerischen internationalen Haftungsrechts zu klären sein.

880 Betreffend den **zeitlichen Anwendungsbereich** stellt das Bundesgericht in der Sache darauf ab, dass dieser gegeben sein muss, damit eine potentielle Schutznorm als solche tatsächlich zum Tragen kommt. So lehnte es in BGE 133 III 323 den Schutznormcharakter der Vorschriften des GWG und der dazugehörigen Verordnung der Aufsichtsbehörde (damals noch die EBK) bereits deswegen ab, weil diese Vorschriften im Zeitpunkt, in dem sich die beanstandeten Handlungen zugetragen haben, gemäss den einschlägigen intertemporalrechtlichen Bestimmungen zeitlich noch nicht anwendbar waren[1870]. Damit anerkennt es die Relevanz des zeitlichen Anwendungsbereichs.

881 Ein besonderes Problem stellt sich im Zusammenhang mit den intertemporalrechtlichen Vorschriften des StGB, namentlich dem Grundsatz der sog. *lex mitior* (Art. 2 Abs. 2 StGB), wonach ein Täter rückwirkend nach den Vorschriften eines neuen beiziehungsweise revidierten Gesetzes beurteilt werden kann, falls diese milder ausfallen. Diese Vorschrift ist grundsätzlich auch im Verwaltungsstrafrecht anwendbar[1871] (vgl. auch Art. 2 VStR bzw. Art. 333 StGB[1872]). Auch wenn die Tendenz im Finanzmarktbereich zur Zeit eher in Richtung einer Verschärfung geht[1873], könnte sie

---

a.a.O., Rn. 10 f.]). Die potentielle Verfassungswidrigkeit von Bundesgesetzen dürfte deren Einordnung als Schutznormen daher nicht entgegenstehen.

1870 Vgl. E. 5.2.4; ferner Entscheid 4A_594/2009 vom 27. Juli 2010, E. 3.4; vgl. auch HEIERLI, Rn. 574.

1871 Vgl. ferner den *Leading Case* BGE 97 IV 233, E. 3. Unklar bleibt, ob der Grundsatz im Sinn der älteren höchstrichterlichen Praxis nur greift, *«wenn in der neuen Regelung eine mildere ethische Wertung zum Ausdruck kommt, nicht jedoch bei Änderungen aus Gründen der Zweckmässigkeit»* (so Entscheid 6B_212/2012 vom 14. Februar 2013, E. 2). Diese Praxis wird in der Literatur kritisiert (vgl. die H. in Entscheid 6B_212/2012, a.a.O.) und Entscheid 6B_212/2012 scheint zu indizieren, dass das Bundesgericht bereit ist, diese zu überdenken (vgl. a.a.O., insb. den letzten Absatz).

1872 Auf welche der beiden Vorschrift man im Hinblick auf die Anwendung des StGB AT im Verwaltungsstrafrecht abstellt, ist einerlei (vgl. EICKER/FRANK/ACHERMANN, 42).

1873 Vgl. bspw. die Einführung der Strafbarkeit der Verletzung der Verhaltensregeln im Rahmen des FIDLEG (vgl. Art. 92 E-FIDLEG bzw. Art. 89 FIDLEG).

ausserhalb der finanzmarktrelevanten Vorschriften des Kernstrafrechts mithin auch im Kontext der Strafvorschriften gemäss den einzelnen Finanzmarktgesetzen Bedeutung erlangen. Zudem kommt der Grundsatz beispielsweise auch im materiellen Anwaltsdisziplinarrecht zum Tragen, in dessen Rahmen Verwaltungssanktionen mit pönalem Charakter ausgesprochen werden[1874]. Die Frage, ob und inwiefern dies auf die gemäss FINMAG mit pönalen Verwaltungssanktionen bewehrten Vorschriften ebenfalls zutrifft[1875], liegt zwar ausserhalb der Reichweite unserer Studie; von vorneherein negativ beantwortet werden kann sie allerdings nicht.

Blicken wir auf das *Haftpflichtrecht,* stellt sich alsdann die Frage, ob der Grundsatz zu berücksichtigen ist, wenn aus den (kern- oder verwaltungs-)strafrechtlichen Vorschriften Schadenersatzansprüche abgeleitet werden. Diese Frage ist mit Hinweis auf die Sanktionsspezifität des Grundsatzes der *lex mitior* meines Erachtens zu verneinen, auch wenn der zeitliche Anwendungsbereich einer Vorschrift grundsätzlich verhaltensbestimmend wirkt. So geht es bei dem Grundsatz um einen ‹Gnadenakt› zu Gunsten eines Täters, der nach *allgemeinen* intertemporalrechtlichen Grundsätzen nicht in den Genuss der milderen Sanktion kommen würde[1876]. Damit verfolgt die Vorschrift spezifische Zwecke, die der zivilrechtlichen Haftungsbegründung *völlig unbekannt* sind. 882

Dass der **personale Anwendungsbereich** einer Vorschrift gegeben sein muss, hat das *Bundesgericht* in der Sache ebenfalls bereits vorausgesetzt und zwar gleichsam in bereits erwähntem Entscheid 4A_213/2010, in dem es die Schutznormeigenschaft von Art. 11 BEHG bejahte. So hat das Gericht eine Haftung gestützt auf die Vorschrift deswegen abgelehnt, weil es sich weder bei den in Anspruch genommenen Organen noch bei der juristischen Person, für welche diese tätig waren, um Effektenhändler im Sinn der Börsengesetzgebung handelte. Insbesondere entfalteten erstere keine Tätigkeit in einem Ausmass, wie es gemäss den einschlägigen Bestimmungen erforderlich ist, um vom Radar des Aufsichtsrechts erfasst zu werden[1877]. 883

1874 Vgl. BGE 130 III 270, E. 1.2.2; vgl. ferner UHLMANN, SZW 2011, 446 m.w.H.

1875 Grundlegend für diese Frage im Allgemeinen dürfte der vom Bundesgericht (vgl. BGE 130 III 270, E. 1.2.2) zit. Aufsatz von KÖLZ sein.

1876 Vgl. bspw. DONATSCH/TAG, 44 f.; vgl. allerdings auch die (m.E. nicht zwingend überzeugenden) weitergehenden Überlegungen von POPP/BERKEMEIER, BSK-SR I, Art. 2 StGB, Rn. 3 m.w.H.

1877 Entscheid 4A_213/2010 vom 28 September 2010, E. 4.

Dabei ist zu vermerken, dass Art. 11 BEHG alle Effektenhändler unterstehen, denen gemäss demselben Gesetz eine Bewilligungspflicht auferlegt ist[1878]. Die *Erteilung* einer entsprechenden Bewilligung ist *nicht* erforderlich, wie sich gerade aus Entscheid 4A_213/2010 ergibt[1879]. Dieser Praxis ist zuzustimmen, denn eine Besserstellung bewilligungspflichtiger, aber nicht bewilligter Institute (indem ihnen die Pflichten gemäss Art. 11 BEHG zivilrechtlich nicht entgegengehalten werden können) dürfte sich kaum begründen lassen[1880].

884 Unter anderem auf Grundlage dieses Entscheids wird auch in der *Literatur* davon ausgegangen, dass der personale Anwendungsbereich öffentlich-rechtlicher Vorschriften gegeben sein muss, damit diese als Schutznorm zum Tragen kommen[1881]. Das trifft mit Rücksicht auf vorliegend vertretenes Kriterium der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung meines Erachtens zu.

885 Diese Anforderung bereitet solange keine besonderen Probleme, als diejenige Person in Anspruch genommen wird, die im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnorm (als potentieller Schutznorm) als Normadressat bezeichnet wird (bspw. eine Bank als Effektenhändlerin i.S.v. Art. 11 BEHG, als Finanzintermediärin i.S.v. Art. 305ter StGB oder i.S. des GWG oder zukünftig als Finanzdienstleister i.S. des

---

1878 BAHAR/STUPP, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 11 BEHG, Rn. 13a; U. ROTH, in: Hertig et al., Art. 11, Rn. 44; vgl. auch ROMY/BLOCH, FS Tercier, 649 f.; EMMENEGGER, FS von Büren, 648, beide m.H. auf die höchstrichterliche Praxis.

1879 So verfügten gemäss der Sachverhaltsdarstellung weder die beklagten Organe noch die Gesellschaft, für die sie tätig waren, über eine entsprechende Bewilligung (vgl. neben den Ausführungen zum Sachverhalt auch E. 4 des Entscheids 4A_213/2010 vom 28. September 2010); vgl. ferner die entsprechende Auslegung von Art. 3 Bst. a FINMAG. Strittig scheint im Übrigen die vorliegend nicht interessierende Frage zu sein, ob neben der Bewilligung auch eine tatsächliche Tätigkeit als Effektenhändler erforderlich ist (vgl. ROMY/BLOCH, FS Tercier, 649 f.; EMMENEGGER, FS von Büren, 648).

1880 Schon nur weil sich (zusätzliches) ‹Unrecht nicht lohnen darf› (vgl. näher zur Parömie, die in erster Linie im Kontext der Gewinnherausgabe verwendet wird, bspw. WEBER, ZSR 1992 I, 333 ff.). M.W. in der Schweiz noch nicht diskutiert wird für diesen Fall ferner die Frage, ob bereits der Verstoss gegen die Bewilligungspflicht eine Schutznormverletzung darstellt (wie dies in Deutschland insb. i.Zh.m. Art. 32 KWG angenommen wird, vgl. nur BGH, VersR 2006, 1374, *passim*). Dieser Frage, wie überhaupt dem Fall, in dem es bereits an einer Bewilligung fehlt, wird im Rahmen vorliegender Studie indes nicht nachgegangen.

1881 Vgl. HEIERLI, Rn. 579 m.w.H. auf die deutsche Doktrin; vgl. betr. sog. echte (strafrechtliche) Sonderdelikte ferner VERDE, Straftatbestände, Rn. 408 und 463; vgl. aus der Praxis ferner 4A_54/2008 vom 29. April 2008, E. 5.1, wo betont wird, dass es sich bei der (unter anderem) wegen Verletzung der Vorschriften des GWG um Schadenersatz angegangenen Bank um einen Finanzintermediären im Sinn ebendieses Gesetzes handle.

FIDLEG; oder eine Aktiengesellschaft als Emittentin i.S.v. Art. 53 KR). Was gilt aber bei Schadenersatzforderungen, die sich gegen eine *andere Person* richten? – insbesondere gegen Organe oder Mitarbeiter der juristischen Person (die ihrerseits als alleinige Normadressatin fungiert). Die Frage ist (erneut) besonders im Insolvenzfall virulent, also wenn ein Vorgehen gegen die juristische Person nicht mehr erfolgversprechend ist.

Das Hindernis, das es dabei zu überwinden gilt, liegt auf der Hand: Fällt ein Sachverhalt nicht in den persönlichen Geltungsbereich einer Verhaltensnorm, ist diese – zumindest isoliert betrachtet – nicht anwendbar und kann entsprechend auch nicht als Schutznorm herangezogen werden. Trotzdem wird der Problematik (selbst in Deutschland) nur wenig Beachtung geschenkt[1882]. Da es um die Person des Haftpflichtigen geht, die wir in einem separaten Kapitel behandeln, widmen wir uns der Problematik dort (vgl. 2. Teil / 3. Kapitel / III. / 2.). 886

CHRISTIAN HEIERLI weist im Zusammenhang mit Art. 305ter StGB (Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften) im Sinn einer potentiellen Lösung für die Problematik auf die Möglichkeit hin, dass *Teilnehmer* auch dann haften, wenn sie nicht über die erforderliche Sondereigenschaft verfügen, *scil*. als Finanzdienstleister qualifizieren. Die Möglichkeit einer Haftung von Teilnehmern besteht, wie hinten näher darzulegen sein wird[1883]. Zudem stellt sie im Geldwäschereizusammenhang in vorliegendem Kontext gegebenenfalls sogar einen tragfähigen Behelf dar, zumal zusätzlich eine Vortat besteht, an die angeknüpft werden kann[1884]. Anders verhält es sich jedoch, sobald *allein* die Begehung eines Sonderdelikts in Frage steht. Hier hilft eine Haftung als Teilnehmer nicht weiter, falls (i) die Tat durch keine natürliche Person begangen wird, die ihrerseits – vorab über Art. 29 StGB[1885] – zur Adressatin eines Sonderdelikts gemacht werden kann (so dass es am objektiven Tatbestand fehlt), sowie falls (ii) schlicht *nur eine* natürliche Person handelt. Vor diesem Hintergrund gehen wir auf den Hinweis von HEIERLI nicht näher ein.

1882 Vgl. MAIER-REIMER, NJW 2007, 3158; und VERSE, ZHR 2006, 399 (dessen Befund von FLEISCHER, MünchKommGmbHG, § 43, Rn. 352, bestätigt wird); sowie auch WAGNER, MünchKommBGB, 5. Aufl., § 823, Rn. 392. In der Schweizer Literatur wird das Problem m.W. einzig von BERNI/ROBERTO erkannt (vgl. SHK-FusG, Art. 85, Rn. 5b). Bspw. SCHALLER scheint dggü. davon auszugehen, dass die Verhaltensregeln gemäss FIDLEG als Schutznormen gegen die direkt verantwortlichen natürlichen Personen angerufen werden können, *sobald* die Voraussetzung gegeben ist, wonach die Verhaltensregeln den Schutz individueller Interessen bezwecken müssen (vgl. Handbuch, Rn. 765; vgl. ferner auch MAURENBRECHER, FS von der Crone, 586).

1883 Vgl. hinten, 2. Teil / 3. Kapitel / III. / 4.

1884 HEIERLI untersucht zu diesem Zweck eingehend die Bedeutung von Art. 50 Abs. 1 und 3 OR (vgl. Rn. 1008 ff.), auf die wir im Rahmen vorliegender Studie nicht grundsätzlich eingehen (vgl. immerhin die wenigen H. zur Auff. von HEIERLI hinten, Fn. 2292).

1885 Vgl. dazu näher hinten, 2. Teil / 3. Kapitel / III. / 2. / B.

887 Hinsichtlich des **räumlichen Anwendungsbereichs** öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen ist zunächst daran zu erinnern, dass dieser vorab durch einseitige Kollisionsnormen umschrieben wird (wobei sich diese von den Verhaltensnormen ebenso wie zweiseitige Kollisionsnormen loslösen lassen). Exemplarisch richtet sich der räumliche Anwendungsbereich (i) im Anlageberatungsfall nach den Vorschriften zur Reichweite der Bewilligungspflicht des Effektenhändlers, die ihrerseits die Anwendbarkeit von Art. 11 BEHG bestimmt[1886] – wenn der Vorschrift nicht alternativ ein von der Bewilligungspflicht unabhängiger (weitreichenderer) räumlicher Anwendungsbereich zugestanden wird[1886A] –, (ii) im Ad hoc-Publizitätsfall nach der Begebenheit der Kotierung in der Schweiz bzw. an der Schweizer Börse SIX, von der die Anwendbarkeit des KR abhängt (vgl. Art. 2 KR), und (iii) im Geldwäschereifall in Betreff auf Art. 305bis StGB nach den einschlägigen Vorschriften des Strafgesetzbuchs (vgl. Art. 3 ff., sog. ‹internationales Strafrecht›).

888 In der Schweiz fehlt es meines Wissens an einlässlichen Auseinandersetzungen mit der Frage, ob und inwiefern der räumliche Anwendungsbereich öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen bei deren Inbezugnahme im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR zu berücksichtigen ist[1887]. ANDREAS SPICKHOFF hält (aus deutscher Warte) demgegenüber fest, dass für die Anwendung von Schutznormen natürlich deren *«prinzipielle (räumliche) Anwendbarkeit»* gegeben sein müsse[1888]. Entsprechendes ergibt sich aufgrund des vorliegend vertretenen Kriteriums der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung. Ist eine Norm räumlich nicht anwendbar, haben sich die Rechtsunterworfenen (zunächst) auch nicht daran zu halten.

889 Alsdann lassen sich *zwei Problemkreise* unterscheiden. Dabei gehen wir einstweilen davon aus, dass aufgrund der entsprechenden Vorschriften des IPRG (Art. 132 ff.) das Schweizer Recht als Deliktsstatut fungiert[1889]. Der erste Problemkreis dreht sich um die Frage, ob der räumliche Anwendungsbereich *schweizerischer* öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen gegeben sein muss, damit sie als Schutznormen in

---

1886 Vgl. (betr. ausländische Effektenhändler) HGer ZH, ZR 2012, Nr. 30, E. 2.2.3 m.H. Der Bewilligungspflicht unterstehen aus räumlicher Warte zum einen inländische Effektenhändler (mit Sitz in der Schweiz) und zum andern ausländische Effektenhändler, falls die Voraussetzungen von Art. 39 BEHV gegeben sind.

1886A Vgl. zu dieser umstrittenen Frage (die im Entscheid des HGer ZH, der in vorangehender Fn. zit. wird, unberücksichtigt bleibt) WYSS, 122 f. m.w.H.

1887 Vgl. auch VERDE, Straftatbestände, Rn. 418, der selbst die Frage auslässt; vgl. immerhin aber die H. hinten, insb. Rn. 894.

1888 Gesetzesverstoss, 107.

1889 Vgl. näher dazu hinten, Rn. 892.

Bezug genommen werden können. Das Zürcher Obergericht gibt darauf eine *positive* Antwort, und zwar gleichsam in einem Entscheid betreffend Art. 11 BEHG[1890]. Das trifft auch gemäss vorliegend vertretener Auffassung zu, so dass wir uns mit diesem Problemkreis nicht näher beschäftigen.

Zweitens steht in Frage, ob der Verweis im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses gemäss Art. 41 Abs. 1 OR auch auf *ausländische* Normen abzielt. Dazu ist offensichtlich eine etwas eingehendere Auseinandersetzung mit dem schweizerischen internationalen Haftungsrecht erforderlich, die Gegenstand des folgenden Unterkapitels ist. Würde sich diese Möglichkeit eröffnen, wäre in den Situationen, in denen der räumliche Anwendungsbereich der potentiellen schweizerischen Schutznormen nicht gegeben ist, ein Schadenersatzanspruch (mangels Widerrechtlichkeit) nicht einfach zu versagen. Vielmehr müsste des Weiteren geprüft werden, ob eine einschlägige ausländische Schutznorm vorliegt. 890

b. Im Besonderen: Der materiell-rechtliche Verweis auf ausländische Schutznormen im Rahmen des schweizerischen internationalen Haftungsrechts

Das hiesige Unterkapitel betrifft die Frage, ob der Verweis im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR auch auf ausländische Vorschriften zielt. In den Situationen, in denen sich diese Frage stellt, wird ein *internationaler Sachverhalt* vorliegen. Das ist in aller Regel schon deswegen der Fall, weil der räumliche Anwendungsbereich, den die *ausländischen* öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen für sich (einseitig) vorgeben, an ein *lokales* Element anknüpfen wird, das gemäss dem IPR irgend einer der beteiligten Rechtsordnungen[1891], aber auch nach den Regeln des (schweizerischen) IPRG im fraglichen Sachgebiet[1892] beachtlich ist. Mit Blick auf die Beispielfälle sind namentlich der möglicherweise ausländische Sitz 891

1890 Vgl. ZR 2012, Nr. 30, E. 2.2.3, wobei zu bemerken ist, dass das Gericht diese Begründung ausdrücklich nur *«der Vollständigkeit halber»* anführt; vgl. in der Sache ferner bspw. auch DORNIS, SZIER 2015, 195 f. m.H. I.Zh.m. ausländischen Vorschriften ist in der IPR-Doktrin bisweilen gleichsam von einer ‹Selbstbeschränkung› die Rede, die zu berücksichtigen sei, vgl. SCHWANDER, IPR AT, insb. Rn. 400 m.H.

1891 Vgl. die (m.E. vorzugswürdige) Definition des internationalen Sachverhalts durch SCHWANDER, IPR AT, Rn. 47 ff., insb. Rn. 49.

1892 Vgl. die Definition des internationalen Sachverhalts durch die h.A., bspw. BGE 131 III 76, E. 2.3. m.H.; und im Anschluss daran bspw. KREN KOSTKIEWICZ, Grundriss, Rn. 382 ff.

der Bank (Anlageberatungs- und Geldwäschereifall)[1893], sowie die Kotierung an einer ausländischen Börse (Ad hoc-Publizitätsfall)[1894] zu nennen. Gleichzeitig setzt die Anwendung von Art. 41 Abs. 1 OR einen Anknüpfungspunkt in der *Schweiz* voraus.

892 Die Frage, die dem hiesigen Unterkapitel zu Grunde liegt, impliziert, dass das **schweizerische Deliktsrecht** gemäss IPRG die sog. ***lex causae*** darstellt (wobei die Kollisionsregeln des IPRG bekanntlich dann anwendbar sind, wenn eine schweizerische Gerichtszuständigkeit gegeben ist[1895]). Gehen wir in den Beispielfällen davon aus, dass die eben erwähnten Anknüpfungselemente (Sitz der Bank bzw. Ort der Kotierung) im Ausland liegen, ist dies *beispielsweise* in folgenden Situationen denkbar:

892.1 Im *Anlageberatungsfall* besteht mit der Bank ein vertragliches Verhältnis. Ist eine in der Schweiz ansässige natürliche Person Kundin, dürfte auf die Vertragsbeziehung *in praxi* in erster Linie aufgrund von Art. 120 IPRG schweizerisches

---

1893 Vgl. insofern insb. Art. 117 und 133 Abs. 1 i.V.m. Art. 21 Abs. 4 IPRG (vgl. [wie wohl betr. den Wohnsitz natürlicher Personen] auch BGE 131 III 76, E. 2.3). Besonderheiten ergeben sich insb. mit Blick auf den Geldwäschereifall wohlgemerkt im *internationalen Strafrecht,* das grundsätzlich an den Begehungsort anknüpft (vgl. Art. 3 StGB). Dieser schliesst seinerseits grundsätzlich sowohl den Handlungs- als auch den Erfolgsort mit ein (vgl. Art. 8 StGB). Der Erfolgsort bleibt allerdings bei abstrakten Gefährdungsdelikten wie Art. 305bis und Art. 305ter StGB *ohne* Bedeutung (vgl. statt Vieler TRECHSEL/VEST, PK, Art. 8 Rn. 6 m.H.), derweil der Handlungsort regelmässig am Sitz der Bank zu liegen kommen dürfte. Im Rahmen des hiesigen Unterkapitels lassen wir das internationale Strafrecht jedoch ausser Acht und konzentrieren uns auf die Vorgaben des *internationalen Verwaltungsrechts*.

1894 Vgl. insb. Art. 156 IPRG.

1895 Mögliche Grundlagen sind zum Beispiel (i) im Anlageberatungsfall für die Ansprüche des Anlegers der Konsumentengerichtsstand (vgl. Art. 16 Ziff. 1 LugÜ und Art. 114 IPRG, wobei an diesem Gerichtsstand wohl auch konkurrierende deliktsrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden können [vgl. zum LugÜ GEHRI, BSK-LugÜ, Art. 15, Rn. 41 m.w.H., wobei unter anderem der Schutzzweck des Konsumentengerichtsstands ins Feld geführt wird, dem im Anwendungsbereich des IPRG meines Erachtens ebenfalls Rechnung zu tragen ist], derweil allerdings nur gegen die Bank, nicht aber gegen deren Mitarbeiter vorgegangen werden können dürfte [vgl. Art. 6 Abs. 1 LugÜ; und ferner Art. 8a IPRG, der *nicht* die *internationale* Zuständigkeit regeln], so dass wir letztere Sachverhaltsvariante nachfolgend *nicht* näher behandeln); sowie (ii) im Ad hoc-Publizitätsfall bzw. (iii) im Geldwäschereifall der Gerichtsstand des Erfolgsorts (vgl. Art. 5 Abs. 3 LugÜ bzw. Art. 129 IPRG), weil das Konto des Geschädigten, von dem aus die Investitionen getätigt worden sind (vgl. insofern zuletzt EuGH, Urteil vom 28. Januar 2015, C-375/13 (‹Kolassa›), Rn. 54 ff.); (Ad hoc-Publizitätsfall) bzw. das Vermögen des Unternehmens, in das der kriminelle Bevollmächtigte ursprünglich eingegriffen hat, in der Schweiz liegen könnte (Geldwäschereifall).

Recht zum Tragen kommen[1896]. Alsdann ist in Art. 133 Abs. 3 IPRG für das Deliktsrecht eine Anknüpfung an vorbestehende Rechtsverhältnisse vorgesehen. In der Folge besteht grundsätzlich die Möglichkeit, dass *auch* die konkurrierenden deliktischen Ansprüche nach dem auf die vertraglichen Beziehungen der Parteien anwendbaren, schweizerischen Recht zu beurteilen sind.

Im *Ad hoc-Publizitätsfall* wird möglicherweise das Konto des Geschädigten, von dem aus die Investitionen in die verlustträchtigen Wertpapiere getätigt worden sind, in der Schweiz geführt. Infolge dessen dürfte im Licht der EuGH-Praxis[1897], die auch im Kontext des IPRG für relevant gehalten wird[1898], in der Schweiz ein Erfolgsort gemäss Art. 133 Abs. 2 IPRG lokalisiert werden können. Art. 133 Abs. 2 IPRG fordert weiter, dass der Schädiger mit dem Eintritt des Erfolgs *in casu* in der Schweiz gerechnet haben muss. Das ist nach – gemäss meinem Dafürhalten – zutreffender Auffassung objektiv zu bestimmen[1899]. Auch dieses Erfordernis dürfte freilich regelmässig gegeben sein. Ein Emittent, der sich durch einen Börsengang dem allgemeinen Publikum öffnet, dürfte grundsätzlich damit rechnen müssen, dass seine Wertpapiere zumindest in den Staaten, in denen Intermediäre bestehen, die im Stand sind, entsprechende Transaktionen abzuwickeln, auch erworben werden[1900]. 892.2

1896 Je nach Bankgeschäft wird sich insb. die Frage stellen, ob dieses noch zum ‹üblichen Verbrauch› im Sinn der Vorschrift gehört (wobei die Frage, ob und inwiefern Bankgeschäfte unter Art. 114 bzw. 120 IPRG fallen sollen, im Allgemeinen wenig erörtert zu werden scheint, vgl. ROMY, SZZP 2009, 324 f.; SCHWANDER, Auftrag, 50 ff., geht wohl mit Recht grundsätzlich davon aus, dass auch Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungsgeschäfte betr. das eigene Vermögen darunter fallen können, sofern der Kunde die entsprechenden Geschäfte nicht professionell tätigt [wie bspw. falls er nur das Familienvermögen verwaltet]).

1897 Vgl. insofern bereits die H. vorne, Fn. 1895. Auch der Erfolgsort i.S. der grundsätzlichen Anknüpfung gemäss der Rom II-VO (vgl. Art. 4 Abs. 1) wird entsprechend bestimmt, vgl. bspw. LEHMANN, MünchKommBGB, 6. Aufl., IntFinMarktR, Rn. 549 m.H.

1898 Gemäss allgemeiner Auffassung entsprechen die Begriffe des Handlungs- und Erfolgsorts gemäss Art. 133 Abs. 2 IPRG jenen gemäss Art. 129 IPRG (vgl. BUHR/SCHRAMM, CHK, Art. 133 IPRG, Rn. 5 m.H.). Deren Gehalt wird seinerseits im Licht von Art. 5 Abs. 3 LugÜ bestimmt (vgl. 131 III 153, E. 6.2), für dessen Auslegung die Praxis des EuGH zur Parallelvorschrift (nunmehr) der Brüssel Ibis VO (vgl. Art. 7 Abs. 3) wegweisend ist (vgl. ferner DIES., a.a.O., Art. 129 IPRG, Rn. 14 m.w.H.).

1899 Vgl. SCHWANDER, IPR BT, Rn. 659.

1900 Vgl. rechtsvergleichend auch den sog. *‹Stream of Commerce-Test›,* dem im US amerikanischen Zuständigkeitsrecht in Produktehaftpflichtfällen bisweilen das Wort geredet wird (vgl. bspw. die *‹minority opinion›* von Justice Brennan *et al.* im Entscheid des US Supreme Court, Asahi Metal Indus. Co. v. Superior Court of Cal., 480 U.S. 102 [U.S. 1987]).

892.3 Im *Geldwäschereifall* liegt das Vermögen des Unternehmens, in das der Vortäter eingreift (*i.e.* das Vermögen des Geschädigten), womöglich auf einem Bankkonto in der Schweiz. Der Eingriff erfolgt dabei gemäss dem in der Einleitung geschilderten Sachverhalt so, dass der Geldwäscher in unbefugter Weise Überweisungen auf das Konto der *(in casu)* ausländischen Bank (*i.e.* der Schädigerin) tätigt, die diese annimmt und später weiterleitet. In dieser Konstellation könnte der Belegenheitsort des Vermögens des Geschädigten ebenfalls einen Erfolgsort im Sinn von Art. 133 Abs. 2 IPRG darstellen. Gemäss Bundesgericht ist für die Ermittlung des Erfolgsorts bei reinen Vermögensschädigungen *im Allgemeinen* massgeblich, *«wo sich das unmittelbar betroffene Rechtsgut zur Zeit der Verletzung befindet»*[1901]. *In Geldwäschereisituationen* entsteht der Schaden alsdann dort, wo der Zugriff des Geschädigten oder der Strafverfolgungsbehörden, der durch die Geldwäschereihandlung erschwert wird, andernfalls (zumindest potentiell) hätte stattfinden können[1902]. Folglich dürfte es sich beim Belegenheitsort des Vermögens des Geschädigten um einen einschlägigen Erfolgsort handeln (wenn auch nicht zwingend um den einzigen). Wären die Gelder von der Schädigerin nicht angenommen worden, hätte die Geschädigte darauf nämlich weiterhin zugreifen können[1903]. Das Erfordernis der Vorhersehbarkeit dürfte auch erfüllt sein. So wird es für die ausländische Bank als Schädigerin erkennbar sein, dass die Gelder, die sie annimmt, von einem Konto stammen, das in jenem Staat geführt wird, in dem im vorne erwähnten Sinn der Schaden entstanden ist (*in casu* der Schweiz).

893 Steht das Schweizer Recht als *lex causae* einmal fest, können wir uns der Frage nun in der Sache widmen. Sie lässt sich mit Blick auf die Beispielfälle wie folgt konkreter fassen: Können prinzipiell auch **ausländische öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen**, die (i) den Banken Risikoaufklärungspflichten auferlegen, (ii) die Emittenten zur Ad hoc-Publizität verpflichten oder (iii) den Banken beziehungsweise deren

---

Gemäss diesem Test genügt es, dass ein Hersteller seine Produkte in den Handel bringt *(‹delivers its products into the stream of commerce›)* mit der Erwartung, dass sie (unter anderem) im Staat der Gerichte erworben werden, deren Zuständigkeit in Frage steht.

1901 Grundlegend BGE 125 III 103, E. 3b m.H.; vgl. ferner bspw. Entscheid 4A_594/2009 vom 27. Juli 2010, E. 2.3 m.w.H.; und zur entsprechenden Praxis des EuGH OBERHAMMER, SHK-LugÜ, Art. 5, Rn. 115 ff. m.H.

1902 Vgl. SCHWANDER, AJP 2007, 1183.

1903 Vgl. auch SCHWANDER, AJP 2007, 1183. Das Bundesgericht scheint in BGE 133 III 323, E. 3.2.3, darauf abzustellen, dass der Lageort des Vermögens bei der Bank entscheidend sei, welche die Geldwäschereihandlungen vorgenommen hat (*scil*. der Schädigerin), da von dort aus die Gelder ins Ausland *weitergeleitet* worden sind. Die *Annahme* der Gelder begründet allerdings bereits dort einen Erfolgsort, wo die Vermögenswerte gelegen haben, bevor sie auf ein durch die Schädigerin geführtes Konto gelangten.

Mitarbeitern Geldwäschereihandlungen verbieten, als **Schutznormen im Sinn des Widerrechtlichkeitserfordernisses** nach Art. 41 Abs. 1 OR figurieren?

Die Frage wird in der Schweiz, wie gesagt, selten behandelt. Zu vermerken sind immerhin folgende Hinweise: 894

Das *Bundesgericht* spricht im Textbaustein, in dem es die objektive Widerrechtlichkeitstheorie festhält, bisweilen davon, dass Schutznormen *«sich aus der gesamten schweizerischen Rechtsordnung ergeben»* können, *«einerlei, ob es sich um Privat-, Verwaltungs- oder Strafrecht handelt, ob sie geschriebenes oder ungeschriebenes Recht darstellen oder dem Bundes- oder kantonalen Recht entstammen»*[1904]. Die Wendung scheint in entscheidender Weise durch BGE 116 Ia 162 geprägt worden zu sein[1905]. Gemäss den Entscheiden[1906] und Literaturstellen[1907], auf die *dort* verwiesen wird, steht sie allerdings im Kontext der Feststellung, dass es nicht darauf ankommt, *welchem Rechtsgebiet oder welcher föderalen Ebene* die Schutznormen entstammen. Von ‹schweizerischer› Rechtsordnung ist noch gar nicht die Rede[1908]. Folglich dürfte der Wendung des Bundesgerichts kein allzu grosses Gewicht beizumessen sein. 894.1

In der *Literatur* zu Art. 142 Abs. 2 IPRG – *scil*. der sogleich zu erläuternden, einschlägigen Vorschrift des schweizerischen internationalen Privatrechts – wird die Frage im Allgemeinen *bejaht*. So wird für möglich gehalten, ausländische Vorschriften (inkl. öffentlich-rechtliche Normen[1909]) zur Begründung der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 Abs. 1 OR heranzuziehen[1910]. Auch die herrschende Lehre in Deutschland (und nicht nur ‹vereinzelte Stimmen›[1911]) spricht sich für die 894.2

1904 (Hervorhebung MK); vgl. für H. vorne, Rn. 708.

1905 Vgl dort E. 2c; vgl. alsdann den entsprechenden Verweis in BGE 133 III 323, E. 5.1, derweil der jüngste publizierte Entscheid betr. das Widerrechtlichkeitserfordernis im Fall reiner Vermögensschädigungen auf diesen Entscheid verweist (vgl. BGE 141 III 527, E. 3.2 am Ende [die beiden anderen dort zit. Entscheide enthalten keine bzgl. Aussagen]).

1906 Vgl. insb. BGE 90 II 274, E. 4; BGE 78 II 419, E. 2a.

1907 Vgl. insb. OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, Art. 41 OR, Rn. 12 f.; aber auch OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 4. Aufl., 129.

1908 Vgl. ferner BGE 88 II 276, E. 4a.

1909 Vgl. UMBRICHT, BSK-IPRG, Art. 142, Rn. 13; in der Sache auch BONOMI, CR-LDIP, vgl. Art. 142, Rn. 12; DORNIS, SZIER 2015, vgl. 198; HEINI, ZK, Art. 142 IPRG, Rn. 17; sowie SCHRAMM/BUHR, CHK, vgl. Art. 142 IPRG, Rn. 13 f.

1910 BONOMI, CR-LDIP, Art. 142, Rn. 12 f.; DUTOIT, Art. 142, Rn. 4; HEINI, ZK, Art. 142 IPRG, Rn. 21; UMBRICHT, BSK-IPRG, Art. 142, Rn. 15; vgl. ferner DORNIS, SZIER 2015, 195; SCHRAMM/BUHR, CHK, Art. 142 IPRG, Rn. 17.

1911 So aber SCHRAMM, 121.

Möglichkeit aus, im Rahmen von § 823 Abs. 2 BGB ausländische Normen als – im Sinn des deutschen Sprachgebrauchs – ‹Schutzgesetze› zu betrachten[1912].

894.3 Dagegen wendet sich (mit Blick auf die Rechtslage in der Schweiz *und* Deutschland) vor allem DOROTHEE SCHRAMM[1913]. Sie stellt hauptsächlich fest, dass eine ‹normative Berücksichtigung› von ausländischen Vorschriften, *scil*. eine Berücksichtigung *«in ihrer Eigenschaft als Rechtsnormen»*[1914], auf der Ebene des Sachrechts nicht zulässig sei. Eine Berücksichtigung ausländischer Vorschriften auf der Ebene des Sachrechts sei nur zulässig, falls sich die normativen Vorgaben an die Berücksichtigung der ausländischen Normen – insbesondere im Hinblick darauf, welche ‹Rechtsgüter oder Interessen› diese schützen –aus der Auslegung der einschlägigen Tatbestandsmerkmale der *lex causae* ergeben[1915]. Im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses erfolge demgegenüber eine normative Berücksichtigung ausländischen Rechts. Hier verfüge sinngemäss das ausländische Recht über die ‹normative Bestimmungshoheit›, wie dies *«schon der Begriff ‹Wider-Rechtlich›»* beinhalte. Dem Ausgangspunkt von SCHRAMM ist im Hinblick auf die einschlägige positivrechtliche Vorschrift des IPRG (Art. 142 Abs. 2 IPRG) zuzustimmen, wie unsere nachfolgenden Überlegungen ergeben werden. Anders verhält es sich aber mit ihrem letztlich ‹wortklauberischen› Argument, wonach im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR keine Berücksichtigung ausländischer Normen zulässig sei. Wie wir gesehen haben, werden die Voraussetzungen, unter denen eine Schutznorm in den Haftungstatbestand Eingang findet, nämlich durch das schweizerische Deliktsrecht *selbst* bestimmt, gerade im Hinblick darauf, welche Interessen die Schutznorm zu schützen hat. Dieses behält gleichsam die ‹normative Bestimmungshoheit›. Die Einwände von SCHRAMM zielen an dem (ausgelegten) Art. 41 Abs. 1 OR mithin vorbei.

SCHRAMM scheint sich ferner darauf zu berufen, dass die Gerichtspraxis im Kontext des vertraglichen Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 19/20 OR eine sachrechtliche Berücksichtigung ausländischer Normen ablehnt[1916]. Das trifft *an sich*

1912 Vgl. SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 108 (‹einhellige Ansicht›); aus jüngerer Zeit (aus der Kommentarliteratur) bspw. DÖRNER, HK-BGB, Art. 17 Rom II-VO, Rn. 1; JUNKER, MünchKommBGB, 6. Aufl., Art. 17 Rom-II VO, Rn. 24 m.w.H.; THORN, in: Palandt, Art. 17 Rom II-VO, Rn. 1 m.w.H.; sowie ferner KALIN, 162 m.w.H.; speziell mit Blick auf den Finanzmarktbereich LEHMANN, MünchKommBGB, 6. Aufl., IntFinMarktR, Rn. 547 m.w.H.; und auch bereits STOLL, Verhaltensnormen, 174.

1913 Vgl. insb. 120 ff.

1914 Vgl. SCHRAMM, 119.

1915 Vgl. SCHRAMM, 119.

1916 Vgl. 121.

zu[1917]. Allerdings trägt SCHRAMM der folgenden, meines Erachtens wesentlichen Differenz nicht Rechnung[1918]. Zum einen (Art. 41 Abs. 1 OR) geht es konzeptionell um eine *notwendige Ausfüllung* des Haftungstatbestands anhand einer Verweisungsnorm. Diese stellt die Verweisungskriterien, denen gemäss ausserdeliktsrechtliche Schutznormen (*in casu* ausländische öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen) in das Deliktsrecht berufen werden, *selbst* auf[1919]. Zum andern (Art. 19/20 OR) steht ein *rechtshindernder Eingriff* (unter anderem) öffentlich-rechtlicher Normen in privatrechtrechtliche Vereinbarungen in Frage[1920]. Dabei ist entscheidend, ob die Normen *ihrerseits* darauf ausgerichtet sind, eine entsprechende Wirkung auf privatrechtliche Verhältnisse zu entfalten (sei dies ausdrücklich oder sei dies, weil sie dahingehend ausgelegt werden können)[1921]. In der deutschen Doktrin wird der Regelung der Widerrechtlichkeit von Verträgen (§ 134 BGB) ein eigenständiger Regelungsgehalt insofern gleichsam abgesprochen[1922]. Meines Erachtens ist es dieser genuinen Konzeption des vertragsrechtlichen Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 19/20 OR zuzuschreiben, dass *ausländische* Normen mit einer entsprechenden Ausrichtung auf dessen Grundlage nicht einfach *‹ungefiltert›* in die Schweizer Rechtsordnung zu übernehmen sind. Im Deliktsrecht wird der Beizug der ausländischen Normen demgegenüber durch Art. 41 Abs. 1 OR vermittelt.

Damit steht einer Berücksichtigung auch ausländischer Schutznormen im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR *bis anhin* nichts entgegen. Vielmehr folgen wir den Literaturstimmen, die eine solche prinzipiell für möglich halten. 895

Aus der Warte des internationalen Privatrechts ist der bereits angesprochene **Art. 142 Abs. 2 IPRG** einschlägig. Die Vorschrift besagt schlicht, dass *«Sicherheits- und Verhaltensvorschriften am Ort der Handlung* [..] *zu berücksichtigen»* sind. Das gilt unbesehen davon, ob die Vorschriften zur *lex causae* gehören oder nicht. Die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen, die auf Stufe Widerrechtlichkeit zum Tragen kommen können, stellen dabei ohne Weiteres ‹Sicherheits- und Verhaltensvorschriften› dar. 896

1917 Vgl. statt Vieler KUT, CHK, Art. 19/20 OR, Rn. 13 m.H.

1918 Vgl. zum Unterschied des Gehalts der Widerrechtlichkeitsnotion im Vertrags- und Deliktsrecht in vorliegendem Kontext mit Blick auf das deutsche Recht ferner SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 107. In der Schweizer Literatur wird immerhin *im Allgemeinen* festgehalten, dass sich die beiden Notionen nicht decken (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Bd. I, Rn. 655 m.w.H.; KUT, CHK, Art. 18 OR, Rn. 9).

1919 Vgl. dazu vorne, insb. Rn. 725 ff.

1920 Vgl. dazu vorne, Rn. 174 ff.

1921 Vgl. BGE 111 II 384, E. 2d m.w.H.; BGE 114 II 279, 2 / a).

1922 Vgl. die entsprechenden H. zum deutschen Recht bei KALIN, 194 m. Fn. 180.

897 Dass Art. 142 Abs. 2 IPRG *im Kontext des Widerrechtlichkeitserfordernisses* beachtlich ist, lässt sich meines Erachtens auch an der höchstrichterlichen Rechtsprechung festmachen, namentlich an zwei Entscheiden, in denen eine Haftung wegen Verletzung des Geldwäschereistraftatbestands auf dem Spiel stand. Das Gericht erhob dabei die schweizerische Rechtsordnung zur *lex causae*. Alsdann stellte es fest, dass es das Schweizer Recht sei, *«qui déterminera en particulier si les éléments constitutifs d'une responsabilité délictuelle sont réunis (art. 142 al. 1 LDIP), compte tenu des règles de sécurité et de comportement alors en vigueur en Suisse (art. 142 al. 2 LDIP)»*[1923]. Diesen Hinweis könnte man dahingehend deuten, dass das Gericht mit Art. 142 IPRG einfach die gesamte gesetzliche Regelung betreffend die Reichweite des Deliktsstatuts wiederholt. Allerdings verweist das Bundesgericht, wenn es ihm darum geht, in seiner übrigen Entscheidspraxis *allein* auf Abs. 1 der Vorschrift[1924]. Entsprechend dürfte der Hinweis indizieren, dass das Gericht den Geldwäschereitatbestand als Sicherheits- und Verhaltensregel im Sinn von Abs. 2 der Vorschrift einordnet (*nota bene* ohne dass die Frage entscheidsrelevant gewesen wäre).

898 Nach Art. 142 Abs. 2 IPRG sind die Sicherheits- und Verhaltensvorschriften *«zu berücksichtigen»*. Damit klingt an, dass es – mit der herrschenden Auffassung[1925] –

1923 So Entscheid 4A_653/2010 vom 24 Juni 2011, E. 2.1 (Hervorhebung MK); vgl. ferner BGE 133 III 323, E. 2.3.

1924 Vgl. aus der publizierten Praxis zuletzt bspw. BGE 141 III 513, E. 5.4.2 m.H.

1925 Vgl. die H. bei SCHRAMM, 83 f.; ferner bspw. BONOMI, CR-LDIP, Art. 142, Rn. 13; und ebenso die h.A. zur Parallelvorschrift in der Rom II-VO, *i.e.* Art. 17 (vgl. statt Vieler JUNKER, MünchKommBGB, 6. Aufl., Art. 17 Rom-II VO, Rn. 2 m.H.); sowie im Allgemeinen STOLL, Verhaltensnormen, 171 ff. Art. 17 Rom II-VO lehnt sich an Art. 7 des Haager Übereinkommens vom 4. Mai 1971 über das auf Strassenverkehrsunfälle anzuwendende Recht an, wobei es im Rahmen dieser Vorschrift ebenfalls *nicht* zu einer Sonderanknüpfung kommt (vgl. nur JUNKER, a.a.O., Rn. 3). Auch im Kontext von Art. 142 Abs. 2 verweist der Gesetzgeber auf ‹deliktsrechtliche Staatsverträge› (vgl. Botschaft IPRG, 431 f.), wobei er neben dem eben erwähnten Übereinkommen weiter das Haager Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über das auf die Produkthaftung anzuwendende Recht meinen dürfte, wie der Verweis auf CAVIN ergibt (vgl. DERS., SJIR 1972, 56 f.). Das zweite Übereinkommen enthält eine ähnliche Regelung wie das erste (vgl. Art. 9), bei deren Erlass allerdings offenbar auch die Möglichkeit einer Sonderanknüpfung erwogen worden ist (vgl. SYMEONIDES, FS Jayme, 943 m.H.). Trotzdem ist nicht davon auszugehen, dass der Schweizer Gesetzgeber eine solche vorsehen wollte. Ansonsten würde er kaum davon sprechen, dass die Sicherheits- und Verhaltensvorschriften *«bei der Bestimmung der Haftung* [..] *zu berücksichtigen sind»* (vgl. Botschaft IPRG, 431), während er dort, wo eine Sonderanknüpfung vorgenommen werden soll, durchaus auch von einer solchen spricht (so bspw. im Kontext von Art. 125 IPRG, vgl. für H. hinten, Fn. Rn. 1132).

nicht um eine eigentliche *Sonderanknüpfung* geht. Das ergibt sich ferner daraus, dass Art. 142 Abs. 2 IPRG unstreitig für eine Berücksichtigung (auch) ‹privater Regelwerke› Hand bietet[1926]. Echte Kollisionsnormen verweisen gemäss höchstrichterlicher Praxis derweil allein auf staatliches Recht[1927]. *Andererseits* können die Sicherheits- und Verhaltensvorschriften auch nicht einfach *‹als Tatsachen›* betrachtet werden, wie dies in der Literatur bisweilen festgehalten wird[1928]. Sobald deren Berufung in den Haftungstatbestand feststeht, sind sie vielmehr wie Rechtsnormen anwendbar. Die Vorschriften enthalten gleichsam normative Verhaltensvorgaben, unter die alsdann der jeweilige Sachverhalt zu subsumieren ist[1929].

Die *Besonderheit von Art. 142 Abs. 2 IPRG im Vergleich zu einer Sonderanknüpfung* besteht also nicht in der Unterscheidung zwischen rechtlicher und tatsächlicher Berücksichtigung der ausländischen Normen. Die Besonderheit beruht nach meinem Dafürhalten vielmehr auf dem folgenden Aspekt: 899

Nach allgemeiner Auffassung zu *Art. 142 Abs. 2 IPRG* bestimmt sich in Auslegung der einschlägigen Tatbestandsmerkmale gemäss den deliktsrechtlichen Vorschriften der *lex causae* (*in casu* gemäss schweizerischem Deliktsrecht), ob eine Berücksichtigung von Sicherheits- und Verhaltensvorschriften zu erfolgen hat[1930]. Dieser Auslegungsvorgang muss in Anlehnung an unsere Überlegungen im Grundlagenteil entsprechend ergeben, dass den fraglichen Vorschriften der *lex causae* die Qualität einer *Rezeptionsnorm* zukommt, die um die Übernahme von Vorschriften aus anderen Rechtssystemen besorgt ist. Die Rezeptionsnorm kommt dabei entweder (so wie vorliegend) in Form einer gesetzlichen Verwei- 899.1

Nichtsdestotrotz gibt es a.A., namentlich DORNIS, SZIER 2015, 197; sowie SCHRAMM, a.a.O., je m.w.H.

1926 Vgl. zu diesem Argument im Allgemeinen auch STOLL, Verhaltensnormen, 173 f.; und dazu, dass im Rahmen von Art. 142 Abs. 2 IPRG auch private Regelwerke Berücksichtigung finden können, nur SCHRAMM/BUHR, CHK, Art. 142 IPRG, Rn. 15 m.H.

1927 Vgl. 132 III 285, E. 1; im Übrigen nennt auch HEINI, ZK, Art. 142 IPRG, Rn. 18, den Umstand, dass auch private Regelwerke berücksichtigt werden können, i.Zh.m. der Frage nach der Rechtsnatur von Art. 142 Abs. 2 IPRG, wobei er eine Qualifikation als Sonderanknüpfung ebenfalls ablehnt.

1928 Vgl. bspw. BONOMI, CR-LDIP, Art. 142, Rn. 13.

1929 Vgl. auch DORNIS, SZIER 2015, 194 f. und 196 f. m.H.; oder betr. die Vorschriften des Strassenverkehrsrechts PFEIFFER, FS Schurig, 234.

1930 Vgl. HEINI, ZK, Art. 142 IPRG, Rn. 19 und 21; SCHWANDER, IPR AT, Rn. 24; UMBRICHT, BSK-IPRG, Art. 142, Rn. 15; ferner auch SCHRAMM, 117, 118 und insb. 120; und betr. Art. 17 Rom-II VO DICEY/MORRIS/COLLINS, 35–071 m.w.H.; vgl. ferner auch den Hinweis des Gesetzgebers, wonach die Sicherheits- und Verhaltensvorschriften *«bei der Bestimmung der Haftung»* zu berücksichtigen sind (Botschaft IPRG, 431).

sungsnorm *oder* in Form einer durch den Gesetzgeber an den Richter oder an die Parteien gerichteten Ermächtigungsnorm daher. In der zweiten Situation nimmt der Richter *letztlich* seinerseits eine Verweisung vor[1931]. Weiter sorgen die an die an die Rezeptionsnormen geknüpften *Verweisungskriterien* für die Selektion der einschlägigen Vorschriften. Dabei können die Kriterien auch inhaltliche Vorgaben an die zu rezipierenden Normen herantragen, wie etwa das bereits angesprochene Kriterium, wonach diese bestimmte Interessen zu schützen haben. Wenn in der IPR-Doktrin in hiesigem Kontext übrigens zuweilen schlicht von einer ‹ganz normalen Auslegung› der Vorschriften der *lex causae* die Rede ist[1932], greift dies angesichts dessen, dass im Rahmen dieser Vorschriften nach alledem ‹(Weiter-) Verweisungen› stattfinden, wohl zu kurz[1933].

899.2 *Sonderanknüpfungen* ist eine derartige Berücksichtigung der Vorgaben der *lex causae* demgegenüber *fremd*. Hier ist es die kollisionsrechtliche *lex fori,* die darüber entscheidet, ob und inwiefern neben dem grundsätzlich anwendbaren Recht eine weitere Rechtsordnung zum Tragen kommen soll[1934]. In dieser Hinsicht unterscheiden sich Sonderanknüpfungen klar von der Berücksichtigung ausländischen Rechts im Rahmen von Art. 142 Abs. 2 IPRG.

1931 Vgl. vorne, Rn. 143.

1932 So VON HEIN, MünchKommBGB, 6. Aufl., Einl. IPR, Rn. 280 m.H.; vgl. auch bereits Rn. 274.

1933 Ähnlich wie hier wohl auch PFEIFFER, FS Schurig, 232 ff., insb. 234 oben: *«Konzeptionell ist* [..] *zu bedenken, dass jeder Bezugnahme auf Massstäbe ausländischen Rechts ein kollisionsrechtliches Element der Verweisung auf dieses Recht innewohnt»*.

1934 Vgl. insb. BEULKER, 90 ff. m.w.H.; ferner bspw. SCHRAMM, 96 und 105. Entsprechend spielt in vorliegendem Kontext *im Übrigen* m.E. in aller Regel auch Art. 19 IPRG keine Rolle, der gemäss h.A. die Möglichkeit einer Sonderanknüpfung ausländischer Eingriffsnormen eröffnet (vgl. nur SCHRAMM/BUHR, CHK, Art. 19 IPRG, Rn. 2 m.H.; SCHWANDER, IPR AT, Rn. 541 ff. m.H.); (vgl. dazu, dass insb. die Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen konzeptionell nicht von der *lex causae* abhängig ist, im Allgemeinen bereits DROBNIG, FS Neumayer, 178; vgl. ferner SCHWANDER, IPR AT, Rn. 543; sowie den Wortlaut von Art. 18 IPRG betr. inländische Eingriffsnormen [*«unabhängig von dem durch dieses Gesetz bezeichneten Recht»*]). *Ganz allgemein* dürften mit dem Institut der Eingriffsnorm (vgl. Art. 18 und 19 IPRG) in vorliegendem Kontext demnach öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen zu erfassen sein, die *‹von sich aus›* in privatrechtlichen Verhältnissen zum Tragen kommen ‹wollen› (vgl. dazu auch noch hinten, insb. Rn. 1138). Werden öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen *durch das Privatrecht* in den Haftungstatbestand berufen, ist demgegenüber Art. 142 Abs. 2 IPRG (im Vertragsrecht m.E. *per analogiam,* vgl. dazu hinten, insb. Rn. 1147 ff.) einschlägig. Blicken wir auf den materiell-rechtlichen Widerrechtlichkeitsbegriff, kommt damit gleichsam die eben erwähnte Unterscheidung zwischen Delikts- und Vertragsrecht zum Ausdruck.

Versteht man Art. 142 Abs. 2 IPRG entsprechend, kommt darin die sog. *Zwei-Stufen-Theorie des IPR* zum Ausdruck. Diese besagt gemäss einer Beschreibung durch JAN VON HEIN im Kern, *«dass die herkömmliche Bestimmung des anwendbaren Sachrechts mithilfe der Kollisionsnormen nur die erste Stufe des IPR darstelle; auf der zweiten Stufe der Rechtsanwendung müsse sodann aber dem verdrängten ausländischen Recht Rechnung getragen werden, indem es insbesondere bei der Auslegung zivilrechtlicher Generalklauseln berücksichtigt werde»*[1935]. Meines Erachtens wird die Prüfung auf der zweiten Stufe generell dann ausgelöst, wenn die (ausgelegte) *lex causae* Rezeptionsnormen im vorne erwähntem Sinn bereithält. Eine *weitergehende* Berücksichtigung des ausländischen Rechts, als sie durch die (ausgelegte) *lex causae* geboten ist, dürfte sich aufgrund der Zwei-Stufen-Theorie allerdings nicht begründen lassen. Deren Wert besteht ganz allgemein eher in der Strukturierung der relevanten Gedankenschritte als in einer inhaltlichen Prägung des Kollisionsrechts[1936]. 900

In der Botschaft zum IPRG wird schliesslich festgehalten, dass Art. 142 Abs. 2 IPRG an sich eine ‹Selbstverständlichkeit› sei[1937]. Meines Erachtens ist die gesetzliche Klarstellung jedoch hilfreich, um zwei *potentiellen Kritikpunkten* zu begegnen, die der vorliegend vertretenen Anwendung ausländischer öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen aufgrund von Rezeptionsnormen des materiellen Rechts entgegengehalten werden könnten. 901

In internationalen Verhältnissen wird das anwendbare Recht auf privatrechtliche Sachverhalte unter Vorbehalt völkerrechtlicher Verträge *durch das IPRG* geregelt (vgl. Art. 1 IPRG). Dass im Licht dieser Sachverhalte öffentlich-rechtliche Vorschriften zum Tragen kommen, ändert daran nichts (vgl. insb. Art. 13 IPRG). Mangels Art. 142 Abs. 2 IPRG könnte man sich demnach auf den Standpunkt stellen, dass sich eine Auslegung von Vorschriften des *materiellen* Rechts, wonach diese *selbst* bestimmen, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Verweis auf ausländische Normen erfolgen soll, ‹im Kontext der gesamten Rechtsordnung› (inkl. IPRG) verbietet[1938]. 901.1

[1935] MünchKommBGB, 6. Aufl., Einl. IPR, Rn. 273 m.H. auf deren wichtigste Vertreter; vgl. ferner die H. bei M.-P. WELLER, IPRax 2014, 229.

[1936] Vgl. im Ergebnis auch VON HEIN, MünchKommBGB, 6. Aufl., Einl. IPR, Rn. 273 und 280.

[1937] Vgl. Botschaft IPRG, 431; vgl. auch SCHNYDER/LIATOWITSCH, Rn. 796; und zum deutschen bzw. europäischen Kollisionsrecht statt Vieler VON HEIN, MünchKommBGB, 6. Aufl., Einl. IPR, Rn. 277 m.H.

[1938] Vgl. zur Auslegung im ‹im Kontext der gesamten Rechtsordnung› vorne, Rn. 619.

901.2 Ist das IPRG anwendbar, schreibt es zweitens vor, dass es sich bei den Bestimmungen zum anwendbaren Recht im Grundsatz um sog. ‹Sachnormverweisungen› handelt. Das gilt mangels ausdrücklicher Ausnahme auch für die Kollisionsnormen des internationalen Deliktsrechts (vgl. Art. 14 IPRG). Wäre Art. 142 Abs. 2 IPRG nicht erlassen worden, könnte man mithin postulieren, dass eine Weiterverweisung der Vorschriften der *lex causae* auf eine ausländische Rechtsordnung unberücksichtigt zu bleiben hat (da andernfalls letztlich einer ‹Gesamtnormverweisung› stattgegeben würde)[1939]. Das gilt umso mehr mit Rücksicht auf Art. 142 Abs. 1 IPRG, der die Regelung der ‹Voraussetzungen der Haftung›, zu denen auch das Widerrechtlichkeitserfordernis gehört, ausdrücklich dem Deliktsstatut zuweist.

901.3 Diese Kritikpunkte könnten wohl dann *von vorneherein* von der Hand gewiesen werden, wenn es bei der Berücksichtigung der Sicherheits- und Verhaltensregeln nur um eine Berücksichtigung tatsächlicher Natur ginge, *oder* wir es mit einer ‹ganz normalen Auslegungsfrage› im Rahmen der *lex causae* zu tun hätten. Gemäss vorne stehenden Hinweisen ist nach meinem Dafürhalten aber beides *nicht* der Fall. Vielmehr werden durch die *lex causae* letztlich durchaus Verweisungen vorgenommen, die (auch) auf ausländisches Recht abzielen.

901.4 *Kurzum* ist es zwar durchaus denkbar, dass die Regelung der Anwendung ausländischer Normen in internationalen Sachverhalten in eben erwähntem Sinn den Vorschriften des IPRG vorbehalten sein soll. Zudem ist im schweizerischen internationalen Deliktsrecht grundsätzlich von Sachnormverweisungen auszugehen. Da im IPRG mit Art. 142 Abs. 2 eine Bestimmung vorgesehen ist, welche die aufgeworfene Problematik regelt, würden entsprechende Bedenken *in casu* aber leerlaufen.

902 *Insgesamt* erscheint die Berücksichtigung ausländischer öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR mit Rücksicht auf Art. 142 Abs. 2 IPRG also als möglich. Bei der **Durchführung** stellen sich allerdings verschiedene Probleme, die im Folgenden nicht alle behandelt werden können. Auf drei davon, die von besonderem Gewicht sind, weisen wir aber hin.

903 Art. 142 Abs. 2 IPRG bezieht sich wortlautgemäss *erstens* allein auf Normen, die am *‹Ort der Handlung›* gelten. Das ist meines Erachtens zu eng. So gibt es zwar Sicherheits- und Verhaltensvorschriften, die ausschliesslich Verhaltensweisen im Inland

[1939] Vgl. im Allgemeinen bspw. VON HEIN, MünchKommBGB, 6. Aufl., Einl. IPR, Rn. 274, der darauf hinweist, dass Abweichungen von positiven Anordnungen des IPRG, ein bestimmtes Recht anzuwenden, einer besonderen Legitimation bedürfen.

erfassen wollen, so wie etwa die Regeln des Strassenverkehrsrechts[1940]. Derartige Vorschriften dürfte der Gesetzgeber denn auch im Auge gehabt haben, als er Art. 142 Abs. 2 IPRG stipulierte[1941]. Allerdings gibt es auch Sicherheits- und Verhaltensvorschriften, die zwecks Sicherung eines bestimmten Ergebnisses an *weiteren* Orten als dem Handlungsort zu befolgen sind. IVO SCHWANDER verweist etwa auf das Recht der Produktehaftung, das sichere Produkte (auch) am Ort der Inverkehrsetzung gewährleisten soll[1942]. Zu dieser Kategorie gehören nach meinem Dafürhalten grundsätzlich auch die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen des Finanzmarktbereichs[1943]. So sollen die Aktienkurse an einer bestimmten Börse zum Beispiel unabhängig davon transparent zustande kommen, ob das Verhalten, das dem widerstrebt (bspw. eine fehlerhafte Ad hoc-Mitteilung), in der Schweiz oder im Ausland stattfindet.

Die entsprechenden Normen regeln ihren räumlichen Anwendungsbereich selber (anhand sog. ‹einseitiger Kollisionsnormen›). Blicken wir auf die Beispielfälle, dürften die Normen eines bestimmten Staats regelmässig anwendbar sein, falls eine Bank dort ansässig ist (Anlageberatungs- sowie Geldwäschereifall) beziehungsweise ein Emittent an einer dortigen Börse kotiert ist (Ad hoc-Publizitätsfall)[1944]. Das widerrechtliche Verhalten wird in einer Vielzahl der Fälle ebenfalls in diesem Staat stattfinden; zwingend ist dies jedoch nicht. Die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen ihrerseits bleiben je nachdem aber anwendbar, wie die folgenden Beispiele belegen. 904

Die sog. ‹Wohlverhaltensregeln› des deutschen Wertpapierhandelsgesetzes (vgl. §§ 31 ff. WpHG) kommen aufgrund des sog. ‹Herkunftslandprinzips› auch dann noch zum Tragen, wenn die vorgeschriebene Risikoaufklärung durch einen Mitarbeiter einer deutschen Bank im Rahmen eines Kundenbesuchs in einem anderen EU oder EWR Staat unterbleibt[1945] (derweil die Regelungen mit Blick auf 904.1

1940 Vgl. SCHWANDER, IPR BT, Rn. 665; STOLL, Verhaltensnormen, 177.

1941 Vgl. den H. in der Botschaft IPRG, 431, wo von ‹örtlichen› Vorschriften sowie von *‹local rules of conduct›* die Rede ist; vgl. ferner die H. zur Bedeutung des Haager Übereinkommens vom 4. Mai 1971 über das auf Strassenverkehrsunfälle anzuwendende Recht beim Erlass des IPRG vorne, Fn. 1925.

1942 IPR BT, Rn. 665.

1943 Vgl. ferner LEHMANN, MünchKommBGB, 6. Aufl., IntFinMarktR, Rn. 554, demgemäss die Anknüpfung von Art. 17 Rom II-VO am Handlungsort im Finanzmarktbereich oft ‹unpassend› ist. Eine Auslegung, die über den Wortlaut hinaus geht, wie wir sie vorliegend vertreten, schlägt er für Art. 17 Rom II-VO freilich nicht vor.

1944 So verhält es sich prinzipiell jedenfalls in der Schweiz, vgl. vorne, Rn. 891.

1945 Vgl. bspw. LEHMANN, MünchKommBGB, 6. Aufl., IntFinMarktR, Rn. 373; oder auch FUCHS, in: Fuchs, Vor. §§ 31 ff. WpHG, Rn. 355.

Dienstleistungen, die in Drittstaaten [wie der Schweiz] erbracht werden, grundsätzlich nicht anwendbar zu sein scheinen[1946]).

Situationen, in denen Sitzstaat des Dienstleisters und Handlungsort auseinander fallen, könnten in diesem Kontext *zukünftig* übrigens (wieder) an Bedeutung gewinnen. So erhoffen sich gewisse Schweizer Finanzinstitute aufgrund einer gleichwertigen Regulierung durch FIDLEG und FINIG einen freien Zugang zum europäischen Markt[1947], infolgedessen diese womöglich vom Herkunftslandprinzip profitieren könnten. Wird es in der Tat dazu kommen, könnte die Tätigkeit schweizerischer Institute im europäischen Ausland auf Grundlage des *Schweizer* Finanzmarktaufsichtsrechts (wieder) zunehmen. Würde man im Rahmen von Art. 142 Abs. 2 IPRG strikt auf den Wortlaut abstellen, wäre eine Berücksichtigung des Schweizer Aufsichtsrechts gerade auch in derartigen Situation wohl nicht möglich, da es sich dabei nicht um Vorschriften des Handlungsorts handelt. Die Frage könnte *praktisch* etwa relevant werden, falls ein deutscher Kunde gegen einen Mitarbeiter eines Schweizer Instituts in der Schweiz auf der Grundlage des deutschen Deliktsrechts eine Klage anhängig zu machen versucht. Infolgedessen könnte § 823 Abs. 2 BGB zum Zug kommen, der einen Verweis auf ausländische ‹Schutzgesetze› grundsätzlich (ebenfalls) zulässt[1948].

904.2 Ein weiteres Beispiel sind Kotierungen *ausserhalb des Sitzstaats* eines Emittenten. Ist dieser nicht auch dort kotiert, sind die Vorschriften der SIX Swiss Exchange zur Ad hoc-Publizität beispielsweise selbst dann einschlägig, wenn eine fehlerhafte Mitteilung am Sitz der Gesellschaft veröffentlicht wurde (vgl. Art. 2 Abs. 2 RLAhP).

905 Die fraglichen öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen müssen demnach nicht zwingend der Rechtsordnung am Handlungsort entstammen. Vielmehr reicht es hin, dass deren *räumlicher Anwendungsbereich* gegeben ist[1949]. Diese Auffassung entspricht meines Erachtens auch dem sog. *‹Vertrauensprinzip›,* so wie es gemäss der

---

1946 Vgl. die Ausnahmeregelung von § 1 Abs. 2 WpHG, die Wertpapierdienstleistungen gerade nicht erfasst; sowie die entsprechenden (rechtspolitischen) Überlegungen von LEHMANN, MünchKommBGB, 6. Aufl., IntFinMarktR, Rn. 370.

1947 Vgl. bspw. Botschaft FIDLEG/FINIG, 9 und 116.

1948 Vgl. vorne, Rn. 894.2 m.H.

1949 Vgl. auch DUTOIT, Art. 142, Rn. 5, der Folgendes festhält: *«Par «lieu de l›acte», il faut entendre tout endroit où les règles local de comportement doivent être observées, selon la loi applicable au statut délictuel»*. Diese Aussage entspricht dem vorliegend vertretenen Standpunkt, zumal nach der *lex causae (i.e.* der *‹loi applicable au statut délictuel›)* – wie im voranstehenden Unterkapitel ausgeführt – der genuine räumliche Anwendungsbereich der ausländischen öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen zu berücksichtigen ist.

Doktrin durch Art. 142 Abs. 2 IPRG verwirklicht werden soll[1950]. Der *Geschädigte* wird nämlich darauf vertrauen dürfen, dass der Schädiger die einschlägigen Normen einhält, sofern deren räumlicher Anwendungsbereich gegeben ist (und zwar je nachdem unabhängig davon, ob dieser im Staat gehandelt hat, dem die Normen entstammen). Derweil ist das Vertrauen des *Schädigers,* die Normen nicht einhalten zu müssen, grundsätzlich nur solange schützenswert, als er sich *ausserhalb des räumlichen Anwendungsbereichs* der Normen bewegt. Dass er ein bestimmtes Verhalten ausserhalb des Staats an den Tag legt, dem die Normen entstammen – *scil*. sich ausserhalb des Handlungsorts i.S. eines wortlautgemässen Verständnisses von Art. 142 Abs. 2 IPRG bewegt –, reicht dazu demgegenüber nicht hin, so dass die vorne eingeführte Auffassung (die nicht einfach auf den Wortlaut abstellt) eine Bestätigung erfährt.

Wie wir in voranstehendem Kapitel gezeigt haben, setzt auch Art. 41 Abs. 1 OR 906
voraus, dass der räumliche Anwendungsbereich der Schutznormen gegeben ist. Diese Vorgabe ist gemäss der Zwei-Stufen-Theorie, die Art. 142 Abs. 2 IPRG zu Grunde liegt, grundsätzlich in Rechnung zu stellen, sobald es sich beim schweizerischen Deliktsrecht um die *lex causae* handelt. Auch das spricht für die Auffassung, wonach nicht einfach die ‹Sicherheits- und Verhaltensvorschriften› des Handlungsorts einschlägig sind, sondern – zumindest im Fall von öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen – ferner auf deren genuinen Anwendungsbereich abzustellen ist[1951].

Würde im Übrigen von einer *Sonderanknüpfung* ausgegangen, könnten konzeptionell wohl *nur* die Vorschriften am Handlungsort Berücksichtigung finden[1952]. Es würde sich dabei gleichsam um den einschlägigen Anknüpfungsbegriff handeln. Meines Erachtens ist

---

1950 Vgl. insb. DORNIS, SZIER 2015, 190 und 209 m.w.H.; UMBRICHT, BSK-IPRG, Art. 142, Rn. 16 m.w.H.; betr. Art. 17 Rom II VO bspw. VON HEIN, MünchKommBGB, 6. Aufl., Einl. IPR, Rn. 271 m.H. DORNIS, a.a.O., 210, scheint im Übrigen – entgegen den hiesigen Überlegungen – im Licht des Vertrauensprinzips vorab die Vorschriften des Staats, in dem der Handlungsort liegt, für einschlägig zu halten; und potentiell ferner jene des Staats, in dem der Erfolgsort liegt. Gerade hinsichtlich letzterer ist das Vertrauen der Parteien nur dann schützenswert, wenn deren genuiner räumlicher Anwendungsbereich gegeben ist. Ist dies nicht der Fall, darf sich der *Geschädigte* auf deren Einhaltung nicht verlassen; ist dies der Fall, darf der *Schädiger* nicht darauf vertrauen, dass er die Vorschriften nicht einhalten muss. Die Frage, ob eine Handlung ‹erkennbar auch grenzüberschreitende Wirkung hat oder haben kann› (vgl. DORNIS, a.a.O.), wäre alsdann nach vorliegend vertretener Auffassung *prima vista* vorab dann relevant, wenn sich der Schädiger auf einen etwaigen Rechtsirrtum berufen würde.

1951 Vgl. ferner HEINI, ZK, Art. 142 IPRG, Rn. 23: *««Ort der Handlung» ist jeder Ort, dessen lokale Verhaltensregeln zu beachten das Deliktsstatut für relevant hält»* (Hervorhebung MK).

1952 So ausdrücklich SCHRAMM, 84.

darin nach den vorne stehenden Ausführungen (inkl. Beispielen) ein weiterer Umstand zu sehen, der dafür spricht, dass die Auffassung, die von einer Sonderanknüpfung ausgeht, das Falsche trifft. Ein *Nachteil* der hier vertretenen Auffassung könnte freilich darin zu sehen sein, dass – je nach ihrem jeweiligem räumlichem Anwendungsbereich – öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen *mehrerer* Staaten Berücksichtigung finden könnten (derweil im Fall einer Sonderanknüpfung stets nur das Recht des Staats, in dem das einschlägige Verhalten an den Tag gelegt wurde, zum Tragen kommen würde). So könnten etwa Tätigkeiten eines Schweizer Effektenhändlers im Ausland durch dort geltende *und* durch schweizerische öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen geregelt werden[1953]. Eine derartige Normenhäufung ist solange unproblematisch, als eine der Vorschriften einfach *striktere* Verhaltensvorgaben macht. Dann hat der Schädiger diese einzuhalten, um einer Haftung (sicher) zu entgehen[1954]. Potentiell besteht allerdings auch die Möglichkeit von *Normwidersprüchen* im Sinn von miteinander unvereinbaren Verhaltensanforderungen. Praktisch sind derartige Normwidersprüche allerdings nur schwer vorstellbar, müsste doch ein bestimmtes Verhalten in der einen Rechtsordnung *verboten* sein, derweil es in der anderen Rechtsordnung gleichsam *geboten* ist. Sollten sie trotzdem einmal vorkommen, steht im Allgemeinen das Institut der Anpassung zur Verfügung[1955], wobei wir uns in Betreff auf vorliegenden Kontext auf zwei Hinweise beschränken. Erstens könnte sich eine Anpassung im Sinn einer sog. ‹materiell-privatrechtlichen Lösung› anbieten, da der Normwiderspruch letztlich auf die Verweisung im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR zurückzuführen wäre[1956]. Zweitens dürfte ein entsprechendes Vorgehen zur Folge haben, dass der Normwiderspruch zu Gunsten der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen der *lex causae* aufzulösen ist, falls diese mit solchen anderer Rechtsordnungen konkurrieren.

907 Ein *zweites* Problem haben wir im Grundlagenteil bereits festgehalten. Sobald ausländische Normen in Bezug genommen werden, sollte dies anhand von Begriffen geschehen, die *im ausländischen Recht anschlussfähig* sind. Diesem Kriterium wird Rechnung getragen, wenn man sich vorliegend vertretener Auslegung von Art. 41 Abs. 1 OR anschliesst, die im Kern darauf abstellt, ob und inwiefern das Verhalten des Schädigers durch die (ausserprivatrechtlichen) öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen vorbestimmt wird.

907.1 Das ist zunächst im Hinblick auf die Anforderungen der Fall, die erfüllt sein müssen, *damit eine Schutznorm zum Tragen kommt*, namentlich dass die fragliche Norm (i) den Schutz des individuellen Vermögens bezweckt, (ii) genügend be-

---

1953 Vgl. im Grundsatz bspw. auch U. ROTH, in: Hertig et al., Art. 11 BEHG, Rn. 51 f.

1954 Vgl. dahingehend auch SCHWANDER, IPR BT, Rn. 665; sowie SCHNORR VON CAROLSFELD, FS Beitzke, Fn. 62 (712); und im Allgemeinen auch bereits vorne, Rn. 877.

1955 Vgl. dazu aus Sicht des Schweizer IPR insb. SCHWANDER, IPR AT, Rn. 419 ff.

1956 Vgl. dazu SCHWANDER, IPR AT, Rn. 427.

stimmt ist, (iii) ein Verhaltensgebot oder -verbot beschreibt und (iv) die Rechtsunterworfenen zu einem gewissen Verhalten bestimmt. Diese Anforderungen haben wir vorne stehend mit Rücksicht auf das schweizerische Deliktsrecht als Bezugspunkt derart formuliert, dass in der Folge geprüft werden kann, ob *in- oder ausländische* Schutznormen den Anforderungen genügen.

Steht die *Reichweite* des Verweises auf dem Spiel, gilt dies ebenso[1957]. Dafür ist das Kriterium der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung besorgt. Dieses lässt sich – wie im Grundlagenteil (vgl. 1. Teil / 2. Kapitel / III. / 11.) herausgestellt – deskriptiv und mithin rechtssystemunabhängig formulieren, so dass ausländische Vorschriften damit erfasst werden können. Anders würde es sich verhalten, falls Kriterien auf den Schild gehoben würden, die *nur* im Schweizer Deliktsrecht oder *nur* im Rechtssystem, das Ziel der Verweisung ist, anschlussfähig sind. 907.2

Drittens stellt sich die Frage, wie zu verfahren ist, wenn bei Schweizer Gerichtszuständigkeit und Schweizer *lex causae* die ausländischen öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen, die in Bezug genommen werden, *mit den Wertvorstellungen des schweizerischen Rechts kollidieren*. Dabei ist zunächst auf die eben erwähnten Anforderungen zu verweisen, die das (ausgelegte) Widerrechtlichkeitserfordernis ge- 908

1957 Einen ähnlichen Ansatz scheint *prima vista* DORNIS zu verfolgen, indem er auf die ‹Verhaltenssteuerung› durch die Sicherheits- und Verhaltensvorschriften abstellt (vgl. SZIER 2010, insb. 203 ff.). Allerdings geht er – entgegen der hier vertretenen Auffassung – von einer Sonderanknüpfung aus. Entsprechend stellt er nicht auf die Verweisung im Rahmen der *lex causae* ab, welcher das Kriterium der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung m.E. erst geschuldet ist. Ferner begründet er seinen Ansatz mit dem präventiven Zweck des *Delikts*rechts (und nicht mit der vorbestehenden Verhaltensbestimmung durch die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen, die letztlich in der haftungsbegrenzenden Funktion des Widerrechtlichkeitserfordernisses gründet); (vgl. a.a.O., insb. 188). Dieses Fundament ist schon deswegen nicht sehr tragfähig, weil in der Schweiz (und in Deutschland) offen ist, ob das Deliktsrecht einen entsprechenden Zweck überhaupt verfolgt (vgl. vorne, Fn. 671 m.H.). Schliesslich scheint DORNIS nur Normen auszuscheiden, welche gleichsam die Rechtsfolgen betreffen (und bspw. nicht auch das Kausalitätserfordernis, dem ebenfalls keine verhaltensbestimmende Wirkung zukommt [vgl. dazu noch hinten, Rn. 978 f.]); (vgl. a.a.O., 208). In dieselbe Richtung weist im Übrigen auch der im US-amerikanischen Recht verwurzelte, ‹zweispurige› IPR-Ansatz, *«der das anwendbare Recht in Fragen der Verhaltenssteuerung einerseits und Fragen der Schadensverteilung andererseits»* aufspaltet (so VON HEIN, MünchKommBGB, 6. Aufl., Einl. IPR, Rn. 271 m.H.; vgl. ferner DORNIS, a.a.O., 199 m.H.). *Grosso modo* setzten die beiden Ansätze damit Verhaltens- und Tatbestandsnorm gleich, derweil wir im Grundlagenteil gezeigt haben, dass anhand rechtssystemunabhängiger Begriffe *nähere* Differenzierungen möglich sind (vgl. 1. Teil / 2. Kapitel / III., *passim*).

mäss Art. 41 Abs. 1 OR an die ausländischen Normen heranträgt. Diese bringen gewisse Wertungen des schweizerischen Deliktsrechts bereits zum Ausdruck. In der Folge sorgen sie dafür, dass gewisse ausländische Normen, hinter denen mit dem Schweizer Recht unvereinbare Wertungen stehen, als Schutznormen gar nicht erst in Frage kommen. So würde etwa ein im Licht der marktwirtschaftlichen Ordnung der Schweiz problematisches Verbot, sämtliche fahrlässigen Handlungen zu unterlassen, die zu reinen Vermögensschädigungen führen können, wohl bereits am Bestimmtheitsgebot scheitern[1958].

909 Sollten trotzdem ausländische Schutznormen in den Haftungstatbestand berufen werden, deren Wertungen jenen des Schweizer Rechts widersprechen, dürfte sich ein Schädiger bei gegebenen Voraussetzungen auf den *ordre public*-Vorbehalt gemäss Art. 17 IPRG berufen können. Dieser zielt zwar in erster Linie auf ausländische Vorschriften ab, die aufgrund echter Kollisionsnormen zur Anwendung berufen werden, allerdings dürfte kaum etwas dagegen sprechen, ihm auch im vorliegenden Kontext Beachtung zu schenken[1959]. Anhand des *ordre public*-Vorbehalts lassen sich im Allgemeinen ausländische Normen abwehren, deren Inbezugnahme im Einzelfall zu einem Ergebnis führen würde, das mit den ‹grundlegenden Werturteilen›[1960] des schweizerischen Rechts unvereinbar ist.

1958 Vgl. zum Bestimmtheitsgebot im Allgemeinen vorne, 2. Teil / 2. Kapitel / II. / 4. / B. In vorliegendem Beispiel erscheint die Norm deswegen als zu unbestimmt, weil sie schlicht darauf abstellt, ob ein fahrlässiges Verhalten des Schädigers vorliegt (vgl. zum Generalklauselcharakter des Erfordernisses auch noch hinten, 2. Teil / 4. Kapitel / I. / 1. sowie II.).

1959 Vgl. (zum deutschen und europäischen Kollisionsrecht) insb. M.-P. WELLER, IPRax 2014, 232 m.w.H. (sowie im Anschluss an diesen VON HEIN, MünchKommBGB, 6. Aufl., Einl. IPR, Rn. 279, der dem Ansatz von M.-P. WELLER jedoch in anderer Hinsicht kritisch gegenüber steht); vgl. – wie wohl dieser gemäss h.A. eine Sonderanknüpfung vorsieht – ferner Art. 19 IPRG, demgemäss die ‹Berücksichtigung› drittstaatlicher Eingriffsnormen an der ‹schweizerischen Rechtsauffassung› bemessen wird. SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 108, hält den (deutschen) *ordre public*-Vorbehalt (damals noch Art. 6 EGBGB; heute insb. Art. 26 Rom II-VO) in vorliegendem Kontext demgegenüber für nicht einschlägig. Er begründet dies damit, dass die Schutzgesetze eine Haftungsvoraussetzung regeln und nicht die Rechtsfolge, die in der Schadenersatzpflicht besteht. Entsprechend sei das Ergebnis der Rechtsanwendung, das (wie in der Schweiz) den Prüfungsgegenstand des *ordre public*-Vorbehalts bildet, nicht betroffen. Wenn freilich beispielsweise aufgrund einer Vorschrift wie der eben genannten, die reine Vermögensschädigungen exzessiv verbietet, einem Schädiger eine Schadenersatzpflicht auferlegt würde, liegt durchaus ein Ergebnis vor, das im Licht der marktwirtschaftlichen Ordnung der Schweiz potentiell für *ordre public*-widrig gehalten werden könnte. Die Haftungsvoraussetzungen schlagen gleichsam auf das Ergebnis der Rechtsanwendung durch, so dass SPICKHOFF m.E. nicht zu folgen ist.

1960 So SCHWANDER, IPR AT, Rn. 474.

Zusammenfassend lässt sich die eingangs aufgeworfene Frage dahingehend beantworten, dass eine Berücksichtigung ausländischer öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR möglich ist. Einschlägige Grundlage im schweizerischen internationalen Privatrecht ist Art. 142 Abs. 2 IPRG. Dabei sind nicht nur die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen der Rechtsordnung am Handlungsort zu berücksichtigen, sondern – allgemeiner – ausländische öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im Rahmen des räumlichen Anwendungsbereichs, den diese sich selbst verleihen. 910

C. Verschulden

a. Vorbemerkung: Redaktionelle Trennung von Verhaltens- und Sanktionsnormen

Verhaltens- und Sanktionsnormen sind im positiven Recht nicht selten redaktionell getrennt. Im Kontext der Frage nach der Reichweite des Verweises im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR kann diese Situation dann zu Problemen führen, wenn die Haftungselemente, auf die sich der Verweis potentiell bezieht, *erst durch die Sanktionsnorm* geregelt werden. Im Vordergrund stehen dabei Regelungen, die das Verschulden des Schädigers betreffen[1961]. Aus dem Finanzmarktbereich beispielhaft zu nennen sind der im Anlageberatungsfall relevante Art. 11 BEHG (mit Art. 32, 33, 34 sowie 37 FINMAG, die eine ‹schwere [aufsichtsrechtliche] Pflichtverletzung› voraussetzen) sowie die – im Allgemeinen sehr verbreiteten[1962] – Vorschriften des Verwaltungsstrafrechts (vgl. bspw. die Bewilligungspflichten gemäss den einzelnen Finanzmarktgesetzen[1963] mit Art. 44 FINMAG oder zukünftig die Verhaltensregeln gemäss FIDLEG mit Art. 92 E-FIDLEG bzw. Art. 89 FIDLEG). Nachfolgend nehmen wir – in Anlehnung an die deutsche Diskussion – auf entsprechende Regelungen bisweilen anhand der Notion der *‹zusammengesetzten Schutznormen›* Bezug[1964]. 911

1961 So zum deutschen Recht auch MAIER-REIMER, NJW 2007, insb. 3159 f.

1962 Vgl. i.S.v. Bsp. ausserhalb des Finanzmarktbereichs Art. 23 f. UWG, der auf einzelne Verhaltensnormen des Gesetzes verweist; oder Art. 16 f. PrSG, die zu einem guten Teil ebenso vorgehen. Aussagen dazu, ob und inwiefern es sich bei den Vorschriften dieser Gesetze um Schutznormen handelt, seien dabei im Übrigen keine gemacht.

1963 Vgl. zu den einzelnen Bewilligungspflichten WOHLERS/SCHWOB, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 44 FINMAG, Rn. 11 ff.

1964 WAGNER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 823, Rn. 405, verwendet (aus deutscher Warte) die Bezeichnung ‹zusammengesetzte Schutzgesetze›.

912 MICHEL VERDE vertritt die Auffassung, dass subjektive Momente, die der Sanktionsnorm anhaften, bei zusammengesetzten Schutznormen von vorneherein unberücksichtigt bleiben müssen[1965]. In diesen Situationen würden die Sanktionen an *«ausserhalb des Strafrechts bestehende Verhaltensnormen»* anknüpfen. Anders verhalte es sich in den Situationen, in denen die Verhaltensnormen *«originär aus dem Straftatbestand»* folgen. Zur Begründung führt er vorab ins Feld, dass bei einer Berücksichtigung von subjektiven Momenten im Fall zusammengesetzter Schutznormen von einer *«unter normtheoretischen Gesichtspunkten unlogischen Rückkoppelung von der Strafnorm zur Verhaltensnorm auszugehen»* wäre. Geht man einstweilen davon aus, dass die *rechtstheoretischen Prämissen* von VERDE zutreffen[1966], wird deren Relevanz allerdings *nicht* davon abhängen, wie das *positive Recht* die Unterteilung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnormen festschreibt[1967]. Insofern ist der Auffassung von VERDE nicht zu folgen. Abgesehen davon, lässt sich vorliegende Problematik nach meinem Dafürhalten auch nicht anhand entsprechender rechtstheoretischer Überlegungen lösen.

913 Ob die Sanktionsnormen mit dem etwaigen Verschuldenserfordernis (wie im Kernstrafrecht) den Verhaltensnormen anhaften oder in separaten (Sanktions-)Normen geregelt sind, ist in der Regel schlicht eine *Frage der Gesetzestechnik*[1968]. So ist eine redaktionelle Trennung gerade im schweizerischen Wirtschaftsrecht gang und gäbe[1969]. Sie dürfte vorab darauf zurückzuführen sein, dass *für dieselben Verhaltensnormen unterschiedliche Sanktionen* vorgesehen sind (bisweilen gleichsam zivil-, verwaltungs- *und* strafrechtlicher Natur[1970]), die sich teilweise auch an andere Adres-

---

1965 Vgl. dazu und zum Folgenden Straftatbestände, Rn. 565; vgl. auch HEIERLI, Rn. 893.

1966 Vgl. dazu DERS., Straftatbestände, Rn. 113 ff. Er bezieht sich dabei im Wesentlichen auf die Normentheorie von BINDING (vgl. Rn. 565 i.V.m. Rn. 375 i.V.m. Rn. 113 ff.). Danach lassen sich Verhaltens- und Sanktionsnormen theoretisch in der Tat unterscheiden (vgl. dazu ferner kurz vorne, Rn. 184 f.).

1967 So geht gerade die Normentheorie von BINDING davon aus, dass auch im Kernstrafrecht ausserstrafrechtliche Verhaltensnormen bestehen, die es in Auslegung der Strafnormen zu ermitteln gilt (vgl. bspw. KALIN, 57 m.H.). VERDE äussert sich im Allgemeinen wohlgemerkt selbst dahingehend (vgl. Straftatbestände, Rn. 116).

1968 So (zum deutschen Recht) DÖRNER, JuS 1987, 524.

1969 Vgl. neben den erwähnten Beispielen aus dem Finanzmarktbereich auch die verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionen im BEHG, im GWG und im KAG. Die Kritik von SPICKHOFF, der für die redaktionelle Natur der ‹ungewöhnlichen› Trennung von Verhaltens- und Sanktionsnorm eine besondere Begründung fordert, damit sie für das Zivilrecht ohne Einfluss bleibt (vgl. Gesetzesverstoss und Haftung, 214 f.; Soergel-BGB, § 823, Rn. 210), überzeugt für die Schweiz insofern nicht.

1970 Vgl. bspw. Art. 12 ff., Art. 49a ff. und Art. 54 ff. KG.

saten richten[1971]. Zumal vor diesem Hintergrund würde der Gehalt der einzelnen Bestimmungen ohne die Trennung von Verhaltens- und Sanktionsnormen (die sich ihrerseits der Verweisungstechnik bedienen) alsdann atomisiert[1972]. Betreffend die Sanktionsnormen des FINMAG kommt dazu, dass diese in einem separaten Rahmengesetz gruppiert werden, das die Aufsichtsbehörde und deren Tätigkeit – inklusive im Besonderen deren Behelfe – regelt. Dass gesetzestechnische Überlegungen in vorliegender Frage aber nicht den Ausschlag geben dürfen, spricht meines Erachtens für sich selbst[1973].

914 Dieses Ergebnis wird auch durch das *Kriterium der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung* befördert. Die Handlungsfreiheit eines potentiellen Schädigers ist offensichtlich unabhängig davon tangiert, ob eine öffentlich-rechtliche Verhaltensnorm beispielsweise das Vorsatzerfordernis selbst stipuliert oder ob dieses in einer separaten Sanktionsnorm festgehalten wird.

915 **Insgesamt** sind redaktionell getrennte Verhaltens- und Sanktionsnormen demnach grundsätzlich *zusammenzulesen*. Das bedeutet wohlgemerkt nicht etwa, dass der Umstand, wonach einer Verhaltensnorm unmittelbar keine Sanktionsnorm beigestellt ist, im Rahmen der Auslegungsfrage, ob die Rechtsunterworfenen bereits zu dem in der Verhaltensnorm festgehaltenen, objektiven Verhalten bestimmt werden sollen, in einem *Einzelfall* nicht Berücksichtigung finden kann[1974]. Allerdings ist davon nach eben erfolgten Ausführungen nicht leichthin auszugehen, da grundsätzlich von einer durch die Gesetzestechnik bedingten Trennung von Verhaltens- und Sanktionsnormen auszugehen ist.

916 Im Übrigen hätte eine konsequente Durchführung der von VERDE vertretenen, gegenteiligen Auffassung noch eine weitere Implikation. Wie im voranstehenden Unterkapitel dargelegt, richten sich die Verhaltensnormen *per se* nicht selten allein an be-

---

1971 Vgl. bspw. Art. 32 FINMAG (der sich an die Bewilligungsträger richtet) vs. Art. 33 FINMAG (der sich an deren Mitarbeiter richtet).

1972 Vgl. (zum österreichischen Recht) im Allgemeinen auch KAROLLUS, 259 (‹die Trennung erfolge vor allem aus Gründen der Gesetzesökonomie›).

1973 Vgl. auch die Praxis des BGH, grundlegend BGH, NJW 1982, 1037: Die in der Sanktionsnorm *«verlangte Schuldform muß jedoch hier, um die Haftpflicht in zweckentsprechenden Grenzen zu halten, auch für die zivilrechtliche Haftung gelten, wie dies auch der Fall wäre, wenn unmittelbar im Schutzgesetz selbst qualifizierte Anforderungen an die innere Tatseite gestellt würden»* (vgl. E. 3a; die Praxis wurde zuletzt bestätigt in BGH NJW-RR 2013, 340, Rn. 44).

1974 Vgl. dazu vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 4. / A. Insofern ist denn auch dem Vorbehalt (zum deutschen Recht) von KAROLLUS (260) und SPICKHOFF (Gesetzesverstoss und Haftung, 214 f.) zuzustimmen, wonach letztlich die Auslegung im Einzelfall entscheidend ist.

stimmte Personen, bei denen es sich ihrerseits regelmässig um juristische Personen handelt. Die Sanktionsnormen können den personalen Anwendungsbereich der Verhaltensnormen alsdann gewissermassen *‹ausdehnen›,* indem sie auch andere Personen zu dem entsprechenden Verhalten bestimmen. Beispielhaft genannt seien Art. 33 FINMAG, der sich im Gegensatz zu Art. 11 BEHG an die Mitarbeiter eines Effektenhändlers richtet, oder Art. 29 StGB, der bei Vorliegen eines kern- oder (i.V.m. Art. 2 VStR bzw. Art. 333 StGB) verwaltungsstrafrechtlichen Sonderdelikts für eine Adressierung an gewisse, für den Geschäftsherrn handelnde natürliche Personen sorgt.

917 Würde man die Verhaltensnormen isoliert betrachten, könnte man sie als Schutznormen zivilrechtlich folgerichtig nur den darin bezeichneten Personen entgegenhalten; ein Umstand, der – wie im Allgemeinen bereits erwähnt – nur selten gesehen wird. Ob die Autoren, die von einer Rücksichtnahme auf die Sanktionsnormen absehen wollen, sich dieser Konsequenz bewusst sind, sei dahingestellt. Wird – wie vorliegend – das Kriterium der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung auf den Schild gehoben, erscheint eine Haftung auch der weiteren Sanktionsadressaten (im ‹verhaltensbestimmenden› Rahmen des angestammten Rechtsgebiets der Schutznormen) als den Vorgaben von Art. 41 Abs. 1 OR angemessen; darauf kommen wir zurück. Dass die Verhaltens- und Sanktionsnormen diesfalls ebenfalls zusammen zu lesen sind, hat im Übrigen zur Folge, dass ein Verschuldenserfordernis, das an der Sanktionsnorm anhaftet, im Zivilrecht zu berücksichtigen ist, sofern dies gemäss den nachfolgenden Ausführungen als geboten erscheint. *«Dies bedarf keiner näheren Begründung»*[1975].

b. Schwere Aufsichtsrechtsverletzung und andere aufsichtsrechtliche Verschuldensmerkmale

918 Der FINMA stehen zur Ahndung von Pflichtverletzungen gemäss den einschlägigen aufsichtsrechtlichen Vorschriften wie etwa Art. 11 BEHG oder zukünftig den Verhaltensregeln gemäss FIDLEG aus aufsichtsrechtlicher Warte insbesondere die Sank-

---

1975 So zum deutschen Recht MAIER-REIMER, NJW 2007, 3160. Dies ist wohlgemerkt auch in der deutschen Doktrin nicht immer in Rechnung gestellt worden. So scheint es jedenfalls in der früheren Diskussion um die – für vorliegende Diskussion paradigmatische – Haftung nach dem deutschen Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen noch keine Rolle zu spielen, dass sich die Verhaltensnorm gemäss Art. 1 eindeutig an die juristische Person richtet, da diese in den hier fraglichen Konstellationen als Empfängerin der Baugelder einzusetzen ist, und folglich die Verhaltensnorm über die Sanktionsnorm (heute Art. 2 i.V.m. dStGB 14) zuerst an – unter anderem – die Organe zu adressieren ist (vgl. instruktiv nun aber bspw. PETERS/JACOBY, in: Staudinger, § 648 BGB, Rn. 54 ff.).

tionen gemäss Art. 32, 33, 34 und 37 FINMAG zur Verfügung. Diese setzen alle eine **‹schwere Verletzung›** aufsichtsrechtlicher Bestimmungen voraus[1976]. Auch wenn dieses Erfordernis nicht zwingend die Elemente reflektiert, die ein zivil- oder strafrechtliches Verschulden ausmachen, kommt es dem Haftungselement des Verschuldens wohl doch am nächsten, so dass wir das Erfordernis an hiesiger Stelle behandeln.

Nachfolgend widmen wir uns in erster Linie der Feststellungsverfügung (Art. 32 FINMAG) sowie dem Berufsverbot (Art. 33 FINMAG): 919

Bei der *Feststellungsverfügung* handelt es sich sozusagen um die *fundamentale* Sanktion bei (‹schweren›) Pflichtverletzungen durch *Beaufsichtigte,* falls keine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erforderlich ist. Letzteres dürfte (gegebenenfalls abgesehen von einer Einziehung) bei einer Verletzung von Verhaltensnormen nach vorne erfolgten Ausführungen regelmässig der Fall sein (im Gegensatz zur Situation bei Normen, die einen bestimmten Zustand vorschreiben)[1977]. Natürliche Personen, die für ein beaufsichtigtes Institut tätig sind, dürften im Licht des sog. Grundsatzes der Institutsaufsicht von der Sanktion im Allgemeinen nicht erfasst sein[1978]. Im Übrigen ist die Feststellungsverfügung eine besonders geeignete Grundlage für eine Veröffentlichung nach Art. 34 FINMAG (sog. *Naming and Shaming*)[1979]. 919.1

1976 Vgl. *de lege ferenda* ferner die Notion der ‹schwerwiegenden› Verletzung von Art. 11–16 E-FIDLEG bzw. Art. 10–14 FIDLEG gemäss Art. 92 Bst. b E-FIDLEG bzw. Art. 89 Bst. b FIDLEG, die allerdings neben dem Verschuldenserfordernis des Vorsatzes steht. Deren Bedeutungsgehalt kann vorliegend im Einzelnen nicht ermittelt werden, allerdings erscheint eine gewisse Parallelität zum hier besprochenen Erfordernis der ‹schweren Aufsichtsrechtsverletzung› denkbar, so dass auch das mit der Notion referenzierte Element im Deliktsrecht nicht zwingend zu berücksichtigen ist. Schlicht erwähnt sei schliesslich auch noch das Erfordernis der ‹groben Pflichtverletzung›, die zwecks Verhängung eines Händlerverbots vorausgesetzt wird (vgl. Art. 35a BEHG).

1977 Vgl. vorne, Rn. 774.

1978 Damit geht allerdings nicht einher, dass natürliche Personen in anderen Situationen trotzdem erfasst sein können – vgl. Entscheid B-1215/2009 des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. November 2010, E. 4, wonach die Feststellung einer Verletzung der börsenrechtlichen Meldepflichten nach Art. 32 FINMAG zulässig ist, obwohl es sich bei den etwaig meldepflichtigen Aktionären nicht um ‹Beaufsichtigte› i.S.v. Art. 32 FINMAG handelt. Dazu kommen (unbestritten) Institute und/oder natürliche Personen, deren Bewilligungspflicht umstritten ist (vgl. Art. 3 Bst. a FINMAG, in dem von *«eine Bewilligung* [..] *benötigen»* die Rede ist; ferner DU PASQUIER/RAYROUX, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 3 FINMAG, Rn. 6 ff. und 30 f.).

1979 Vgl. nur deren ausdrücklich beispielhafte Erwähnung durch den Gesetzgeber (Botschaft FINMAG, 2883).

919.2 Art. 33 BEHG richtet sich gleichsam in Durchbrechung des Grundsatzes der Institutsaufsicht[1980] an für die bewilligten Institute tätige natürliche Personen (wobei wir auf den Adressatenkreis im Einzelnen noch zurückkommen). Gegen diese kann im Fall einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ein *Berufsverbot* von einer Maximaldauer von fünf Jahren ausgesprochen werden.

920 Im Allgemeinen wird die Notion der schweren Verletzung durch das Bundesgericht (im Zusammenhang mit Art. 32 und 34 FINMAG) zunächst *negativ* definiert: *«Eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten genügt nicht»*[1981]. Diese Eingrenzung gilt auch im Zusammenhang mit Art. 33 FINMAG[1982]. Damit wird offenbar das Kriterium der sog. *‹aufsichtsrechtlich relevanten Schwelle›* angesprochen. Diese wird gemäss der Botschaft zu FIDLEG und FINIG etwa dann überschritten, wenn Pflichtverletzungen sich wiederholt ereignen oder eine breite Kundenbasis berühren können[1983]. Das Bundesgericht hält dementsprechend fest, dass *«die* [aufsichtsrechtlichen] *Regelungszwecke des Finanzmarktgesetzes – Funktions-, Anleger- und Gläubigerschutz –* [..] *die Sanktion rechtfertigen»* müssen[1984].

921 Ohne dass wir auf die einzelnen Kriterien eingehen, die in der Literatur bisweilen aufgezählt werden[1985], scheint der Notion mithin die Motivation zu Grunde zu liegen, nur Pflichtverletzungen von einer aus aufsichtsrechtlicher Warte hinreichenden Tragweite zu erfassen. *Diese ‹überindividuelle› Motivation ist dem zivilen Haftungsrecht fremd*. Diesem geht es darum, in der Beziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem einen Ausgleich zu schaffen[1986]. Gemäss vorne eingeführtem Kriterium der Sanktionsspezifität bietet sich eine Übernahme des Erfordernisses der schweren Pflichtverletzung in den Haftungstatbestand von Art. 41 Abs. 1 OR insofern folglich *nicht* an.

1980 Vgl. nur Entscheid 2C_739/2015 vom 25. April 2016, E. 2.2 (nicht publiziert in BGE 142 II 243).

1981 Vgl. Entscheid 2C_1055/2014 vom 2. Oktober 2015, E. 4.2 m.H.

1982 Vgl. BRAIDI, Rn. 1121 m.H.

1983 Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, 48.

1984 So i.Zh.m. Art. 34 FINMAG Entscheid 2C_1055/2014 vom 2. Oktober 2015, E. 4.2 m.H.

1985 Vgl. i.Zh.m. Art. 33 FINMAG bspw. BRAIDI, Rn. 1113 ff.

1986 Aus rechtsphilosophischer Warte ist das im Allgemeinen die zentrale These insb. von WEINRIB (vgl. RÖDL, insb. 28), dessen Überlegungen gemäss unseren vorne erfolgten Hinweisen (vgl. Rn. 407 f. und nach Rn. 714) letztlich auch im freiheitlichen schweizerischen Deliktsrecht ihren Niederschlag gefunden haben.

Allerdings hat das Bundesgericht *im Zusammenhang mit Art. 33 FINMAG* vor kurzem über den Wortlaut der Vorschrift hinaus weitere Voraussetzungen für relevant erklärt. So stellt es fest, dass das individuelle Fehlverhalten der verantwortlichen natürlichen Personen *«kausal und schuldhaft»* eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen bewirkt haben muss[1987]. Mit dem Erfordernis der Kausalität dürfte schlicht gemeint sein, dass die Pflichtverletzung durch die in Anspruch genommene natürliche Person verursacht worden sein muss[1988] (und nicht durch Zufall oder Drittverhalten sowie auch nicht durch Zwang[1989]); um die Zurechnung eines Erfolgs geht es demgegenüber offensichtlich nicht. 922

In vorliegendem haftungsrechtlichem Kontext interessiert vor allem das Erfordernis der **schuldhaften Pflichtverletzung**. Gemäss einem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts ist dabei erforderlich, *«dass dem Betroffenen eine individuelle Verantwortlichkeit nachgewiesen werden kann»*. Das pflichtwidrige Tun oder Unterlassen muss ihm mithin *«persönlich zurechenbar»* sein. Dass sich der Betroffene fahrlässig verhalten hat, genügt[1990]. 923

Meines Erachtens werden zwei Situationen zu unterscheiden sein, nämlich (i) jene, in welcher der Schädiger aufsichtsrechtliche Pflichten selber verletzt, und (ii) jene, in der er seine Überwachungspflichten gegenüber untergeordneten Mitarbeitern nicht beachtet. Im erwähnten Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts war eine Situation der zweiten Art zu beurteilen, so dass der Entscheid (inkl. der eben ausgeführten Wendungen) für Situationen ersterer Art nicht zwingend relevant ist. Hier dürfte im Sinn des zivil- und strafrechtlichen Fahrlässigkeitserfordernisses vielmehr schlicht zu fordern sein, dass der Betroffene eine Sorgfaltsobliegenheit verletzt hat. 924

Ob ein subjektiver oder ein objektiver Fahrlässigkeitsmassstab zur Anwendung kommen soll, erscheint kaum als geklärt. Zumindest gewisse Autoren scheinen zu ersterem zu tendieren[1991]. Die Frage können wir im Rahmen unserer zivilrechtlichen 925

1987 Vgl. nur Entscheid 2C_739/2015 vom 25. April 2016, E. 2.2 (nicht publiziert in BGE 142 II 243); ferner bspw. Entscheid B-5041/2014 des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Juni 2015, E. 3.6.1.

1988 Darauf dürften insb. die (freilich rudimentären) Ausführungen von GRAF, AJP 2014, 1203, schliessen lassen, auf den auch das Bundesgericht verweist.

1989 Vgl. insofern meine H. zum Erfordernis des Handlungswillens (i.Zh.m. mit der Zurechnung von Erklärungsverhalten) vorne, Rn. 571.

1990 Vgl. Entscheid B-5041/2014 vom 29. Juni 2015, E. 3.6.1.

1991 Vgl. HSU/BAHAR/FLÜHMANN, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 33 BEHG, Rn. 16 (auf die das Bundesgericht in vorliegendem Zusammenhang immerhin verweist, vgl. Entscheid 2C_739/2015 vom 25. April 2016, E. 2.2 [nicht publiziert in BGE 142 II 243]).

Studie nicht abschliessend beantworten. Sollte allerdings von einem subjektiven Fahrlässigkeitsmassstab auszugehen sein, wäre dieser analog zu den nachfolgenden Überlegungen zum Strafrecht vom Verweis auf die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen mitumfasst. Als Folge davon könnte ein *Mitarbeiter,* an den die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen (wie bspw. Art. 11 BEHG) auf der Grundlage von Art. 33 FINMAG adressiert werden[1992], nur bei Verletzung des subjektiven Fahrlässigkeitsmassstabs haftbar gemacht werden.

926 Steht die Haftung des *Bewilligungsträgers* in Frage, spielen entsprechende Überlegungen gemäss derzeitigem Stand der Dinge demgegenüber keine Rolle. Das Verhalten des Bewilligungsträgers wird in deliktsrechtsrelevanter Weise auf der Grundlage *von Art. 32 sowie Art. 34 und Art. 37 FINMAG* sanktioniert, in deren Kontext kein separates Erfordernis einer schuldhaften Aufsichtspflichtverletzung aufgestellt und auch sonst nicht zwingend ein Verschulden vorausgesetzt zu werden scheint. Gleichwohl stellt sich dem Verfasser die Frage, ob es angemessen ist, hier ganz auf ein Verschuldenserfordernis zu verzichten:

926.1 So wird in der Literatur in Bezug auf präventive Verwaltungssanktionen im Allgemeinen festgehalten, dass deren *«Schuldunabhängigkeit* [..] *nach h.L. nicht vorstellbar»* sei; anders verhalte es sich bei rein exekutorischen Verwaltungszwang[1992A]. Ob und inwiefern dies auch für die Sanktionen gemäss Art. 32, 34 und 37 FINMAG gilt, die grundsätzlich ebenfalls präventive Sanktionen darstellen[1992B], wäre jedenfalls näher zu untersuchen.

926.2 Wenn nicht ein separates Erfordernis einer schuldhaften Aufsichtspflichtverletzung aufgestellt werden soll, könnte ein Verschulden des Bewilligungsträgers (bzw. von dessen Organen) in der einen oder anderen Form auch bei der Formulierung des Erfordernisses der schweren Pflichtverletzung Berücksichtigung finden. In der Tat kann nach meinem Dafürhalten nicht leichthin davon ausgegangen werden, dass die FINMA bei einer einwandfreien Organisation des Bewilligungsträgers im Fall einer – für diesen gleichsam ‹unvermeidbaren› – Pflichtverletzung einer seiner Hilfspersonen (eines sog. *‹rogue employees›*) eine schwere, *i.e.* qualifizierte Pflichtverletzung des Bewilligungsträgers annehmen können soll.

926.3 Insgesamt handelt es sich jedoch um eine aufsichtsrechtliche Frage, die als solche vorliegend nicht näher behandelt werden kann.

[1992] Vgl. dazu hinten, 2. Teil / 3. Kapitel / III. / 2. / D.

[1992A] Vgl. NIGGLI/RIEDO, BSK-KG, Vor Art. 49a-53, Rn. 113 ff.

[1992B] Vgl. vorne, Rn. 771 und 775.

Würde sich ein Verschuldenserfordernis im Aufsichtsrecht freilich (auch) im Kontext der gegen den Bewilligungsträger gerichteten Sanktionen etablieren, käme dieses im Rahmen des deliktsrechtlichen Haftungstatbestands zur Begründung einer Schadenersatzpflicht des Bewilligungsträgers ebenfalls zum Tragen. Der Sorgfaltsmassstab, der anzusetzen wäre, wäre – wie wenn es um Verletzungen des Kotierungsreglements oder von Art. 102 Abs. 2 StGB geht[1992C] – im Übrigen wohl objektiver Natur. 926.4

Ziehen wir **Bilanz**, ist das Erfordernis der schweren Pflichtverletzung gemäss derzeitigem Stand der Dinge im Zivilrecht nicht zu beachten. Allerdings besteht die Möglichkeit einer Berücksichtigung subjektiver Elemente im Licht des an natürliche Personen (*scil*. die Mitarbeiter der Bewilligungsträger) gerichteten Berufsverbots. Abgesehen davon verweist das Deliktsrecht im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR auch nicht auf anderweitige aufsichtsrechtlichen Verschuldenselemente, zumal solche im Kontext der aufsichtsrechtlichen Sanktionen, die den Bewilligungsträger selbst treffen, einstweilen gar nicht vorausgesetzt zu werden scheinen. Entsprechend kommen grundsätzlich die zivilrechtlichen Verschuldensanforderungen zum Tragen[1993]. 927

c. Subjektiver Tatbestand (Strafrecht)

aa) Vorbemerkungen

Im Kontext der Problematik, welche ausserprivatrechtlichen Elemente in den Haftungstatbestand zu übernehmen sind, hat klarerweise die Frage nach der Rolle des strafrechtlichen Vorsatzerfordernisses die höchsten Wellen geschlagen[1994]. Diese Diskussion greifen wir vorliegend im Einzelnen nicht auf, zumal das Bundesgericht die Frage entschieden hat[1995] und die Doktrin weitgehend zustimmt[1996]. Stattdessen 928

[1992C] Vgl. hinten, Rn. 1052.1 f. m.H.

[1993] Vgl. betr. die Vorschriften des GWG ferner HEIERLI, Rn. 992.

[1994] Vgl. insb. die ausführlichen Ausführungen von HEIERLI, Rn. 641 ff. (mit besonderem Fokus auf den Geldwäschereistraftatbestand) und VERDE, Straftatbestände, Rn. 501 ff.

[1995] *Leading Case* ist BGE 133 III 323, vgl. E. 5.2 und auch bereits die Regeste betreffend Art. 305bis StGB; für weitere Fälle betr. diese Vorschrift vgl. HEIERLI, Rn. 662 m.H.; für Fälle, in denen das Bundesgericht ausserhalb der Geldwäschereistrafnorm das strafrechtliche Vorsatzelement für einschlägig gehalten hat, vgl. VERDE, Straftatbestände, Rn. 526 m.H. Darüber, ob es mit BGE 133 III 323 einen Grundsatzentscheid hinsichtlich sämtlicher strafrechtlicher Schutznormen getroffen hat, mag man sich streiten. Die Argumente erscheinen entgegen VERDE, Straftatbestände, Rn. 526, freilich weitgehend universalisierbar. Das gilt zunächst für das Argument, dass die objektiven und subjektiven Tatbestände ein Ganzes bilden, zumal dieses in der deutschen Doktrin gerade im Allgemeinen angeführt wird (vgl. WAGNER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 823, Rn. 436 m.H.). Dass als-

werden nachfolgend nur einige wenige Hinweise im Licht der vorne eingeführten, allgemeinen Kriterien gegeben, und ferner das Problem des sog. Verschuldensbezugs behandelt (vgl. ‹bb)›). Die zweite Frage, die wir in den Blick nehmen, betrifft die zivilrechtliche Bedeutung des subjektiven Fahrlässigkeitsmassstabs, wie ihn das Strafrecht (und – wie eben gesehen – potentiell auch das Aufsichtsrecht) vorschreibt (vgl. ‹cc)›), die dritte Frage weitere, ‹besondere› subjektive Tatbestandsmerkmale, die im Strafrecht gelegentlich vorkommen (vgl. ‹dd)›).

929 Zunächst ist allerdings die Bedeutung von *Art. 53 OR* zu beleuchten. Er betrifft (allein) das Verhältnis von Straf- und Zivilrecht und besagt, dass bei *«der Beurteilung der Schuld oder Nichtschuld, Urteilsfähigkeit oder Urteilsunfähigkeit* [..] *der Richter an die Bestimmungen über strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit oder an eine Freisprechung durch das Strafgericht nicht gebunden»* ist (Abs. 1) und ferner, dass *«das strafgerichtliche Erkenntnis mit Bezug auf die Beurteilung der Schuld und die Bestimmung des Schadens für den Zivilrichter nicht verbindlich»* ist (Abs. 2). Die etwas unklar formulierte Vorschrift bedeutet gemäss meinem Verständnis, dass der Zivilrichter (i) an die strafrechtlichen Bestimmungen, welche die Zurechnungsfähigkeit beschlagen, nicht gebunden ist, (ii) wenn er die Frage nach der zivilrechtlichen Schuld oder Nichtschuld, Urteilsfähigkeit oder Urteilsunfähigkeit zu beantworten hat, an einen Freispruch des Strafrichters nicht gebunden ist, sowie (iii) an einen Strafentscheid betreffend Beurteilung der Schuld und Bestimmung des Schadens überhaupt nicht gebunden ist[1997]. Ein Umkehrschluss auf die übrigen Haftungselemente ist dabei gemäss vorherrschender Auffassung nicht zu ziehen[1998].

930 In der Literatur wird auf dieser Grundlage im Hinblick auf vorliegende Problematik regelmässig festgehalten, dass Art. 53 OR entsprechend für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit keinerlei Bedeutung habe[1999]. Diese Feststellung gleicht einer *petitio*

---

dann der Gesetzgeber im Zusammenhang mit Art. 305bis StGB die Strafbarkeit einer fahrlässigen Begehung gleichsam ausgeschlossen hat, dürfte auch nicht zu stark ins Gewicht fallen. Vielmehr kann davon immer ausgegangen werden, wenn nur vorsätzliches Verhalten unter Strafe gestellt wird (vgl. nunmehr auch Art. 12 Abs. 1 StGB). Schliesslich sind auch die Überlegungen zu der haftungsbegrenzenden Funktion des Widerrechtlichkeitserfordernisses universalisierbar.

1996 Vgl. die H. bei VERDE, Straftatbestände, Rn. 528 ff.; aus der jüngeren Standardliteratur ferner bspw. KESSLER, BSK-OR I, Art. 41, Rn. 35.

1997 Vgl. bspw. auch BREHM, BK, Art. 53 OR, Rn. 6 ff.; MÜLLER, CHK, Art. 53 OR, Rn. 4 ff.

1998 Vgl. statt Vieler BREHM, BK, Art. 53 OR, insb. Rn. 23 m.H.; KESSLER, BSK-OR I, Art. 53, Rn. 4, der zusätzlich darauf hinweist, dass das vereinheitlichte Zivilprozessrecht keine weitergehende richterliche Bindung vorschreibt.

1999 Vgl. insb. HEIERLI, Rn. 675 m.w.H.; ferner VERDE, Straftatbestände, Rn. 552 m.w.H.

principii, geht es *in casu* doch gerade um die Frage, welche *weiteren* Elemente im Rahmen des Zivilrechts – wie wohl im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses – zu berücksichtigen sind (inkl. die in Art. 53 OR genannten).

Meines Erachtens handelt sich bei Art. 53 OR aber grundsätzlich um eine Vorschrift des *Prozessrechts,* die – abgesehen von den strafrechtlichen Bestimmungen zur Zurechnungsfähigkeit (die ausdrücklich erwähnt werden)[2000] – keine Aussage darüber macht, ob sich der Richter am *materiellen* Straf- oder Zivilrecht auszurichten hat (sondern nur dazu, ob und inwiefern er an strafrechtliche Entscheidungen gebunden ist)[2001]. Die Vorschrift präjudiziert die Antwort auf die Frage der deliktsrechtlichen Relevanz von strafrechtlichem Vorsatz, subjektivem Fahrlässigkeitsmassstab und/oder anderen, ‹besonderen› subjektiven Tatbestandsmerkmalen folglich nicht. 931

bb) Vorsatz

In Bezug auf das **strafrechtliche Vorsatzerfordernis** belassen wir es bei einigen wenigen Hinweisen, die darauf schliessen lassen, dass dem Bundesgericht und der vorherrschenden Doktrin zuzustimmen ist. Exemplarisch fordern im Finanzmarktbereich die bereits mehrmals erwähnte Geldwäschereistrafnorm (Art. 305bis StGB) sowie zukünftig der ebenfalls bereits erwähnte Art. 92 E-FIDLEG bzw. Art. 89 FIDLEG Vorsatz ein. 932

Gemäss dem *Kriterium der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung* ist ein etwaiges strafrechtliches Vorsatzerfordernis als bedeutsam einzuordnen. Im Hinblick auf die Handlungsfreiheit des Schädigers macht es einen Unterschied, ob nur vorsätzliches oder auch fahrlässiges Verhalten sanktioniert wird[2002]. Das illustrieren die folgenden Beispiele: 933

Würden wir mit Blick auf den Ad hoc-Publizitätsfall (in fiktiver Weise) davon ausgehen, dass eine Verletzung der Pflicht, die Öffentlichkeit laufend über kursrelevante Tatsachen zu informieren, *allein* im Rahmen des Vorsatzdelikts von Art. 152 StGB (Unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe) sanktioniert wird, wäre die Handlungsfreiheit von deren Adressaten weniger stark einge- 933.1

2000 Vgl. dazu noch hinten, Rn. 957.

2001 So auch CHAPPUIS, SJ 2000 II, 311 f.; auf den das Bundesgericht gerade im Zusammenhang mit der Bedeutung von Art. 53 Abs. 2 OR für die Übernahme des strafrechtlichen Vorsatzerfordernisses im Deliktsrecht ausdrücklich Bezug nimmt (vgl. BGE 133 III 323, E. 5.2.1).

2002 Vgl. zum verhaltensbestimmenden Charakter der Elemente, die sich – wie das Vorsatzerfordernis – im Rahmen der naturrechtlichen Zurechnungslehre der Stufe der Zurechnung zur Tat zuordnen lassen, im Allgemeinen auch bereits vorne, Rn. 359.

schränkt, als wenn auch fahrlässige Pflichtverletzungen sanktioniert werden. Ein Emittent beziehungsweise die verantwortliche natürliche Person muss sich je nachdem anders einrichten, ob sie beispielsweise die Wahrheit einer Tatsache gemäss ihrer Erkenntnisverschaffungspflicht überprüfen muss (Fahrlässigkeit) oder ob sie diese nur dann nicht in die Ad hoc-Mitteilung inkludieren darf, wenn sie weiss oder zumindest in Kauf nehmen muss, dass sie falsch ist (Vorsatz).

933.2 Dieselbe Situation liegt beim Geldwäschereitatbestand vor, bei dem die Herkunft der Vermögenswerte objektiv mit *«Mitteln des legalen Finanzmarkts»* verschleiert wird[2003]. Hier ist ein Finanzintermediär bei der Ausübung seiner Tätigkeit weniger stark eingeschränkt, falls er die entsprechenden Transaktionen nur im Fall von mindestens eventualvorsätzlichem Wissen über die kriminelle Herkunft von Geldern zu unterlassen hat, als wenn er die Herkunft gemäss seiner Sorgfaltsobliegenheit jeweils aktiv abklären muss.

934 Wie erwähnt lassen sich zu Gunsten des Kriteriums der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung ferner die Hinweise (i) des Bundesgerichts auf die haftungsbegrenzende Funktion des Widerrechtlichkeitserfordernisses im Rahmen des *Leading Case* BGE 133 III 323 sowie (ii) der Doktrin auf die Parömie ‹was nicht verboten ist, ist erlaubt› anführen[2004].

935 Auch das Kriterium der Sanktionsspezifität weist letztlich in *keine* andere Richtung. Zwar ist das Vorsatzerfordernis im Allgemeinen der *‹ultima ratio*-Funktion› des Strafrechts geschuldet, die dem Haftpflichtrecht abgeht. Würde man im Rahmen des Kriteriums der Sanktionsspezifität auf derart *allgemeine* Funktionen des Strafrechts abstellen, könnte man demnach durchaus zum Schluss kommen, dass eine Übernahme des strafrechtlichen Vorsatzerfordernisses ins Deliktsrecht nicht geboten ist[2005]. Allerdings ist vorsätzliches Verhalten als Haftungsvoraussetzung dem Schweizer Deliktsrecht nicht fremd. Das belegen wie insbesondere Art. 41 Abs. 2 OR, der eine Haftung gleichsam davon abhängig macht, aber auch Art. 41 Abs. 1 OR (‹sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit›). Das Kriterium der Sanktionsspezifität in vorliegend vertretener Fassung zielt – wie dargestellt – auf Elemente mit einer spezifischen strafrechtlichen Funktion ab, die dem Deliktsrecht unbekannt ist. In dieser Fassung

---

2003 So zum deutschen Geldwäschereitatbestand SCHMIDT/KRAUSE, LK-StGB, § 261, Rn. 14; vgl. aus Schweizer Warte bspw. HIRSCHLE/VON DER CRONE, SZW 2007, 336 f.; und insb. SCHWARZ, HAVE 2009, 12.

2004 Vgl. vorne, Rn. 746 m.H.

2005 Darauf weist – zum deutschen Recht – sinngemäss SPICKHOFF hin (vgl. Gesetzesverstoss, 190); vgl. ferner HEIERLI, Rn. 667 f.

steht es einer Übernahme des strafrechtlichen Vorsatzerfordernisses nicht entgegen[2006].

In einer gewissen Abweichung zu Praxis und herrschender Lehre hat MICHEL VERDE vor Kürzerem die Auffassung vertreten, dass im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses von allen subjektiven Elementen im Deliktsrecht allein das Wissenselement in Bezug genommen werden soll, und zwar dann, wenn *«die* [strafrechtliche] *Widerrechtlichkeit vom Wissen des Schädigers über bestimmte Tatumstände abhängt, was man bei jeder strafrechtlichen Schutznorm separat prüfen muss»*[2007]. Konsequenz davon sei insbesondere, dass bei strafrechtlichen Vorsatzdelikten in der Regel das Wissenselement ins Deliktsrecht zu übernehmen sei, derweil das Willenselement (vgl. Art. 12 Abs. 2 StGB) keine Berücksichtigung finden soll. Dem ist *im Ergebnis* einstweilen insofern zuzustimmen, als vorne darauf hingewiesen wurde, dass das Willenselement bei der Begründung des Vorsatzes neben dem Wissenselement ohnehin keine Rolle spielen kann.

Wenden wir uns der Begründung von VERDE zu, ist zunächst festzuhalten, dass diese nach meinem Verständnis nicht einfach einzufangen ist[2008]. Zunächst erscheint unklar, welches *deliktsrechtsrelevante* Kriterium dafür spricht, dass eine Verhaltensnorm ‹ein gewisses Verhalten erst bei Vorliegen eines bestimmten Wissens um die Tatumstände fordert›, und nicht auch erst bei Vorliegen anderer Elemente, wie etwa gewissen (vorhandenen oder zu erwerbenden) Kenntnissen betreffend die *normativen* Verhaltensanforderungen[2009]. Berücksichtigt man – mit VERDE – den (Individual-)Rechtsgüterschutz als Zweck des Widerrechtlichkeitserfordernisses, könnte das Argument gemäss meinem Verständnis allerdings wie folgt gehen (wobei wir die [strafrechtlichen] Ausführungen von LUÍS GRECO[2010] berücksichtigen, an die sich VERDE bis zu einem gewissen Grad anzulehnen scheint): Strafrechtlich wird vom Täter ein bestimmtes Verhalten bisweilen nur verlangt, falls dieser über ein bestimmtes aktuelles (Sonder-)Wissen verfügt, weil vorab im Fall alltäglichen Verhaltens nur in diesem Fall von einer unerlaubten Schaffung einer Gefahr für das in Frage stehende Rechtsgut ausgegangen wird. So ist es beispielsweise dem Biologie-Studenten, der einen giftigen Pilz im Salat erkennt, im Rahmen seines Aushilfejobs als Kellner verwehrt, diesen zu servieren, dem unwissenden Vollzeit-Kellner aber nicht[2011]. Daraus scheint VERDE mit Blick auf den Zweck des Rechtsgüterschutzes zu schliessen, dass das gemäss der Strafrechtsnorm erforderliche aktuelle Wissen im Allgemeinen zu

---

2006 Vgl. im Ergebnis – zum deutschen Recht – auch SPICKHOFF, Soergel-BGB, § 823, Rn. 207.

2007 Vgl. dazu und zum Folgenden zusammenfassend VERDE, Straftatbestände, Rn. 593 f.

2008 Die mutmasslich zentralen Ausführungen finden sich in Rn. 584 ff., die wir den nachfolgenden Hinweisen zu Grunde legen.

2009 Insofern will VERDE aber ausschliesslich auf das Privatrecht abstellen, vgl. Rn. 512.

2010 Vgl. ZStW 2005, *passim*.

2011 Bsp. von GRECO, ZStW 2005, vgl. 526 und öfters.

berücksichtigen ist, wenn es um die Formulierung der durch das Deliktsrecht in Bezug genommenen Verhaltensnorm geht.

Die Gefährdung eines bestimmten Rechtsguts ergibt sich allerdings jedenfalls dann bereits aus dem durch eine Schutznorm *objektiv vorgegebenen* Verhalten, wenn diese vor reinen Vermögensschäden zu schützen bezweckt (gleichsam auf dem Feld, auf dem gemäss herrschender Auffassung der Beizug einer Schutznorm zur Haftungsbegründung unabdingbar ist). Vermögensschädigungen werden nämlich allein inkriminiert, falls sie auf eine bestimmte, zu beanstandende Art und Weise erfolgen[2012]. (Straf-)Normen, die Vermögensschädigungen *schlechthin* verbieten, stellt die Schweizer Rechtsordnung mit ihrer marktwirtschaftlichen Verfassung hingegen (systemimmanent) nicht auf. Insofern verwirklichen die Schutznormen, auf die das Widerrechtlichkeitserfordernis abzielt, den intendierten (Individual-)Rechtsgüterschutz auch dann, wenn das Wissen des Täters *unberücksichtigt* bleibt.

Da die Auffassung von VERDE für vorliegende Zwecke demnach Begründungsdefizite aufweist, findet sie im Rahmen vorliegender Studie keine weitere Berücksichtigung, ohne dass sie vorliegend einlässlicher besprochen wird. Zu beachten ist im Weiteren aber immerhin, dass es auch der im Kontext des Erfordernisses der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung hochgehaltenen Rechtssicherheit *nicht* zuträglich ist, wenn die Frage, ob und inwiefern dessen subjektive (Wissens-)Elemente im Deliktsrecht Berücksichtigung finden sollen, *für jeden Straftatbestand einzeln* geprüft werden soll, wie VERDE dies fordert.

936 Steht einmal fest, dass bei Straftatbeständen mit Schutznormeigenschaft das Vorsatzelement im Deliktsrecht Berücksichtigung findet, ist im Übrigen das Problem des sog. **Verschuldensbezugs** zu erörtern. Dieses steht vor dem Hintergrund, dass im Deliktsrecht der Vorsatz sich herkömmlich auch auf den *Erfolg* (*in casu* die reine Vermögensschädigung) beziehen muss[2013], derweil es im Strafrecht grundsätzlich genügt, dass sich der Vorsatz auf die *Tatumstände* bezieht, die *«sich unter die objektiven Merkmale des Deliktstatbestands subsumieren lassen»*[2014]. Entsprechend muss sich der Vorsatz bei sog. Tätigkeitsdelikten, die keinen Erfolg voraussetzen, auch nicht auf einen solchen beziehen. Beispielhaft wird im Geldwäschereitatbestand kein Vermögensschaden vorausgesetzt (und auch keine Beeinträchtigung des primär geschützten Rechtsguts, der Beeinträchtigung der Rechtspflege durch ‹Einziehungsver-

2012 Vgl. vorne, Rn. 735 m.H.

2013 Vgl. statt Vieler ROBERTO, Haftpflichtrecht, Rn. 07.22; VERDE, Straftatbestände, Rn. 513 m.w.H.

2014 So betr. das Wissenselement (von dem sich auf das Willenselement schliessen lassen wird) DONATSCH, OFK-StGB, Art. 12, Rn. 4; vgl. ferner nur NIGGLI/MAEDER, BSK-SR I, Art. 12 StGB, Rn. 22.

eitelung›[2015]). Dasselbe gilt für die eben erwähnten Art. 152 StGB und Art. 92 E-FIDLEG bzw. Art. 89 FIDLEG.

Die Frage, die sich alsdann stellt, liegt auf der Hand: Setzt sich die strafrechtliche Konzeption des Vorsatzelements durch (die für einmal weniger weit geht) *oder* jene des Deliktsrechts? 937

In dieser (seltenen) Konstellation, in der das Strafrecht weniger weit geht als das Deliktsrecht, stellt sich meines Erachtens potentiell die Frage einer *Regelungskollision*[2016]. Die Autoren, die sich in der Schweiz zu der Problematik äussern, wollen dabei dem zivilrechtlichen Vorsatzerfordernis ohne nähere Begründung[2017] den Vorrang einräumen, so dass sich der Vorsatz auf den Erfolg zu beziehen habe, wenn ein vorsätzliches Tätigkeitsdelikt die Schutznorm ausmacht[2018]. Diese Auffassung ist abzulehnen. *Zunächst* wird über das Widerrechtlichkeitserfordernis (‹nur›) das strafrechtliche Vorsatzerfordernis in den Haftungstatbestand übernommen. *Alsdann* bestimmt das Zivilrecht, dass eine Schädigung entweder vorsätzlich *oder* fahrlässig herbeigeführt werden muss (vgl. Art. 41 Abs. 1 OR). Schreibt eine Schutznorm ein gewisses Verhalten vor, weil dieses eine (zumindest abstrakte) Gefährdung des Vermögens des Geschädigten zur Folge hat, kann regelmässig davon ausgegangen werden, dass für den Schädiger, wenn er die Schutznorm vorsätzlich verletzt, der Erfolg (zumindest gemäss dem privatrechtlich einschlägigen objektiven Fahrlässigkeitsmassstab[2019]) *vorhersehbar* war[2020]. Wenn etwa ein Geldwäscher weiss oder er annehmen muss, dass die Gelder, deren Herkunft er verschleiert, eine kriminelle Her- 938

2015 Vgl. nur DONATSCH, OFK-StGB, Art. 12, Rn. 3; HEIERLI, Rn. 60; beide m.w.H.

2016 Die im Hinblick auf die umgekehrte Situation, in welcher das über das Widerrechtlichkeitserfordernis berufene Straf- (oder auch Verwaltungs-)Recht weiter geht als das Deliktsrecht, zu Gunsten des Straf- (oder auch Verwaltungs-)Rechts entschieden wurde (vgl. vorne, insb. Rn. 875).

2017 Vgl. freilich noch die nach der nachfolgenden Rn. gegebenen Hinweise.

2018 Vgl. ROBERTO/RICKENBACH, ZSR 2012 I, 193; VERDE, Straftatbestände, Rn. 541; ob OFTINGER/STARK, Bd. I, Rn. 22 f. inkl. Fn. 23 sich, wie DERS., a.a.O., meint, tatsächlich auf die vorliegend in Frage stehende Regelungskollision (straf- vs. privatrechtliches Vorsatzerfordernis) beziehen, erscheint als fraglich; sie dürften vielmehr das privatrechtliche Verschuldenserfordernis *im Allgemeinen* im Blick haben.

2019 Der *in casu* einschlägig ist, zumal es um das zivilrechtliche Verschuldenserfordernis geht, und nicht um das im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses übernommene strafrechtliche Verschuldenserfordernis.

2020 Vgl. auch die entsprechenden Überlegungen zum deutschen Recht von SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 220 ff., der jedoch von (seltenen) Fällen ausgeht, in denen noch nicht einmal eine Vorhersehbarkeit des Schadens gegeben ist, von denen zudem keiner eine (reine) Vermögensschädigung betrifft.

kunft haben, wird es für ihn gemäss einem objektiven Massstab auch vorhersehbar gewesen sein, dass er das Opfer der Vortat am Vermögen schädigen könnte. Folglich liegt in der Regel letztlich gar keine Regelungskollision vor.

939 Sollte das deliktsrechtliche Fahrlässigkeitserfordernis freilich einmal nicht erfüllt sein, kann eine Haftung durchaus noch abgewendet werden. Das deliktsrechtliche Verschuldenserfordernis ist nämlich *kumulativ* anzuwenden[2021]; es wird durch das Widerrechtlichkeitserfordernis nicht verdrängt. Etwas anderes dürfte sich angesichts dessen, dass Art. 41 Abs. 1 OR Verschulden und Widerrechtlichkeit als gleichwertige Haftungsstufen behandelt, kaum vertreten lassen.

940 *Zusammenfassend* genügt damit die Erfüllung des strafrechtlichen Vorsatzerfordernisses[2022]; das deliktsrechtliche Vorsatzerfordernis kommt daneben *nicht* zur Anwendung. Allerdings ist kumulativ eine Prüfung nach dem deliktsrechtlichen Fahrlässigkeitserfordernis vorzunehmen, die jedoch neben jener nach dem strafrechtlichen Vorsatzerfordernis nur in seltenen Fällen zu einer Abweisung der Haftung führen wird.

ROBERTO und RICKENBACH führen zu Gunsten ihrer gegenteiligen Auffassung übrigens ferner an, dass die Verkürzung des Verschuldensbezugs zur Folge hätte, *«dass das Haftungsrisiko bei Übertretung eines Schutzgesetzes umso grösser ist, je allgemeiner und abstrakter das Gefährdungsverbot formuliert ist»*[2023]. Das ist im Licht der Konzeption der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie hinzunehmen; der Verweis im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses zielt bei gegebenen Voraussetzungen im Grundsatz auch auf – im Hinblick auf die Gefährdung des (reinen) Vermögens – ‹abstrakt und allgemein formulierte› Schutznormen ab. Für eine gewisse Remedur in dieser Hinsicht sorgen jedoch insbesondere das Bestimmtheitserfordernis, das wir bereits erwähnt haben, *sowie* die noch anzudenkende Eingrenzung des Verweises auf Schutznormen, die Verhaltensweisen auf der Stufe der Pflichtverletzung regeln (vgl. hinten, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 8.). Infolgedessen würden gewisse ‹vorgelagerte› Verhaltensnormen, wie beispielsweise die zukünftigen Pflichten betreffend Aus- und Weiterbildung (vgl. Art. 6 f. E-FIDLEG bzw. Art. 6 FIDLEG sowie Art. 24 E-FIDLEG bzw. Art. 22 FIDLEG) oder die finanzmarktrechtlichen Organisationspflichten (vgl. bspw. Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG, Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG oder Art. 8 GWG), als Schutznormen von vorneherein wegfallen.

2021 Vgl. auch AEPLI, SJZ 1997, 408; und im Anschluss an diesen VERDE, Straftatbestände, Rn. 537.

2022 Wie hier HEIERLI, Rn. 977 m.w.H. sowie die vorherrschende Lehre und Praxis in Deutschland, vgl. nur SPICKHOFF, Soergel-BGB, § 823, Rn. 209 m.w.H., auch auf abweichende Auffassungen.

2023 Vgl. ZSR 2012 I, 193; so im Anschluss an diese auch VERDE, Straftatbestände, Rn. 541.

cc) Fahrlässigkeit

Die Problematik, die wir nachfolgend besprechen, stellt sich, falls strafrechtliche Normen (auch) fahrlässiges Verhalten sanktionieren. Der Fahrlässigkeitsmassstab bestimmt sich dabei im Kern- wie auch im Verwaltungsstrafrecht (vgl. insofern Art. 2 VStrR bzw. Art. 333 StGB) nach Art. 12 Abs. 3 StGB. Dabei sind insbesondere die ‹persönlichen Verhältnisse› des Täters zu beachten; es gilt entsprechend ein *subjektiver* Fahrlässigkeitsmassstab[2024]. Gerade im Verwaltungsstrafrecht wird nicht selten auch fahrlässiges Verhalten unter Strafe gestellt, wie sich im Finanzmarktbereich beispielsweise an dem bereits erwähnten Art. 44 FINMAG, an Art. 151 FinfraG, der eine Verletzung der börsenrechtlichen Meldepflichten unter Strafe stellt, oder an der gemäss Art. 42a BEHG strafrechtlich sanktionierten Journalführungspflicht des Effektenhändlers zeigt (vgl. je deren Abs. 2). Wie im voranstehenden Kapitel dargelegt, ist es ferner denkbar, dass im (aufsichtsrechtlichen) Kontext des Berufsverbots gemäss Art. 33 FINMAG ein subjektiver Fahrlässigkeitsmassstab anzulegen ist. Wenn nachfolgend bisweilen allein auf das Strafrecht Bezug genommen wird (auf das sich die Literatur m.W. ausschliesslich konzentriert), ist das Aufsichtsrecht mitgemeint. 941

Im Deliktsrecht gilt gemäss heute herrschender Auffassung und Praxis ein *objektiver* Fahrlässigkeitsmassstab[2025]; das gebietet auch das vorne erwähnte, deliktsrechtliche Vertrauensprinzip. Diese Auffassung ist freilich immer wieder in Frage gestellt worden, auch im Rahmen des Gesetzgebungsprojekts zur Revision des Haftpflichtrechts, das mittlerweile *ad acta* gelegt worden ist[2026]. Unter Zugrundelegung eines objektiven Massstabs werden die subjektiven Verhältnisse des Geschädigten gerade nicht berücksichtigt, d.h. insbesondere *«weder seine geistige und körperliche Verfassung im Zeitpunkt des schädigenden Verhaltens noch seine intellektuellen Fähigkeiten oder seine Ausbildung»;* angelegt wird ein Durchschnittsmassstab[2027]. 942

2024 Vgl. ferner nur DONATSCH, OFK-StGB, Art. 12, Rn. 20 m. zahlreichen H. auf die Gerichtspraxis; sowie einlässlich STRATENWERTH, SR AT I, 3. Aufl., § 16, Rn. 10 ff.; das Fahrlässigkeitserfordernis im Strafrecht hat jedoch auch einen objektiven Aspekt, vgl. dazu kurz hinten, Rn. 1156.2.

2025 Vgl. nur FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, Rn. 532 m.H.; sowie einlässlich JAUN, 20 ff. m.w.H. (zur Gerichtspraxis) und 35 ff. m.w.H. (zur Doktrin).

2026 Vgl. zur von ihm sog. ‹Resubjektivierung des Verschuldensbegriffs› ausführlich JAUN, 40 ff., inkl. H. zur Haftpflichtrechtsrevision (vgl. 55 ff.).

2027 So FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, Rn. 532.

943 Demnach wird im Privatrecht grundsätzlich ein *strengerer* Massstab angelegt werden als im Strafrecht[2028]. MIRJAM ANNIKA FREI stellt dabei allerdings eine gewisse Angleichung fest, indem sie darauf hinweist, dass im Privatrecht einerseits auf eine durchschnittliche Person aus dem Verkehrskreis des Schädigers abgestellt werde; und zum andern im Strafrecht das Institut des Übernahmeverschuldens für eine gewisse Objektivierung sorge[2029]. Zu beachten ist jedoch, dass im professionellen (Finanz-)Dienstleistungsverkehr der einschlägige Verkehrskreis weitgehend feststehen dürfte, so dass sich beispielsweise ein Mitarbeiter mit geringeren Qualifikationen und/oder intellektuellen Fähigkeiten darauf nicht berufen können dürfte[2030]. Andererseits wird im Kontext des strafrechtlichen Übernahmeverschuldens vorausgesetzt, *«dass der* [individuelle] *Täter wenigstens fähig war, seine mangelnde Qualifikation zu erkennen»*[2031]. Davon ist beispielsweise im Umgang mit neuen, komplexen Finanzprodukten nicht zwingend auszugehen (derweil der [Finanz-]Dienstleistungsempfänger durchaus von soliden Kenntnissen [auch] hinsichtlich solcher Produkte ausgehen dürfte).

944 Wenn wir uns nun der Frage zuwenden, ob im Zivilrecht das strafrechtliche Verschuldenserfordernis und infolgedessen der strafrechtliche Fahrlässigkeitsmassstab zum Tragen kommen soll, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht im *Leading Case* betr. die Übernahme des strafrechtlichen Vorsatzerfordernisses ohne Not regelmässig von objektivem und *subjektiven Tatbestand* spricht[2032]. Das strafrechtliche Fahrlässigkeitserfordernis inklusive subjektivem Fahrlässigkeitsmassstab ist gemäss allgemeiner Auffassung wie der Vorsatz dem subjektiven Tatbestand zuzuordnen[2033]. Zudem gelten zumindest zwei der durch das Bundesgericht im Rahmen seiner *ratio decidendi*[2034] angeführten Argumente auch im Hinblick auf die Übernahme der strafrechtlichen Vorgaben betreffend Fahrlässigkeit:

944.1 Erstens tritt die haftungsbegrenzende Funktion des Widerrechtlichkeitserfordernisses auch hier zu Tage, nachdem der subjektive Fahrlässigkeitsmassstab ten-

---

2028 Vgl. HEIERLI, Rn. 987 und 989 m.w.H.; aus der deutschen Doktrin bspw. DÖRNER, JuS 1987, 527 m.w.H.

2029 Vgl. Rn. 627; vgl. auch GLOOR, Rn. 121 f.

2030 Vgl. zur Bedeutung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen i.d.Zh. noch hinten, Rn. 1155 ff.

2031 So STRATENWERTH, SR AT I, § 16, Rn. 14; vgl. ferner GLOOR, Rn. 123 ff. m.w.H.; VERDE, Straftatbestände, Rn. 255 m.w.H.; vgl. aus der Warte des Zivilrechts auch den entsprechenden H. von FELLMANN, BK, Art. 398 OR, Rn. 359.

2032 Vgl. BGE 133 III 323, insb. E. 5.2.3.

2033 Vgl. nur FREI, Rn. 146 m.w.H.; STRATENWERTH, SR AT I, § 16, Rn. 2 m.w.H.

2034 Vgl. BGE 133 III 323, E. 5.2.3.

denziell milder ist und – wie sogleich noch zu zeigen sein wird – auch das Verhalten des Schädigers mitbestimmt.

Zweitens führt das Bundesgericht an, dass objektiver und subjektiver Tatbestand ein Ganzes *(«un tout»)* bilden, das nicht aufgetrennt werden dürfe. Dieses Argument trifft sowohl das Vorsatz- als auch das Fahrlässigkeitserfordernis (inkl. subjektivem Fahrlässigkeitsmassstab)[2035]. 944.2

Da das Bundesgericht sich allein zum Vorsatzerfordernis geäussert hat, ist dem nicht zwingend ein allzu grosses Gewicht beizumessen. Meines Erachtens gewichtiger ist, dass das *Erfordernis der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung* in dieselbe Richtung weist. So hat der Fahrlässigkeitsmassstab durchaus einen Einfluss darauf, wie sich die Rechtsunterworfenen im Verkehr einzurichten haben[2036]. Unbesehen der Unterschiede im Einzelnen muss beispielsweise im Zweifelsfall eine zusätzliche Ausbildung angetreten werden, um dem objektiven Fahrlässigkeitsmassstab genügen zu können, derweil die Ausbildungsdefizite bei einer subjektiven Ausmessung der Fahrlässigkeit tendenziell in geringerem Mass durchschlagen dürften. 945

Ebenso für eine Übernahme des strafrechtlichen Fahrlässigkeitserfordernisses sprechen meines Erachtens *systematische Gründe*. Vorsatz und Fahrlässigkeit werden gemeinhin nämlich als alternative Haftungselemente auf derselben Stufe geführt, insbesondere im Deliktsrecht (vgl. Art. 41 Abs. 1 OR), aber auch im Strafrecht (vgl. vor allem die zahlreichen besonderen Straftatbestände, in deren Rahmen das Vorsatzerfordernis durch jenes der Fahrlässigkeit ersetzt wird, so bspw. die eingangs erwähnten Verwaltungsstrafrechtstatbestände oder aus dem Kernstrafrecht Art. 231 StGB [Verbreiten menschlicher Krankheiten]). Entsprechend erscheint es systemwidrig, im Deliktsrecht nur das strafrechtliche Vorsatz-, nicht aber das strafrechtliche Fahrlässigkeitserfordernis zu berücksichtigen[2037]. Diese Systematik reflektiert im Übrigen auch die Vorgaben der naturrechtlichen Zurechnungslehre, denen gemäss das Fahrlässigkeitserfordernis (in dessen Rahmen eine ausserordentliche Zurechnung 946

2035 Vgl. – zum deutschen Recht – WAGNER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 823, Rn. 436 m.H., wobei zu beachten ist, dass die deutsche Strafrechtsdoktrin die individueller Prüfung des Sorgfaltsmassstabs auf der Stufe der Schuld vornimmt (vgl. nur die H. bei STRATENWERTH, SR AT I, § 16, Rn. 3), die es gemäss WAGNER, a.a.O., gleichsam ebenfalls zu berücksichtigen gilt.

2036 Auch das Fahrlässigkeitserfordernis gehört zu den Elementen, die sich im Rahmen der naturrechtlichen Zurechnungslehre der Stufe der Zurechnung zur Tat zuordnen lassen und entsprechend im Allgemeinen verhaltensbestimmende Wirkung haben (vgl. dazu vorne, Rn. 359 m.H.); vgl. zum subjektiven Fahrlässigkeits*massstab* im Allgemeinen ferner SCHNEIDER, 43.

2037 So im Ergebnis aber bspw. ROBERTO/RICKENBACH, ZSR 2012 I, 193 f.

vorgenommen wird) das Vorsatzerfordernis (in dessen Rahmen eine ordentliche Zurechnung vorgenommen wird) ersetzt.

947 Die Stimmen, die sich in der Literatur trotzdem für die Relevanz des objektiven Fahrlässigkeitsmassstabs aussprechen, führen in erster Linie die *unterschiedlichen Zwecksetzungen* von Straf- und Zivilrecht ins Feld[2038]. Dem subjektiven Fahrlässigkeitsmassstab liege eine Ausrichtung auf den Täter zu Grunde, derweil der objektive Massstab den Ausgleichsgedanke verwirkliche und auch dem Geschädigten beziehungsweise dem Verkehr diene[2039]. Das trifft grundsätzlich zu. Allerdings ist auch das Deliktsrecht in einem gewissen Mass auf den Schädiger ausgerichtet, wie sich dies zunächst bei der Beurteilung der Urteilsfähigkeit nach einem subjektiven Massstab zeigt[2040]. Ferner bleibt der objektive Fahrlässigkeitsmassstab gerade auch aufgrund der Forderung nach einer entsprechenden Rücksichtnahme auf den Schädiger umstritten[2041]. Im Sinn der vorliegend vertretenen Lesart des Kriteriums der Sanktionsspezifität geht es folglich nicht um eine Zielsetzung, die dem Haftungsrecht *fremd* ist, sondern nur um eine solche, die dort in geringerem Mass verwirklicht ist als im Strafrecht. Ausserdem wird sie, wie die vorne referierten Ausführungen von FREI ergeben haben, auch im Strafrecht aufgeweicht. Das Kriterium der Sanktionsspezifität fällt mithin nach meinem Dafürhalten nicht entscheidend ins Gewicht.

948 *Insgesamt* vertreten wir hier nach alledem die Auffassung, wonach im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses auch das Fahrlässigkeitserfordernis aus dem Strafrecht zu übernehmen ist, so dass gegebenenfalls ein subjektiver Massstab zum Tragen kommt[2042]. Diese Konsequenz ist auch für das Aufsichtsrecht zu ziehen, sofern

---

2038 Vgl. ROBERTO/RICKENBACH, ZSR 2012 I, 193 f. m.w.H.; und aus der deutschen Doktrin SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 217 f. VERDE führt als Argument schlicht an, dass im Deliktsrecht *«Verhaltensnormen einen generellen, objektiven Charakter haben»* müssen (Straftatbestände, Rn. 538). Dies hindert ihn freilich nicht, eine Berücksichtigung des Wissenselements zur Konstituierung der deliktsrechtlichen Verhaltensnorm zu fordern (vgl. vorne, nach Rn. 935 m.H.).

2039 Vgl. SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 218; und knapper, aber in der Sache ähnlich ROBERTO/RICKENBACH, ZSR 2012 I, 193 f. Vgl. zur Bedeutung des objektiven Massstabs für den Geschädigten bzw. den Verkehr auch bereits vorne, Rn. 948 ff.

2040 Vgl. dazu nur A. KOLLER, in: Guhl, § 24, Rn. 42 f., der gleichsam auf die Diskrepanz zum objektiven Fahrlässigkeitsmassstab hinweist, die er wohlgemerkt durch eine ‹Resubjektivierung› des Fahrlässigkeitsmassstabs lösen will; ferner nur KESSLER, BSK-OR I, Art. 41, Rn. 51 f. m.w.H.

2041 Vgl. insb. die H. bei JAUN, 40 ff.; und ferner bspw. bei FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, Rn. 539.

2042 Vgl. auch HEIERLI, Rn. 693; und ferner wohl auch AEPLI, SJZ 1997, 408 (demgemäss im Deliktsrecht im Allgemeinen der strafrechtliche subjektive Verschuldensmassstab zur

dieses einen subjektiven Fahrlässigkeitsmassstab anlegt – grundlegende Unterschiede mit Blick auf die Argumentationslage bestehen hier nicht.

dd) Weitere besondere subjektive Tatbestandsmerkmale

Strafrechtstatbestände setzen bisweilen *neben* den bis anhin erwähnten Verschuldenselementen (beziehungsweise zwecks deren Qualifikation) vorab bei Vorsatzdelikten weitere subjektive Tatbestandsmerkmale voraus. Wir behandeln hiernach kursorisch folgende beide Situationen[2043]: 949

Bisweilen setzten Straftatbestände einen *qualifizierten Vorsatz* voraus, indem sie ein bestimmtes Wissen des Täters hinsichtlich der den objektiven Tatbestandsmerkmalen zu Grunde liegenden Tatsachen fordern, und nicht nur Eventualvorsatz (vgl. bspw. Art. 155 Abs. 1 Bst. 1 FinfraG [Kursmanipulation]) *oder* Art. 303 StGB [falsche Anschuldigung], wobei dies je mit der Wendung ‹wider besseres Wissen› zum Ausdruck gebracht wird). 949.1

Alsdann setzten Straftatbestände ab und an bestimmte Absichten im Hinblick auf Tatbestandsmerkmale voraus, die *nicht* im objektiven Tatbestand stehen; es geht gleichsam um Delikte *‹mit überschiessender Innentendenz›*[2044]. Dabei wird in der Strafrechtsdoktrin weiter differenziert, ohne dass wir darauf vorliegend näher eingehen[2045]. Exemplarisch dafür steht die sog. ‹Bereicherungsabsicht› (vgl. bspw. Art. 146 StGB [Betrug] oder Art. 158 StGB [ungetreue Geschäftsbesorgung]), die Absicht des Geldfälschers, die ‹Blüten› als echt in Umlauf zu bringen (vgl. Art. 240 StGB), oder die Absicht, gegen den fälschlicherweise Angeschuldigten eine Strafverfolgung herbeizuführen (vgl. Art. 303 StGB). 949.2

In ersterer Situation hat das Element eine verhaltensbestimmende Wirkung. So muss eine Handlung nur bei aktuell vorhandenem, einschlägigem Wissen unterlassen werden. Zu Illustration greifen wir auf das bereits verwendete Beispiel einer Sanktionierung der Ad hoc-Publizitätspflicht über Art. 152 StGB zurück. Die Bestimmung schreibt *de lege lata* zwar kein entsprechend **qualifiziertes Vorsatzerfordernis** vor. 950

Anwendung zu bringen sei); sowie im Anschluss an diesen DAENIKER/WALLER, Kapitalmarktbezogene Informationspflichten, 106 f.; anders die h.A. in Deutschland; vgl. HEIERLI, a.a.O.; und VERDE, Straftatbestände, Rn. 521, je m.w.H.

2043 Dazu kommen vorab die sog. Beweggründe und Gesinnungsmerkmale (vgl. dazu STRATENWERTH, SR AT I, § 9, Rn. 127 ff.). Diese dürften bei Delikten, mit denen der Schutz des individuellen Vermögens bezweckt wird, nur eine untergeordnete Rolle spielen. Zudem dürfte das nachfolgend betreffend die Situationen, in denen besondere Absichten vorgeschrieben werden, *cum grano salis* gleichermassen (wenn nicht umso mehr) gelten.

2044 Vgl. bspw. DONATSCH/TAG, 123.

2045 Vgl. dazu insb. STRATENWERTH, SR AT I, § 9, Rn. 118 ff.; AFFOLTER-EIJSTEN, *passim*.

Wäre dies aber der Fall, dürfte der Emittent eine Information nur dann nicht in die Ad hoc-Mitteilung inkludieren, wenn er geradezu weiss, dass sie falsch ist[2046]. Ein entsprechendes Verhalten würde von ihm selbst dann nicht gefordert, wenn er (‹nur›) in Kauf nimmt, dass die Information falsch ist.

951 Mit Blick auf das Kriterium der Sanktionsspezifität, das einer Übernahme des Elements in das Zivilrecht potentiell entgegensteht, verhält es sich sodann ähnlich wie beim Vorsatzerfordernis. Selbst wenn hinter qualifizierten Vorsatzerfordernissen im Allgemeinen strafrechtliche Motive stehen dürften (wie der ‹*ultima ratio*-Funktion› des Rechtsgebiets), sind entsprechende Überlegungen dem Zivilrecht nicht fremd. Das zeigt die Diskussion um die Ausfüllung der Anforderung einer ‹absichtlichen Schädigung› nach Art. 41 Abs. 2 OR, in deren Kontext bisweilen ein wissentliches Verhalten gefordert wird[2047].

952 In Anwendung der vorliegend für relevant erachteten Kriterien ist somit von einer Übernahme des strafrechtlichen Elements in das Deliktsrecht auszugehen[2048].

953 Im Hinblick auf die zweite Kategorie von Elementen, ist alsdann zu betonen, dass es um **Absichten** geht, die sich *nicht* auf ein tatsächliches Merkmal beziehen, das im objektiven Tatbestand steht. Damit geht es gleichsam *nicht* um die Handlungsumstände, die dem Täter, um im Sinn der naturrechtlichen Zurechnungslehre eine Handlungsalternative zu haben, bekannt sein müssen (ordentliche Zurechnung [zur Tat]), beziehungsweise die er mindestens erkennen können muss (ausserordentliche Zurechnung [zur Tat]). Den Absichten, welche die objektiven Tatbestandsmerkmale ‹überschiessen›, geht eine *verhaltensbestimmende Wirkung* (die auf das *äussere* Verhalten zielt) gleichsam ab.

954 Ohne dass dem im Einzelnen nachgegangen werden soll, dürften die Absichten sodann durchaus durch genuin strafrechtliche Zwecke motiviert sein[2049]. Andererseits spielen sie im Haftpflichtrecht bei der Haftungsbegründung meines Wissens keine

---

2046 Es geht gleichsam um ein qualifiziertes Vorsatzerfordernis, dessen verhaltensbestimmende Wirkung seinerseits vorne bereits dargelegt wurde (vgl. vorne, insb. Rn. 933).

2047 Die Auffassungen reichen von Absicht i.e.S. bis Eventualvorsatz (vgl. dazu REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Rn. 798 m.w.H.).

2048 So im Ergebnis auch VERDE, Straftatbestände, Rn. 588 und 591; vgl. rechtsvergleichend ferner bspw. SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 207 f., oder KAROLLUS, 210.

2049 Gemäss der Strafrechtsliteratur geht es insb. um eine Verlagerung der Strafbarkeit in das Vorfeld des eigentlichen Angriffs, die sich nur rechtfertigen lässt, falls wenigstens eine bezügliche Absicht besteht, vgl. AFFOLTER-EIJSTEN, 67 f. m.H.

Rolle[2050]. Entsprechend können sie tendenziell durchaus als *sanktionsspezifisch* eingeordnet werden.

Vor diesem Hintergrund dürfte deren Übernahme in den zivilrechtlichen Haftungstatbestand (erneut in Anwendung der vorliegend für relevant erachteten Kriterien) scheitern[2051]. 955

d. Schuld

Die einschlägigen Schuldelemente wurden im Grundlagenteil im Licht der naturrechtlichen Zurechnungslehre unter der Rubrik der Zurechnung zur Schuld behandelt. Unterscheiden lassen sich hier insbesondere die Problematiken der Urteilsfähigkeit, des entschuldigenden Notstands und des Rechtsirrtums. 956

Die **Urteilsfähigkeit** wird im Strafrecht unter dem Titel der Schuldfähigkeit geregelt (vgl. Art. 19 StGB); ferner wird in Art. 3 f. JStG vorgesehen, dass gegen Jugendliche unter 10 Jahren auf strafrechtliche Sanktionen verzichtet wird. 957

Die deliktsrechtliche Berücksichtigung der strafrechtlichen Regelung der Urteilsfähigkeit verbietet bereits das *Gesetz*[2052]. Wie erwähnt stipuliert Art. 53 Abs. 1 OR (abgesehen von den im Übrigen prozessualen Regelungen), dass der Richter *«an die Bestimmungen über strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit»* nicht gebunden ist. 957.1

Ob damit die Regelung in Art. 3 f. JStG mitgemeint ist, brauchen wir alsdann nicht zu erörtern. Für diese Ausnahmeregelung sprechen allein kriminalpolitische Erwägungen, wie beispielsweise die Gefahr einer Stigmatisierung der Jugendlichen bei entsprechender Sanktionierung[2053]. Zudem ist eine entsprechende absolute Altersschwelle dem Deliktsrecht gerade nicht bekannt. Entsprechend spricht das Kriterium der *Sanktionsspezifität* klarerweise dafür, dass diese nicht als im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses mitverwiesen gelten kann[2054]. 957.2

2050 Insbesondere wird im Rahmen von Art. 41 Abs. 2 StGB zwar bisweilen Absicht im technischen Sinn gefordert (vgl. vorne, Fn. 2047 m.H.), allerdings bezieht sich diese auf das Element des Schadens, das im Haftungstatbestand objektiv vorausgesetzt wird.

2051 Dahingehend auch OFTINGER/STARK, § 4, Fn. 154 (S. 182); derweil VERDE, Straftatbestände, Rn. 592, auf die Auslegung der einzelnen Strafvorschriften abstellen will; anders demgegenüber die wohl h.A. in Deutschland, vgl. bspw. SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 207 f. und 215; DERS., Soergel-BGB, § 823, Rn. 210 m.w.H.

2052 Vgl auch HEIERLI, Rn. 701 und 975; und im Ergebnis ferner VERDE, Rn. 461 m.w.H. insb. auf die dt. Doktrin, wo die herrschende Auffassung in ebendiese Richtung weist.

2053 Vgl. GÜRBER/HUG/SCHLÄFLI, BSK-SR I, Art. 3 JStG, Rn. 2 ff.

2054 Vgl. auch VERDE, Straftatbestände, Rn. 461 m.w.H.

958 Schwieriger zu beurteilen ist das Element des **Rechtsirrtums**. Ob dessen Übernahme ins Deliktsrecht gelingt oder nicht, kann dabei praktisch bedeutsam sein[2055]. Das Strafrecht (bzw. Verwaltungsstrafrecht, vgl. Art. 2 VStrR bzw. Art. 333 StGB) ist für den Schädiger beziehungsweise Täter günstiger. Es geht von dessen Unschuld aus, wenn er *«bei Begehung der Tat nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält»* (Art. 21 StGB). Entsprechend trifft ihn eine Erkenntnisverschaffungspflicht hinsichtlich der Rechtslage[2056]. Kommt er dieser gemäss den Vorgaben des Strafrechts nach, geht er aber straffrei aus. Im Zivilrecht besteht diese Möglichkeit gemäss der vorherrschenden Auffassung nicht. Hier wird ein Rechtsirrtum für unbeachtlich gehalten – die Parömie *error iuris nocet* gilt gleichsam *unbedingt*[2057].

Im Übrigen kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein unvermeidbarer Rechtsirrtum auch eine Rolle spielen könnte, falls es zu beurteilen gilt, ob ein Schädiger schuldhaft gegen eine *aufsichtsrechtliche* Vorschrift verstossen hat, weil gegen diesen ein aufsichtsrechtliches Berufsverbot verhängt werden soll[2058]. Das kann vorliegend nicht näher untersucht werden, bejahendenfalls erscheinen die nachfolgenden Ausführungen freilich auch als einschlägig.

959 In der Doktrin wird, so sie sich der Frage denn widmet, die privatrechtliche Berücksichtigung des Rechtsirrtums sinngemäss mit dem (an sich zutreffendem) Hinweis abgelehnt, dass im Schweizer Strafrecht die sog. Schuldtheorie gelte (*scil*. der Rechtirrtum auf Stufe Schuld geprüft werde)[2059]. Davon, dass strafrechtliche Zuordnungen *per se* auch im Deliktsrecht relevant sein sollen, gehen wir im Rahmen vorliegender Studie jedoch *nicht* aus[2060]. Zudem wird Art. 53 OR ins Feld geführt[2061], den wir in materieller Hinsicht allerdings *nur* betreffend dessen Verweis auf die strafrechtlichen Vorschriften zur *Zurechnungsfähigkeit* für relevant erachten.

2055 Zur praktischen Bedeutung des Rechtsirrtums im Allgemeinen vgl. vorne, nach Rn. 271.2. Da im Finanzmarktkontext zahlreiche verwaltungsstrafrechtliche Vorschriften existieren, die als Schutznormen in Frage kommen, sowie im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR gemäss vorliegend vertretener Auffassung auch ausländische Schutznormen bedeutsam sein können, sind die zwei Anwendungsfelder, in denen Rechtsirrtümern potentiell praktische Bedeutung beigemessen wird, gegeben.

2056 Vgl. vorne, Rn. 268 m.H.

2057 Vgl. vorne, Rn. 271.2 m.H.

2058 Vgl. dazu näher vorne, Rn. 923 ff.

2059 Vgl. HEIERLI, Rn. 990.

2060 Vgl. vorne, Rn. 725 ff. m.H.

2061 Vgl. HEIERLI, Rn. 990.

Entscheidend für die Beantwortung der Frage sind nach meinem Dafürhalten demnach vielmehr folgende Überlegungen: 960

Regelungen, die festlegen, ob und inwiefern auf Rechtsirrtümer Rücksicht genommen wird, wirken verhaltensbestimmend[2062]. Das zeigt sich gleichsam an eben erfolgtem Hinweis, wonach der Schädiger im Zivilrecht *mutatis mutandis* keine Möglichkeit hat, sich auf seine Rechtsunkenntnis zu berufen, selbst wenn er seiner Erkenntnisverschaffungspflicht nachkommt. Würde ein bestimmtes Normensystem beispielsweise nur vorsätzliche Rechtsunkenntnis sanktionieren, müsste sich ein Schädiger sodann im Prinzip nicht aktiv um die Verschaffung entsprechender Kenntnisse bemühen. Das Kriterium der *Verhaltensbestimmung* spricht folglich für eine Berücksichtigung des Rechtsirrtums. 960.1

Was sodann das Kriterium der *Sanktionsspezifität* betrifft, ist zwar zuzugeben, dass im Allgemeinen der Präventionsgedanke für die straf- und der Ausgleichsgedanke für die deliktsrechtliche Lösung spricht[2063]. Allerdings wird die Debatte um die Sinnhaftigkeit der Berücksichtigung eines Rechtsirrtums durchaus auch im Zivilrecht geführt; das Spannungsfeld zwischen Schädiger- und Geschädigtenschutz zeigt sich folglich auch hier[2064]. Zudem setzt das Strafrecht einen objektiven Massstab an[2065], so dass der im Zivilrecht im Vergleich zum Strafrecht relevanteren Orientierung auch an den Interessen des Geschädigten beziehungsweise des Verkehrs entgegengekommen wird[2066]. Das Kriterium der Sanktionsspezifität fällt nach meinem Dafürhalten demnach nicht entscheidend ins Gewicht. 960.2

Insgesamt sprechen demnach die besseren Gründe dafür, dass der Verweis im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses gemäss Art. 41 Abs. 1 OR, wenn er auf 961

2062 Vgl. im Allgemeinen bereits vorne, Rn. 360.

2063 Insofern zutreffend denn auch HEIERLI, Rn. 990.

2064 Die Täterperspektive zeigt sich bspw. bei der Argumentation von VON THUR/PETER zu Gunsten einer Berücksichtigung des Rechtsirrtums im Deliktsrecht (vgl. OR AT I, 428 f.).

2065 Vgl. die ständige Praxis, wonach ein Grund nur dann zureichend ist, *«wenn dem Täter aus seinem Rechtsirrtum kein Vorwurf gemacht werden kann, weil er auf Tatsachen beruht, durch die sich auch ein gewissenhafter Mensch hätte in die Irre führen lassen»* (so BGE 98 IV 293, E. 4a [Hervorhebung MK]; für weitere H. auf entsprechende Entscheide vgl. bspw. DONATSCH, OFK-StGB, Art. 21, Rn. 2).

2066 Dieses Kriterium wird betr. das deutsche Recht in anderem Zusammenhang von SPICKHOFF für bedeutsam erachtet (vgl. Gesetzesverstoss, 220 f.).

strafrechtliche Vorschriften verweist, die dortige Regelung des Rechtsirrtums mitumfasst[2067].

962 In Bezug auf die strafrechtlichen Vorschriften betreffend den **entschuldigenden Notstand** (Art. 16 und 18 StGB) spielt meines Erachtens schliesslich die *deliktsrechtliche Regelung* des Notstands (Art. 52 Abs. 2 OR) eine zentrale Rolle. Diese enthält *allein* eine Regelung betreffend den *rechtfertigenden* Notstand[2068]. Mithin wird – nach vorne zur Abgrenzung von Rechtfertigungs- und Schuldmerkmalen festgehaltenen Hinweisen – gerade nicht wie beim entschuldigenden Notstand auf die innere Motivationsfähigkeit des Täters abgestellt. Vielmehr steht letztlich der Schutz objektiv höherwertiger Interessen im Vordergrund[2069]. Zudem befreit Art. 52 Abs. 2 OR selbst beim rechtfertigenden Notstand nicht etwa von der Haftung, sondern schreibt eine Haftung aus Billigkeit desjenigen vor, der in Notstand gehandelt hat. Die strafrechtlichen Vorschriften betreffend den entschuldigenden Notstand entbinden den Täter demgegenüber potentiell von einer Strafe (vgl. Art. 16 und 18 StGB, je Abs. 2), mit der Folge, dass bei einer Berücksichtigung der Vorschriften im Deliktsrecht mangels Widerrechtlichkeit insofern von einem Ausschluss der Haftung auszugehen wäre[2070].

963 Vor diesem Hintergrund würde eine Inbezugnahme der strafrechtlichen Vorschriften zum entschuldigenden Notstand zu kaum erträglichen Wertungswidersprüchen mit der deliktsrechtlichen Regelung des Notstands führen. Entsprechend ist davon mit jenen Stimmen, die sich in der Schweizer Doktrin dazu äussern, abzusehen[2071]. Das gilt, selbst wenn der Regelung auch des entschuldigenden Notstands grundsätzlich

---

2067 So im Ergebnis auch die h.A. in Deutschland, die bei Vorsatzdelikten die strafrechtliche Notion des Rechtsirrtums berücksichtigt, derweil bei Fahrlässigkeitsdelikten die sog. (zivilrechtliche) Vorsatztheorie zum Tragen kommen soll (*scil*. die Frage, ob ein Rechtsirrtum vorliegt, wird auf der Stufe Vorsatz geprüft); (vgl. nur SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 208 f. m.w.H.; DERS., Soergel-BGB, § 823, Rn. 7 m.w.H.). I.d.Zh. ist i.Ü. klarzustellen, dass es gemäss vorliegend vertretener Auffassung keine Rolle spielt, ob ein Vorsatz- oder ein Fahrlässigkeitsdelikt in Frage steht. Im Ergebnis a.A. ist die h.A. in der Schweiz (für H. vgl. Rn. 271.2 vorne). Für eine Berücksichtigung des Rechtsirrtums i.S. der eben erwähnten Vorsatztheorie sprechen sich dggü. insb. VON TUHR/PETER, OR AT I, 428 f., aus (die *nota bene* gleichsam auf Strafvorschriften Bezug nehmen).

2068 Vgl. zur Bedeutungslosigkeit des entschuldigenden Notstands im ‹gemeineuropäischen Deliktsrecht› im Allgemeinen ferner VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht II, Rn. 234.

2069 Vgl. statt Vieler BREHM, BK, Art. 53 OR, Rn. 42 m.w.H.; OFTINGER/STARK, Bd. II/1., § 16, Rn. 300.

2070 Vgl. ähnlich HEIERLI, Rn. 990 mit Fn. 2215.

2071 Vgl. HEIERLI, Rn. 990; VERDE, Straftatbestände, Rn. 461.

durchaus eine verhaltensbestimmende Wirkung zukommen kann, wie die Ausführungen im Grundlagenteil ergeben haben[2072] – der (ausgelegte) Art. 52 Abs. 2 OR sticht das entsprechende Kriterium sozusagen aus.

D. Allgemeine Verteidigungsgründe

964 Unter der Rubrik der ‹Allgemeinen Verteidigungsgründe› werden gemäss der Nomenklatur des Grundlagenteils zunächst die **Rechtfertigungsgründe (inkl. Einwilligung)** geführt.

964.1 Diese treten vorab im *Strafrecht* auf, wobei im Fall reiner Vermögensschädigungen die Einwilligung im Vordergrund steht. Ferner sind die Möglichkeit einer Pflichtenkollision oder einer behördlichen Bewilligung zu erwähnen[2073] sowie die gesetzlichen Rechtfertigungsgründe der erlaubten Handlung, der rechtfertigenden Notwehr und des rechtfertigenden Notstands (vgl. Art. 14, 15 und 17 StGB).

964.2 Referenziert man damit Akte, die ein zunächst als pflichtwidrig bestimmtes Verhalten aufgrund allgemeiner Überlegungen von der Tatbestandsmässigkeit wieder ausnehmen[2074], bestehen auch im *Verwaltungsrecht* Elemente, die als Rechtfertigungsgründe eingeordnet werden können. So könnte etwa die Vorgabe der FINMA an einen Effektenhändler, mit einer bestimmten Transaktion zuzuwarten, als Rechtfertigungsgrund für eine Missachtung des Gebots der *‹best execution›* (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. b BEHG) eingeordnet werden. Ferner kommt die Erklärung vermögender Privatkunden, dass sie als professionelle Kunden gelten wollen (sog. *‹Opting-out›;* vgl. Art. 5 Abs.1 E-FIDLEG bzw. FIDLEG) beispielsweise einer Einwilligung gleich. In deren Folge sind sie gemäss FIDLEG unter anderem von der Angemessenheits- und Eignungsprüfung ausgenommen (vgl. Art. 15 E-FIDLEG bzw. Art. 13 Abs. 3 FIDLEG). Wie vorne erwähnt, ist der Übergang zur Einordnung als Regelungen, die noch das ‹pflichtwidrige› Verhalten bezeichnen, allerdings fliessend.

965 Im Hinblick auf die Übernahme von Rechtfertigungsgründen in den Haftpflichtrechtstatbestand ist erstens daran zu erinnern, dass diese zum *‹System der Verhaltensnormen›* gehören[2075], mithin das von den Rechtsunterworfenen eingeforderte

---

2072 Vgl. vorne, Rn. 360.

2073 Vgl. zu diesen beiden gesetzlich nicht geregelten Rechtfertigungsgründen nur STRATENWERTH, SR AT I, § 10, Rn. 62 ff. und Rn. 100 f.

2074 Vgl. im Allgemeinen vorne, Rn. 275 m.H.

2075 Vgl. vorne, Rn. 275 m.H.

Verhalten (mit-)umschreiben. Entsprechend wird in der deutschen Literatur deren Berücksichtigung im Privatrecht bereits mit Rücksicht auf das grundlegende Erfordernis gefordert, wonach eine Schutznorm (bzw. ein Schutzgesetz) ein Gebot oder ein Verbot aufstellen müsse. ERNST ZITELMANN hat sich dazu bereits kurz nach Erlass des BGB wie folgt geäussert: «[..] *so existiert eben für den Fall, dass das Strafrecht die Widerrechtlichkeit ausschliesst, ein Verbot, gegen das im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB, verstossen werden könnte, nicht*»[2076].

966 Zu demselben Ergebnis gelangt man zweitens auf dem Boden des Kriteriums der *Verhaltensbestimmung,* ohne dass dies angesichts der eben erfolgten Hinweise näher zu erläutern ist.

967 Drittens ist auch das vorne erwähnte Erfordernis betroffen, wonach Schutznormen den *Schutz von (Individual-)Rechtsgütern* zum Zweck haben müssen. So lassen sich die (strafrechtlichen) Rechtfertigungsgründe auf den allgemeinen Gesichtspunkt zurückführen, *«dass das Interesse am Schutz eines Rechtsgutes unter bestimmten Umständen wegfallen oder dass es durch höherrangige Interessen aufgewogen werden kann»*[2077]. Mit anderen Worten wird (auch) der Schutz des (reinen) Vermögens letztlich *nicht* bezweckt, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

968 Vor diesem Hintergrund sind die ausserprivatrechtlichen Rechtfertigungsgründe nach meinem Dafürhalten vom Verweis im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses gemäss Art. 41 Abs. 1 OR erfasst[2078].

969¨ Da mehrere grundlegende Gehalte des Verweises betroffen sind, dürften die ausserprivatrechtlichen Rechtfertigungsgründe die privatrechtlichen (vgl. insb. Art. 52 OR) verdrängen, falls sie *weiter* gehen sollten. Ist eine Handlung ausserprivatrechtlich gerechtfertigt, ist sie *von vorneherein* nicht widerrechtlich im Sinn von Art. 41 Abs. 1 OR; ob sie zivilrechtlich nur unter strengeren Voraussetzungen eine Rechtfertigung erfahren würde, bleibt alsdann ohne Bedeutung[2079].

2076 Vgl. für das Zitat, das aus dem Jahr 1906 stammt, sie H. bei SCHMIEDEL, Fn. 8 (69), der seinerseits entsprechendes festhält (vgl. 69).

2077 So STRATENWERTH, SR AT I, § 10, Rn. 2.

2078 Vgl. auch TROXLER, Universalität, Rn. 391 ff.; sowie OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16, Rn. 300; HEIERLI, Rn. 687. Im deutschen Recht wird davon alsdann mit einer gewissen Selbstverständlichkeit ausgegangen, vgl. neben ZITELMANN und SCHMIEDEL (vorne, Rn. 965 m.H.) DÖRNER, JuS 1987, 524; SPICKHOFF, Soergel-BGB, Rn. 207 und 212. Für w.H. vgl. VERDE, Straftatbestände, Rn. 490, wobei für dessen teilweise a.A. (vgl. Rn. 491 ff.) aufgrund der vor- und nachstehenden Ausführungen meines Erachtens kaum Raum besteht.

2079 Tendenziell anders aber VERDE, Straftatbestände, insb. Rn. 494 ff.

Andererseits stellt sich die Frage, wie es sich verhält, falls die ausserprivatrechtlichen Rechtfertigungsgründe eine Rechtfertigung nur unter *engeren* Voraussetzungen zulassen. Gemäss FIDLEG erscheint ein Verzicht einer (vermögenden) Privatperson auf die Angemessenheits- und Eignungsprüfung – wie eingangs des Unterkapitels bereits erwähnt – nur dann zulässig, wenn diese ein sog. *Opting-Out* erklärt. Dies hat seinerseits schriftlich *«oder in anderer durch Text nachweisbarer Form»* zu erfolgen (vgl. Art. 5 Abs. 5 E-FIDLEG bzw. Art. 5 Abs. 8 FIDLEG)[2080]. Demgegenüber ist die Einwilligung aus deliktsrechtlicher Warte grundsätzlich formfrei gültig (vgl. Art. 11 Abs. 1 OR)[2081]. In der Folge könnte sich beispielsweise die Frage stellen, ob ein telefonischer Verzicht auf die Prüfung der Eignung eines konkreten Finanzinstruments im Rahmen eines Anlageberatungsvertrags den Finanzdienstleister von einer Haftung gemäss Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 13 E-FIDLEG bzw. Art. 12 FIDLEG ausnehmen würde. Davon ist meines Erachtens auszugehen. Analog zur vorne erwähnten Situation betreffend das Verschuldenserfordernis, erfolgt eine *kumulative* Beachtung der Rechtfertigungsgründe. Gleichsam wird das Prinzip *‹volenti non fit inuiria›,* das hinter der Möglichkeit einer formfrei gültigen Einwilligung steht, durch das Widerrechtlichkeitserfordernis, über das Art. 5 und 13 E-FIDLEG bzw. Art. 5 und 12 FIDLEG potentiell Eingang in das Deliktsrecht finden, *nicht* verdrängt. 970

Mit Blick auf die übrigen Elemente, die wir unter der Rubrik der ‹Allgemeinen Verteidigungsgründe› behandelt haben, ist zu berücksichtigen, dass zum einen die ihrerseits privatrechtlichen **Haftungsausschlüsse** ausserhalb des Privatrechts offensichtlich keine Rolle spielen. 971

Dem **Selbstverschulden** wird zum andern in der Strafrechtsdoktrin im Allgemeinen wenig Beachtung geschenkt[2082] (und wohl noch weniger in der Verwaltungsrechtsdoktrin). Als Sanktionsvoraussetzung ist das Institut im Strafrecht grundsätzlich dann von Bedeutung, wenn es einer Zurechnung des Erfolgs entgegensteht[2083]. In dieser Hinsicht verhält es sich im vorliegenden Zusammenhang nicht anders als mit dem strafrechtlichen Kausalitätserfordernis, das im zivilrechtlichen Haftungstatbestand keine Berücksichtigung findet (vgl. das nachfolgende Unterkapitel). Wie bereits im Grundlagenteil herausgestellt, lässt sich das Verhalten des Geschädigten vom Verhal- 972

2080 Vgl. betr. zweiteres Erfordernis heute unter anderem Art. 5 Abs. 1 und Art. 178 Abs. 1 IPRG.

2081 Vgl. betr. Einwilligungen in Persönlichkeitsverletzungen (Art. 28 Abs. 2 OR) ferner R. HAAS, Rn. 213; und die Diskussion um die Einwilligung in gewisse Verletzungen bei der Teilnahme an sportlichen Wettkämpfen, die regelmässig stillschweigend erfolgt (dazu bspw. KESSLER, BSK-OR I, Art. 52, Rn. 21).

2082 Vgl. (zum deutschen Recht) LOOSCHELDERS, 291 m.H.

2083 Vgl. (zum deutschen Recht) LOOSCHELDERS, 291 m.H.

ten des (potentiellen) Schädigers denn grundsätzlich auch losgelöst beschreiben. *Insofern* kommt ihm ferner auch keine verhaltensbestimmende Wirkung zu.

973 Eine Besonderheit, die wir ebenfalls bereits im Grundlagenteil angesprochen haben, kann sich im Fall sog. Beziehungsdelikte ergeben[2084]. Beispielhaft haben wir den Betrugstatbestand genannt, in dessen Rahmen das Arglisterfordernis die Berücksichtigung der Mitverantwortung des Opfers gebietet. In der Folge hat der Richter in einem konkreten Fall das Verhalten des Schädigers *und* des Geschädigten zu bewerten, um zu bestimmen, ob ersterer die an ihn gerichtete Verhaltensnorm verletzt hat. Insofern ist die strafrechtliche Regelung des Selbstverschuldens im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses auch im Zivilrecht zu berücksichtigen.

974 Im Rahmen des Betrugstatbestands wird vom Opfer freilich nur ein ‹Mindestmass an Aufmerksamkeit› gefordert[2085]; ferner wird ein individualisierter Verhaltensmassstab angelegt[2086]. Ohne dass dies im Einzelnen untersucht werden soll, wird der zivilrechtliche Massstab strenger sein, schon nur weil in Spiegelung des an das Verhalten des Schädigers *grundsätzlich* angelegten Massstabs ein objektiver Massstab zum Tragen kommt[2087].

Exemplarisch spielte es in einem strafrechtlichen Entscheid, in dem es um betrügerisch vereinnahmte Kommissionen ging, keine Rolle, dass den Geschädigten – wie wohl bei gegenteiligen mündlichen Beteuerungen durch den Täter beziehungsweise dessen Mitarbeiter – *«jeweils Depotauszüge, Abrechnungen und Transaktionsbelege über die bereits getätigten Geschäfte zugingen, welche die erhobenen Kosten korrekt auswiesen»*[2088]. Demgegenüber hält es beispielsweise das Zürcher Handelsgericht gemäss der Erfahrung des Verfassers aus Referentenaudienzen für das Selbstverschulden eines geschädigten Vermögensverwaltungskunden bereits für bedeutsam, dass dieser auf die Einsichtnahme in Depotauszüge von vorneherein verzichtet (bspw. weil er sich diese banklagernd zustellen lässt und in der Folge die Bank nie aufsucht).

975 In der Folge stellt sich die Frage, ob das Selbstverschulden des Geschädigten weiterhin (auch) nach zivilrechtlichen oder nur nach strafrechtlichen Massstäben beurteilt werden soll. Sie ist meines Wissens in der Schweiz bis anhin nicht diskutiert worden. Die Frage lässt sich letztlich *breiter* fassen, nämlich:

2084 Vgl. dazu und zum Folgenden vorne, Rn. 306 ff. m.H.

2085 So der vom Bundesgericht regelmässig verwendete Textbaustein, vgl. THOMMEN, ZStrR 2008, 19 m.H.; ferner bspw. BGE 135 IV 76, E. 5.2.

2086 Vgl. BGE 135 IV 76, E. 5.2 m.H.

2087 Vgl. nur BREHM, BK, Art. 44 OR, Rn. 18.

2088 Vgl. BGE 135 IV 76, E. 5.3.

Inwiefern gebietet es das ‹Spiegelbildprinzip›, das der Regelung des Selbstverschuldens zu Grunde liegt[2089], etwaige Elemente, die im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses zugunsten des Schädigers in das Deliktsrecht Eingang finden, auch dem Geschädigten zukommen zu lassen? 975.1

Wäre *beispielsweise* bei einer Strafnorm, die Vorsatz oder einen subjektiven Verschuldensmassstab vorschreibt, auch nur bei vorsätzlichem oder subjektiv fahrlässigen Verhalten des Geschädigten von einem relevanten Selbstverschulden auszugehen? 975.2

Begrifflich wird in der deutschen Doktrin bisweilen gleichsam gefragt, ob von einer sog. *‹Verweisungsanalogie›* auszugehen sei[2089A]. 975.3

Stellt man wie hier auf die haftungsbegrenzende Funktion des Widerrechtlichkeitserfordernisses ab, so dass der Schädiger auf das Vermögen des Geschädigten grundsätzlich keine Rücksicht zu nehmen braucht, falls seine entsprechende Handlungsfreiheit nicht bereits ausserhalb des Deliktsrechts eingeschränkt wird, ist die Frage zu verneinen. Mit DIRK LOOSCHELDERS gilt: *«Wenn den Schädiger die allgemeine Handlungsfreiheit und die reinen Vermögensinteressen des Dritten grundsätzlich nichts angehen, so lässt dies keineswegs den Schluss zu, dass der Inhaber dieser Interessen als potentieller Geschädigter für dessen Schutz nur eingeschränkt verantwortlich sein soll».* Entsprechend sind meines Erachtens bei der Beurteilung des Selbstverschuldens die *zivilrechtlichen Massstäbe* zur Anwendung zu bringen[2090]. Von einer ‹Verweisungsanalogie› ist also nicht auszugehen. 976

Das gilt auch für das Selbstverschulden des Geschädigten im Betrugsfall. Geht es um die Anwendung des Betrugstatbestands als Schutznorm, kommen die geringeren strafrechtlichen Anforderungen an das Verschulden des Geschädigten im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses zwar zunächst zum Tragen. Geht es alsdann um die deliktsrechtliche Beurteilung von dessen Selbstverschulden, ist – sozusagen kumulativ – aber der strengere deliktsrechtliche Massstab zur Anwendung zu bringen. 977

2089 Vgl. vorne, Rn. 301 m.H.

2089A Vgl. zu dem Gedanken der Verweisungsanalogie insb. LOOSCHELDERS, 129 f. m.H.

2090 LOOSCHELDERS, 299; vgl. im Ergebnis bspw. auch HEIERLI, Rn. 999 f.; a.A. – zum deutschen Recht – wohl SPICKHOFF, 28 F.

E. Kausalität, Schaden und objektive Strafbarkeitsbedingungen

978 Das Erfordernis des **Kausalzusammenhangs** (bzw. der objektiven Zurechnung) sowie das Erfordernis des **Schadens** (bzw. des Erfolgs) zeitigen *keine verhaltensbestimmende Wirkung*[2091]. Deren Realisierung steht im Zeitpunkt, in dem der Schädiger das gesetzliche vorgegebene Verhalten an den Tag zu legen hat, nämlich gerade noch nicht fest. Entsprechend dem Kriterium der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung bleiben die beiden Elemente im Deliktsrecht folglich bedeutungslos. Die Frage stellt sich dabei erst dann, falls Straftatbestände als Schutznormen in Frage stehen, die ihrerseits einen Erfolg und einen Kausalzusammenhang zwischen tatbestandsmässigem Verhalten und Erfolg voraussetzen (so bspw. Art. 146 StGB [Betrug] oder Art. 158 StGB [ungetreue Geschäftsbesorgung]).

979 Diese Auffassung wird in der Literatur mit durchaus ähnlicher Begründung ebenso festgehalten[2092]. Das Bundesgericht stellt in einem unpublizierten Entscheid im Zusammenhang mit Art. 158 StGB indes ohne Weiteres auf die strafrechtliche Schadensnotion ab[2093]. Die hiesige (Rechts-)Frage wird allerdings überhaupt nicht aufgeworfen, so dass der Entscheid der vorliegend vertretenen Auffassung nicht wesentlich entgegensteht.

980 Vertritt man betreffend die Elemente Kausalzusammenhang und Erfolg, dass diese vom Verweis im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses gemäss Art. 41 Abs. 1 OR nicht erfasst sind, liegt es sodann *«auf der Hand, dass dies erst recht für die sog.* ***objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*** *gelten soll»*[2094]. Dabei handelt es sich um äussere Umstände, für deren Eintritt das tatbestandsmässige Verhalten des Täters nicht verantwortlich ist (wie bspw. [unter anderem] die Konkurseröffnung im

---

2091 Vgl. vorne, Rn. 364 f. m.H.

2092 Vgl. HEIERLI, Rn. 501 ff.; zum österreichischen Recht KAROLLUS, 147 und 220 ff. (kritisch dazu aus deutscher Perspektive jedoch SPICKHOFF, 191); anders letztlich wohl VERDE, Straftatbestände, Rn. 641 f. – dessen Auffassung man dann zustimmen mag, wenn man im Rahmen der objektiven Zurechnung der sog. Schutzzwecktheorie folgt (vgl. dazu vorne, Rn. 812.3). Dass im Rahmen des Strafrechts alsdann zwischen ‹Beeinträchtigung des Rechtsguts Vermögens› und ‹Begriff des Vermögensschadens› unterschieden werden soll (so offenbar DERS., a.a.O., Rn. 82 und 641) erscheint als fraglich, zumal es *beidenfalls* um normative Notionen geht.

2093 Entscheid 4A_213/2010 vom 28 September 2010, E. 7.

2094 So SPICKHOFF, Gesetzesverstoss und Haftung, 191 m.H. auf KAROLLUS, 225 ff. (Hervorhebung MK).

Rahmen von Art. 163 StGB [Betrügerischer Konkurs])[2095]. Den objektiven Strafbarkeitsbedingungen wohnt folglich *kein verhaltensbestimmendes Moment* inne. Mithin braucht der eben erwähnten Aussage nichts hinzugefügt zu werden; die Voraussetzung findet keinen Eingang ins Deliktsrecht[2096].

Immerhin sei schliesslich auf den – in vorliegendem Zusammenhang – auch in der Zivilrechtsdoktrin angebrachten Vorbehalt verwiesen[2097], wonach sich die Strafrechtsdoktrin keineswegs immer einig ist, ob ein bestimmtes Merkmal als objektive Strafbarkeitsbedingung qualifiziert oder nicht[2098]. Entsprechend wird mit Blick auf das Deliktsrecht zunächst zu prüfen sein, ob ein Merkmal die eben erwähnten Eigenschaften überhaupt aufweist, so dass ihm eine verhaltensbestimmende Wirkung tatsächlich abgeht. 981

Im Übrigen wird bisweilen diskutiert, ob auch eine *versuchte* Straftat dem Widerrechtlichkeitserfordernis genügt[2099], mithin eine Situation, in der nicht sämtliche objektive Straftatbestandmerkmale erfüllt sind. Allerdings wird zugleich darauf hingewiesen, dass es beim Versuch regelmässig an einem haftpflichtrelevanten Vermögensschaden fehlen wird. Entsprechend gehen wir der Frage vorliegend nicht nach.

8. Gegenstand des Verweises (relevante Stufe[-n] des Haftungstatbestands)

Bis anhin sind wir davon ausgegangen, dass die Schutznormen im Rahmen des im Grundlagenteil ‹skelettierten› Haftungstatbestands eine Regelung *auf der Stufe der Pflichtverletzung* treffen. Alsdann haben wir gefragt, ob *zusätzlich* zu der objektiven Verhaltensanweisung auf der Stufe der Pflichtverletzung weitere Haftungselemente, die sich auf anderen Stufen befinden (wie insbesondere [aber nicht nur] auf jener des 982

2095 Vgl. bspw. DONATSCH/TAG, 110 f.; und im Kontext des Tatbestands des Raufhandels STRATENWERTH, SR AT I, § 8, Rn. 29.

2096 Vgl. neben den vorne, in Fn. 2094 Erwähnten, aus der Schweizer Doktrin VERDE, Rn. 458 f. m.w.H.; und aus der deutschen Doktrin ferner DÖRNER, JuS 1987, 526; SPICKHOFF, Soergel-BGB, § 823 BGB, Rn. 214 m.w.H.; a.A. (ohne nähere Begründung) für die Schweiz HEIERLI, Rn. 700.

2097 Vgl. nur SPICKHOFF, Gesetzesverstoss und Haftung, 228 m.H. auf ROXIN, SR AT I, § 23, Rn. 6 (die Stelle, auf die SPICKHOFF verweist, befindet sich in der neusten, vorliegend zit. Aufl. ebendort); sowie DERS., Soergel-BGB, § 823 BGB, Rn. 214.

2098 Vgl. neben ROXIN (vgl. den H. in der vorangehenden Fn.) nur STRATENWERTH, SR AT I, § 8, Rn. 29 m. Bsp., über deren Einordnung man sich (weitgehend) einig ist.

2099 Vgl. dazu und zum Folgenden HEIERLI, Rn. 696 f.; VERDE, Straftatbestände, Rn. 597 ff.

Verschuldens bzw. der Zurechnung zur Tat), über den Verweis im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR in den Haftungstatbestand gelangen.

983 Eine andere – meines Wissens nicht explizit diskutierte – Frage ist, ob auch öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen, deren Regelungsgehalt *von vorneherein* eine andere Stufe des Haftungstatbestands betrifft, über das Widerrechtlichkeitserfordernis als Schutznormen darin Einlass finden.

984 Die Literatur scheint davon auszugehen, wenn sie etwa Art. 102 Abs. 2 StGB als Schutznorm qualifiziert, der *Organisationspflichten* eines Geschäftsherrn regelt, die Pflichtverletzungen eines Dritten (unter anderem Geldwäschereihandlungen) verhindern sollen[2100]. Ebenso ordnet CHRISTIAN HEIERLI (freilich entgegen Praxis und herrschender Doktrin[2101]) zum Beispiel Art. 3–5 GWG grundsätzlich als Schutznormen ein[2102]. Dabei handelt es sich um *unselbstständige Sorgfaltspflichten*[2103], die letztlich darauf abzielen, dass ein Finanzintermediär keine Geldwäschereihandlungen vornimmt beziehungsweise – allgemeiner – keine Handlungen, die zur Folge haben, dass *«die Gelder verbrecherischen Ursprungs in den ordentlichen Geldkreislauf gelangen, und helfen, die für die Geldwäscherei verantwortlichen Personen zu ermitteln und strafrechtlich zu belangen»*[2104]. Zu diesem Zweck verpflichten sie den Finanzintermediären, sich über den Vertragspartner und die wirtschaftlichen Berechtigten der Gelder in Kenntnis zu setzen.

985 In beiden Fällen gibt es kritische Stimmen zum Schutznormcharakter der Vorschriften. Deren Gegenargumente sind aber im Allgemeinen nicht sehr stark. Das Bundesgericht weist im Zusammenhang mit den Vorschriften des GWG in erster Linie auf deren Schutzzweck hin[2105]. Dazu ist jedoch ganz allgemein zu vermerken, dass es nicht leicht vorstellbar ist, dass Art. 305bis StGB den Schutz des individuellen Ver-

---

2100 Dafür in jüngerer Zeit die relativ einlässlichen Stellungnahmen von HEIERLI, Rn. 825 ff.; sowie VERDE, Straftatbestände, Rn. 605 ff.; a.M. insb. Schwarz, HAVE 2009, 16, und im Anschluss an diesen STRASSER, FS Donatsch, 875 und 889.

2101 Vgl. betr. die Praxis vorne, Rn. 820 m.H., und betr. die Literatur die Übersicht zum Meinungsstand bei HEIERLI, Rn. 857; sowie in BGE 134 III 529, E. 4.1.

2102 Vgl. für H. vorne, Rn. 820.

2103 Vgl. betreffend die entsprechenden Pflichten gemäss der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken der Schweizerischen Bankiervereinigung auch FELLMANN, HAVE 2016, 97.

2104 Vgl. die Umschreibung des Zwecks des GWG in BGE 134 III 529, E. 4.2 im Anschluss an die Botschaft zum GWG.

2105 Vgl. BGE 134 III 529, E. 4.

mögens bezwecken soll[2106], während es dem vorgelagerten Verhalten, das auf die Verhinderung von Geldwäschereihandlungen abzielt, daran fehlen soll[2107]. Im Zusammenhang mit Art. 102 Abs. 2 StGB führt der meines Wissens prominenteste Kritiker, JÖRG SCHWARZ, in erster Linie dessen (umstrittene und in vorliegendem Zusammenhang wohl unergiebige[2108]) strafrechtliche Qualifikation als Zurechnungsnorm (und nicht als eigenständiger Straftatbestand) ins Feld[2109].

Die Kritik muss – falls sie zutreffen soll – meines Erachtens *anders kanalisiert* wer- 986
den. Eine Hilfeleistung könnte dabei die deliktsrechtliche Gesetzessystematik bieten, wobei in vorliegendem Zusammenhang (nur) Art. 41 Abs. 1 und Art. 55 Abs. 1 OR in Rechnung zu stellen sind. Wie erwähnt erfolgt der Verweis auf Schutznormen im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses, *derweil* (i) Art. 41 Abs. 1 OR das Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit), *scil*. in vorliegendem Zusammenhang die (unselbstständigen) Sorgfaltsobliegenheiten des Schädigers[2110], *und* (ii) Art. 55 Abs. 1 OR die (ebenfalls unselbstständigen) Sorgfaltsobliegenheiten des Geschäftsherrn[2111] je *selber* regeln:

2106 Wie dies das Bundesgericht (nach BGE 129 IV 322 offensichtlich) nicht in Frage stellt.

2107 Dahingehend unter Verweis auf Art. 1 GWG auch SCHWANDER, AJP 2007, 1179. Das Bundesgericht seinerseits spricht unter anderem davon, dass die Vorschriften des GWG den Schutz der individuellen Vermögensinteressen der Opfer der Vortat im Vergleich zum Geldwäschereistraftatbestand (Art. 305bis StGB) *«nicht erweitern»* (vgl. 134 III 529, E. 4.3 und 4.4.). Das könnte durchaus dahingehend verstanden werden, dass die Vorschriften des GWG einen entsprechenden Schutz *im Prinzip* durchaus bezwecken. Die Rede davon, dass die Vorschriften des GWG den Schutz der individuellen Vermögensinteressen ‹erweitern› müssen, um *ihrerseits* ebenfalls als Schutznormen durchzugehen, erinnert im Übrigen an das Erfordernis der ‹Tragbarkeit im Licht des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems›. Offenbar soll einer (weitergehende) Haftung mit Rücksicht auf die Vorschriften des GWG im Vergleich zu einer Haftung mit Rücksicht auf Art. 305bis StGB nur unter dieser Voraussetzung stattgegeben werden. Für das Erfordernis besteht in der Schweiz allerdings *keine* Grundlage (vgl. vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 6. / A.).

2108 Zutreffend HEIERLI, Rn. 833.

2109 Vgl. HAVE 2009, 16; vgl. aber immerhin auch noch sogl. Wenn er (a.a.O.) zusätzlich darauf hinweist, dass so entgegen der höchstrichterlichen Praxis die Sanktionierung fahrlässiger Geldwäscherei möglich würde, müsste er sich zuerst der Frage widmen, ob die Bedingung, wonach das Delikt, dessen Begehung gemäss Art. 102 Abs. 2 StGB vermieden werden soll, in (objektiv *und* subjektiv) tatbestandsmässiger sowie rechtswidriger Weise erfolgt sein muss (vgl. nur DONATSCH, OFK-StGB, Art. 102, Rn. 6), im Zivilrecht keine Rolle spielt.

2110 Vgl. dazu im Allgemeinen vorne, Rn. 249 ff.

2111 Vgl. dazu im Allgemeinen ebenfalls vorne, Rn. 327.

986.1 Dass *Art. 55 Abs. 1 OR* Sorgfaltsobliegenheiten regelt, liegt angesichts des Gesetzeswortlauts auf der Hand.

986.2 Demgegenüber geht in Betreff auf *Art. 41 Abs. 1 OR* ein nicht unwesentlicher Teil der Lehre davon aus, dass sich die ‹objektive Seite des Verschuldens›, welche die Sorgfaltsobliegenheit ausmacht, in der objektiven Verletzung der Schutznorm ‹erschöpft›[2112]. Dass eine Unterscheidung möglich ist, haben wir im Grundlagenteil freilich gezeigt und im Zusammenhang mit der Unterscheidung von Vertragsverletzung und Verschulden im Auftragsrecht näher dargelegt. Darauf kommen wir im Einzelnen nicht zurück, zumal es auch in der Haftpflichtrechtsdoktrin aus der jüngeren Zeit Stimmen gibt, die zu Gunsten der vorliegend vertretenen Auffassung angerufen werden können[2113]. Sie fordern, dass neben der Anerkennung der abstrakten Schutznormverletzung zu prüfen sei, ob in der konkreten Situation ein objektiv unsorgfältiges Verhalten vorliegt[2114]. Im Ergebnis wird damit Raum für die Frage eröffnet, ob der konkrete Schädiger seiner Obliegenheit nachgekommen ist, wonach er sich physisch und intellektuell (*scil*. hinsichtlich seines Kenntnisstands) in eine Lage zu versetzen hat, um die Schutznorm einhalten zu können[2115] – und zwar so wie dies von einer vernünftigen Drittperson erwartet wird. Das wiederum wird sich in einem *äusserem Verhalten* manifestieren, welches von dem Verhalten, das aufgrund der Schutznorm geschuldet, abweicht.

987 Wenn nun im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses auf eine ausserprivatrechtliche Norm verwiesen wird und der Verweis gemäss vorliegend vertretener Auffassung das Verschulden, aber – wie noch zu zeigen sein wird (aus denselben Gründen) – auch die Zurechnung an den Geschäftsherrn und mithin (potentiell) dessen Sorgfaltsobliegenheiten *mit*umfasst, behält das Widerrechtlichkeitserfordernis im

---

2112 Dezidiert insb. ROBERTO, vgl. bspw. ROBERTO/RICKENBACH, ZSR 2012 II, 192 m.w.H.; für weitere H. vgl. HEIERLI, Rn. 984, wobei die Aussagen bisweilen auf die Situation bei der Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter zielen dürften, in deren Kontext der Richter autonom Sorgfaltspflichten setzt, die gemäss vordringender Auffassung bereits auf der Stufe Widerrechtlichkeit zum Tragen kommen (vgl. für H. vorne, Fn. 436).

2113 So insb. PORTMANN, SJZ 1997, 278 f.; und im Anschluss daran HEIERLI, Rn. 984 ff. m.w.H.; ferner tendenziell auch VERDE, Widerrechtlichkeit, Rn. 71.

2114 Vgl. PORTMANN, SJZ 1997, 278 f.

2115 Vgl. auch die Bsp. PORTMANN, SJZ 1997, 279: Widerrechtlichkeit, aber kein Verschulden, falls (i) ein Autofahrer zu schnell fährt aber *«sein Tachometer infolge eines nicht erkennbaren und unvorhersehbaren technischen Defektes eine zu niedrige Geschwindigkeit anzeigt»* oder falls (ii) eine Krankenschwester *«einem Patienten eine tödliche Dosis eines Medikaments injiziert»,* aber *«den Dosierungsfehler des zuständigen Arztes weder erkannte noch erkennen konnte»*.

Rahmen der (potentiellen) Regelungskollision mit diesen Vorschriften gemäss vorne erfolgten Darlegungen in einem gewissen Sinn die Oberhand. Namentlich verdrängen die weniger restriktiven Anforderungen der ausserprivatrechtlichen Normen, auf die im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses verwiesen wird (paradigmatisch das strafrechtliche Vorsatzerfordernis), etwaige strengere Anforderungen des Zivilrechts (paradigmatisch die zivilrechtliche, objektive Fahrlässigkeit).

Schwer erklärbar ist demgegenüber, dass ausserprivatrechtliche Vorschriften, deren 988
Regelungsgegenstand das Verschulden oder die Sorgfaltsobliegenheiten des Geschäftsherrn ist, ***unabhängig* davon, ob das Deliktsrecht auf der Stufe der Widerrechtlichkeit auf die Pflichtverletzung verweist**, die diese Vorschriften zu vermeiden bezwecken, in das Deliktsrecht Eingang finden sollen. Denn auf der Stufe der Widerrechtlichkeit werden gemäss der *Gesetzessystematik* gerade *nicht* das Verschulden oder die Sorgfaltsobliegenheiten des Geschäftsherrn geregelt. Insofern hält SCHWARZ im Zusammenhang mit Art. 102 Abs. 2 StGB recht beiläufig das Richtige fest: *«Die strafrechtliche Zurechnungsnorm von Art. 102 StGB ist für das Strafrecht massgebend, während im Zivilrecht die zivilrechtlichen Zurechnungsnormen von Art. 55 ZGB und Art. 55 OR zum Tragen kommen»*[2116]. Damit geht im Übrigen nicht einher, dass auf der Stufe der Regelung des Verschuldens (bzw. der Fährlässigkeit) im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR sowie im Rahmen von Art. 55 Abs. 1 OR nicht ein *eigenständiger* Einbezug öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen in den Haftungstatbestand erfolgen kann[2117].

HEIERLI hält dem (abgesehen von dem – in vorliegendem Zusammenhang wie erwähnt unergiebigen – strafrechtlichen Lehrmeinungsstreit um den Charakter von Art. 102 Abs. 2 StGB) entgegen, dass *«im Rahmen der Beurteilung der Schutznormfrage* [..] *– wiederum aufgrund des Verweischarakters des Widerrechtlichkeitsbegriffes in Art. 41 Abs. 1 OR auf die übrige Rechtsordnung – nicht auf die zivilrechtlichen, sondern auf die strafrechtlichen Zurechnungsregeln abzustellen»,* ist[2118]. Vorliegend wird indessen gerade vertreten, dass

---

2116 HAVE 2009, 16; vgl. dahingehend zum österreichischen Recht zumindest im Ergebnis auch KAROLLUS, 252 f.

2117 Vgl. dazu noch hinten, 2. Teil / 4. Kapitel / insb. II. und IV.

2118 Vgl. Rn. 833. Alsdann verweist er in Fn. 1913 in zutreffender Weise auf die weitere Möglichkeit, dass die Organisationspflicht gemäss Art. 102 Abs. 2 StGB auch im Rahmen der Regelung des ‹Verschuldens des Unternehmens› Berücksichtigung finden können. Auf seine weitere Auffassung, wonach der Geschäftsherr aus Verletzung von Art. 55 Abs. 1 OR deswegen hafte, weil *sein* Verhalten und nicht jenes der Hilfsperson die im Rahmen der Vorschrift vorausgesetzte Widerrechtlichkeit erfülle (vgl. a.a.O. sowie insb. Rn. 1222 ff.), gehen wir vorliegend nicht näher ein. Vermerkt sei allerdings, dass sich diese Auffassung mit dem Regelungscharakter, der – in Nachachtung der personalistischen Struktur des schweizerischen Haftpflichtrechts – im Vergleich zu Art. 41 Abs. 1 OR unter

das Widerrechtlichkeitserfordernis nicht (isoliert) auf Vorschriften auf der Zurechnungsebene verweist, wobei wir auf den Unterschied zwischen Pflichtverletzung und Zurechnung (*in casu* zur Tat), dem die Aussage von HEIERLI keine Rechnung trägt, sogleich noch zurückkommen.

989 Vor dem Hintergrund dieser skizzenhaften Darlegungen erscheint es als bedenkenswert, den Verweis im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses gemäss Art. 41 Abs. 1 OR auf Verhaltensnormen, die Regelungen auf der Stufe der Pflichtverletzung treffen *und* etwaige *mit*verwiesene weitere Haftungselemente zu begrenzen. Verhaltensnormen, die unselbstständige Pflichten vorsehen (sei es des Geschäftsherrn oder des Schädigers selbst), wären dann vom Verweis *isoliert* nicht erfasst. Zum Zug kommen würden sie allein, wenn sie in ebengenannten Sinn als mitverwiesen zu gelten haben oder direkt im Rahmen der Regelung des Verschuldens (bzw. der Fahrlässigkeit); (vgl. Art. 41 Abs. 1 OR) oder der Sorgfaltspflichten des Geschäftsherrn (Art. 55 Abs. 1 OR) in Bezug genommen werden.

990 Dafür spricht neben der Gesetzessystematik zumindest noch ein weiterer Grund. Wie wir bereits eingangs unserer Überlegungen zum materiellen Teil dieser Studie dargelegt haben, geht es im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses um die Abgrenzung der Freiheitsphären von Schädiger und Geschädigtem. Die Freiheitsphäre des Geschädigten ist aber durch die Verletzung der Sorgfaltsobliegenheit des Schädigers oder des Geschäftsherrn noch nicht berührt; das Gebot des *neminem laedere* selbst in seiner elementaren Fassung als ‹allgemeines Verbot schuldhafter *Schädigungen*› gleichsam noch nicht verletzt[2119]. Vielmehr ist das *erst mit der eigentlichen Pflichtverletzung* der Fall. Wie wir anhand eines Beispiels im Kontext der Anlageberatung gezeigt haben, besteht auch mangels Sorgfaltspflichtverletzung die Möglichkeit, dass es ‹noch einmal gut geht›[2120]. Dasselbe gilt in Geldwäscherei-Situationen. So kann eine Bank zwar schlecht organisiert sein. Wenn dann aber der gewissenhafte Mitarbeiter die kriminelle Herkunft der Gelder aufdeckt und entsprechend keine Verschleierungshandlungen vornimmt, wird die Einziehung zu Lasten des Opfers der Vortat nicht vereitelt. Zu demselben Ergebnis gelangen wir, falls ein Mitarbeiter die einschlägigen Abklärungen zwar unterlässt, aber aufgrund eines Verdachts erweckenden Zeitungsberichts, auf den er *zufällig* stösst, von Geldwäschereihandlungen absieht.

---

gewissen Voraussetzungen eine Haftung für *unerlaubte* Handlungen *anderer* Personen vorsieht, nur schwer zu vereinbaren ist.

2119 In der deutschen Doktrin wird mit einer entsprechenden Begründung (‹keine unmittelbare Auswirkung im Verhältnis zum Kunden›) den aufsichtsrechtlichen Organisationspflichten eine Ausstrahlung auf das Zivilrecht versagt (vgl. ROTHENHÖFER, FS Hopt, 74 f. m.H.).

2120 Vgl. vorne, Rn. 234.1.

Die umgekehrte Situation, das heisst die Situation, in der es ‹gerade nicht mehr gut geht›, zeigt ihrerseits, dass es bei den Sorgfaltsobliegenheiten letztlich um eine Frage der *Zurechnung* (und nicht der Pflichtverletzung) geht. So kann der Schädiger für eine etwaige Pflichtverletzung (mangels Vorsatz) dann nicht verantwortlich gemacht werden, wenn er seine Sorgfaltsobliegenheiten erfüllt hat. Wie wiederum mit Blick auf das positive Schweizer Haftpflichtrecht KARL OFTINGER und EMIL STARK – meines Erachtens (jedenfalls im Kontext der Verletzung von Schutznormen im Zusammenhang mit reinen Vermögensschäden) zu Recht – festhalten, sind Zurechnungsfragen aber auf der Ebene des Verschuldens zu prüfen[2121]. Eine Ausnahme ist nur zu machen, wenn die Zurechnungsregeln im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses (vorab im Licht von dessen Funktion bei reinen Vermögensschädigungen) sozusagen als Anhängsel der Regeln betreffend die Pflichtverletzung mit zu berücksichtigen sind. 991

Hier kulminieren bei IMMANUEL KANT im Übrigen Zurechnungslehre und allgemeines Rechtsgesetz. Letzteres untersagt allein äusseres Verhalten, das in die Freiheitssphäre eines anderen eingreift. Im Rahmen der Zurechnungslehre kommt das allgemeine Rechtsgesetz auf der Stufe der Anwendung des Gesetzes auf die Tat zum Tragen. Alsdann ist das Verhalten, das dem Gesetz widerstrebt, gemäss der Zurechnungslehre demjenigen zuzurechnen, der dieses an den Tag gelegt hat[2122]. Vorliegend steht dabei die Stufe der ausserordentlichen Zurechnung zur Tat im Vordergrund. 992

Gegen diese Überlegungen werden **Einwände** geltend gemacht werden können. Wir erwähnen deren zwei. Ein erster könnte darin bestehen, dass die Überlegungen zu *Abgrenzungsproblemen* führen. Denn selbst wenn die Abgrenzungen in den bis anhin gegebenen Beispielen eingeleuchtet haben sollten, lassen sich daraus selbstredend keine allgemeinen Schlüsse ziehen[2123]. 993

Die Abgrenzungsprobleme werden weniger die Sorgfaltsobliegenheiten des *Geschäftsherrn* betreffen, die sich von den Pflichten der *Hilfsperson* ohne Weiteres unterscheiden lassen werden. Schwerer könnte der Einwand demgegenüber im Kontext der Unterscheidung zwischen Verhaltensnormen liegen, die auf Stufe Pflichtverletzung eine Regelung treffen, und solchen, die dies auf Stufe Fahrlässigkeit tun. 994

2121 Vgl. vorne, Rn. 380 m.H.

2122 Vgl. zum Ganzen GILLESPIE, Jahrbuch Recht und Ethik 1994, 86 ff.

2123 Namentlich könnte es sich in den Fällen, die von den Beispielen *nicht* abgedeckt werden, gerade anders verhalten.

995 Auch hier ist eine Abgrenzung jedoch *möglich*. Dazu bieten letztlich die Überlegungen Hand, die wir im Grundlagenteil anhand der naturrechtlichen Zurechnungslehre angestellt haben[2124].

995.1 Danach beziehen sich die Regelungen auf der Stufe des Verschuldens auf die Regelungen auf der Stufe der Pflichtverletzung. Diesen Überlegungen entsprechend geht es solange um Sorgfaltsobliegenheiten, als Pflichten stipuliert werden, um den Schädiger zu einem *anderen,* rechtlich – *i.e.* aufgrund autonomer *oder* heteronomer Regelungen – (ebenfalls) geforderten Verhalten zu befähigen. Einschlägige Beispiele haben wir dabei bereits gegeben (namentlich im Anlageberatungs- und im Vermögensverwaltungszusammenhang[2125]).

995.2 Überdies kann eine Sorgfaltsobliegenheit durch vorsätzliches Verhalten *ersetzt* werden, wie wir ebenfalls bereits in einem Beispiel dargetan haben (namentlich im Vermögensverwaltungszusammenhang[2126]). Im Geldwäschereifall besteht ferner exemplarisch die Möglichkeit, dass eine Bank Gelder wäscht, nachdem ihr Kunde sie gleichsam auf die kriminelle Herkunft der Gelder hingewiesen hat. Ob sie ihren Sorgfaltspflichten nach Art. 3–5 GWG nachgekommen ist, spielt alsdann keine Rolle mehr.

995.3 Damit einhergeht, dass nur auf der Stufe der Pflichtverletzung ein äusseres Verhalten als *einziges* äusseres Verhalten, das rechtlich eingefordert wird, im Haftungstatbestand stehen kann. Neben dem äusseren Verhalten, das die Sorgfaltsobliegenheit gebietet, steht demgegenüber stets ein weiteres äusseres Verhalten. Auch das haben wir anhand eines Beispiels illustriert (namentlich im Anlageberatungszusammenhang[2127]).

996 Ein zweiter Einwand könnte aus der Warte des deutschen Rechts erhoben werden. Hier wird mit dem Verweis auf Schutznormen (bzw. Schutzgesetze) gemäss einem Teil der Literatur bezweckt, die *‹Verteidigungslinie der Rechtsordnung vorzuverlegen›*[2128]. Ein Beispiel ist das schutzgesetzwidrige Fahren ohne Fahrerlaubnis, das – gepaart mit einem verkürzten Verschuldensbezug[2129] – selbst bei weder fahrlässiger noch vorsätzlicher Verursachung eines Unfalls eine Haftung zur Folge haben soll[2130].

2124 Vgl. vorne, insb. Rn. 232 ff. und Rn. 249 ff.

2125 Vgl. vorne, Rn. 491 und 492.

2126 Vgl. vorne, nach Rn. 703.1.

2127 Vgl. vorne, Rn. 234.

2128 So SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 225 m.H.; vgl. ferner CANARIS, FS Larenz, 52 ff.; WAGNER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 823, Rn. 434.

2129 Vgl. dazu vorne, Rn. 936 ff.

2130 Vgl. SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 224.

Beim Verbot, ohne Fahrausweis ein Fahrzeug zu lenken, handelt es sich um eine (unselbstständige) Sorgfaltsobliegenheit. Im Allgemeinen werden die bezüglichen Überlegungen vorab im Zusammenhang mit dem Schutz *absolut geschützter Rechtsgüter* angestellt[2131]. Würde der Beizug des Verbots als Schutznorm gemäss vorliegend skizzierter Auffassung nicht gelingen, würde auch keine Möglichkeit einer Vorverlagerung der Haftung bestehen.

997 Ob diese *ratio* in der Schweiz auf die Haftung aus Art. 41 Abs. 1 OR für *reine Vermögensschädigungen* durchschlägt, soll vorliegend nicht abschliessend untersucht werden. Dahingehende Äusserungen lassen sich – soweit ersichtlich – allerdings nicht vorfinden. In jedem Fall bestehen in Deutschland andere gesetzliche Vorgaben. So stipuliert § 823 Abs. 2 BGB neben dem Verweis auf das Schutzgesetz nur in subsidiärer Weise ein Verschuldenserfordernis, nicht wie Art. 41 Abs. 1 OR, der Verschulden und Widerrechtlichkeit als gleichwertige Haftungsstufen behandelt. Das vorne erwähnte, systematische Argument hat in der Schweiz folglich mehr Gewicht.

998 Die beiden Einwände gegen die Auffassung, wonach der Verweis im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses gemäss Art. 41 Abs. 1 OR (zunächst) nur auf Verhaltensnormen, die Regelungen auf der Stufe der Pflichtverletzung treffen, erscheinen folglich eher nicht als durchschlagend, so dass diese meines Erachtens weiterhin bedenkenswert ist.

999 **Praktische Konsequenzen** dürfte die Auffassung vorab im Bereich der *Mitarbeiteraussenhaftung im vertraglichen Kontext* haben. Im *allgemeinen Rechtsverkehr* wird der Gesetzgeber jedenfalls im Kontext reiner Vermögensschädigungen kaum einfach Sorgfaltsobliegenheiten aufstellen, ohne das Verhalten, das unmittelbar in die Freiheitsphäre der Rechtsunterworfenen eingreift, zu unterbinden (bzw. Gebote zu stipulieren, die unmittelbar dafür sorgen, dass diese gewahrt wird). Das zeigt sich bei der Regelung der Geldwäscherei, in deren Rahmen eben auch ein Verbot der Annahme inkriminierter Gelder (vgl. Art. 305ter StGB), das in vorliegendem Kontext bereits erwähnte Verbot, eigentliche Geldwäschereihandlungen im Sinn von Art. 305bis StGB vorzunehmen, oder Meldepflichten und Pflichten zur Vermögenssperre (vgl. Art. 9 und 10 GWG) festgehalten werden. Im vertraglichen Bereich werden die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen, welche die Sorgfaltsobliegenheiten des *Fi-*

2131 Vgl. exemplarisch CANARIS, FS Larenz, 52 ff., der die entsprechenden Überlegungen unter dem Titel *«Die Funktionen der Schutzgesetze bei Verletzung der Rechte und Rechtsgüter des 823 I BGB»* anstellt (wobei § 823 Abs. 1 BGB den Schutz absoluter Rechtsgüter betrifft).

nanzdienstleisters selbst regeln, sodann regelmässig als Mindeststandards im Rahmen des Verschuldenserfordernisses Berücksichtigung finden[2132].

1000 Steht im vertraglichen Kontext hingegen die Haftung des Mitarbeiters aus Art. 41 Abs. 1 OR in Frage (die insbesondere im Insolvenzfall an Bedeutung gewinnt), fällt eine entsprechende Haftung in Nachachtung der vorliegend angedachten Auffassung unter Umständen *ausser Betracht*. So hat der Geschädigte dem Mitarbeiter gegenüber keinen vertraglichen Anspruch und die vertragliche Hauptpflicht wird regelmässig auch nicht durch eine Schutznorm geregelt sein, die gegenüber dem Mitarbeiter angerufen werden könnte. Fallen alsdann öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen, die nur (unselbstständige) Sorgfaltsobliegenheiten regeln, als Schutznormen weg, kann der Mitarbeiter auch auf dieser Grundlage nicht angegangen werden. Beispielhaft verweisen wir auf die zukünftige Vorgabe, im Hinblick auf eine anlegergerechte Vermögensverwaltung als Hauptpflicht eine Eignungsprüfung vorzunehmen (vgl. Art. 13 E-FIDLEG bzw. Art. 12 FIDLEG).

1001 Wie wohl die Entlastung des Mitarbeiters wertungsmässig – wie wir gesehen haben – tendenziell nicht geboten ist, ist sie hier nach meinem Dafürhalten vertretbar. So hat der Kunde den Vertrag (insbesondere) über die Hauptpflicht *mit der juristischen Person* abgeschlossen. Das ist gleichsam ihm zuzuschreiben, so dass ihm bei einer *(indirekten)* Verletzung der Hauptpflicht nicht unbedingt (auch) ein Anspruch *gegenüber dem Mitarbeiter* eingeräumt werden muss.

1002 Dieses Ergebnis dürfte auch dem Vergleich mit der Verletzung von Schutznormen standhalten, die Regelungen auf Stufe Pflichtverletzung treffen und mithin bei gegebenen übrigen Voraussetzungen weiterhin (auch) gegenüber dem Mitarbeiter als Schutznormen angerufen werden können. Im vertraglichen Kontext wird es sich dabei weitgehend um jene Vorschriften handeln, die potentiell auch als (vertragliche) Schutzpflichten zum Tragen kommen können. Deren Verletzung betrifft die Freiheitsphäre des Geschädigten *unvermittelt,* so exemplarisch wenn es der Vermögensverwalter, falls ein Kunde einmal eine Direktorder gibt, entgegen Art. 11 Abs. 1 Bst. a BEHG (bzw. *de lege ferenda* Art. 9 Abs. 2 Bst. c E-FIDLEG bzw. Art. 8 Abs. 1 Bst. d FIDLEG) unterlässt, über die Risiken des fraglichen Produkts aufzuklären. Die vorne im Kontext der Sorgfaltsobliegenheiten erwähnte Möglichkeit, dass der Vermögensverwalter seinen eigentlichen Pflichten gegenüber dem Kunden doch noch nachkommen kann, besteht hier *nicht*. Der Mitarbeiter hat den Schaden durch die Schutznormverletzung gleichsam *direkt* verursacht.

2132 Vgl. dazu hinten, Rn. 1163 ff.

Für weitere Beispiele von Verhaltensnormen, auf die der Verweis im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR *nicht* zielen würde, wenn man die in hiesigem Unterkapitel angedachte Auffassung teilt, verweisen wir im Übrigen auf unsere Überlegungen zu der Inbezugnahme öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen auf Stufe Verschulden und ‹Haftung für andere› (gleichsam den Haftungselementen, die mit dem Regelungsgehalt der Verhaltensnormen korrespondieren). 1003

III. Die haftpflichtigen Personen

1. Vorbemerkungen

Im vorliegenden, letzten Unterkapitel, das (nur) die ausservertragliche Haftung betrifft, geht es um die Frage nach der haftpflichtigen Person beziehungsweise den haftpflichtigen Personen. *Im Einzelnen* erörtern wir die folgenden **drei Problemkreise**: 1004

Wie dargelegt, ist der personale Anwendungsbereich öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen bisweilen auf Personen mit gewissen Sondereigenschaften beschränkt. Über diese Eigenschaften verfügen regelmässig allein juristische Personen. In der Folge stellt sich die Frage, ob und inwiefern neben den juristischen Personen auch *deren Mitarbeiter* haften, welche die Normen unmittelbar verletzt haben (vgl. dazu hinten, 2. Teil / 3. Kapitel / III. / 2.). 1004.1

Sodann hat das schweizerische Haftungsrecht eine sog. ‹personalistische Struktur›; das haben wir ebenfalls bereits erwähnt. Damit geht einher, dass *juristische Personen* grundsätzlich nicht unmittelbar haften. Vielmehr knüpft deren Haftung an das Fehlverhalten eines Individuums an, das der juristischen Person alsdann zugerechnet wird. Die Art und Weise, wie diese Zurechnung funktioniert, erläutern wir nachfolgend (vgl. dazu hinten, 2. Teil / 3. Kapitel / III. / 3.). 1004.2

Schliesslich besteht bei Straftatbeständen die Möglichkeit, dass sich neben dem eigentlichen Täter *Teilnehmer* strafbar gemacht haben. Diese können – wie wir kurz darstellen werden – auch zivilrechtlich haften (vgl. dazu hinten, 2. Teil / 3. Kapitel / III. / 4.). 1004.3

Daraus ergibt sich zunächst, dass wir die Umstände, unter denen **natürliche Personen als Vorgesetzte für das Verhalten ihrer Untergebenen** haften, nicht näher behandeln. Überblicksartig sei indessen Folgendes erwähnt: 1005

1006 In gewissen Situationen sorgen ausserprivatrechtliche Vorschriften für eine Zurechnung von Schutznormverletzungen von Untergebenen an ihre Vorgesetzten.

1006.1 Zu nennen ist insbesondere die sog. *strafrechtliche Organisationshaftung,* die – trotz der Bezeichnung – nicht die Organisation sondern deren Mitglieder trifft[2133]. Aufgrund von *Art. 13 StGB* können die Organe[2134] einer juristischen Person gemäss Bundesgericht gegebenenfalls für ein Delikt anderer natürlicher Personen desselben Betriebs belangt werden. Voraussetzung ist, dass sie es unterlassen, Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, die nach Möglichkeit von vornherein Widerhandlungen gegen betriebstypische Gefahren eindämmende Gesetze ausschliessen[2135]. Dabei kann insbesondere auch der Geldwäschereitatbestand durch Unterlassen erfüllt werden[2136].

1006.2 Ferner besteht die Möglichkeit, nach *Art. 33 FINMAG* gegen einen Vorgesetzten von Mitarbeitern, welche die Risikoaufklärungspflicht nach Art. 11 Abs. 1 Bst. a BEHG verletzten, ein Berufsverbot auszusprechen[2137].

1007 Diese Situationen dürften grundsätzlich analog zu den nachfolgend zu erörternden Fällen zu behandeln sein, in denen an juristische Personen gerichtete Pflichten auf natürliche Personen ausgedehnt werden. Die Sanktionsnormen, welche die Sanktionen an die Vorgesetzten richten (in den Beispielen Art. 13 StGB und Art. 33 FINMAG), sorgen insofern gleichsam für eine *Adressierung von Pflichten an die Vorgesetzten,* die ursprünglich an die Untergebenen (vgl. bspw. Art. 305bis StGB) oder an juristische Personen (vgl. bspw. Art. 11 BEHG) gerichtet sind. Aufgrund von Art. 13 StGB entstehen je nachdem freilich auch genuine Schutznormen.

1008 Ferner ist die aktienrechtliche Verantwortlichkeit bei der Delegation von Organaufgaben nach *Art. 754 Abs. 2 OR* zu nennen. Dabei handelt es sich indes um eine spezialgesetzliche Haftungsbestimmung. Diese behandeln wir im Rahmen vorliegender Studie ohnehin nicht näher.

1009 Mit Blick auf die Haftung nach *Art. 55 Abs. 1 OR* ist schliesslich die Frage zu beantworten, ob im Fall, dass eine Hilfsperson einen Schaden verursacht, die juristische Person Geschäftsherr ist oder die der Hilfsperson übergeordneten Organe. Gemäss

---

2133 Vgl. bspw. auch WAESPI, 68.

2134 Für eine weitere Aufschlüsselung vgl. CASSANI, Infraction sociale, 65.

2135 BGE 122 IV 103 (‹Von Roll-Entscheid›), E. VI / 2a / bb sowie bereits den entsprechenden Leitsatz; dazu u.a. T. KOLLER, SJZ 1996, überall; vgl. im Hinblick auf das Verwaltungsstrafrecht ferner Art. 6 Abs. 2 und 3 VstrR.

2136 Vgl. vorne, Rn. 821 m.H.

2137 Vgl. zu dieser Möglichkeit im Allgemeinen vorne Rn. 923 ff. m.H.; ferner HSU/BAHAR/FLÜHMANN, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 33 FINMAG, Rn. 13 m.w.H.

wohl überwiegender Lehre trifft ersteres zu[2138]. Das überzeugt mit Rücksicht auf die in der Schweiz vorherrschende (durch EUGEN HUBER institutionalisierte) Organtheorie[2139]. In deren Gefolge sind die Organe gleichsam *Teil* der juristischen Person[2140]. Entsprechend können sie in derartigen Situationen *auf der Grundlage von Art. 55 Abs. 1 OR* nicht zur Haftung gezogen werden[2141].

Das bedeutet selbstredend nicht, dass die juristische Person die aufgrund Art. 55 Abs. 1 OR vorgegebenen Sorgfaltsobliegenheiten *selbst* erfüllen muss. Sie kann bekanntlich ontisch ja kein tatsächliches Verhalten an den Tag legen. Vielmehr handelt sie – im Sinn der Organtheorie – auch insofern durch ihre Organe (die für ihr Verhalten auf der Grundlage von Art. 55 Abs. 1 OR jedoch nicht haften).

Sodann besteht die Möglichkeit, dass natürliche und juristischen Personen *oder* mehrere natürliche Personen (und zwar nicht nur bei Teilnahme sondern bspw. auch bei Mittäterschaft) für denselben Schaden ins Auge gefasst werden können. Die Frage, wie sich entsprechende **Ansprüche gegen mehrere Personen zueinander verhalten**, wird im allgemeinen Deliktsrecht durch Art. 50 f. OR geregelt. 1010

Art. 50 OR geht dabei in Situationen, in denen der Schaden durch die Anspruchsgegner gemeinsam verschuldet wurde, von *echter Solidarität* aus. In vorliegend näher zu diskutierenden Situationen liegt ein gemeinsames Verschulden bei Mittäter- oder Gehilfenschaft vor (vgl. Art. 50 Abs. 1 OR). Ferner besteht *«bei jeder Tätigkeit eines Organs eine Solidarhaftung zwischen der juristischen Person (Art. 55 Abs. 2 ZGB) und dem Organ (Art. 55 Abs. 3 ZGB)»,* da hier bereits rechtlich ein gemeinsames Verschulden vorliegt[2142]. 1010.1

2138 Vgl. REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Rn. 911 m.w.H.; WAESPI, 21 f. m.w.H.

2139 Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2, Rn. 22 m.w.H. Ferner liegt es an der Übernahme der Organtheorie im Rahmen der Revision des OR von 1911, dass Art. 62 Abs. 2 OR gestrichen werden konnte (vgl. OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, Art. 55 ZGB, Rn. 4; m.H. auf C. BURCKHARDT [entspricht S. 537 f. der in der ZSR 1903 erschienen Version]. Die Vorschrift erwähnte die juristische Person noch besonders, weil man auf Grundlage der das aOR von 1881 beherrschenden Fiktionstheorie (vgl. DIES., a.a.O.) ausdrücklich festhalten musste, dass der *«Entschuldigungsbeweis nicht etwa darauf gestützt werden dürfe, dass eine juristische Person überhaupt nicht fähig sei, in eigener Person ein Delikt zu begehen oder zu verhindern, und dass ihr daher überhaupt gar kein Mangel an Sorgfalt bei Verhütung des Delikts zur Last fallen könne»,* vgl. Botschaft aOR, 191).

2140 Vgl. dazu auch noch hinten, Rn. 1049 m.H.

2141 Vgl. auch WAESPI, 48; sowie im Ergebnis SPITZ, SJZ 2003, 169; vgl. für einige wenige H. zu anderen potentiellen Haftungsgrundlagen insb. noch die Ausführungen zum Ad hoc-Publizitätsfall hinten, Rn. 1206.2.

2142 BREHM, BK, Art. 50 OR, Rn. 21.

1010.2 Art. 51 OR geht von Anspruchskonkurrenz beziehungsweise *unechter Solidarität* aus[2143]. Die Vorschrift kommt besonders dann zum Zug, wenn eine juristischen Person aus Art. 55 Abs. 1 OR und eine natürliche Person aus Art. 41 Abs. 1 OR haften[2144]; beziehungsweise wohl ganz allgemein, falls juristische Personen und deren Hilfspersonen für denselben Schaden ersatzpflichtig gemacht werden sollen[2145].

1011 Nähere Überlegungen zum Verhältnis potentieller Ansprüche gegen mehrere Personen stellen wir im Rahmen vorliegender Studie ebenfalls *nicht* an.

1012 Schliesslich ist aus praktischer Warte auf die Möglichkeit eines **Haftungsausschlusses zugunsten Dritter** hinzuweisen[2146]. Diese Möglichkeit wird in jenen Situationen relevant, in denen zwischen der juristischen Person und dem Geschädigten ein Vertrag besteht. In diesen Vertrag kann grundsätzlich ein Haftungsausschluss inkludiert werden, der nicht nur die Haftung der juristischen Person betrifft, sondern auch die Haftung ihrer Mitarbeiter[2147]. Auch bei einem Haftungsausschluss zugunsten Dritter müssen sich die Parteien selbstredend an den Rahmen der zwingenden schweizerischen Rechtsordnung halten, wobei in vorliegendem Zusammenhang insbesondere darauf hinzuweisen ist, dass der vertragliche Ausschluss einer deliktischen Haftung (*in casu* vorab des Mitarbeiters) grundsätzlich zulässig ist.

2. Adressierung von Schutznormen an natürliche Personen

A. Vorbemerkungen

1013 Die nachfolgenden Überlegungen stehen im Kontext der vorne dargelegten Anforderung, wonach bei einem Verweis auf (insbesondere) öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR auch deren *personaler Anwendungs-*

2143 Vgl. zur Unterscheidung von echter und unechter Solidarität nur BREHM, BK, Art. 51 OR, Rn. 17 ff.; sowie GRABER, BSK-OR I, Art. 50, Rn. 2 ff.

2144 BREHM, BK, Art. 55 OR, Rn. 39 und 69.

2145 Vgl. zur vertraglichen Haftung der juristischen Person in Konkurrenz zu der deliktischen Haftung der Hilfsperson bereits vorne, Rn. 835 ff.

2146 Vgl. dazu und zum Folgenden P. KRAUSKOPF, Rn. 1708 ff. Vorliegend ins Auge gefasste Möglichkeit ist gemäss DEMS., Rn. 1712, als ‹antizipierter Erlass zugunsten Dritter› zu qualifizieren.

2147 Vgl. insofern das von P. KRAUSKOPF, Rn. 1709, zit. Bsp. aus der deutschen Gerichtspraxis.

bereich gegeben sein muss[2148]. Ein Problemaufriss ist im Prinzip bereits erfolgt. Gewisse öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen richten sich praktisch regelmässig zunächst allein an juristische Personen. Im Finanzmarktzusammenhang sind dies oftmals Bewilligungsträger oder sonst wie durch das Aufsichtsrecht ins Auge gefasste Institute. Beispiele für solche Normen sind Art. 11 BEHG, Art. 305ter StGB und die Pflichten gemäss GWG oder die Verhaltensregeln gemäss FIDLEG. Deren Adressaten sind Effektenhändler, Finanzintermediäre oder Finanzdienstleister. In der Folge stellt sich die Frage, ob der personale Anwendungsbereich grundsätzlich *auf diese Personen beschränkt* ist *oder* ob er *auf deren Mitarbeiter ausgedehnt* werden kann, welche die Pflichtverletzung tatsächlich begangen haben.

Die Lösung knüpft an vorliegend vertretenes *Erfordernis der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung* an, das wir für die Schutznormeigenschaft öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen als konstitutiv herausgestellt haben[2149]. Dabei haben unsere Ausführungen ergeben, dass die ausserprivatrechtlichen Sanktionen besondere Bedeutung haben, wenn es darum geht zu bestimmen, ob öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen eine verhaltensbestimmende Wirkung zukommen soll. 1014

Auf dieser Grundlage ist nach meinem Dafürhalten nunmehr dann von einer Ausdehnung des personalen Anwendungsbereichs auszugehen, wenn die Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Verhaltensnorm mit *Sanktionen* bewehrt ist, die *natürliche Personen* treffen und auf diese entsprechend verhaltensbestimmend wirken. Sie stehen in der Regel *neben* den Sanktionen, die an die juristischen Person gerichtet sind (im Aufsichtsrecht insb. Art. 31 ff. FINMAG und im [Verwaltungs-]Strafrecht insb. Art. 102 StGB sowie Art. 7 VstrR bzw. Art. 49 FINMAG). In der deutschen Doktrin wird eine Adressierung der Pflichten an natürliche Personen in diesem Sinn wohlgemerkt auch von solchen Stimmen gefordert, die das Erfordernis einer Sanktionierung im angestammten Rechtsgebiet im Allgemeinen nicht auf den Schild heben[2150]. 1015

Nachfolgend widmen wir uns verschiedenen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen, welche öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen, die zunächst (zumindest unter anderem) an juristische Personen gerichtet sind, entsprechend sanktionieren und damit für eine Ausdehnung von deren Adressatenkreis sorgen. Dazu ist *vorab* folgendes zu bemerken: 1016

2148 Vgl. dazu und zum Folgenden vorne, Rn. 883 ff.

2149 Vgl. dazu und zum Folgenden vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 4. / A., *passim*.

2150 Vgl. MAIER-REIMER, NJW 2007, 3159 und 3160 f.

1016.1 Erstens handelt es sich bei den einschlägigen Sanktionen entweder um Strafen oder um das Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG. Diesen kommt – wie die vorne stehenden Überlegungen ergeben haben[2151] – *verhaltensbestimmende Wirkung* zu.

1016.2 Die Sanktionen oder deren Ausrichtung auf die natürlichen Personen sind zweitens bisweilen in von der Verhaltensnorm losgelösten Normen vorgesehen. Würde man die Auffassung vertreten, wonach in solchen Situation allein auf die Verhaltensnormen abzustellen ist, würde eine Ausdehnung des Adressatenkreises kaum gelingen[2152]. Wie wir freilich im Allgemeinen bereits dargelegt haben, sind die Gründe für (jedenfalls) eine Trennung von Verhaltens- und Sanktionsnormen allerdings weitgehend gesetzestechnischer Natur. Abgesehen davon, sprechen mit Blick auf die einzelnen Bestimmungen noch weitere Gründe dafür, die redaktionell getrennten Normen *zusammen zu lesen*. Darauf kommen wir bei der Darstellung der Bestimmungen im Einzelnen zurück. Im Übrigen hat die Zusammenschau der redaktionell getrennten Normen zur Folge, dass es keine Rolle spielt, ob etwaige Haftungselemente, die im Zivilrecht zu berücksichtigen sind, an die Verhaltens- oder die Sanktionsnorm anknüpfen. Dafür verweisen wir auf vorne stehende Ausführungen (vgl. 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 7.).

1016.3 Gelingt die Ausdehnung des personalen Anwendungsbereichs der fraglichen öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen auf natürliche Personen im Grundsatz, ist drittens immer noch zu bestimmen, an welche *‹Kategorie› von natürlichen Personen* sich die Sanktionen richten. Dabei sind – wie sich zeigen wird – nicht stets sämtliche Kategorien von Mitarbeitern erfasst. In dieser Situation ergibt eine konsequente Anwendung des Erfordernisses der privatrechtlichen Verhaltensbestimmung, dass jene Personen, die *nicht* darunter fallen, auch keine Schadenersatzansprüche gemäss Art. 41 Abs. 1 OR befürchten müssen. Da an ihre Adresse mangels ausserprivatrechtlicher Sanktionierung grundsätzlich kein uneingeschränkter Verhaltensbefehl gerichtet ist, liegen sie ausserhalb des deliktsrechtsrelevanten personalen Anwendungsbereichs der potentiellen Schutznormen.

1016.4 Viertens ist endlich zu vermerken, dass das Erfordernis der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung auf das Rechtsgebiet zielt, dem die Vorschriften ursprünglich entstammen. Die Normadressaten müssen in vorliegendem Kontext gleichsam durch *öffentlich-rechtliche Sanktionen* unbedingt zu einem bestimmten Verhalten angewiesen werden. Demnach ist es unzureichend, die Verhaltensbestimmung (erst) dadurch herzustellen, dass an eine Verletzung der Norm zivil-

---

2151 Vgl. Rn. 771.

2152 Vgl. bereits vorne, Rn. 916 f.

rechtliche Sanktionen anknüpfen[2153] (wie in vorliegendem Zusammenhang exemplarisch solche arbeitsrechtlicher Natur).

B. Art. 29 StGB

Art. 29 StGB (‹Vertretungsverhältnisse›) betrifft strafrechtliche Sonderdelikte, die von einem Tätermerkmal ausgehen, das zunächst allein durch einen der in der Vorschrift aufgezählten Geschäftsbetriebe erfüllt wird[2154]. Wir konzentrieren unsere nachfolgenden Ausführungen auf juristische Personen. Als einschlägige strafrechtliche Sonderdelikte in Frage kommen etwa (i) die Veruntreuung (Art. 138 StGB) oder die ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB), falls zunächst eine juristische Person für die Vermögenswerte des Opfers verantwortlich zeichnet, (ii) die Insolvenzdelikte (Art. 163 ff. StGB), falls es sich beim Schuldner um eine juristische Person handelt, oder (iii) Art. 305ter StGB für den Fall, dass der Finanzintermediär eine juristische Person ist. Die Strafvorschriften der Finanzmarktrechtserlasse werden als Verwaltungsstrafrecht von Art. 29 StGB ebenfalls erfasst (vgl. Art. 333 StGB bzw. Art. 2 VStrR)[2155]. 1017

Art. 29 StGB schreibt sodann vor, dass Sonderdelikte, die sich (unter anderem) an eine juristische Person richten, deren *Organen, tatsächlichen Leitern, Gesellschaftern sowie Mitarbeitern mit selbstständigen Entscheidungsbefugnissen zugerechnet* werden. Für eine nähere Bestimmung dieser Begriffe verweisen wir auf die strafrechtliche Literatur[2156]. In vorliegendem Kontext könnte man im Zusammenhang mit dem Untreuetatbestand oder der ungetreuen Geschäftsbesorgung beispielsweise die Frage stellen, ob es sich in einer Bank bei einem Kundenbetreuer um einen Mitarbeiter mit selbstständigen Entscheidungsbefugnissen handelt[2157]. 1018

2153 Vgl. auch MAIER-REIMER, NJW 2007, 3159 und 3160 f.

2154 Die Vorschrift ersetzte im Rahmen der Revision des allgemeinen Teils des StGB vor Art. 172 aSTGB, der *nota bene* nur Vermögensdelikte erfasste.

2155 Vgl. bspw. CASSANI, CR-CP I, Art. 29, Rn. 8; WEISSENBERGER, BSK-SR I, Art. 29 StGB, Rn. 4. Nicht zu sorgen für diese Zurechnung vermag endlich Art. 6 Abs. 1 VstrR, da er «im Sinne einer Deklaration» nur das sog. Täterprinzip wiederholt, wonach der *«originäre Anknüpfungspunkt für die strafrechtliche Beurteilung eines Verhaltens* [..] *die handelnde natürliche Person»* ist (EICKER/FRANK/ACHERMANN, 50 f.); ebendies stellt nun auch CASSANI klar (vgl. Jdbf 2008, 61 m.w.H.).

2156 Vgl. CASSANI, CR-CP I, Art. 29, Rn. 14 ff.; WEISSENBERGER, BSK-SR I, Art. 29 StGB, Rn. 10 ff.

2157 Dahingehend im Hinblick auf die ungetreue Geschäftsbesorgung bspw. HIESTAND, 175.

1019 Die zivilrechtlichen Implikationen von Art. 29 StGB sind meines Wissens weitgehend ungeklärt[2158]. Die deutsche Deliktsrechtspraxis und -doktrin macht sich die analoge Vorschrift (Art. 14 dStGB) zur Bestimmung des Normadressaten dagegen zu Nutze, wenn eine Haftung aufgrund Verletzung strafrechtlicher Schutznormen in Frage steht[2159]. Dem ist für die Schweiz meines Erachtens zuzustimmen.

1020 So sind die Sonderdelikte mit Art. 29 StGB *zusammen zu lesen*. Dies gebietet schon nur die Gesetzessystematik, welche die Vorschrift im allgemeinen Teil des Strafrechtgesetzbuchs verortet und sie damit vor die Klammer der Sonderdelikte zieht. Art. 29 StGB seinerseits überträgt sodann *«die täterschaftliche Qualifikation von der juristischen Person auf* [unter anderem] *deren Organe»*[2160], infolgedessen das Strafrecht beispielsweise mit ‹Vertragspartner›, ‹Schuldner› oder ‹Finanzintermediär› zwar durchaus die juristische Person meint, diese aus dem persönlichen Geltungsbereich der Sonderdelikte aber ihrerseits ausnimmt. Die Bestimmung bringt damit gleichsam zum Ausdruck, dass sich die Strafvorschriften zunächst an natürliche Personen richten, derweil juristische Personen im Strafrecht nur unter qualifizierten Voraussetzungen strafrechtlich belangt werden können[2161]. Schliesslich wird für das

---

2158 Die Vorschrift wird im haftpflichtrechtlichen Zusammenhang weder von HEIERLI noch von VERDE erwähnt, die sich monographisch (ersterer zumindest unter anderem) strafrechtlichen Schutznormen widmen. VERDE, Straftatbestände, Rn. 408 und 462, könnte allerdings dahingehend verstanden werden, dass er die Vorschrift nicht berücksichtigen will.

2159 Vgl. bspw. WAGNER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 823, Rn. 388; DERS., MünchKommBGB, 5. Aufl., Rn. 392, dort m.H. u.a. auf einen Entscheid des BGH, der *nota bene* das Nebenstrafrecht betraf (VersR 2006, 1374); oder MAIER-REIMER, NJW 2007, 3158 f. und überall; insb. zur Rechtslage in Österreich vgl. sodann KAROLLUS, 245 ff., wobei er eine in der Schweiz bereits im Rahmen von StGB 29 durchaus reflektierte Differenzierung vornimmt; a.A. ist u.a. PAEFGEN (vorab mit Blick auf den deutschen Untreuetatbestand, dStGB 266), der sich freilich auf das Kriterium der ‹Tragbarkeit im haftungsrechtlichen Gesamtsystem› beruft, das für die Schweiz abzulehnen ist (vgl. GmbHG-Komm., § 43, Rn. 213 ff. und Rn. 166 m.w.H.).

2160 So zutr. das Bundesgericht zur Vorgängervorschrift von aStGB 172 (BGE 116 IV 26, E. 4b; vgl. auch WEISSENBERGER, BSK-SR I, Art. 29 StGB, Rn. 1 m.w.H.). Davon, dass im Strafrecht die Bestimmung des persönlichen Geltungsbereichs einer Verhaltensnorm jeweils durch die Festlegung der Tätereigenschaft erfolgt, kann sodann ausgegangen werden (so ohne Weiteres auch SCHNEIDER, 81 f., sowie auch 72 ff.).

2161 Damit geht einher, dass in der deutschen und österreichischen Doktrin die entsprechenden Bestimmungen bisweilen auf die fehlende oder eingeschränkte strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens zurückgeführt werden (vgl. PAEFGEN, GmbHG-Komm., § 43, Rn. 216 [zum deutschen Recht]; KAROLLUS, 247 [zum österreichischen Recht]). Auf dieser Grundlage könnte man vorliegend vertretener Auffassung, wonach Art. 29 StGB auch im Deliktsrecht zu berücksichtigen ist, das Kriterium der Sanktionsspezifität entgegenhalten, zumal dieses nicht vom Grundsatz ausgeht, dass juristische Personen sich nicht straf-

deutsche Recht festgehalten, dass es oftmals nur eine Frage der Gesetzestechnik sei, ob einzelne Straftatbestände als Sonderdelikte ausgestaltet sind und deshalb der Umweg über Art. 14 dStGB gegangen werden muss, *oder* sich diese direkt an die für die juristische Person tätigen natürlichen Personen richten[2162]. Dies dürfte für die Schweiz ebenso zutreffen.

Insgesamt ist Art. 29 StGB also mit den einzelnen Sonderdelikten zusammen zu lesen, so dass eine Vorschrift entsteht, welche den in Art. 29 StGB genannten natürlichen Personen im Licht der diesen gegenüber angedrohten Strafsanktionen einen uneingeschränkten Verhaltensbefehl erteilt. Die entsprechende Ausdehnung des personalen Anwendungsbereichs der Sonderdelikte ist folglich auch im Rahmen des *Haftungstatbestands von Art. 41 Abs. 1 OR* zu berücksichtigen. 1021

C. Strafvorschriften in aufsichtsrechtlichen Erlassen

Eine andere Regelungstechnik findet man in gewissen aufsichtsrechtlichen Erlassen vor. Diese besteht darin, dass allgemein die Verhaltensnormen an Bewilligungsträger oder anderweitig durch das Aufsichtsrecht erfasste Institute gerichtet werden, bei denen es sich praktisch oftmals um juristische Personen handelt. An diese Verhaltensnormen schliessen alsdann *separate Strafnormen* an, die keine besonderen Tätereigenschaften voraussetzten (sog. Allgemeindelikte). Sie richten sich infolgedessen im Licht des sog. strafrechtlichen Täterprinzips[2163] zunächst an die natürlichen Personen, die das inkriminierte Verhalten an den Tag legen. Mithin werden diese erst durch die Strafnormen zu Adressaten der Verhaltensvorgaben gemäss den Verhaltensnormen. Beispiele sind *de lege lata* bspw. Art. 42a BEHG i.V.m. der Journalführungspflicht nach Art. 15 BEHG (die den Effektenhändler betrifft), Art. 37 GWG i.V.m. der Meldepflicht nach Art. 9 GWG (die [unter anderem] der Finanzintermediär zu erfüllen hat) und *de lege ferenda* Art. 92 E-FIDLEG bzw. Art. 89 FIDLEG i.V.m. den dort aufgezählten Verhaltensregeln (die sich an die Finanzdienstleister richten, wobei beaufsichtigte Finanzinstitute und die Personen, die für sie tätig sind, durch das Parlament nunmehr vom Geltungsbereich der Strafvorschriften ausgenommen wurden [vgl. Art. 92 FIDLEG]). 1022

---

bar machen können (Parömie: *Societas non delinquere potest*). Allerdings geht das schweizerische Deliktsrecht aufgrund seiner personalistischen Struktur grundsätzlich ebenfalls zunächst von einem Verhalten natürlicher Personen aus. Strafrechtliche Normen, welche die Funktion haben, diesem Ausgangspunkt Nachachtung zu verschaffen, entsprechen dessen Konzeption insofern gleichsam.

2162 Vgl. VERSE, ZHR 2006, 410.

2163 Vgl. dazu nur Fn. 2155 m.H.

1023 Eine isolierte Betrachtung der Verhaltensnormen könnte auch hier ergeben, dass deliktsrechtlich aufgrund des Verweises im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR allein die Personen angegangen werden können, die in deren personalen Anwendungsbereich fallen, also *in casu* nur die juristischen Personen.

1024 Wie bereits dargelegt, dürfte die redaktionelle Trennung von Verhaltens- und Sanktionsnormen jedoch in aller Regel gesetzestechnische Gründe haben[2164]. In vorliegendem Kontext ist dabei von besonderem Gewicht, dass sich das *Straf- und das Aufsichtsrecht prinzipaliter an andere Adressaten richten;* dieses – besonders in Nachachtung des Grundsatzes der Institutsaufsicht[2165] – zunächst an (regelmässig) juristische Personen als Aufsichtsrechtssubjekte und jenes – wie eben erwähnt – zunächst an natürliche Personen. Die Verhaltensnormen sind dabei aus der Perspektive des Aufsichtsrechts formuliert; die Sanktionsnormen aus jener des Strafrechts. Vor diesem Hintergrund geht es meines Erachtens nicht um eine eigentliche Ausdehnung des personalen Anwendungsbereichs der Verhaltensnormen. Vielmehr liegen strafrechtliche Vorschriften vor, die neben dem Aufsichtsrecht herlaufen und dabei Verhaltensvorgaben in Bezug nehmen, die in aufsichtsrechtlichen Vorschriften aufgestellt sind. Mithin sind die Sanktions- und Verhaltensnormen *zusammen zu lesen*. Zusammen weisen sie die gemäss dem Täterprinzip in den Sanktionsnormen vorab referenzierten natürlichen Personen im Licht der Strafsanktion in unbedingter Weise an, das im Rahmen der Verhaltensnorm vorgeschriebene Tun oder Unterlassen zu gewärtigen.

1025 Dieses Ergebnis schlägt endlich auch auf das *Deliktsrecht* durch, wenn sich die Frage stellt, ob die Vorschriften aufgrund des Verweises im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR gesamthaft Eingang in den Haftungstatbestand finden sollen. Die Frage ist demnach grundsätzlich zu bejahen. *Im Ergebnis* sorgen die Sanktionsnormen folglich durchaus für eine Ausdehnung des personalen Anwendungsbereichs der Verhaltensnormen[2166].

Diese Schlussfolgerung lässt sich meines Erachtens im Übrigen anhand eines Blicks auf Strafvorschriften bestätigen, die – im Sinn einer alternativen Gesetzestechnik – selbst eine vollständige Regelung treffen, aber *in der Sache* ebenfalls Verhaltensnormen in Bezug

---

2164 Vgl. dazu vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 7. / C. / a., *passim*.

2165 Vgl. für H. vorne, nach Rn. 774.

2166 A.A. zum deutschen Recht in der Sache – freilich mit Blick auf die ‹Tragbarkeit im haftungsrechtlichen Gesamtsystem›, das für die Schweiz abzulehnen ist – bspw. MÜLLER-CHRISTMANN, DB 2011, 751 (betr. Pflichten im Zusammenhang mit der Erstellung eines Basisinformationsblatt [vgl. insofern zur zukünftigen Schweizer Regelung im Übrigen noch sogl. hinten]).

nehmen, die sich zunächst an (regelmässig) juristische Personen richten. In der zukünftigen Strafvorschrift von Art. 93 Abs. 2 E-FIDLEG bzw. Art. 90 Abs. 2 FIDLEG werden beispielsweise Pflichten im Zusammenhang mit dem sog. Basisinformationsblatt wiederholt, deren Adressaten gemäss Art. 10 Abs. 2 E-FIDLEG bzw. Art. 8 Abs. 3 f. und Art. 9 Abs. 2 FIDLEG zunächst die Finanzdienstleister sind. In ähnlicher Weise stellt Art. 45 FINMAG Handlungen von natürlichen Personen betreffend die Auskunftspflicht gegenüber unter anderem der Aufsichtsbehörde unter Strafe, der ihrerseits zunächst die beaufsichtigten Institute unterstehen (vgl. Art. 29 FINMAG). Dass die deliktsrechtliche Inbezugnahme von öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen nicht davon abhängen darf, welcher dieser beiden Techniken sich der Gesetzgeber bedient, liegt meines Erachtens auf der Hand.

D. Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG

Die vorne stehenden Überlegungen zeigen, dass der Anwendungsbereich von Verhaltensnormen, die sich zunächst an (regelmässig) juristische Personen richten, (i) im Rahmen des (Verwaltungs-)Strafrechts und (ii) über die Grenze zwischen Aufsichts- und (Verwaltungs-)Strafrecht hinaus eine Ausdehnung auf natürliche Personen erfahren kann. Nunmehr widmen wir uns zum Abschluss der Frage, ob und inwiefern der personale Anwendungsbereich aufsichtsrechtlicher Verhaltensnormen *im Aufsichtsrecht selbst* eine (deliktsrechtsrelevante) Ausweitung erfährt. Im Fokus steht dabei Art. 33 FINMAG[2167]. 1026

Gemäss dieser Vorschrift kann im Fall einer ‹schweren Verletzung›[2168] aufsichtsrechtlicher Bestimmungen gegenüber einer *‹verantwortlichen (natürlichen) Person›* ein Berufsverbot ausgesprochen werden. Die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen richten sich wiederum in der Regel zunächst an juristische Personen, so dass sich die Frage einer Erweiterung von deren Adressatenkreis auf die von Art. 33 FINMAG erfassten natürlichen Personen hier ebenfalls stellt. 1027

Welche Mitarbeiter eines beaufsichtigten Instituts alle unter die Kategorie der ‹verantwortlichen Personen› im Sinn von Art. 33 FINMAG fallen, erscheint als noch nicht geklärt[2169]. Das Berufsverbot wird nur hinsichtlich *‹Tätigkeiten in leitender Stellung›* ausge-

---

2167 In diesem Zusammenhang ist besonders zu vermerken, dass sich die Sanktionen gemäss KR – im Gegensatz zu jenen gemäss Art. 33 FINMAG – *weder* an die Organe noch an andere natürliche Personen, sondern allein an die Emittenten richten (vgl. Art. 61 KR sowie SIEBENECK, 193 ff. m.w.H., u.a. auf die Rechtslage in Deutschland, wo es sich anders verhält; ferner bspw. GRAF, GesKR 2014, 515). Eine Ausdehnung des personalen Anwendungsbereichs gelingt hier daher nicht.

2168 Vgl. näher dazu vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 7. / C. / b., *passim*.

2169 Vgl. dazu und zum Folgenden BRAIDI, Rn. 1079 ff.

sprochen. Entsprechend werden als Grundpositionen zum einen vertreten, dass nur Personen in Frage kommen, die bereits im Zeitpunkt des rechtsrelevanten Verhaltens eine ‹leitende Stellung› innehaben, oder zum andern, dass alle Mitarbeiter erfasst sind, zumal die ‹leitende Stellung› nur im Kontext der auszusprechenden Sanktion erwähnt wird. GUILLAUME BRAIDI schlägt im Sinn eines Mittelwegs vor, dass die FINMA jeweils prüfen müsse, ob eine Person Potential habe, zukünftig eine leitende Stellung einzunehmen[2170]. Er dürfte damit das Richtige treffen, zumal diese Prüfung im Licht des Verhältnismässigkeitsprinzips (namentlich bereits im Rahmen des Kriteriums der Geeignetheit der Massnahme) ohnehin vorgenommen werden muss. Immer noch zu bestimmen ist alsdann freilich, unter welchen Umständen von einer leitenden Stellung ausgegangen werden kann[2171].

1028 Die mithin aufgeworfene Frage hat vorab in zwei Situationen *praktische Relevanz:*

1028.1 Zum einen können (zunächst an juristische Personen gerichtete) aufsichtsrechtliche Vorschriften bestehen, die *überhaupt nicht* (verwaltungs-)strafrechtlich sanktioniert sind, so dass deren Adressierung an die Mitarbeiter der juristischen Personen gemäss den vorne stehenden Ausführungen nicht gelingt. Beispielhaft zu nennen ist dabei Art. 11 BEHG oder auch die Sorgfaltspflichten gemäss GWG, an die keine (verwaltungs-)strafrechtlichen Sanktionen anknüpfen (wie bspw. Art. 10 GWG).

1028.2 Zum andern können die Strafvorschriften *strengere Sanktionsvoraussetzungen* aufstellen, die gemäss vorne stehenden Überlegungen im deliktsrechtlichen Haftungstatbestand Berücksichtigung finden, so zukünftig bspw. Art. 92 E-FIDLEG bzw. Art. 89 FIDLEG, der mit Blick auf die Verletzung der Verhaltensregeln gemäss FIDLEG Vorsatz voraussetzt, derweil im Rahmen von Art. 33 FINMAG, der die Verhaltensregeln ebenfalls bewehrt (vgl. Art. 90 E-FIDLEG bzw. Art. 87 FIDLEG), Fahrlässigkeit genügt.

1029 Kein Hindernis stellt auch hier der Umstand dar, dass Art. 33 FINMAG als Sanktionsnorm von den Verhaltensnormen redaktionell getrennt ist. Das haben im Grundsatz bereits die bezüglichen allgemeinen Ausführungen ergeben[2172]. Dazu kommt, dass sich die aufsichtsrechtlichen Verhaltensnormen aufgrund des Grundsatzes der Institutsaufsicht naturgemäss zunächst an die beaufsichtigten Institute richten. Dieser Grundsatz wird mit der Regelung des Berufsverbots gleichsam durchbrochen[2173], mit dem Zweck, auch gewisse natürliche Personen zur Verantwortung ziehen zu kön-

---

2170 Vgl. Rn. 1084 ff.

2171 Vgl. dazu ebenfalls BRAIDI, insb. Rn. 1206 ff.

2172 Vgl. vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 7. / C. / a., *passim*.

2173 Vgl. vorne, Rn. 919.2 m.H.

nen[2174]. Insofern würde es zu kurz greifen, darauf zu verweisen, dass das Aufsichtsrecht mit den Verhaltensnormen, was deren personalen Anwendungsbereich betrifft, eine abschliessende Regelung treffen will. Vielmehr sind die Verhaltensnormen und die Sanktionsnorm (*scil*. Art. 33 FINMAG) auch hier *zusammen zu lesen*. Auf diese Weise erteilen sie den in Art. 33 FINMAG referenzierten ‹verantwortlichen Personen› aufgrund des verhaltensbestimmenden Charakters des Berufsverbots einen uneingeschränkten Verhaltensbefehl.

Damit sorgt Art. 33 FINMAG dafür, dass die zu Grunde liegenden Verhaltensnormen als *deliktsrechtliche Schutznormen* auch gegenüber den verantwortlichen (natürlichen) Personen angerufen werden können, an die sich Art. 33 FINMAG richtet. 1030

Eine Person, die aus dem personalen Anwendungsbereich von Art. 33 FINMAG herausfällt (bspw. weil sie klarerweise keine Aussicht auf eine leitende Stellung innehat), kann meines Erachtens demgegenüber auch deliktsrechtlich nicht belangt werden (wenn eine Adressierung der fraglichen Verhaltensnorm nicht über eine andere Vorschrift gelingt). Die (ausgelegte) Vorschrift zum Berufsverbot kann nicht dahingehend verstanden werden, dass sie auch das Verhalten derartiger Personen zu bestimmen bezweckt. 1031

Dass bei der Auslegung der Vorschrift (besonders im Hinblick auf die Bestimmung von deren Adressaten) der vorab öffentlich-rechtliche Grundsatz der Verhältnismässigkeit eine gewisse Rolle spielt, steht dem im Übrigen nicht entgegen, solange man – wie vorliegend – die Auffassung vertritt, dass die Schutznormen gemäss den Vorgaben ihres angestammten Rechtsgebiets auszulegen sind[2175].

3. Haftung juristischer Personen

A. Vorbemerkungen

Im Hinblick auf die Beantwortung der Frage, ob und inwiefern juristische Personen für das Verhalten natürlicher Personen haften, sind meines Erachtens zunächst **zwei Prämissen** zu evaluieren. 1032

Die erste ist unhintergehbar und lautet dahingehend, dass (auch Finanz-)**Unternehmen ontisch nicht handeln** können. Entsprechend kommt man – im Prinzip[2176] – 1033

2174 Vgl. nur Botschaft FINMAG, 2881 f.; GRAF, AJP 2014, 1201.

2175 Vgl. vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 4. / C., *passim*.

2176 Vgl. für Konstellationen, in denen eine ‹entpersönlichte› Feststellung von Pflichtverletzungen durch juristische Personen als möglich erscheint, sogl. hinten.

nicht umhin, der juristischen Person ein (unrechtmässiges) Verhalten einer natürlichen Person zuzurechnen[2177].

1034 Die zweite betrifft die Struktur des positiven schweizerischen Haftpflichtrechtssystems. Wie wir bereits mehrmals erwähnt haben, wird diesem im Allgemeinen eine sog. **‹personalistische Struktur›** zugestanden, wonach zunächst ein *Fehl*verhalten einer natürlichen Person vorliegen muss, das der juristischen Person alsdann zugerechnet wird[2178].

1035 Daran schliesst an, dass eine *Zurechnungsnorm* erforderlich ist, um die Haftung der juristischen Person zu begründen. Die personalistische Struktur des schweizerischen ausservertraglichen Haftpflichtrechts ist gleichsam nicht nur eine Floskel, sondern: Auch wenn die juristische Person ontisch nicht handeln kann, ist sie *rechtlich eine andere Person* als die natürliche Person. Sobald aber die Haftung einer Person für das Verhalten einer anderen in Frage steht, sind naturgemäss Zurechnungsnormen erforderlich. Das schweizerische Deliktsrecht sieht solche denn auch vor (vgl. Art. 55 Abs. 1 OR *und* Art. 55 Abs. 2 ZGB[2179]). Wie die zweite Vorschrift belegt, schlägt sie diesen Weg selbst betreffend das Verhalten der Organe ein. Bei diesen handelt es sich gleichfalls um andere Personen, wie wohl diese aufgrund der Organtheorie *auch* als ‹Teil› der juristischen Person behandelt werden[2180].

2177 Eine Zurechnung findet ja auch bereits dann statt, wenn man von einer strikten Haftung für *jegliches* Verhalten der Mitarbeiter ausgehen würde, ist doch dann immer noch zu bestimmen, ob es sich dabei um einen Mitarbeiter handelt oder nicht. Eine derartige Haftung wird im Übrigen kaum je anzutreffen sein, weil jedenfalls rein privates Verhalten eines Mitarbeiters wohl stets ausgenommen wird.

2178 Vgl. vorne, Rn. 841 m.H. Ferner findet die personalistische Struktur eine Bestätigung in den sogl. nachfolgenden Hinweise dazu, dass eine Haftung juristischer Personen direkt gestützt auf Art. 41 Abs. 1 OR mit dessen Vorgaben kaum vereinbar ist.

2179 Und die entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Vorschriften (vgl. betr. die Aktiengesellschaft Art. 722 OR).

2180 Entsprechend wurde eine besondere Zurechnungsnormen bspw. noch von C. BURCKHARDT, ZSR 1903, 538 (zur Vorgängervorschrift von Art. 41 OR [*scil.* Art. 50 aOR]) vor dem Hintergrund der Organtheorie für nicht erforderlich gehalten. Weil jedoch ontisch (auch) das Verhalten der Organe (nur) *deren* Verhalten und nicht jenes der juristischen Person ist, ist das Verhalten der Organe dieser normativ zuzuweisen – auch gemäss der Organtheorie (vgl. ausführlich KLEINDIEK, 151 ff., zusammenfassend 180 ff.).

Die beiden Zurechnungsvorschriften setzen ihrerseits ein Fehlverhalten der beteiligten natürlichen Personen voraus, namentlich ein widerrechtliches Verhalten einer Hilfsperson (Art. 55 Abs. 1 OR[2181]) beziehungsweise eines Organs (Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZGB[2182]). 1036

Nichtsdestotrotz wird die Haftung von juristischen Personen in Doktrin und Praxis bisweilen **direkt anhand von Art. 41 Abs. 1 OR** begründet. Der Fokus liegt dabei auf der Haftung für die Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter[2183]. Allerdings scheint die Position vorab in der unpublizierten Praxis bisweilen auch im Zusammenhang mit der Haftung für reine Vermögensschäden eingenommen zu werden[2184], so dass wir sie nicht ignorieren können. Dabei soll als Schädiger im Sinn von Art. 41 Abs. 1 OR gemäss meinem Verständnis direkt die juristische Person eingesetzt wer- 1037

2181 So Praxis und h.A.; vgl. im Zusammenhang mit der Haftung für reine Vermögensschädigungen Entscheid 4A_594/2009 vom 27. Juli 2010, E. 3.4 (u.a.: *«Avant d'examiner si les employés ont commis un blanchiment d'argent au sens de l'art. 305bis CP, ce qui constituerait un acte illicite dont les banques répondraient aux conditions de l'art. 55 al. 1 CO,* [..]»); BGE 133 III 323, E. 5.2.5; Entscheid 4A_653/2010 vom 24 Juni 2011, E. 3.2.1; sowie BREHM, BK, Art. 55 OR, Rn. 4; KESSLER, BSK-OR I, Art. 55, Rn. 2; und etwas ausführlicher SCHWARZ, HAVE 2009, 12; nicht anders verhält es sich *übrigens* im deutschen Recht (vgl. nur DEUTSCH, VersR 2004, 142 m.w.H.; oder SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 206 m.w.H.). Im Allgemeinen ferner bspw. MÜLLER, CHK, Art. 55 OR, Rn. 15 m.w.H.; SCHWENZER, OR AT, Rn. 23.14; oder auch bereits OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, Art. 55 OR, Rn. 17; BECKER, BK, Art. 55 OR, Rn. 8; vgl. ferner die H. bei HEIERLI, Rn. 1224, der seinerseits a.A. ist, wobei er (a.a.O.) festhält, dass es an einer stichhaltigen Begründung für die h.A. fehle (vgl. insofern jedoch unsere Überlegungen sogl.).

2182 Hier wird im Prinzip vorausgesetzt, dass aufgrund des Organverhaltens sämtliche Haftungsvoraussetzungen, die Art. 41 Abs. 1 OR aufstellt, erfüllt sind (vgl. nur RIEMER, BK, Art. 54/55 ZGB Rn. 57; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 20, Rn. 13; sowie die verschiedenen entsprechenden H. bei WAESPI, 46 ff.).

2183 Vgl. insofern u.a. ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Rn. 329; und ihm folgend PETRIN, 19 m.w.H.; vgl. überdies bspw. GAUCH, BR 1986, 68; JAUN, 367 f. und 384 (mit zutr. H. darauf, dass das Bundesgericht vereinzelt auch schon so verfahren ist).

2184 Vgl. Entscheid 4A_54/2008 vom 29. April 2008 (betr. Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c BankG sowie verschiedene Vorschriften des GWG; vgl. E. 5); und Entscheid 4A_509/2011 vom 16. Januar 2012 (betr. verschiedene Vorschriften des UWG, vgl. insb. E. 5 und 7). Zu letzterem Entscheid ist indessen zu bemerken, dass Art. 11 UWG, auf den das Bundesgericht in vorliegendem Kontext verweist (vgl. E. 5), für Schadenersatz- und Gewinnherausgabeansprüche keine Bedeutung hat, wie dies sich bereits aus dem Verweis (nur) auf Abs. 1 und 2 von Art. 10 UWG ergibt. Vgl. aus der Doktrin sodann HEIERLI, Rn. 1225 m.w.H. VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht II, Rn. 189 am Ende, stellt übrigens eine entsprechende Entwicklung in Deutschland fest.

den (andernfalls ja gleichwohl wieder auf Zurechnungsvorschriften rekurriert werden müsste)[2185].

1038 Würde man dieser Auffassung Nachachtung verschaffen, wären die *Konsequenzen* beträchtlich. In erster Linie erscheinen zwei Gesichtspunkte als bemerkenswert.

1038.1 Zum einen würde im Vergleich mit Art. 55 Abs. 1 OR der Exkulpationsbeweis des Geschäftsherrn (*in casu* der juristischen Person) wegfallen[2186].

1038.2 Zum andern hätte die Position praktische Folgen, falls die an juristische Personen gerichteten Schutznormen unter weniger strengen (deliktsrechtsrelevanten) Voraussetzungen zum Zug kommen als die Schutznormen, die an natürliche Personen gerichtet sind (deren Verletzung juristischen Personen im Sinn der personalistischen Struktur des Deliktsrechts alsdann wiederum zuzurechnen wäre). Im Fall einer Haftung der juristischen Person direkt auf der Grundlage von Art. 41 Abs. 1 OR würden nur die ersteren Voraussetzungen zum Zug kommen. Exemplarisch haben wir gesehen, dass bei einer Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften wie Art. 11 BEHG durch einen Bewilligungsträger (die aufsichtsrechtlich unter anderem anhand von Art. 32 FINMAG sanktioniert wird) ein etwaiger subjektiver Fahrlässigkeitsmassstab keine Rolle spielt. Derweil könnte ein solcher bei einer entsprechenden Pflichtverletzung durch einen Mitarbeiter im Gefolge von Art. 33 FINMAG zur Begründung der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 Abs. 1 OR gegebenenfalls Berücksichtigung finden (und folglich auch im Rahmen der einschlägigen deliktsrechtlichen Zurechnungsvorschriften). Noch einschneidender wären die Folgen, wenn seitens des Mitarbeiters Vorsatz vorausgesetzt wird (vgl. bspw. Art. 92 E-FIDLEG bzw. Art. 89 FIDLEG, der sich – im Vergleich zu Art. 33 FINMAG[2187] – grundsätzlich an Mitarbeiter sämtlicher Stufen richtet, derweil nunmehr Art. 92 FIDLEG zu beachten ist, der Mitarbeiter beaufsichtigter Finanzinstitute vom Geltungsbereich der Strafvorschriften des FIDLEG ausnimmt)[2188].

1039 Widmen wir uns alsdann der *Analyse* der Auffassung, hat sich diese vorab der Frage zu stellen, ob sie angesichts der vorerwähnten Prämisse, wonach juristische Personen ontisch selbst nicht handeln können, überhaupt *durchführbar* ist, *scil*. ob der juristi-

---

2185 Klar dahingehend denn bspw. auch JAUN, vgl. insb. 367 f.

2186 Vgl. auch JAUN, 367 f.

2187 Vgl. dazu vorne, Rn. 1027.

2188 Vgl. für ein weiteres Bsp. HEIERLI, Rn. 1223 (ohne dass wir dazu Stellung nehmen, ob und inwiefern es sich bei den von ihm erwähnten Normen auch gemäss den vorliegend vertretenen Kriterien um Schutznormen handeln würde).

schen Person nicht ohnehin das Verhalten einer natürlichen Person zugerechnet werden muss. Dazu vermerken wir Folgendes:

Der Gehalt der Prämisse bleibt solange verborgen, als kein Individuum zu bestimmen ist. Insbesondere mit Blick auf *Unterlassungen* lässt sich eine Haftung der juristischen Person direkt auf der Grundlage von Art. 41 Abs. 1 OR mithin grundsätzlich durchführen[2189], da bedeutungslos bleibt, *wer* hätte handeln müssen (so dass die rechtliche Zuweisung der Handlungspflicht an die juristische Person genügt). Auch das in Art. 41 Abs. 1 OR enthaltene Verschuldenserfordernis kann durch eine juristische Person im Grundsatz noch erfüllt werden. So ist nicht zwingend nach einem Individuum zu fragen, wenn man das Verschuldenserfordernis anhand einer vollumfänglich objektivierten Sorgfaltsobliegenheit einfängt. Schliesslich könnte man die Urteilsfähigkeit der natürlichen Person durch die Handlungsfähigkeit der juristischen Person (vgl. Art. 54 ZGB) ersetzen[2190]. 1039.1

Wenn man dann aber mit der herrschenden Praxis und Doktrin ein etwaiges strafrechtliches Vorsatzerfordernis der Schutznorm auch im Deliktsrecht zum Tragen kommen lassen will[2191], ist die Bestimmung einer natürlichen Person, welche die Handlung unterlassen haben soll, zwingend erforderlich[2192]. Dasselbe gilt, wenn im Sinn vorne stehend begründeter Auffassung ein ausserprivatrechtlicher subjektiver Fahrlässigkeitsmassstab in das Deliktsrecht übernommen werden soll. 1039.2

Gerade dieser Einwand würde dann nicht tragen, wenn das Widerrechtlichkeitserfordernis im Rahmen der Haftung der juristischen Person für reine Vermögensschäden anders gefasst würde, als bis hierhin dargestellt, so dass ein Beizug ausserdeliktsrechtlicher Gesetzesbestimmungen (inkl. deren deliktsrechtsrelevante Haftungselemente) nicht mehr für zwingend erforderlich erachtet würde. Dafür besteht meines Erachtens im Grundsatz aber kein Raum. ROLAND BREHM hält (im Zusammenhang mit der Haftung des Geschäftsherrn wegen Verletzung der – durch den Richter gesetzten – Pflichten, die ihm gemäss Art. 55 Abs. 1 OR obliegen) dazu im Allgemeinen das Richtige

---

2189 Die Auffassung denn regelmässig auch ins Auge fasst (vgl. nur die Bsp. bei ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Rn. 329).

2190 Vgl. auch JAUN, 369.

2191 Vgl. dazu vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 7. / C. / c. / bb.

2192 Darauf weist die Strafrechtsdoktrin nun auch im Zusammenhang mit dem ersten Absatz der neuen Unternehmensstrafnorm hin, vgl. stellvertretend für Viele STRATENWERTH, SR AT I, § 13, Rn. 185: *«Wie sie* [Vorsatz und subjektive Fahrlässigkeit] *festgestellt werden sollen, wenn sie, wie Art. 102 Abs. 1 voraussetzt, keiner bestimmten natürlichen Person zur Last gelegt werden können, bleibt vorerst zumindest rätselhaft.»;* ebenso im Zusammenhang mit Art. 7 VStrR EICKER, FRANK und ACHERMANN (65 m.w.H.). Betr. die neue, gleichartige Vorschrift des FINMAG (Art. 49) gilt im Übrigen nichts anderes.

2192A BK, Art. 55 OR, Rn. 97.

fest[2192A]: *«Die Klage gegen den Geschäftsherrn erschöpft sich in Art. 55. Die Rechtsprechung bestätigt die Lehre und verneint die zusätzliche Anwendung von Art. 41* [..]. *Anders ist die Lage nur, wenn der Geschäftsherr selbst neben der Hilfsperson, für die er gemäss Art. 55 haftet, durch eigene schuldhafte Handlung oder Unterlassung an der Schadensentstehung mitgewirkt* [..] *oder Weisungen erteilt hat, die an sich schon widerrechtlich sind* [..].*»* Steht eine Haftung für reine Vermögensschäden in Frage, ist mithin die Verletzung einer (gesetzlichen) Schutznorm erforderlich; ein Abstellen auf beispielsweise den Gefahrensatz[2193] genügt demgegenüber nicht. Eine andere Frage ist im Übrigen, wie oft an juristische Personen gerichtete Vorschriften *tatsächlich* ein Vorsatzerfordernis aufstellen, wobei dies, zumindest wenn man entgegen vorliegend vertretener Auffassung von dem Erfordernis der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung absieht, durchaus denkbar ist (vgl. z.B. Art. 305ter StGB)[2194].

1039.3 Diese beiden subjektiven Momente sind gegebenenfalls sodann auch bei der Haftung für ein verbotenes *Tun* von Bedeutung. Ferner ist diesfalls aus einem weiteren Grund nach der individuellen Person zu fragen, die gehandelt hat. So haftet eine juristische Person nicht für das Verhalten sämtlicher Personen, sondern *grosso modo* nur für jenes ihrer Organe und Hilfspersonen[2195]. Entsprechend muss bestimmt werden, ob eine solche Person gehandelt hat (und nicht eine Drittperson).

1040 Die Durchführung einer Haftung juristischer Personen direkt gestützt auf Art. 41 Abs. 1 OR bereitet gesamthaft also *Schwierigkeiten,* da unter Umständen gleichwohl das Verhalten einer individuellen natürlichen Person ermittelt werden muss, das der juristischen Person alsdann zuzurechnen ist.

1041 Nicht reibungslos verläuft zudem ein Vergleich mit dem Wortlaut von Art. 41 Abs. 1 OR. So ist es der *Schädiger,* der einem anderen einen Schaden zufügen muss. Die juristische Person kann aber ontisch selbst eben nicht handeln. Sie tut dies gemäss der in der Schweiz vorherrschenden Organtheorie durch ihre Organe, *nicht* aber durch ihre Hilfspersonen. Beeinflussen diese in Verletzung einer an die juristische Person gerichteten Pflicht den Lauf der Dinge, könnte die Vorschrift folglich wortlautsgemäss nicht zur Anwendung gebracht werden. Weiter eröffnet der Wortlaut von Art. 41 Abs. 1 OR die Möglichkeit, dass Pflichtverletzungen auch vorsätzlich

---

2193 Dahingehend bspw. JAUN, 367 f., wenn auch in Differenzierung zum klassischen Gefahrensatz sowie wohl mit Blick auf die Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter.

2194 Dahingehend könnten bspw. VERDE, Straftatbestände, Rn. 408 und 462, verstanden werden; vgl. betr. das österreichische Recht ferner KAROLLUS, 248; und betr. das deutsche Recht MAIER-REIMER, NJW 2007, 3158 f.; und auch die entsprechenden Erwägungen von VERSE, ZHR 2006, Fn. 56 (411), die er letztlich freilich verwirft.

2195 Vgl. dazu bereits vorne, Rn. 324.

begangen werden können. Wie eben dargelegt, ist zur Ermittlung, ob dies der Fall war, indes zwingend auf eine natürliche Person zurückzugreifen.

Insgesamt bestätigt sich für das Schweizer Deliktsrecht demnach die allgemeine Feststellung von CHRISTIAN VON BAR, wonach sich Gesellschaften, *«ganz gleich wie man die Dinge konstruktiv bewältigt, in Wirklichkeit eben doch nicht in ein System der Verschuldenshaftung integrieren»* lassen[2196]. Entsprechend ist eine Haftung juristischer Personen direkt auf der Grundlage von Art. 41 Abs. 1 OR meines Erachtens abzulehnen (zumindest im Zusammenhang mit der Haftung für reine Vermögensschäden). Das gilt wohlgemerkt vorab im Hinblick auf das Verhalten von *Hilfspersonen*. Die *Organe* verpflichten die juristischen Personen demgegenüber im Grundsatz *eo ipso,* wenn – wie in der Schweiz – die Organtheorie vorherrscht. Allerdings bleibt zu beachten, dass dazu zusätzlich die Voraussetzungen von Art. 55 Abs. 2 ZGB gegeben sein müssen, so dass man zwar von einer Haftung der juristischen Person *direkt* gestützt auf Art. 41 Abs. 1 OR sprechen mag, aber nicht von einer solchen *allein* gestützt auf diese Vorschrift. 1042

Eine gewisse Moderation unseres Befunds könnte mit Rücksicht auf die vorne stehenden Hinweise im Übrigen dadurch erreicht werden, dass man zwischen Tun und Unterlassen unterscheidet. Allerdings würde man damit im Fall von Unterlassungen tendenziell unter geringeren Voraussetzungen von einer Haftung ausgehen als bei positiven Handlungen. Zwar rücken angesichts unserer zusehends automatisierten Gesellschaft Überwachungspflichten vermehrt in den Vordergrund (man denke im Finanzmarktzusammenhang nur an den sog. ‹Robo-Advice›), so dass eine Diskriminierung von Unterlassungen bei der Begründung von Verhaltenspflichten nicht mehr stets als opportun erscheint[2197]. Diese gleichsam unnachgiebiger als positive Handlungen zu behandeln, ginge allerdings schon nur angesichts der *gegenläufigen* Tradition in der praktischen Philosophie zu weit, die trotz Vorbehalten wie dem eben angebrachten grundsätzlich weiterhin als berechtigt erscheint[2198].

Eine systemkonforme Behandlung der Haftung juristischer Personen gelingt *nach alledem* besser, wenn man diesen das Verhalten natürlicher Personen *über die einschlägigen Zurechnungsvorschriften* zuweist. In deren Kontext finden die *teleologischen* Erwägungen, die für eine direkte Haftung von juristischen Personen aus Art. 41 Abs. 1 OR ins Feld geführt werden – so etwa der Gesichtspunkt des ‹eigenverantwortlichen Schaffens und Unterhaltens einer Gefahrenquelle›[2199] oder das 1043

2196 Gemeineuropäisches Deliktsrecht II, Rn. 189.

2197 Vgl. PAWLIK, Fn. 26 (161).

2198 Vgl. dazu – im Kontext des kantischen allgemeinen Rechtsgesetzes – vorne, Rn. 395.

2199 Vgl. JAUN, 367 f.

‹Nutzen/Risiko-Prinzip›[2200] – im Übrigen durchaus Berücksichtigung[2201]. Diese sprechen folglich nicht speziell für eine Haftung juristischer Personen direkt aus Art. 41 Abs. 1 OR, so dass sie ohne Einfluss auf das eben gezogene Fazit bleiben.

1044 Vor diesem Hintergrund untersuchen wir nachfolgend die potentiellen Zurechnungsvorschriften auf ihre Einschlägigkeit für die Haftung für reine Vermögensschäden wegen Verletzung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen. Dabei unterscheiden wir gemäss der (durch die Organtheorie bedingten) gesetzlichen Unterscheidung zwischen jenen Vorschriften, welche die *Organe* betreffen, und jenen, welche die *Hilfspersonen* betreffen. Organ- und Hilfspersoneneigenschaft schliessen sich in vorliegendem Zusammenhang gegenseitig aus; die natürliche Person, deren Verhalten der juristischen Person zuzurechnen ist, also entweder ein Organ oder eine Hilfsperson[2202].

B. Organe

1045 Juristische Personen haften für das Verhalten ihrer Organe im Prinzip dann, wenn diese die Haftungsvoraussetzungen von Art. 41 Abs. 1 OR erfüllen[2203]. Wie eben erwähnt, müssen zusätzlich aber die Voraussetzungen von Art. 55 Abs. 2 ZGB gegeben sein (nämlich jene des sog. funktionellen Zusammenhangs sowie selbstredend jene, dass überhaupt eine Person mit Organeigenschaft auftritt)[2204]. Diese Voraussetzungen haben wir im Grundlagenteil bereits angesprochen (vgl. 1. Teil / 2. Kapitel / III. / 8.).

1046 Falls der *personale Anwendungsbereich einer öffentlich-rechtlichen Verhaltensnorm die Organe erfasst*, bereitet die Begründung der Haftung der juristischen Person auf der Grundlage von Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZGB keine besonderen Probleme. Derartige Situationen sind regelmässig anzutreffen, zumal die vorne erwähnten Vorschriften ausdrücklich (so Art. 29 StGB, vgl. [insb.] dessen Bst. a) oder

---

2200 Vgl. HEIERLI, Rn. 1227.

2201 Vgl. hinten, insb. Rn. 1096 ff.

2202 So BREHM, BK, Art. 55 OR, Rn. 13; vgl. ferner nur KESSLER, BSK-OR I, Art. 55 OR, Rn. 5 m.w.H.; aus ebendiesem Grund wird in Deutschland denn ab und an auch die analoge Anwendung von § 31 BGB in Frage gestellt (vgl. MATUSCHE-BECKMANN, 140 m.H.).

2203 Vgl. vorne, Fn. 2182 m.H.

2204 Vgl. zu diesen Voraussetzungen bspw. SCHWENZER, OR AT, Rn. 23.27 f.; oder (ausführlich) WAESPI, 50 ff.

in der Sache (so Art. 33 FINMAG) für eine Adressierung an die Organe auch solcher Pflichten sorgen, die zunächst (nur) die juristische Person betreffen[2205].

Auf den ersten Blick problematischer ist die Situation, in der nur die juristische Person, *nicht aber die Organe* in den personalen Anwendungsbereich einer öffentlichrechtlichen Verhaltensnorm fallen. Diese Situation liegt vor, wenn – namentlich aufgrund einer entsprechenden Ausgestaltung der Sanktionen, mit denen die Verhaltensnorm belegt ist – gemäss dem Kriterium der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung allein die juristische Person ein uneingeschränkter Verhaltensbefehl trifft. Hier steht eine strikte Anwendung der Voraussetzung, wonach die Organe den Haftungstatbestand von Art. 41 Abs. 1 OR zu erfüllen haben, damit auch die juristische Person schadenersatzpflichtig wird, einer Haftung entgegen. So muss zur Begründung der Widerrechtlichkeit auch der personale Anwendungsbereich einer Schutznorm gegeben sein. Exemplarisch sind – so ihnen denn Gesetzescharakter zugestanden wird – insbesondere die Pflichten des Kotierungsreglements zu nennen, die sich allein an die Emittenten richten[2206]. 1047

Ferner ist der jeweilige personale Anwendungsbereich einer Vorschriften dann von Bedeutung, wenn die an die Organe gerichtete Schutznorm – im Vergleich zur an die juristische Person gerichteten Schutznorm – weitergehende deliktsrechtsrelevante Haftungselemente vorschreibt[2207]. 1048

Im Licht der *Organtheorie* dürfte sich eine juristische Person, die um Schadenersatz angegangen wird, auf diese Diskrepanzen allerdings nicht berufen können. So involvieren Organe *«als Teile der juristischen Person* [..] *mit ihrem – rechtsgeschäftlichen oder ausserrechtsgeschäftlichen – Handeln gleichzeitig und ohne weiteres ein Handeln der juristischen Person selbst»,* wobei dies *«der Grundgedanke von Art. 55 Abs. 1 und 2 ZGB»* ist[2208]. Mit anderen Worten ist die Verletzung einer Pflicht durch eine juristische Person *identisch* mit der Verletzung einer Pflicht durch ihre Organe. Diese verletzen im Fall eines einschlägigen Verhaltens gleichsam die Pflichten, die an die juristische Person gerichtet sind[2209]. 1049

2205 Vgl. ferner bspw. das *obiter dictum* in BGE 133 III 323, E. 5.2.5.

2206 Vgl. vorne, Fn. 2167 m.H.

2207 Vgl. für potentielle Bsp. vorne, Rn. 1038.2.

2208 So RIEMER, BK, Art. 54/55 OR, Rn. 20 m.H. auf das Gesetzgebungsverfahren und die Praxis sowie entsprechende Äusserungen von E. HUBER (Hervorhebung im Original).

2209 So entsprechend die Stimmen aus der deutschen Doktrin, die unter Verweis auf die Organtheorie zu demselben Ergebnis gelangen, vgl. ARNOLD, MünchKommBGB, 7. Aufl., § 31, Rn. 31 m.H.; die teleologischen Überlegungen, auf die wir i.Zh.m. den Hilfspersonen eingehen werden, dürften insofern wohl gar nicht bemüht werden müssen.

1050 Alsdann sind aufgrund des Verweises im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses – neben der objektiven Verhaltensanweisung (inkl. Rechtfertigungsgründe) und dem Anwendungsbereich der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen – im Prinzip auch etwaige Regelungen der Sorgfalt zu berücksichtigen, die der juristischen Person gemäss den öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen obliegen. Auch diese werden gegebenenfalls durch ihre Organe verletzt.

1051 Die entsprechenden Sorgfaltsobliegenheiten dürften – so sie denn überhaupt aufgestellt werden – jedoch kaum über die Anforderungen hinausgehen, die das Verschuldenserfordernis gemäss Art. 41 Abs. 1 OR stipuliert. Dabei ist zunächst das Folgende beachtlich:

1051.1 Das Verschuldenserfordernis kommt auch bei der Haftung juristischer Personen für das Verhalten ihrer Organe gemäss Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZGB zum Tragen[2210] *und* ist – wie in anderem Zusammenhang bereits erwähnt – *kumulativ* zum Widerrechtlichkeitserfordernis zu berücksichtigen.

1051.2 Der Fahrlässigkeitsmassstab, der im Deliktsrecht angelegt wird, ist objektiver Natur.

1051.3 Falls kein Vorsatz vorliegt, besteht das Verschulden der Organe des Weiteren entweder (i) in einer *auf ihr eigenes Verhalten bezogenen* Sorgfaltspflichtverletzung (bspw. einer unzureichenden Erkenntnisverschaffung im Vorgang zu einer [alsdann] unwahren Ad hoc-Mitteilung) oder (ii) in einem sog. *Organisationsverschulden, scil*. in unzureichenden organisatorischen Vorkehrungen, um eine Verletzung der an die juristischen Person gerichteten Pflichten zu vermeiden (bspw. unzureichenden Anweisungen an die Personen, denen die Verschaffung der Informationen aufgetragen ist, die [alsdann] eine unwahre Ad hoc-Mitteilung zur Folge haben)[2211]. In zweiteren Fällen erfolgt die Verletzung der objektiven Pflicht gemäss der Schutznorm (bspw. der Risikoaufklärung nach Art. 11 Abs. 1 Bst. a

---

2210 Vgl. WAESPI, 47; ferner ergibt sich dies bereits daraus, dass eben sämtliche Voraussetzungen nach Art. 41 Abs. 1 OR gegeben sein müssen, damit die juristische Person haftet, wobei die Organtheorie gemäss vorne stehenden Ausführungen allein für eine Ausnahme im Hinblick auf den personalen Anwendungsbereich der im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses in Bezug genommenen Schutznormen sorgt.

2211 Vgl. zum Gleichlauf dieser beiden Kategorien von Sorgfaltsobliegenheiten bereits vorne, Rn. 327. Zur Frage, ob und inwiefern im Zusammenhang mit Organisationspflichten eine sog. ‹kollektive Unsorgfalt› in Rechnung zu stellen ist, kann vorliegend im Übrigen nicht Stellung genommen werden (vgl. dazu allgemein bspw. WAESPI, 311 ff.). (Erkenntnis-) Theoretisch erscheint es dem Verfasser allerdings nur schwer vorstellbar, dass es nicht möglich ist, ein Fehlverhalten auf eines oder mehrere Individuen zurückzuführen (vgl. dahingehend bspw. auch STRATENWERTH, ZStrR 2008, 11 f.).

BEHG) nicht zwingend durch ein Organ, sondern kann auch durch eine Hilfsperson an den Tag gelegt werden. Als Haftungsgrundlage fungiert nach meinem Dafürhalten gleichwohl Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZGB.

Erfüllt die juristische Person, die durch ihre Organe handelt, die an sie adressierten Pflichten nicht selbst, liegt eine *Delegation* vor. Im Anwendungsbereich des Verschuldensprinzips verlagern sich die Obliegenheiten der juristischen Person beziehungsweise ihrer Organe im Kern alsdann darauf, dafür zu sorgen, dass die Person, an welche die Erfüllung der Pflichten delegiert wurde, diesen zureichend nachkommt[2212]. Daran knüpft (i) die Haftung gemäss *Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZGB* meines Erachtens an. Sie wird mit anderen Worten dadurch ausgelöst, dass die Organe und mithin die juristische Person das *Verschuldenserfordernis* gemäss Art. 41 Abs. 1 OR erfüllen. Dass die Organe dabei – entgegen der herkömmlichen Auffassung[2213] – nicht sämtliche Haftungsvoraussetzungen nach Art. 41 Abs. 1 OR *selber* erfüllen, ist allerdings einzuräumen. Bei der Haftung nach (ii) *Art. 101 Abs. 1 OR*, die im Deliktsrecht unter Umständen analog zur Anwendung gebracht werden kann (vgl. dazu das nachfolgende Unterkapitel), steht demgegenüber in Frage, ob das *eigene* Verhalten der Hilfsperson dem Geschäftsherrn ‹hypothetisch vorwerfbar› ist. Diese Frage steht vorliegend nicht im Fokus. *Art. 55 Abs. 1 OR* ist (iii) endlich *nicht* auf Situationen gemünzt, in denen es um Pflichten geht, die zunächst den Geschäftsherrn betreffen und alsdann durch diesen an Hilfspersonen delegiert werden[2214]. Die Vorschrift steht folglich ebenfalls nicht im Vordergrund.

Der Befund, wonach die Sorgfaltsobliegenheiten der juristischen Personen, die durch die öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen – wenn überhaupt – aufgestellt werden, kaum über die privatrechtlichen Anforderungen von Art. 41 Abs. 1 OR hinausgehen, bestätigt sich sodann, wenn wir auf die entsprechenden Sorgfaltsobliegenheiten blicken. 1052

Im Strafrecht sorgt Art. 102 Abs. 2 StGB für eine Adressierung der Pflichten gemäss den darin vorgesehenen Anlasstaten an die juristische Person[2215]. Dabei wird ein Organisationsmangel vorausgesetzt, wobei anhand eines objektiven 1052.1

2212 Vgl. BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, Rn. 31 ff. und *passim;* und ferner Art. 754 Abs. 2 OR, der diesen Gedanken im Kontext des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts zum Ausdruck bringt.

2213 Vgl. vorne, Fn. 2182 m.H.

2214 Vgl. hinten, insb. Rn. 1087.

2215 Art. 102 Abs. 1 StGB sowie Art. 7 VstrR bzw. Art. 49 FINMAG verfolgen demgegenüber strafrechtsspezifische Zwecke, die nicht auf die Vermeidung der Anlasstaten abzielen, so dass sie für das Deliktsrecht ohne Bedeutung bleiben (vgl. im Ergebnis auch HEIERLI, Rn. 823).

Massstabs evaluiert wird, ob ein solcher vorliegt[2216]. Im Allgemeinen[2217] werden sich die Vorkehrungen, die gemäss Art. 102 Abs. 2 StGB und dem deliktsrechtlichen Verschuldenserfordernis zu treffen sind, folglich gleichen[2218].

1052.2 Gleich dürfte es sich mit dem Verschuldenserfordernis verhalten, das im Fall einer Sanktionierung der Pflichten gemäss Kotierungsreglement (inkl. Ad hoc-Publizitätspflicht) vorausgesetzt wird. Hier werden – wie im Kontext von Art. 102 Abs. 2 StGB – nach einem objektiven Massstab erforderliche und zumutbare organisatorische Vorkehrungen eingefordert, um eine Verletzung des Kotierungsreglements zu verhindern[2219]. Unterschiede zum deliktsrechtlichen Verschuldensmassstab werden also ebenfalls kaum auszumachen sein.

1052.3 Mit Blick auf das Finanzmarktaufsichtsrecht ist gemäss dem derzeitigen Stand der Dinge (der allerdings zu überprüfen wäre) nicht ersichtlich, dass die aufsichtsrechtlichen Massnahmen nach Art. 32, 34 und 37 FINMAG als Sanktionsvoraussetzung an ein Verschulden des Bewilligungsträgers anknüpfen[2220]. Entsprechend werden auf der Stufe der Widerrechtlichkeit allein die objektiven Verhaltensanforderungen der aufsichtsrechtlichen Normen in Bezug genommen, infolgedessen ohnehin das deliktsrechtliche Verschuldenserfordernis einschlägig ist.

1052.4 Sobald nicht organisatorische Vorkehrungen in Frage stehen, sondern Vorgaben, die sich auf das *eigene* Verhalten der Organe beziehen, sind den öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen, wenn sie juristische Personen ins Auge fassen, schliesslich kaum Aussagen zu entnehmen. Das ist zunächst der Fall im Kontext der Unternehmensstrafnorm (die auf solche Situationen überhaupt nicht gemünzt ist). Im Zusammenhang mit Verletzungen des Kotierungsreglements wird im Allgemeinen immerhin festgehalten, dass Fahrlässigkeit genügt, wobei der einschlägige Massstab nicht thematisiert zu werden scheint[2221]. Für das Finanzmarktrecht gilt alsdann gleichsam das, was wir eben festgehalten haben: Soweit

---

2216 Vgl. TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 102 StGB, Rn. 14 m.H. auf die Botschaft zur Revision des StGB AT.

2217 Zum Problem der sog. ‹kollektiven Unsorgfalt›, das sich auch hier stellt, vgl. vorne, Fn. 2211, wobei der dort zit. STRATENWERTH sich gleichsam auf Art. 102 Abs. 2 StGB bezieht.

2218 Vgl. auch die Autoren, welche die beiden Straf- bzw. Haftungsvoraussetzungen nebeneinanderstellen (H. in Fn. 582).

2219 Vgl. SIEBENECK, 204 ff. m.H. auf die Sanktionspraxis der Schweizer Börse SIX, wobei DIES., a.a.O., selbst auf die Parallele zu der Unternehmensstrafnorm hinweist.

2220 Vgl. vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 7. / C. / b.

2221 Vgl. SIEBENECK, 206 ff.

derzeit ersichtlich, setzten Art. 32, 34 und 37 FINMAG kein gesondertes Verschulden voraus, wenn es um die Sanktionierung juristischer Personen geht. Demnach wird es im Ergebnis auch insofern regelmässig bei den deliktsrechtlichen Sorgfaltsanforderungen bleiben.

Zusammenfassend kann die juristische Person bei einer Verletzung an sie gerichteter öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen gemäss Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZGB auch dann haftbar gemacht werden, wenn die Organe selbst *nicht* Adressaten der Pflichten sind. Dafür sorgt die Organtheorie. Dabei dürften die deliktsrelevanten ausserprivatrechtlichen Elemente in der Regel nicht über die (nach einem objektiven Fahrlässigkeitsmassstab bemessenen) Sorgfaltsanforderungen des Zivilrechts hinausgehen. Neben einem Verstoss gegen die im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses verwiesene objektiven Verhaltensanforderungen (inkl. Rechtfertigungsgründe) und dem Anwendungsbereich der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen müssen folglich im Ergebnis vorab die Haftungsvoraussetzungen gemäss Art. 41 Abs. 1 OR gegeben sein. Das Verschulden der Organe besteht dabei entweder in einer Sorgfaltspflichtverletzung, die deren eigenes Verhalten betrifft, oder in einem sog. Organisationsverschulden. 1053

Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Organe in dieser Situation (*scil*. falls sich die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen *allein* an die juristische Person richten) aus Art. 41 Abs. 1 OR *persönlich nicht* haften. Die Organtheorie ermöglicht es gleichsam, dass Organe an die juristische Person gerichtete Pflichten verletzen können, ohne dass sie diese Pflichten (rechtlich) zugleich als natürliche Personen verletzten[2222]. Vielmehr haften die Organe Dritten gegenüber (im Einklang mit dem Erfordernis der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung) selber nur, wenn die fraglichen öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen direkt an sie als natürliche Personen gerichtet sind[2223]. 1054

C. Hilfspersonen

Wie bei der Zurechnung von Organverhalten sind auch bei der Zurechnung des Verhaltens von Hilfspersonen *zwei Situationen* zu unterscheiden. 1055

Zum einen können der juristischen Person Verstösse einer Hilfsperson gegen *an die Hilfsperson gerichtete* öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen zugerechnet werden. 1056

2222 Vgl. zum deutschen Recht erneut die entsprechenden H. bei ARNOLD, MünchKommBGB, 7. Aufl., § 31, Rn. 31 m.H.

2223 Vgl. im Allgemeinen zum Verhältnis der Haftung von juristischer Person und Organen auf der Grundlage von Art. 41 OR auch BREHM, BK, Art. 41 OR, Rn. 13.

Eine solche Situation lag beispielsweise in BGE 133 III 323 betreffend das Allgemeindelikt von Art. 305bis StGB (Geldwäscherei) als Schutznorm vor. Dabei hielt das Bundesgericht in einem *obiter dictum* im Kontext der Haftung für reine Vermögensschäden zutreffend fest, dass die Zurechnung über Art. 55 Abs. 1 OR zu erfolgen habe[2224]. Besondere Probleme bereitet die Situation keine[2225], wobei daran zu erinnern ist, dass Art. 55 Abs. 1 OR zunächst ein widerrechtliches Verhalten voraussetzt. Damit müssen sämtliche ausserprivatrechtlichen Haftungselemente gegeben sein, die gemäss vorne stehenden Ausführungen im Deliktsrecht zu berücksichtigen sind[2226]. Auf die übrigen Voraussetzungen der Geschäftsherrenhaftung gehen wir an dieser Stelle nicht ein, zumal wir diese im Grundlagenteil bereits angesprochen haben (vgl. 1. Teil / 2. Kapitel / III. / 8.)[2227]. Ferner kann der Richter auch zur Bestimmung der Sorgfaltspflicht des Geschäftsherrn auf öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen zurückgreifen (und nicht nur im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses, wo ihm dies im Fall reiner Vermögensschäden vorgegeben ist). Darauf kommen wir kurz zurück (vgl. 2. Teil / 4. Kapitel / IV.). Abgesehen davon wird die Sorgfaltspflicht des Geschäftsherrn im Rahmen der nachfolgenden Äusserungen zuweilen ebenfalls referenziert.

1057 Zum andern sind wiederum die Situationen zu erörtern, in denen sich eine öffentlich-rechtliche Pflicht *allein* an die juristische Person richtet oder die juristische Person *unter weniger strengen Voraussetzungen* haftet als die natürliche Person.

1058 **Art. 55 Abs. 1 OR** regelt die deliktische Haftung einer juristischen Person als Geschäftsherrin für das Verhalten ihrer Hilfspersonen herkömmlich ganz allgemein, also auch in diesen Situationen. Freilich haftet die juristische Person im Rahmen von Art. 55 Abs. 1 OR *mangels Widerrechtlichkeit des Verhaltens der natürlichen Person* entweder gar nicht oder nur unter den strengeren Voraussetzungen, denen gemäss sich das widerrechtliche Verhalten der natürlichen Person begründen lässt. Dies obwohl eine Schutznorm vorhanden ist, die der *juristischen Person* (überhaupt oder zumindest unter weniger strengen Voraussetzungen) einen im Sinn des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR unbedingten Verhaltensbefehl erteilt. Entsprechende Beispiele haben wir bereits gegeben[2228]. Haftet die juristische Person

---

2224 BGE 133 III 323, E. 5.2.5; vgl. auch Entscheid 4A_594/2009 vom 27. Juli 2010, E. 3.4.

2225 Vgl. auch HEIERLI, Rn. 1222.

2226 Vgl. betreffend ein etwaiges strafrechtliches Vorsatzerfordernis insb. auch Schwarz, HAVE 2009, 12 f. m.w.H. u.a. auf eben erwähnten BGE 133 III 323.

2227 Vgl. ferner bspw. SCHWENZER, OR AT, Rn. 23.12 ff.; oder die Kommentierungen von Art. 55 OR.

2228 Vgl. vorne, Rn. 1038.

für das Verhalten ihrer Organe, sorgt die Organtheorie für Abhilfe. Diese greift bei Hilfspersonen aber nicht.

Zudem kann sich die juristische Person im Rahmen von Art. 55 Abs. 1 OR gegebenenfalls darauf berufen, dass sie ihren *Sorgfaltsobliegenheiten* nachgekommen ist, und sich so von der Haftung für Verletzungen (auch) von Pflichten entlasten, deren Adressatin sie ist. Zu dem Verschulden der Hilfsperson, das im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses zu berücksichtigen ist, kommt gleichsam ein Verschulden der juristischen Person dazu. Hier verhält es sich bei der Haftung für Organverhalten ebenfalls anders, da nach Art. 55 Abs. 2 ZGB keine Exkulpationsmöglichkeit vorgesehen ist. 1059

Die Anwendung von Art. 55 Abs. 1 OR ist demnach bereits auf den ersten Blick *nicht zwingend angemessen* (wobei im Verlauf der nachfolgenden Überlegungen verschiedenen weitere Gründe dazu kommen werden). 1060

Etwas in Vergessenheit geraten zu sein scheint nun[2229], dass KARL SPIRO in seiner (noch gar nicht so alten, 1984 publizierten) Schrift ‹Die Haftung für Erfüllungsgehilfen› die skizzierten Probleme weitgehend erkannt und auch bereits einer Lösung zugeführt hat[2230]. Er vertritt als *Alternative* eine **analoge Anwendung von Art. 101 Abs. 1 OR** auf die deliktische Haftung juristischer Personen wegen der Verletzung (unter anderem) von *«Pflichten gegen jedermann, die nur gerade bestimmten Personen obliegen»*[2231], und *«die der Belastete, obwohl* [besser: selbst wenn] *die Gefahren weder durch seinen Willen noch in seinem Interesse bestehen, auf eigene Kosten und Verantwortung zu erfüllen hat, weil dies als Preis des Rechts oder der Erlaubnis betrachtet wird»*[2232]. 1061

2229 So findet das Werk bspw. keine Erwähnung im Literaturverzeichnis der ausführlichsten neueren Kommentierung von Art. 55 OR (vgl. BREHM, BK, Art. 55 OR, vor Rn. 1); und im jüngsten Basler Kommentar (2015) zwar dort, nicht aber in der Kommentierung (vgl. KESSLER, BSK-OR I, Art. 55, Rn. 1 ff.). Auch die wichtigsten Kommentierungen zu Art. 101 OR erwähnen die Auffassung von SPIRO in der vorliegend fraglichen Ausgestaltung nicht (vgl. WEBER, BK, Art. 101 OR, insb. Rn. 25; WIEGAND, BSK-OR I, Art. 101, Rn. 1 ff., insb. Rn. 5). WAESPI nimmt in seiner Dissertation den Ansatz ebenfalls nicht in seine einlässliche Darstellung der ‹Möglichkeiten der Ausgestaltung einer Organisationshaftung› auf (vgl. Organisationshaftung, 245 ff.).

2230 Vgl. §§ 106 ff. (inkl. vor § 106); und die hier interessierenden Ausführungen zusammenfassend sodann DERS., ZSR 1986 I, 619 ff., insb. 634 ff.

2231 So SPIRO, ZSR 1986 I, 636.

2232 So SPIRO, Haftung für Erfüllungsgehilfen, § 113; vgl. auch § 110.

1062 *Ankermasten* der Analogie sind an eine *bestimmte* Person gerichtete Pflichten (sei dies – wie im ursprünglichen Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 OR – von Vertrags wegen oder – wie vorliegend – von Gesetzes wegen), deren Erfüllung an eine Hilfsperson übertragen wird[2233]. Demgegenüber ist die Analogie ausgeschlossen, falls *«nur die allgemeine Pflicht, fremde Rechte nicht zu verletzen, in Frage steht»*[2234].

1063 Das Hauptaugenmerk von SPIRO gilt zunächst den sog. ‹Verkehrspflichten› des Geschäftsherrn, die im Kontext der Haftung wegen einer Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter stehen[2235,] und alsdann, in einem separaten Aufsatz, der vorvertraglichen Haftung[2236].

1064 Vorliegend geht es derweil um *Schutznormen,* die den Schutz individuellen Vermögens bezwecken. Diese Kategorie wird von SPIRO nicht ausdrücklich erwähnt, insbesondere auch nicht Schutznormen des (damals noch nicht auf Bundesebene vereinheitlichten) Finanzmarktrechts. Allerdings bezieht er sich beispielsweise auf die kaufmännische Buchführungspflicht[2237]. Stellt man ferner in Rechnung, dass gerade das potentiell einträgliche (zulässige) Tätigwerden am Finanzmarkt regelmässig von einer Erlaubnis abhängt, mit deren Erteilung den Bewilligungsträger sodann Pflichten treffen – mithin einer ‹Erlaubnis›, wie sie von SPIRO in eben vorne ausgeführter Stelle allgemein benannt worden ist –, dürften diese Pflichten als von dessen Überlegungen erfasst gelten können. Das gilt umso mehr, als er bewilligungspflichtige Tätigkeiten, bei denen der Schutz absolut geschützter Rechtsgüter im Vordergrund steht – namentlich die Arzttätigkeit[2238] –, durchaus erwähnt.

1065 Kurzum können die Probleme, die mit der Anwendung von Art. 55 Abs. 1 OR einher gehen, im Hinblick auf Vorschriften des Aufsichtsrechts, die sich an bewilligte Institute richten, sowie des Kotierungsreglements auf Grundlage der Auffassung von SPIRO womöglich einer Lösung zugeführt werden.

2233 Vgl. SPIRO, Haftung für Erfüllungsgehilfen, §§ 107, 109 f. und öfters; prägnant sodann DERS., ZSR 1986 I, 635: *«Das Wesentliche ist die individuelle, durch Dritte erfüllbare Pflicht, mag sie auch auf einen allgemeinen Satz gründen»*.

2234 Vgl. SPIRO, Haftung für Erfüllungsgehilfen, § 109, S. 411 (Hervorhebung MK), und bereits vor § 106 sowie öfters; wie auch DERS., ZSR 1986 I, 636 f.

2235 Vgl. Haftung für Erfüllungsgehilfen, § 108 ff.

2236 Vgl. ZSR 1986 I, *passim*.

2237 Vgl. Haftung für Erfüllungsgehilfen, Fn. 6 (424).

2238 Vgl. Haftung für Erfüllungsgehilfen, § 113.

Eine analoge Anwendung vertragsrechtlicher Bestimmungen auf das Deliktsrecht weckt jedoch **Bedenken**; vorab die Gesetzessystematik wiegt schwer[2239]. Diese Bedenken sind nachstehend zu adressieren. Entsprechend stellen wir zur näheren Evaluierung einer analogen Anwendung von Art. 101 Abs. 1 OR zu Lasten einer Anwendung von Art. 55 Abs. 1 OR die teleologischen Überlegungen dar, die der Haftung für das Verhalten von Hilfspersonen zu Grunde liegen, und untersuchen, ob und inwiefern diese im Rahmen der beiden Alternativen in sinnvoller Weise berücksichtigt werden können. Sodann stellen wir speziell nähere Überlegungen zur eben erwähnten Gesetzessystematik an und legen weitere Argumente für eine analoge Anwendung von Art. 101 Abs. 1 OR dar. In der Folge wird es nach meinem Dafürhalten möglich sein, ein Fazit zu Gunsten der von SPIRO in die Wege geleiteten Alternative zu ziehen, so dass wir uns zum Abschluss des Unterkapitels kurz den Modalitäten einer Haftung nach Art. 101 Abs. 1 OR widmen. 1066

Aus **teleologischer Warte** dürfte man sich *in der Sache* weitgehend einig sein, dass in den Fällen, in denen den Geschäftsherrn selbst zwar *keine* Sorgfaltspflichtverletzung im Sinn von Art. 55 Abs. 1 OR trifft und der Schaden durch einen einfachen Mitarbeiter im Rahmen von dessen Tätigkeit für den Geschäftsherrn nur fahrlässig herbeigeführt wurde, der Geschäftsherr *zumindest neben* dem Mitarbeiter haften sollte[2240]. 1067

Die entsprechenden Wertungen können mit DETLEV KLEINDIEK etwas aufgeschlüsselt werden. Dieser evoziert Kriterien, die für die *«Zuordnung von Gefahr- und Schadenszuständigkeiten im zivilen Deliktsrecht»* sorgen[2241]. Neben dem ‹Ingerenz- 1068

2239 Vgl. bspw. auch J. HUBER, 165 ff., der sich entsprechend auf die Suche nach ‹Lücken› begibt, die Art. 55 OR (sowie die entsprechenden Vorschriften des deutschen und österreichischen Rechts) hinterlassen.

2240 Diese Wertung kommt in der Schweizer Rechtsordnung – neben der höchstrichterliche Praxis zur Haftung für physische Produkte (vgl. dazu insb. sogl.) – in *«Umgehungen des Sorgfaltsbeweises»* (davon die Rede ist sowohl bei PETRIN, vgl. 42 ff.; als auch bei J. HUBER, vgl. 57 ff.) zum Ausdruck wie (i) der Akzeptanz des Freistellungsanspruchs des Arbeitnehmers (vgl. dazu vorne, Rn. 842 m.H.) oder (ii) einem weit gefasster Organbegriff, um den Weg über Art. 55 Abs. 2 ZGB beschreiten zu können (der freilich abzulehnen ist, vgl. bereits SPIRO, Haftung für Erfüllungsgehilfen, Fn. 4 (326) mit § 27). *Im Allgemeinen* dezidiert sodann bspw. FOUNTOULAKIS und MÄSCH: *«Das Bedürfnis nach einer starken Unternehmenshaftung ist europaweit unbestritten»,* wohingegen was *«die Mitarbeiteraussenhaftung betrifft, so sollte in der Sache kein Zweifel bestehen, dass die volle Haftung des Gehilfen für alle Arten von Verschulden anachronistisch ist»* (vgl. ZEuP 2011, 473 ff., beide ausgeführten Stellen befinden sich auf S. 473 und die Hervorhebung im Original).

2241 Vgl. 198 ff., insb. 200 ff. (m.w.H., insb. an die grundlegenden Arbeiten von VON BAR und m.H. zu der Bedeutung der einzelnen Prinzipien).

prinzip› und dem ‹Gefahrenbeherrschungsprinzip›, welche die Person ins Auge fassen, die eine Gefahr schafft beziehungsweise beherrscht, ist dabei entscheidend, welche Person *«Nutzen aus einer Gefahrenquelle oder einer potentiell schadensträchtigen Tätigkeit zieht»* (sog. ‹Interessensprinzip›)[2242]. Dazu kommt das ‹Vertrauensprinzip›, demgemäss zu bestimmen ist, auf wessen Fähigkeiten potentiell Geschädigte vertrauen dürfen.

1069 Wendet man diese Kriterien in den eben erwähnten Fällen an, fällt die ‹Gefahr- und Schadenszuständigkeit› offensichtlich zumindest auch auf die juristische Person.

1070 Sodann säumen die Kriterien weitgehend den Pfad, auf dem SPIRO zu den Fällen gelangt, in denen ihm eine *analoge Anwendung von Art. 101 Abs. 1 OR* als vorzugswürdig erscheint[2243]. Die Vorgehensweise über die Vorschrift verhilft den einschlägigen Wertungen mithin zum Durchbruch, zumal sie von einem Entlastungsbeweis des Geschäftsherrn absieht.

1071 *Art. 55 Abs. 1 OR* trägt diesen Wertungen demgegenüber nicht ohne Weiteres Rechnung. Den Geschäftsherrn trifft in Auslegung der Vorschrift gemäss allgemeiner Auffassung – neben den ‹drei *curae*›, die vorliegend nicht interessieren[2244] – nämlich grundsätzlich die *Obliegenheit, sich zweckmässig zu organisieren*. Der Beweis von deren Erfüllung entlastet ihn; und früher ist dieser Beweis – in Übereinstimmung mit den gewichtigsten Kommentatoren[2245] – tatsächlich auch nicht selten gelungen[2246].

1072 Das Bundesgericht hat den Wertungen jedoch Nachachtung verschafft, indem es gemäss seiner jüngeren Praxis – jedenfalls was *physische Produkte* betrifft, die eine

---

2242 In der Sache stellen denn bspw. auch FOUNTOULAKIS und MÄSCH auf das Ingerenz- und das Interessenprinzip ab (ZEuP 2011, insb. 471, m.H. darauf, dass damit auch der ökonomischen Analyse entsprochen sei).

2243 So stellt er in § 111 (‹Pflichten aus Begründung einer Gefahr›) in erster Linie auf das Ingerenzprinzip ab, in § 112 (‹Pflichten aus Beherrschung einer Gefahr›) auf das Gefahrenbeherrschungsprinzip; und in § 113 (‹Pflichten kraft besonderer Bestimmung oder Verhältnisse›) in der Sache auf das Interessensprinzip (vgl. allgemein auch noch § 110). In § 109 rekurriert er in der Sache schliesslich allgemein auch auf das Vertrauensprinzip.

2244 *Cura in instruendo, in eligiendo* und *in custodiendo;* dazu kommt die vorliegend noch weniger interessierende Ausstattung mit tauglichen Werkzeugen und Material (vgl. zum Ganzen nur BREHM, BK, Art. 55 OR, Rn. 55 ff.).

2245 Vgl. BECKER, BK, Art. 55 OR, Rn. 9 ff.; vgl. auch OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, Art. 55 OR, Rn. 22 ff., wo zugleich darauf hingewiesen wird, dass eine weniger restriktive Praxis durch eine Änderung des Wortlauts (das Attribut der Sorgfalt *«erforderlich»* wurde durch *«geboten»* ersetzt) im Rahmen der 1911 in Kraft getretenen Revision begünstigt wurde (vgl. Rn. 26).

2246 Vgl. noch BGE 90 II 86 (‹Fritteusen-Fall›); vgl. auch PETRIN, 40.

Verletzung von Leib oder Leben zur Folge haben – den Beweis einer zweckmässigen Organisation nach Einschätzung eines guten Teils der Lehre gleichsam nicht nur einschränkt, sondern geradezu *verunmöglicht*. So stellt das Gericht den Geschäftsherrn letztlich vor die Wahl zwischen einem sicheren Produkt und – will er von einem Geschäft mit einem nicht *«mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit»*[2247] sicherem Produkt nicht von vorneweg Abstand nehmen – einer Endkontrolle[2248], die ihrerseits mitunter aus betriebswirtschaftlichen Gründen nicht immer praktikabel ist[2249]. Daraus kann eine strenge Kausalhaftung resultieren[2250], zumal der Geschäftsherr, wenn er die Erfüllung seiner Sorgfaltspflicht im Sinn von Art. 55 Abs. 1 OR anders als mit einer der ihm zur Verfügung gestellten beiden Wahlmöglichkeiten begründet, nicht gehört wird (mithin insbesondere nicht mit dem Hinweis auf Vorkehrungen, die eine nur mittelbare Vermeidung der fraglichen Schädigung bezwecken).

Ob die Praxis wertungsmässig auf andere Fallgruppen ausgedehnt werden soll, die weniger schützenswerte Rechtsgüter als Leib und Leben betreffen, erscheint als nicht so recht geklärt[2251]. Angesichts des Gegenstands unserer Studie stellt sich folglich die 1073

2247 Vgl. BGE 110 II 456 (‹Schachtrahmen-Fall›), E. 3b.

2248 Vgl. den *leading case* BGE 110 II 456, E. 3, zusammenfassend E. 3c; bestätigt im Entscheid des BGer vom 14. Mai 1985, JdT 1986 I, 571 ff., E. 3c und 3d (‹Klappstuhl-Fall›), und sodann im (strafrechtlichen) BGE 121 IV 10, E. 3a (‹Hebebühnen-Fall›).

2249 Diese Befürchtungen teilt das Bundesgericht denn im Schachtrahmen-Fall auch (BGE 110 II 456, E. 3a; vgl. dazu allerdings auch WIDMER, recht 1986, 54 f.), wobei dies vor Kürzerem im Entscheid 4C.307/2005 vom 25. Januar 2006 noch einmal herausgestrichen wurde (vgl. E. 3.2).

2250 Vgl. BREHM, BK, Art. 55 OR, Rn. 83 m.w.H. Die Praxis *muss* aber *nicht* zu diesem Ergebnis führen, wie dies im Entscheid 4C.307/2005 vom 25. Januar 2006 in E. 3.2. gleichsam festgehalten wird (in diesem Fall wurde die Sorgfaltspflicht i.S.v. Art. 55 Abs. 1 OR denn auch für erfüllt gehalten). Zum in der Sache ähnlichen Vorgehen der deutschen Gerichte sodann vgl. zusammenfassend nur FOUNTOULAKIS/MÄSCH, ZEuP 2011, 471 f.

2251 Als offen dafür erscheint bspw. SCHWENZER, OR AT, Rn. 23.25 (und als ihr dabei gut gesinnt REY, Ausservertragliches Haftungsrecht, Rn. 941); andererseits springt bspw. ins Auge, wie stark das Bundesgericht bspw. in einem jüngeren Entscheid, in dem es um eine Sache ging (ein Pferd, vgl. nun aber Art. 641a ZGB), die Gefährdung von Leib und Leben betont, die im Schachtrahmen-Fall bestanden habe (Entscheid 4C.307/2005 vom 25. Januar 2006 in E. 3.2 am Ende); vgl. insofern ferner auch TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht AT, 3. Aufl., Rn. 183, der mit Blick auf die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung dem Differenzierungsmerkmal, ob nur das Vermögen oder auch das Eigentum (sowie – *a fortiori* – Leib und Leben) des Opfers betroffen sind, durchaus Gewicht beizumessen scheint (vgl. Rn. 183). Vgl. schliesslich auch LOSER, Vertrauenshaftung, Rn. 1115, demgemäss die Praxis in ihrer Schärfe wohl nur für die Produkteherstellung gilt.

Frage, wie es sich im Zusammenhang mit reinen Vermögensschäden verhält, die im Finanzmarktbereich nicht durch mangelhafte physische Produkte, sondern durch geistiges Versagen herbeigeführt werden.

1074 Dabei ist zunächst beachtlich, dass die Gewichtung des Schutzwerts der Rechtsgüter durch das Widerrechtlichkeitserfordernis im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR nach meinem Dafürhalten im Prinzip als abgegolten betrachtet werden kann. *In casu* wird die Freiheit der juristischen Person (bzw. von deren Organen) durch die an sie gerichteten, verhaltensbestimmenden ausserprivatrechtlichen öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen bereits eingeschränkt, wobei daran im Rahmen vorliegender Zurechnungsüberlegungen – wie auch immer sie ausfallen – nicht gerüttelt wird. Die unterschiedliche Gewichtung der Rechtsgüter dürfte mithin *dort belassen* werden können.

1075 Darüber hinaus lassen die von KLEINDIEK evozierten Kriterien im Finanzmarktbereich folgende Präzisierungen zu:

1075.1 Finanzdienstleister *schaffen* – *wohlgemerkt* im Einklang mit der ausgeführten Stelle aus dem Werk von SPIRO – zwar nicht eigentlich eine Gefahr (letztlich der dem Anleger ungünstigen Kursbewegungen). Dies trifft freilich auf den Distributor eines fremden Produkts auch nicht zwingend zu, dem das Bundesgericht – im Fall eines Klappstuhls – aber ebenfalls eine Endkontrolle aufgebürdet hat[2252]. Wiederum die Finanzdienstleister vermögen die Gefahr indes auch kaum zu *beherrschen*. Ist eine Beeinflussung der Wertpapierkurse überhaupt möglich[2253], dürfte sie nämlich regelmässig geradewegs unzulässig sein. Vor diesem Hintergrund kann dem potentiell Geschädigten höchstens ein sinnvoller *Gefahrenumgang* ermöglicht werden. Dabei erweisen sich Verpflichtungen von Finanzdienstleistern, über die Gefahr möglichst sachgerecht zu informieren (bzw. die Gefahr im Rahmen eines Vermögensverwaltungsvertrags anlegergerecht zu berücksichtigen), als gangbarer Weg[2254]; und in der Tat stellt das Finanzmarktrecht oftmals solche Verpflichtungen auf. Demnach stehen empirische und rechtliche Gründe einer Anrufung des ‹Ingerenzprinzips› und des ‹Gefahrenbeherrschungsprinzips› zwar entgegen, in eben erwähntem Sinn sind die Prinzipien wertungsmässig aber analogiefähig.

2252 Vgl. Entscheid vom Entscheid des BGer vom 14. Mai 1985, JdT 1986 I, 571 ff.

2253 Abgesehen davon dass die Erklärung der Preisentwicklung am Kapitalmarkt überhaupt nur zum Teil als möglich erscheint (vgl. dazu vorne, nach Rn. 818).

2254 Diese Funktion der sog. Intermediäre streichen bspw. HELLGARDT (vgl. Kapitalmarktdeliktsrecht, 165 ff.) oder GRUNDMANN (vgl. AcP 2007, 737 ff.) hervor. Im Übrigen sind Informationspflichten auch im Produkthaftpflichtrecht anerkannt.

Diese Überlegungen gelten *mutatis mutandis* auch im Betreff auf *Emittenten*. Diese können ferner durchaus als Urheber der Gefahr von ungünstigen Kursbewegungen *ihrer* Titel angesehen werden, so dass das ‹Ingerenz-› und das ‹Gefahrenbeherrschungsprinzip› gleichsam unmittelbar anwendbar wären. 1075.2

Was die Bedeutung der übrigen Kriterien betrifft – das ‹Vertrauensprinzip› und das ‹Interessensprinzip› –, ist sodann nicht ersichtlich, inwiefern diese vorliegend im Vergleich zu den Produkthaftungsfällen ein unterschiedliches Gewicht haben. Im Allgemeinen weisen (auch) diese Kriterien die ‹Gefahr- und Schadenszuständigkeit› der juristischen Person zu. Im Licht des ‹Vertrauensprinzips› dürfte man zudem festhalten können, dass ein (potentiell) Geschädigter, wenn eine juristische Person durch öffentliches Recht (das auch den Schutz des Individualvermögens bezweckt) zu einem gewissen Verhalten bestimmt wird, erwarten kann, dass diese das entsprechende Verhalten auch an den Tag legt (zumal im Licht der Überlegung, dass dort, wo die Freiheitsphäre der juristischen Person aufhört, jene des [potentiell] Geschädigten beginnt). 1075.3

Sachliche Gründe, die *auf der Stufe der ‹Haftung (juristischer Personen) für andere›* für eine Ungleichbehandlung von Schäden an Leib und Leben und reinen Vermögensschäden sprechen, müssten – jedenfalls für den Finanzmarktbereich – *nach alledem* erst einmal dargetan werden. Von einer Übernahme der Praxis in vorliegendem Kontext darf wertungsmässig also nicht leichthin abgesehen werden. 1076

Die Frage, ob Art. 55 Abs. 1 OR das *richtige Gefäss* für die Wertungen darstellt, ist damit jedoch noch nicht beantwortet, wobei der gewichtigste Einwand nahe liegt. Wie in der Literatur zu Recht moniert wird, verträgt sich die Praxis des Bundesgerichts, die den Entlastungsbeweis praktisch verunmöglicht, nur schwerlich mit dem Gesetzeswortlaut[2255]. Dieser sieht einen Entlastungsbeweis nun einmal vor, der folglich auch in der einen oder anderen Form zur Verfügung stehen (Parömie: *verba cum effectu accipienda sunt*) und alsdann möglich sein sollte; ‹das Recht kann und will nichts Unmögliches verlangen›[2256]. 1077

2255 Ausführlich WAESPI, 35 ff. und 258 f. m.w.H.; vgl. auch PETRIN, 41 m.w.H.; insb. aber bereits die Entscheidbesprechung von WIDMER, recht 1986, 56 f.; sowie jene von GAUCH, BR 1986, 67 F., die dieser in vorliegend interessierendem Punkt zustimmt.

2256 In diesem Sinn MÜNZBERG, 142. Vgl. in vorliegendem Zusammenhang ferner auch WIDMER, recht 1986, 57; und im Anschluss an diesen OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 23, Rn. 127. Abgesehen davon stellt sich aufgrund des Wortlauts von Art. 55 Abs. 1 OR ferner die Problematik, dass eine juristische Person (bzw. ihre Organe) als Geschäftsherrin das Fehlverhalten (*in casu* insb. das sog. Organisationsverschulden) gemäss Wortlaut *selbst* an den Tag gelegt haben muss. Folglich könnte eine Haftung, falls die entsprechenden Aufgaben an untergeordnete Personen delegiert wurden, ausser Betracht fallen. Die

1078 Zudem hat PETER GAUCH in seiner Besprechung des Schachtrahmen-Falls, mit dem die Praxis etabliert wurde[2257], zutreffend Folgendes festgehalten[2258]: Art. 55 OR *«regelt die Deliktshaftung des Geschäftsherrn nur (aber immerhin) insoweit, als es um dessen Haftung für das schädigende Verhalten (das ‹Versagen›) der Hilfsperson geht. Auf diese Haftung (und nur auf sie!) bezieht sich dementsprechend auch der Entlastungsbeweis, durch den sich der Geschäftsherr nach OR 55 befreien kann»*. Die ‹nach den Umständen gebotene Sorgfalt› (Art. 55 Abs. 1 OR) *«greift also nicht über den Kreis jener schadensverhütenden Massnahmen hinaus, die (nach den Umständen) deshalb geboten waren, weil der Geschäftsherr die in Frage stehenden ‹Besorgungen› durch die Hilfsperson verrichten liess»*. Mit anderen Worten stellen die Organisationspflichten, die Art. 55 Abs. 1 OR im Auge hat, *unselbstständige Pflichten* dar[2259]; eine Charakterisierung, die im Übrigen auch auf die drei in Art. 55 Abs. 1 OR ‹traditionellen› *curae* zutrifft[2260].

1079 Sodann ist mit GAUCH und der herrschenden Lehre[2261] davon auszugehen, dass unter die Vorschrift *nur* unselbstständige Pflichten fallen: Art. 41 Abs. 1 OR erfordert eine widerrechtliche Handlung der Hilfsperson; Art. 55 Abs. 1 OR bereits gemäss Botschaft zum aOR ein Misslingen des Entschuldigungsbeweises, *«dass der Geschäftsherr die* [bzw. diese] *Handlung nicht verhindern konnte»*[2262].

---

herrschende Auffassung lässt es allerdings genügen, dass die fraglichen untergeordneten Personen das Fehlverhalten an den Tag gelegt haben (vgl. SPIRO, Haftung für Erfüllungsgehilfen, § 107; WAESPI, 25 F.; beide m.w.H.). Im Kontext von Art. 101 Abs. 1 OR stellt sich diese Problematik (ebenfalls) nicht (vgl. auch SPIRO, a.a.O.).

2257 BGE 110 II 456 (‹Schachtrahmen-Fall›).

2258 BR 1986, 68 [alle Hervorhebungen auch im Original].

2259 Vgl. bereits vorne, insb. Rn. 327.2.

2260 Vgl. auch WAESPI, 254.

2261 Vgl. WAESPI, 254 ff., der die Unterscheidung übrigens für schwierig hält. Dazu führt er insbesondere zwei deutsche Fälle an, in denen es um Unterlassungen des Geschäftsherrn ging. Auch in diesen lässt sich allerdings differenzieren: So kann in der Tat den Geschäftsherrn als Urheber der Gefahr eine Handlungspflicht treffen. Delegiert er diese aber in zulässiger Weise, trifft ihn wiederum eine Organisationspflicht und die Handlungspflicht die Hilfsperson. Dass die Organisationspflichten von den Pflichten der Hilfsperson gleichsam abhängen, ist endlich nicht etwa Beleg dafür, dass sich diese nicht unterscheiden lassen, sondern gerade umgekehrt, dass dies zwingend möglich ist, wenn man sich vorne eingeführte Unterscheidung zwischen Aussage und Bezugsobjekt der Aussage beziehungsweise Prädikat und Subjekt in Erinnerung ruft.

2262 Vgl. Botschaft aOR, 189 sowie 189 f.

Ebenfalls mit GAUCH[2263] ist schliesslich festzuhalten, dass es sich bei den Wahlmöglichkeiten (Herstellung eines sicheren Produkts oder Endkontrolle) die dem Geschäftsherrn im Schachtrahmen-Fall offengelassen wurden, *nicht* um Organisationspflichten beziehungsweise um unselbstständige Pflichten handelt. Die Pflichten, die zur Wahl stehen, sind gerade nicht davon abhängig, ob die Hilfsperson eine deliktische Pflicht trifft. Vielmehr geht es um von GAUCH so genannte *‹Handlungspflichten›* des Geschäftsherrn, *ergo* selbstständige Pflichten (deren Erfüllung der Geschäftsherr allerdings wiederum delegieren kann). 1080

Um solche Pflichten geht es nun auch in den Situationen, die Gegenstand der vorliegenden Diskussion sind. Betroffen sind Pflichten, die sich gemäss der jeweils einschlägigen Schutznorm direkt an die juristische Person richten. Diese wiederum sind grundsätzlich – und wenn man vorne vertretener Auffassung folgt, wonach im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nur auf öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen verwiesen wird, die Regelungen auf der *Stufe der Pflichtverletzung* treffen, gleichsam zwingend – selbstständig. Sie bestehen unbesehen davon, ob eine Hilfsperson zusätzlich eine an sie adressierte Pflicht verletzt hat. 1081

Demnach betrifft die Praxis des Bundesgerichts *in der Summe* Situationen, für die *Art. 55 Abs. 1 OR konzeptionell* gar nicht gemacht ist. Abgesehen davon, dass ein Abgehen vom Entlastungsbeweis mit dem Wortlaut von Art. 55 Abs. 1 OR kaum vereinbar ist, erscheint die Anwendung der Vorschrift mithin von vorneherein als fragwürdig, wenn – wie auch vorliegend – selbstständige Pflichten des Geschäftsherrn in Frage stehen. Dass die vorne erwähnten Wertungen dafür sprechen, von einem Entlastungsbeweis abzusehen, trifft jedoch weiterhin zu. 1082

Art. 101 Abs. 1 OR seinerseits verhilft diesen Wertungen – wie bereits erwähnt – ohne Weiteres zum Durchbruch. Zudem ist Art. 101 Abs. 1 OR auf selbstständige Pflichten des Geschäftsherrn gemünzt. Diese stehen gleichsam am Ausgangspunkt der Regelung, *scil*. ein Geschäftsherr, dem die Pflicht eigentlich zukommt, bedient sich zu deren Erfüllung einer anderen Person. Das geht, wie wohl in Bezug auf Schuldpflichten, bereits aus dem Wortlaut von Art. 101 Abs. 1 OR hervor. 1083

Im Sinn einer *weiteren Alternative* zu Art. 55 Abs. 1 OR spricht sich eine beachtenswerte Anzahl von Autoren – wie im Prinzip bereits vermerkt – für eine *Anwendung von Art. 41 Abs. 1 OR* aus. Diese Auffassung haben wir vorne zumindest für den Bereich der Haftung für reine Vermögensschädigungen jedoch abgelehnt[2264]. Daran halten wir fest, zumal mit Art. 101 Abs. 1 OR eine systemkonforme alternative Regelung zur Verfügung steht, die den in Frage stehenden Wertungen zum Durchbruch verhilft.

2263 Vgl. BR 1986, 68; vgl. auch PETRIN, 18 f. m.w.H.

2264 Vgl. vorne, Rn. 1037 ff. m.H.

1084 Eine analoge Anwendung von Art. 101 Abs. 1 OR erscheint *nach alledem* bis anhin vorzugswürdig. Weiterhin im Raum steht allerdings der **systematische Einwand**. So ist nun einmal Art. 55 Abs. 1 OR die einschlägige Regelung, anhand welcher unerlaubte Handlungen einer Hilfsperson der juristischen Person zugerechnet werden, derweil Art. 101 Abs. 1 OR im Vertragsrecht beheimatet ist.

1085 Vorab ist zu bemerken, dass der deliktsrechtlichen Vorschrift weiterhin ein Anwendungsfeld verbleibt, steht die analoge Anwendung von Art. 101 Abs. 1 OR doch *nur* in Frage, falls eine Pflicht an den Geschäftsherrn adressiert ist (und nicht nur an die Hilfsperson). Ob das Anwendungsfeld von Art. 55 Abs. 1 OR *im Allgemeinen* alsdann weiterhin geradezu die *«grosse Masse»* der unerlaubten Handlungen umfasst[2265], kann vorliegend offen bleiben[2266].

1086 Sodann ist die Abgrenzung zwischen den beiden Vorschriften schon immer *fliessend* gewesen, wie der immer noch nicht beendete Meinungsstreit um die Frage zeigt, welche der beiden Bestimmungen auf die vorvertragliche Haftung oder eine etwaige Vertrauenshaftung zum Tragen kommen soll[2267]. Vor diesem Hintergrund würde es sich vorliegend ‹nur› um eine erneute Verschiebung dieser Grenze handeln.

1087 Insbesondere stehen dem Einwand meines Erachtens aber die nachfolgenden Überlegungen entgegen (die wir teilweise bereits angesprochen haben):

1087.1 Wie erwähnt ist Art. 55 Abs. 1 OR mangels Widerrechtlichkeit des Verhaltens der *Hilfsperson* nicht anwendbar[2268]. Ein widerrechtliches Verhalten der Hilfsperson liegt im Kontext der Verletzung von Schutznormen *nicht* vor, wenn diese

---

2265 So SPIRO, Haftung für Erfüllungsgehilfen, § 109, S. 411 f.

2266 Dies dürfte vorab davon abhängen, ob die analoge Anwendung von Art. 101 Abs. 1 OR im Rahmen der Haftung wegen Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter stets zum Tragen kommen soll, sobald gemäss vorne in Anlehnung an KLEINDIEK dargestellten Kriterien die verletzten (Verhaltens-)Pflichten an die juristische Person zu adressieren sind. Sie dürfte ohne eine Festlegung der Rolle, welche die Lehre vom Verhaltensunrecht in der Schweiz bei der Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter spielen soll, kaum zu beantworten sein. In der deutschen Doktrin, in der die sog. ‹Verkehrspflichten› vorherrschend auf der Stufe der Widerrechtlichkeit zum Tragen kommen, wird für eine analoge Anwendung der Vorschrift zur Hilfspersonenhaftung (§ 278 BGB) plädiert (vgl. ARNOLD, MünchKommBGB, 7. Aufl., § 31, Rn. 31 m.H.; BAUMS, FS Lukes, 636 ff. m.H. [u.a. auf SPIRO]; grundlegend KLEINDIEK, *passim*).

2267 Vgl. zu dieser Frage – im Kontext der Vertrauenshaftung – einlässlich bspw. LOSER, Vertrauenshaftung, Rn. 1106 ff.; ferner SPIRO, ZSR 1986 I, *passim*. Das Bundesgericht hat sich im Kontext der *culpa in contrahendo* zu Gunsten von Art. 101 Abs. 1 OR ausgesprochen (*leading case* ist BGE 108 II 419, E. 5), wobei diese Praxis (zutreffend) auch als für die Vertrauenshaftung einschlägig erachtet wird (vgl. nur DERS., Fn. 2843 [678]).

2268 Vgl. vorne, Rn. 1036 m.H.

ausschliesslich im Geschäftsherrn (hier der juristischen Person) ihren Adressaten haben. Dass Art. 55 Abs. 1 OR diesfalls ins Leere zielt, könnte freilich als vom Gesetzgeber noch nicht vorhersehbar[2269], aber zweckwidrig taxiert werden. Insofern könnte sich eine Erweiterung von dessen Anwendungsbereich teleologisch noch rechtfertigen lassen.

1087.2 Bereits die Botschaft zum aOR geht aber in eindeutiger Weise davon aus, dass die Sorgfalt des Geschäftsherrn sich auf die *Verhinderung* von Delikten seiner Hilfspersonen zu richten habe[2270]. Der Gesetzeswortlaut spricht sodann von der ‹Verhütung› von ‹Schäden dieser Art›, wobei damit Schäden gemeint sind, die *«Arbeitnehmer oder anderen Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen* [widerrechtlich] *verursacht haben».* Statt den Anwendungsbereich der Vorschrift teleologisch zu erweitern, kann man entsprechend ebenso gut vertreten, Art. 55 Abs. 1 OR habe *nur* Delikte zum Gegenstand, die aus einer Verletzung von Pflichten resultieren, die einer Hilfsperson gegenüber Dritten unbesehen davon zukommen, ob sie gerade für den Geschäftsherrn tätig ist oder nicht – also gleichsam die ‹allgemeinen Pflichten, fremde Rechte nicht zu verletzen›, die SPIRO der Vorschrift weiterhin überlassen will[2271]. Selbstständige Pflichten gegenüber Dritten, deren Adressat zunächst *allein* der Geschäftsherr ist, deren Erfüllung dieser alsdann aber an seine Hilfspersonen delegiert, würden folgerichtig *nicht* im Fokus von Art. 55 Abs. 1 OR stehen. Dem entspricht die erläuterte Auffassung von GAUCH, wonach im Schachtrahmen-Fall Pflichten festgehalten werden, die eigentlich nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen.

2269 Vgl. hinsichtlich der sog. ‹Verkehrspflichten› (betr. das schweizerische, deutsche und österreichische Recht) J. HUBER, 165; und (betr. das deutsche Recht) BAUMS, FS Lukes, 635 f.

2270 Vgl. Botschaft aOR, 189 sowie 189 f.

2271 Vgl. (i.Zh.m. der vorvertraglichen Haftung) SPIRO, ZSR 1986 I, 620 f.; hinsichtlich der sog. ‹Verkehrspflichten› (die i.e.L. dem Schutz absolut geschützter Rechtsgüter dienen) ferner J. HUBER, 165. Das heisst im Übrigen nicht etwa, dass eine Pflichtverletzung deswegen – entgegen dem Anwendungserfordernis von Art. 55 Abs. 1 OR – *nicht* ‹in Ausübung› oder zumindest ‹bei Gelegenheit› der Verrichtungen der Hilfsperson für den Geschäftsherrn zu erfolgen hat (vgl. zum Erfordernis des funktionellen Zusammenhangs im Allg. bereits vorne, Rn. 325; und ferner bspw. PETRIN, 109 ff.). Vielmehr erweist sich diese Diskussion insofern als Stütze für vorliegend vertretenen Standpunkt, als die Pflichten, welche einer Hilfsperson gegenüber Dritten unbesehen davon zukommen, ob sie gerade für den Geschäftsherrn tätig ist oder nicht, auch ausserhalb dieses Anwendungserfordernisses verletzt werden können. Im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 OR braucht die Diskussion gemäss zutreffender Auffassung demgegenüber wohlgemerkt nicht geführt zu werden (vgl. WEBER, BK, Art. 101 OR, Rn. 117 ff., insb. Rn. 124 f.).

1087.3 Demgegenüber stellen selbstständige Pflichten des Geschäftsherrn – wie erwähnt – den *genuinen* Regelungsgegenstand von Art. 101 Abs. 1 OR dar. Dabei handelt es sich gleichsam um den bereits eingangs dieses Kapitels erläuterten Ankerpunkt der Analogie.

1087.4 Sodann geht damit einher, dass Hilfspersonen im Sinn von Art. 101 Abs. 1 OR sämtliche Personen sind, die mit Wissen und Wollen des Geschäftsherrn bei der Pflichterfüllung tätig werden[2272]. Das ist nach meinem Dafürhalten auch in den Situationen von Gewicht, in denen der (öffentlich-rechtliche) Gesetzgeber die fraglichen Pflichten gerade an die juristische Person adressiert. Damit wird im Grundsatz (heteronom) zum Ausdruck gebracht, dass die fraglichen Pflichten eingehalten werden sollen, unbesehen davon, wem der Adressat deren Erfüllung überträgt[2272A]. Es verhält sich insofern gleich wie wenn der Schuldner bei einem Vertrag (autonom) Pflichten übernimmt.

1087.5 Derweil hat der Geschäftsherr nach Art. 55 Abs. 1 OR nur Schäden zu verhüten, die Personen verursachen, die zu ihm in einem Subordinationsverhältnis stehen[2273]. Abgesehen davon, dass dies im Widerspruch zu der eben erwähnten ‹Erwartungshaltung› des Gesetzgebers steht, zeigt sich auch daran, dass die *ratio,* wonach der Geschäftsherr Pflichten delegiert, die ursprünglich nur ihn betreffen, der Vorschrift kaum zu Grunde liegt. Andernfalls dürfte es keine Rolle spielen, ob der Geschäftsherr die Erfüllung der Pflichten an Untergebene oder andere Dritte delegiert.

1088 *Insgesamt* erscheint Art. 55 Abs. 1 OR angesichts seiner systematischen Stellung *prima facie* zwar als die einschlägige Zurechnungsnorm. Allerdings lässt sich in berechtigter Weise die Frage stellen, ob die Vorschrift in Situationen, wie sie vorliegend in Frage stehen, überhaupt einschlägig ist. Als idealer Kandidat, um in eine etwaige Lücke zu springen, erscheint alsdann Art. 101 Abs. 1 OR, der gerade auf derartige Situationen gemünzt ist. Gepaart mit den bereits erwähnten Gesichtspunkten spricht nach meinem Dafürhalten demnach viel dafür, dass eine analoge Anwendung von Art. 101 Abs. 1 OR in vorliegenden Fällen mit SPIRO *am sachgerechtesten* ist.

Als Beispiele, in denen wiederum der genuine Anwendungsbereich von *Art. 55 Abs. 1 OR* betroffen ist, lassen sich im Übrigen drei ähnlich gelagerte Fälle anführen, über die das

---

2272 Vgl. statt Vieler SCHWENZER, OR AT, Rn. 23.04; WEBER, BK, Art. 101 OR, Rn. 40 m.w.H. auf Praxis und Doktrin.

2272A Vgl. auch SPIRO, Haftung für Erfüllungsgehilfen, § 110, S. 140.

2273 Vgl. statt Vieler SCHWENZER, OR AT, Rn. 23.15 m.H.; BREHM, BK, Art. 55 OR, Rn. 7.

Bundesgericht im Frühjahr 2009 zu entscheiden hatte[2274]. Der jeweilige Sachverhalt lässt sich wie folgt zusammenfassen: Ein *«directeur adjoint des équipements et des immeubles»* einer Bank bewegt zahlreiche Private mit dem Versprechen äusserst hoher Renditen in unbestritten betrügerischer Weise dazu, Vermögenswerte auf *sein* Konto bei der Bank einzuzahlen. Dabei empfängt er die Privaten unter anderem in den Räumlichkeiten der Bank und verwendet Briefpapier und Visitenkarten mit deren Kennzeichen. Nun klagen drei dieser Kunden zwecks Ersetzung des auf ihren eingezahlten Vermögenswerten erlittenen Schadens die Bank ein. Das Bundesgericht geht weder von einem Vertrag mit der Bank aus – auch nicht mit Rücksicht auf das auch über das Institut der Anscheins- und Duldungsvollmacht[2275] –, noch gesteht es dem Mitarbeiter Organeigenschaft zu[2276]. Es stützt die Haftung der Bank vielmehr auf Art. 55 Abs. 1 OR: Eine Bank müsse im Allgemeinen *«toujours compter avec le risque qu'un employé utilise les locaux et le papier à son en-tête pour se livrer à des opérations de type bancaire à son seul profit et à l'insu de la banque; il lui incombe donc de prendre les mesures de surveillance que l'on peut raisonnablement exiger»,* und konkret hätte die Bank unter den gegebenen Umständen insbesondere den Mitarbeiter mit der Tatsache zu konfrontieren gehabt, dass er entgegen seinem Aufgabenbereich regelmässig Kunden empfange[2277]. Eingebettet in vorliegenden Zusammenhang lässt sich gleichsam festhalten, dass der Bank nicht unmittelbar die pflichtwidrige Vermögensschädigung (mangels eines Vertragsverhältnis) vorgeworfen wird, sondern deren mittelbare Nichtvermeidung in Verletzung der Sorgfaltspflichten nach Art. 55 Abs. 1 OR.

Einer analogen Anwendung von Art. 101 Abs. 1 OR sind schliesslich **weitere Argumente** beförderlich. Dazu ist nach eben erfolgten Ausführungen zunächst festzuhalten, dass Art. 101 Abs. 1 OR und Art. 55 Abs. 2 ZGB kaum je unterschiedliche Ergebnisse zur Folge haben[2278]; die Haftung für Organe und jene für Hilfspersonen werden insofern weitgehend *gleichbehandelt*. 1089

2274 Entscheide 4A_544/2008 vom 10. Februar 2009 sowie 4A_48/2009 und 4A_50/2009 vom 26. März 2009.

2275 Vgl. Entscheide 4A_544/2008 vom 10. Februar 2009, E. 2.2, auch BETTSCHART/CONUS, GesKR 2009, Fn. 4 (390).

2276 Vgl. dazu die Sammelbesprechung von BETTSCHART/CONUS, GesKR 2009, 389 ff. (m.H. auf die entsprechenden Entscheidstellen), die insbesondere auf diesen Aspekt der Entscheide eingeht.

2277 Vgl. E. 2.5 der jeweiligen Entscheide; auch BETTSCHART/CONUS, GesKR 2009, 391.

2278 Vgl. OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 20, Rn. 21; und im Anschluss daran WAESPI, 316; ein Unterschied besteht jedoch in der unterschiedlichen Tragweite eines etwaigen vertraglichen Haftungsausschlusses (vgl. dazu WEBER, BK, Art. 101 OR, Rn. 68; kurzum: Art. 101 Abs. 2 und 3 OR, die im Vgl. zu Art. 100 einen weitergehenden Haftungsausschluss ermöglichen, sind nur im Rahmen der Haftung für Hilfspersonen anwendbar).

1090 Demgegenüber eröffnet die Anwendung von Art. 55 Abs. 1 OR – wie erwähnt – im Prinzip nicht nur die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises, sondern kann (auch) im Fall von allein oder unter weniger strengen Voraussetzungen an die juristische Person adressierten Pflichten zu einer Haftungslücke oder strengeren Haftungsvoraussetzungen führen. Insofern wird die Haftung für Organe im Vergleich zu jener für Hilfspersonen *strenger gehandhabt*.

1091 Im Licht der vorne stehenden Wertungen lässt sich eine Ungleichbehandlung von Hilfspersonen und Organen in der Sache nicht immer rechtfertigen[2279]. Alsdann könnte sich eine Gesellschaft diese gleichsam zu Nutze machen, indem sie weitgehend Hilfspersonen einsetzt, wie dies in Deutschland im Zusammenhang mit der Haftung der juristischen Person für das Verhalten ihrer Organe regelmässig angeführt wird[2280]. So kann sie ihre Haftung *«durch eine selbst geschaffene Exkulpation in weitem Umfange verringern; die Reichweite der Haftung stünde so aber – überspitzt formuliert – im Belieben der juristischen Personen»*[2281]. Um den Anlageberatungs-Fall als Beispiel zu nehmen, könnte entsprechend ein anderer Kunde ebenso unzureichend aufgeklärt worden sein, dies aber von einem Geschäftsleiter, so dass sich die Bank im vorliegenden Fall durch eine rechtsgenügende Organisation entlasten könnte, derweil sie dem durch einen Geschäftsleiter beratenen Kunden wegen Verletzung derselben Pflicht haften würde.

Ob derartige Überlegungen bei der Organisation einer Gesellschaft *tatsächlich* eine Rolle spielen, *scil*. ob Finanzdienstleister oder Emittenten von den entsprechenden Manipulationsmöglichkeiten tatsächlich Gebrauch machen, erscheint als fraglich. Jedoch könnte bspw. eine kleinere Privatbank in der Tat versucht sein, haftungsanfällige Geschäfte nie Organen zu übertragen, um eher in den Genuss des Entlastungsbeweises zu kommen; etwa die Beratung von Kunden, um beim Anlageberatungsfall zu bleiben.

1092 Eine analoge Anwendung von Art. 101 Abs. 1 OR ist mithin auch insofern vorzugswürdig. Endlich weist auch das folgende Argument in diese Richtung[2282]: Hilfspersonen im Sinn von Art. 101 Abs. 1 OR sind (wiederum im Gegensatz zur Situation im Rahmen von Art. 55 Abs. 1 OR) gemäss allgemeiner Auffassung nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch selbstständige Dritte, die zur Erfüllung der in Frage stehenden

---

2279 Vgl. auch WAESPI, 311 ff. (zu dessen Konzept einer ‹kollektiven Unsorgfalt› vgl. freilich vorne, Fn. 2211).

2280 Vgl. ausführlich MATUSCHE-BECKMANN, 134 ff. m.w.H.; ferner nur REUTER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 31, Rn. 3 ff.

2281 So MATUSCHE-BECKMANN, 135; vgl. auch REUTER, MünchKommBGB, 6. Aufl., § 31, Rn. 5.

2282 Vgl. dazu PETRIN, 106 m.w.H., der allerdings den Weg über eine unmittelbare Anwendung von Art. 41 Abs. 1 OR vorzieht (vgl. dazu vorne).

Pflichten beigezogen werden[2283]. Angesichts dessen, dass in Nachachtung dieser Unterscheidung der juristischen Person ähnliche Manipulationsmöglichkeiten eröffnet würden[2284], wie sie bestehen, wenn an die Organ- beziehungsweise Hilfspersonenstellung unterschiedliche Rechtsfolgen angeknüpft werden, erscheint deren Einbezug als gleichermassen wünschenswert[2285].

1093 In einer Zusammenschau aller dieser (teleologischen, systematischen und weiteren) Argumente kann nach meinem Dafürhalten das **Fazit** gezogen werden, dass in der Situation, in der Pflichten an juristische Personen gerichtet sind, Art. 101 Abs. 1 OR im Anschluss an die Überlegungen von SPIRO analog zur Anwendung gebracht werden sollte. Das heisst *beispielsweise,* dass eine juristische Person bei Verletzung der Ad hoc-Publizitätspflicht durch eine Hilfsperson (z.B. wenn das Fehlverhalten darin bestand, dass ein untergeordneter Kommunikationsverantwortlicher eine alte Version verwendete) bei gegebenen Voraussetzungen nach Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 53 KR (so es sich dabei denn um eine Schutznorm handelt) i.V.m. Art. 101 Abs. 1 OR *per analogiam* haften könnte.

1094 In den Situationen, in denen sich die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen an natürliche Personen richten, ist demgegenüber *pro memoria* weiterhin Art. 55 OR einschlägig. Diesfalls – und (wie bereits im Zusammenhang mit der Haftung der Organe erwähnt) *nur* diesfalls – besteht denn auch die Möglichkeit einer *persönlichen Haftung der Hilfspersonen*.

1095 Richten sich bestimmte öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen sowohl an die Hilfsperson als auch an die juristische Person (wie aufgrund Art. 33 FINMAG bzw. Art. 32, 34 und 37 FINMAG bspw. Art. 11 BEHG oder aufgrund von Art. 305bis StGB direkt oder Art. 102 Abs. 2 StGB der Geldwäschereitatbestand), stehen dem Geschädigten zur Haftbarmachung der juristischen Person alsdann beide Wege offen,

---

2283 Vgl nur SCHWENZER, OR AT, Rn. 23.04 und 23.15 m.w.H.

2284 Vgl. dazu PETRIN, 81 m.w.H.

2285 Vgl. – im Kontext der Vertrauenshaftung – auch LOSER, Vertrauenshaftung, Rn. 1115. Diese Überlegung wird in der Regel auch nicht deswegen scheitern, weil, falls eine Substitution vorliegt, dem potentiellen Schädiger wiederum ein *nota bene* weniger voraussetzungsvoller Entlastungsbeweis zugestanden wird (vgl. Art. 399 Abs. 2 OR), mit der Folge, dass eine – mithin wenig sachgerechte, aber konsequente – analoge Anwendung der vertragsrechtlichen Regelungen überhaupt ein gemischtes Bild ergeben würde. Zieht der potentiellen Schädiger im Rahmen der Erfüllung gesetzlicher Pflichten nämlich Dritte bei, dürfte dies regelmässig in seinem Interesse erfolgen, infolgedessen das heute durch die Praxis in den Vordergrund gestellte Abgrenzungskriterium für eine Anwendung von Art. 101 OR spricht (vgl. SCHWENZER, OR AT, Rn. 23.06 m.w.H.).

um gegen die juristische Person vorzugehen. Zumindest im aufsichtsrechtlichen Zusammenhang wird ihm jener über Art. 101 Abs. 1 OR regelmässig günstiger sein.

1096 Mit Blick auf die **einzelnen Haftungsvoraussetzungen** der Hilfspersonenhaftung verweisen wir grundsätzlich erneut auf unsere Überlegungen im Grundlagenteil sowie die bezügliche Literatur[2286]. Dass Hilfspersonen nicht zwingend Mitarbeiter sein müssen, haben wir ebenfalls bereits bemerkt, ebenso dass dem Geschäftsherrn grundsätzlich kein Entlastungsbeweis zur Verfügung steht. Zudem geben wir nachfolgend noch einige wenige Hinweise im Betreff auf die Voraussetzung der sog. *‹hypothetischen Vorwerfbarkeit›:*

1096.1 Die Voraussetzung lautet dahingehend, *«dass die Handlung des Gehilfen dem Schuldner vorwerfbar wäre, wenn er sie selber vorgenommen hätte»*[2287]. Entsprechend spielt weder eine Rolle, dass die Handlung der Hilfsperson vorwerfbar war, noch ob der Geschäftsherr *tatsächlich* ein vorwerfbares Verhalten an den Tag gelegt hat[2288].

1096.2 In vorliegendem Zusammenhang bedeutet das vor allem, dass die Verletzung der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnorm so erfolgt sein muss, dass sie *der juristischen Person* vorwerfbar ist. Wie die Ausführungen zur Haftung juristischer Personen für ihre Organe gezeigt haben, wird es dabei oftmals bei dem deliktsrechtlichen objektiven Fahrlässigkeitsmassstab bleiben[2289]. Dieser wird sodann auf das Verhalten der Hilfsperson angewandt. Ein etwaiges (Organisations-) Verschulden des *Bewilligungsträgers* (bzw. von dessen Organen) ist im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses allerdings kumulativ zu berücksichtigen, sofern es im öffentlichen Recht vorausgesetzt wird.

1096.3 Demgegenüber spielt es im Licht des Erfordernisses der ‹hypothetischen Vorwerfbarkeit› *keine* Rolle, dass die *Hilfsperson* gemäss Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. der einschlägigen Schutznorm *ihrerseits* nur bei Vorsatz (wie bspw. wenn die Verhaltensregeln gemäss FIDLEG über Art. 92 E-FIDLEG bzw. Art. 89 FIDLEG an die Hilfspersonen adressiert würden) oder nur gemäss einem subjektiven Fahrlässigkeitsmassstab haften würden (wie gegebenenfalls wenn Art. 33 FINMAG einen solchen Massstab voraussetzten würde).

2286 Vgl. dazu SCHWENZER, OR AT, Rn. 23.02 ff.; sowie die Kommentierungen von Art. 101 OR.

2287 So WEBER, BK, Art. 101 OR, Rn. 133 m.w.H.

2288 Vgl. statt Vieler A. KOLLER, in: Guhl, § 31, Rn. 35; SCHWENZER, OR AT, Rn. 23.10; Weber, BK, Art. 101 OR, Rn. 135 f. m.w.H.

2289 Näher zum Fahrlässigkeitsmassstab im Fall, dass eine juristische Person als Geschäftsherrin amtet vgl. Weber, BK, Art. 101 OR, Rn. 137.

4. Teilnehmer

Strafvorschriften, die als Schutznormen in Frage kommen, können nicht nur durch Personen mit eigentlicher Tätereigenschaft, sondern auch durch Teilnehmer verletzt werden, *scil*. durch *Anstifter oder Gehilfen* (vgl. Art. 24 ff. StGB, wobei die Vorschrift gemäss Art. 2 VStR bzw. Art. 333 StGB auch für das Verwaltungsstrafrecht gilt). Die entsprechenden Bestimmungen sorgen alsdann für eine Ausdehnung des personalen Anwendungsbereichs der in Bezug genommenen Verhaltensnormen, namentlich von strafrechtlichen Sonderdelikten (wie bspw. Art. 305ter StGB), deren Sondereigenschaften Teilnehmer nicht erfüllen müssen[2290]. Weil gerade nicht alle beziehungsweise nicht dieselben objektiven (und subjektiven) Tatbestandsmerkmale gegeben sein müssen, erweitern sie im Übrigen auch den ‹sachlichen Anwendungsbereich› dieser Delikte. 1097

Falls die entsprechend verletzten öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen in Zusammenschau mit Art. 24 f. StGB die Anforderung an eine Schutznorm erfüllen, spricht nach meinem Dafürhalten *grundsätzlich* nichts dagegen, dass aufgrund des Verweises im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR auch Anstifter oder Gehilfen deliktsrechtlich schadenersatzpflichtig gemacht werden können[2291]. Dabei finden *mutatis mutandis* jene strafrechtlichen Sanktionsvoraussetzungen Eingang in den Haftungstatbestand, auf die der Verweis gemäss vorne stehenden allgemeinen Überlegungen abzielt. 1098

Nun sieht mit Art. 50 Abs. 1 OR aber auch das Deliktsrecht eine Regelung dieser Beteiligungsformen vor («Haben mehrere den Schaden gemeinsam verschuldet, sei es als Anstifter, Urheber oder Gehilfen, so haften sie dem Geschädigten solidarisch»). Dabei sollen im Allgemeinen die Anforderungen an eine Anstiftung oder eine Gehilfenschaft losgelöst von ihrem strafrechtlichen Sinn zu verstehen sein, wobei dies gerade auch für die subjektive Tatseite gelten soll[2292]. In konsequenter 1099

2290 Vgl. Art. 26 StGB und ferner nur FORSTER, BSK-SR I, Vor Art. 24 StGB, Rn. 32.

2291 Vgl. rechtsvergleichend (zum österreichischen Strafrecht) auch KAROLLUS, 239 f.; und ebenso (zum deutschen Strafrecht) bereits SCHMIEDEL, 62 f.; und ferner SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 227 f., und Soergel-BGB, § 823, Rn. 213.

2292 Vgl. insb. HEIERLI, Rn. 1031 m.w.H.; im Allgemeinen ferner bspw. BREHM, BK, Art. 50 OR, Rn. 23. Die Stimmen dürften sich regelmässig nicht auf die Situation beziehen, in der es um die Begründung der Widerrechtlichkeit unter Beizug strafrechtlicher Vorsatzdelikte im Fall reiner Vermögensschädigungen geht. Ob HEIERLI speziell diese Fälle im Auge hat, wird nicht ganz klar. Seine Ausführungen in Rn. 1032 ff. könnten darauf schliessen lassen, ebenso hält er in dem Fazit zu seiner einlässlichen Diskussion von Art. 50 Abs. 1 OR folgendes fest: *«Wird dieses gemeinsame Verschulden* [i.S.v. Art. 50 Abs. 1 OR] *be-*

Weise wäre bei einer Inbezugnahme von strafrechtlichen Schutznormen insbesondere von einer Berücksichtigung des Vorsatzerfordernisses oder des subjektiven Fahrlässigkeitsmassstabs abzusehen, aber beispielsweise auch von einer Berücksichtigung einer etwaigen, abweichenden objektiven Umschreibung der Eigenschaften eines Anstifters oder Gehilfen durch Strafrecht, die nota bene auch verhaltensbestimmend ist.

1100 Einem entsprechenden Verständnis von Art. 50 Abs. 1 OR steht zunächst entgegen, dass der Vorschrift gemäss überwiegender Auffassung gar *keine* haftungsbegründende Funktion zukommt. Dessen Anwendung setzt vielmehr gleichsam voraus, dass für jeden Täter beziehungsweise Teilnehmer *zunächst* eine Haftung *(in casu)* auf der Grundlage von Art. 41 Abs. 1 OR begründet werden kann[2293].

1101 Ferner gehen selbst jene Stimmen, die das anders sehen und beispielsweise für das Verschulden Art. 50 Abs. 1 OR statt Art. 41 Abs. 1 OR für einschlägig halten, davon aus, dass sich das *Widerrechtlichkeitserfordernis* nach Art. 41 Abs. 1 OR bestimmt[2294]. Gerade dabei handelt es sich freilich um jene Haftungsvoraussetzung, in deren Rahmen die deliktsrechtlich einschlägigen strafrechtlichen Sanktionselemente zum Tragen kommen. Liegt folglich in deren Licht keine Anstiftung oder Gehilfenschaft vor[2295], stellt sich die Frage nach einer Anwendung von Art. 50 OR *gar nicht erst*. Bei der Frage, ob und inwiefern in der Folge eines etwaigen widerrechtlichen Verhaltens im Sinn von Art. 41 Abs. 1 OR gemäss den Voraussetzungen von Art. 50 OR von einer solidarischen Haftung der Täter und Teilnehmer auszugehen ist, han-

---

jaht, so ist damit auch das Verschuldenserfordernis von Art. 41 OR erfüllt. Gemeinsames Verschulden setzt m.E. voraus, dass der Geldwäscher (aus seiner Sicht) bewusst und gewollt mit der Vortäterschaft zusammenwirkt (Tatbeitrag) und ihm in Bezug auf das schädigende Zusammenwirken ein Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) vorzuwerfen ist» (vgl. Rn. 1115 [ohne die Hervorhebungen im Original]). Andererseits setzt er für die Haftungsbegründung weiterhin Widerrechtlichkeit voraus (vgl. zusammenfassend Rn. 1113), derweil ja das strafrechtliche Vorsatzerfordernis bereits über die Widerrechtlichkeit in den Haftungstatbestand berufen wird (vgl. auch noch sogl.).

2293 Vgl. FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, Rn. 2760; KÜTTEL, HAVE 2008, 321; für weitere H. (auch auf die Gerichtspraxis) vgl. HEIERLI, Rn. 1024.

2294 So bspw. HEIERLI (vgl. vorne, Fn. 2292 m.H.); im Allgemeinen ferner BREHM, BK, Art. 50 OR, Rn. 6; FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, Rn. 2761 m.w.H.; KÜTTEL, HAVE 2008, 321.

2295 Dasselbe gilt selbstredend auch für die in Art. 50 Abs. 1 OR erwähnte Mittäterschaft (wobei es vorliegend bei dieser Bemerkung belassen werden soll; insbesondere auf die im Strafrecht ‹ausserordentlich heftig› umstrittene Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme kann selbstredend nicht eingegangen werden, vgl. dazu bspw. TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Vor Art. 24, Rn. 10 ff.).

delt es sich dann allerdings um eine ausschliesslich zivilrechtliche. Diese kann im Prinzip auch nach ausschliesslich zivilrechtlichen Kriterien beurteilt werden.

Letztlich kollidiert die strafrechtliche Regelung der Teilnahme mit der zivilrechtlichen folglich gar *nicht*[2296]. Damit ist zur Begründung der Haftung von Teilnehmern für reine Vermögensschäden nach Art. 41 Abs. 1 OR weiterhin eine Teilnahme im Sinn von Art. 24 f. StGB an einem Strafrechtstatbestand erforderlich, der seinerseits als Schutznorm qualifiziert. 1102

Im Übrigen wird neuerdings vermehrt die Auffassung vertreten, dass Art. 50 Abs. 1 OR bei gegebenen Voraussetzungen eine Haftungsausweitung zur Folge hat, indem die Vorschrift im Aussenverhältnis eine Haftung für den *gesamten* Kausalbeitrag unabhängig vom eigenen Kausalbeitrag des Täters oder Teilnehmers begründet[2297]. Davon bleibt das Widerrechtlichkeitserfordernis allerdings von vorneherein *unberührt*[2298], so dass die einschlägigen strafrechtlichen Elemente auch insofern weiterhin durch das Verhalten eines jeden Beteiligten erfüllt werden müssen.

IV. Fazit

Im *Vertragsrecht* gelangen öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen gemäss den vorne stehenden Überlegungen auf drei Wegen in das (private) Haftungsrecht, nämlich (i) als Doppelnormen, falls sie (ii) durch die Parteien (in zumindest zugeschriebener Weise) autonom gesetzt wurden oder (iii) über an den Richter gerichtete Ermächtigungsnormen. Im *Deliktsrecht* steht auf Grundlage der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR (iv) die vierte Möglichkeit im Vordergrund; es liegt gleichsam eine **Verweisungsnorm** vor. Falls die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden in Frage steht, handelt es sich dabei – genau besehen – um die *einzige* Möglichkeit: 1103

> Das Institut der Doppelnorm spielt in diesem Kontext – soweit ersichtlich – keine Rolle. 1103.1

2296 Vgl. (zum österreichischen Recht) auch KAROLLUS, 244.

2297 Vgl. FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, Rn. 2760 und 2816, je m.w.H.

2298 Die Haftungsbegründung, welche die vordringliche Auffassung im Auge hat, betrifft offensichtlich das Kausalitätserfordernis (vgl. auch die Rede von einer ‹Lockerung des Erfordernisses des Kausalzusammenhangs› bei FELLMANN/KOTTMANN, Bd. I, Rn. 2822), auf das im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses gerade nicht verwiesen wird (vgl. vorne, Rn. 978 f.).

1103.2 Indem gemäss vorliegend vertretener Auffassung die Möglichkeit ungeschriebener Schutznormen grundsätzlich nicht für gegeben erachtet wird, handelt es sich bei Art. 41 Abs. 1 OR auch nicht zugleich um eine an den Richter gerichtete Ermächtigungsnorm.

1103.3 Vorschriften, die durch die Parteien autonom gesetzt wurden, kommen als Schutznormen nicht in Frage (auch nicht sog. ‹private Regelwerke›). Das haben wir ebenfalls gezeigt.

1104 Alsdann haben wir die **Verweisungskriterien** bestimmt, die das Deliktsrecht an öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen (beziehungsweise Schutznormen) heranträgt. Herkömmlicherweise wird dabei vorausgesetzt, dass die Norm (i) den Schutz des individuellen Vermögens bezwecken und (ii) genügend bestimmt sein muss. Dem ist zuzustimmen, wobei im Hinblick auf den Individualschutzzweck öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Finanzmarktzusammenhang von besonderem Gewicht ist, dass der Schutz individueller Interessen nicht primäres Ziel zu sein braucht, sondern neben jenem öffentlicher Interessen herlaufen kann. Darüber hinaus wird im Allgemeinen vorausgesetzt, dass die Schutznorm den Charakter einer Verhaltensnorm haben muss. In diesem Zusammenhang haben wir gezeigt, dass eine Schutznorm nicht nur (iii) ein Verhaltensgebot oder -verbot zu beschreiben, sondern (iv) die Rechtsunterworfenen gleichsam zu einem gewissen Verhalten zu bestimmen hat (Erfordernis der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung). Dieses Ergebnis gründet vorab auf der haftungsbegrenzenden Funktion des Widerrechtlichkeitserfordernisses, das in vorliegendem Kontext auch in der höchstrichterlichen Praxis betont wird. Ob dieses Erfordernis gegeben ist, ist in Auslegung der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen zu ermitteln. Dabei ist besonders zu beachten, ob an die Verletzung der Schutznorm Sanktionen anknüpfen und wie diese gegebenenfalls ausgestaltet sind. Wie wir gezeigt haben, trifft dies insbesondere auf Strafsanktionen und pönale Verwaltungssanktionen zu, mit denen die potentiellen Schutznormen des Finanzmarktrechts regelmässig bewehrt sind.

1105 Weitere Verweisungskriterien stipuliert das schweizerische Deliktsrecht demgegenüber *nicht;* das gilt weder für das Erfordernis der Tragbarkeit einer Haftung im Licht des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems noch für das Erfordernis, wonach Schutznormen strafbewehrt sein müssen oder für das sog. ‹Vorsatzdogma›. Als Konsequenz daraus können insbesondere auch mit Verwaltungssanktionen belegte Normen sowie solche, die in ihrem Tatbestand eine Sonderverbindung voraussetzen (wie bspw. Art. 11 BEHG), in den deliktsrechtlichen Haftungstatbestand Eingang finden.

1106 Alsdann haben wir bestimmt, welche ausserprivatrechtlichen Sanktionselemente im Haftungstatbestand Berücksichtigung finden (Problem der **Reichweite des Verwei-**

ses). Hier spielt unseres Erachtens nunmehr die Frage, nicht mehr ob, sondern *inwiefern* eine ausserprivatrechtliche Verhaltensbestimmung besteht, eine gewichtige Rolle. Zusammenfassend sind im Deliktsrecht die folgenden Elemente von Bedeutung:

(i) die objektive Verhaltensanweisung gemäss der Schutznorm (inkl. etwaige Rechtfertigungsgründe);

(ii) der zeitliche, räumliche und personale Anwendungsbereich einer öffentlich-rechtlichen Verhaltensnorm;

(iii) ein etwaiges (verwaltungs-)strafrechtliches Vorsatzerfordernis sowie auch ein etwaiger subjektiver Fahrlässigkeitsmassstab, wie er insbesondere im Verwaltungsstrafrecht und im Kontext von Art. 33 FINMAG, der sich an natürliche Personen richtet, allenfalls auch im Aufsichtsrecht angelegt wird. In diesem Zusammenhang wurde im Übrigen auch dargelegt, dass redaktionell getrennte Verhaltens- und Sanktionsnormen grundsätzlich zusammen zu lesen sind;

(iv) weitere Anforderungen des (Verwaltungs-)Strafrechts, namentlich Regelungen, die qualifizierte Vorsatzerfordernisse aufstellen, oder Rechtsirrtümer betreffen.

Ferner haben wir uns der Frage gewidmet, ob und inwiefern der Verweis im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses **Normen auf bestimmten Haftungsstufen** zum Gegenstand hat. Dabei wurde angedacht, dass der Verweis auf Verhaltensnormen, die Regelungen auf der Stufe der Pflichtverletzung treffen, sowie etwaige *mit*-verwiesene weitere Haftungselemente zu begrenzen ist. Verhaltensnormen, die *unselbstständige* Pflichten vorsehen (sei es des Geschäftsherrn oder des Schädigers selbst), wären dann von dem Verweis *isoliert* nicht erfasst. Zum Zug kommen können sie – falls sie nicht mitverwiesen werden – jedoch ferner dann, wenn sie im Rahmen der Regelung des Verschuldens (bzw. der Fahrlässigkeit) oder der Sorgfaltspflichten des Geschäftsherrn in Bezug genommen werden. Ob dies der Fall ist, ist Gegenstand des nachfolgenden Kapitels. 1107

Schliesslich ist zu bestimmen, welche **Personen** haftpflichtig gemacht werden können. Ausgangspunkt ist dabei, dass die Möglichkeit einer Haftung nur dann besteht, wenn gemäss dem Kriterium der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung eine öffentlich-rechtliche Verhaltensnorm als an gewisse Personen adressiert zu gelten hat. Bei Verhaltensnormen, die sich zunächst allein an juristische Personen richten, sorgen Sanktionsnormen wie Art. 29 StGB, Vorschriften des Verwaltungsstrafrechts oder Art. 33 FINMAG dafür, dass der personale Anwendungsbereich der Verhaltensnormen auf die natürlichen Personen ausgedehnt wird, die Adressaten der Sanktionsnormen sind. Dabei hat sich ferner bestätigt, dass Verhaltens- und Sanktionsnormen grundsätzlich zusammen zu lesen sind. Was schliesslich die Haftung 1108

juristischer Personen betrifft, ist der Adressatenkreis der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen ebenfalls von Bedeutung. Während Organverhalten im Allgemeinen gemäss Art. 55 Abs. 2 ZGB zugerechnet werden kann, haftet eine juristische Person für Hilfspersonen je nachdem, ob eine Vorschrift auch an die juristische Person adressiert ist, unter den weniger strengen Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 1 OR, der *per analogiam* zur Anwendung gelangt, oder ‹nur› unter den strengeren Voraussetzungen von Art. 55 Abs. 1 OR.

1109 Dafür, ob und inwiefern den in den **Beispielfällen** relevanten öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen Schutznormeigenschaft zukommt, verweisen wir zu guter Letzt auf die entsprechenden Hinweise, die wir zum Schluss der Arbeit (*scil*. alsbald) geben werden. Im Allgemeinen wird *Art. 11 BEHG* und *Art. 305bis StGB* vom Bundesgericht Schutznormcharakter zugestanden. Derweil stellt sich bei *Art. 53 KR* insbesondere die Frage, ob es sich dabei um eine Gesetzesvorschrift oder eine private Regelung handelt (wobei wir nach vorne erfolgten Hinweisen in erstere Richtung tendieren). Die übrigen Anforderungen an eine Schutznorm dürfte die Vorschrift erfüllen.

1110 Mit Blick auf die *Verhaltensregeln des FIDLEG* sprechen insbesondere die Aussagen des Bundesrats in der Botschaft, die deren vertragsrechtlicher Relevanz durchaus entgegenstehen, nach meinem Dafürhalten nicht dagegen, diese als Schutznormen zu qualifizieren. Eine entsprechende Qualifikation ist vielmehr Ausdruck des Konzepts der Ausstrahlungswirkung, falls man dieses dahingehend versteht, dass der Richter auf die aufsichtsrechtlichen Vorschriften Bezug nehmen kann, sofern das Privatrecht dafür Einfallstore bereithält. Insofern könnte sich in der Tat erweisen, dass das Deliktsrecht für die privatrechtliche Durchsetzung dieser Vorschriften von Gewicht sein wird (während das Vertragsrecht gemäss dem vorne stehend diesbezüglich gezogenen Fazit insofern tendenziell gleichsam hinter dem Deliktsrecht zurückbleibt).

4. Kapitel: Die Inbezugnahme öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Rahmen weiterer Haftungselemente

I. Vorbemerkungen

1. Allgemein / Charakterisierung der Inbezugnahme

Blicken wir auf den im Grundlagenteil ‹skelettierten› Haftungstatbestand zurück, haben wir uns bis anhin primär mit der Stufe der *Pflichtverletzung* befasst und gefragt, ob und inwiefern im Vertrags- und Deliktsrecht auf dieser Stufe öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen eine Rolle spielen. Die Vorgaben der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen betreffend die *anderen Haftungsstufen* (inkl. jenen, die den Gegenstand nachfolgender Ausführungen ausmachen) haben im Deliktsrecht insofern eine Rolle gespielt, als sie gegebenenfalls durch den Verweis im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses *mit*erfasst sind. 1111

Nun haben die Ausführungen im Grundlagenteil aber ergeben, dass Verhaltensnormen – *scil*. gemäss der vorne gegebenen, basalen Umschreibung Normen, die den Rechtsunterworfenen ein gewisses äusseres Verhalten vorschreiben – auch (um die Nomenklatur des positiven Schweizer Rechts zu verwenden) auf den Haftungsstufen 1112

(i) des *Verschuldens,* und dort präziser der Fahrlässigkeit (vgl. Art. 41 Abs. 1 OR [Deliktsrecht] und Art. 97 Abs. 1 OR [Vertragsrecht]) bzw. der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht (vgl. Art. 398 Abs. 2 OR);

(ii) des *Selbstverschuldens* (Art. 44 Abs. 2 OR); und

(iii) im Rahmen der deliktsrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, und dort präziser auf der Stufe der *Sorgfalt des Geschäftsherrn* (vgl. Art. 55 Abs. 1 OR) zum Tragen kommen können.

Im Grunde genommen geht es dabei *je* um *Sorgfaltsobliegenheiten* in Bezug auf fremdes (so bei den Obliegenheiten des Schädigers und des Geschäftsherrn) *oder* eigenes Vermögen (so bei den Obliegenheiten des Geschädigten), sobald reine Vermögensschäden auf dem Spiel stehen. 1113

1114 Des Weiteren haben wir im Prinzip auch bereits darauf hingewiesen, dass öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im Rahmen des privatrechtlichen Haftungstatbestands womöglich *auch auf diesen Haftungsstufen* in Bezug genommen werden können.

Dazu kommt die Stufe der Rechtfertigung, auf der öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen ebenfalls in das (private) Haftungsrecht Eingang finden können. Hier geht es allerdings nicht um Sorgfaltsobliegenheiten. Vielmehr bewegen sich die – gegebenenfalls öffentlich rechtlichen – Verhaltensnormen auf derselben Ebene wie die Pflichtverletzung, indem sie die Unzulässigkeit eines Verhaltens unter bestimmten Umständen wieder aufheben. Die Thematik der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen auf der Stufe der Rechtfertigung wird in dieser Studie – wie bereits erwähnt – nicht weiter verfolgt[2298A].

1115 Die Modalitäten, denen gemäss öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen auf diesen (weiteren) Haftungsstufen im Privatrecht zum Zug kommen, sind Gegenstand des vorliegenden Kapitels. Dabei betreffen die nachfolgenden Überlegungen – soweit anwendbar – im Grundsatz das Vertrags- *und* das Deliktsrecht. Bevor wir uns den einzelnen Haftungsstufen zuwenden, haben wir die folgenden, allgemeinen Bemerkungen:

1116 Die privatrechtlichen Regelungen, in deren Rahmen die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen gegebenenfalls zum Tragen kommen, stellen alle gewisse Verhaltensanforderungen auf. Alsdann handelt es sich bei den Regelungen um *an den Richter gerichtete Ermächtigungsnormen*. Das ergibt sich mit Rücksicht auf unsere Überlegungen im Grundlagenteil daraus, dass dem Richter bei der Konkretisierung der rudimentären[2299] gesetzlichen Anforderungen ein beträchtlicher Ermessensspielraum zukommt und er folglich öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen zwar berücksichtigen kann, *nicht aber muss*[2300]. Dementsprechend steht es ihm auch offen, nicht nur etwaige Gesetzesvorschriften in Rechnung zu stellen, sondern auch etwaige private

---

[2298A] Vgl. zu alledem bereits vorne, Rn. 273 ff. und 299 f. m.H.

[2299] Vgl. vorne, Rn. 260, 303 und 327.4. Im Auftragsrecht ist sodann allein von ‹sorgfältiger Ausführung des Geschäfts› die Rede (vgl. Art. 398 Abs. 2 OR); vgl. ferner H.P. WALTER, ZSR 2008 I, 102 (wonach es sich bei Art. 398 Abs. 2 OR um eine ‹Generalklausel› handle).

[2300] Vgl. i.Zh.m. dem Verschuldenserfordernis bzw. der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht ausdrücklich bspw. Entscheid 4A_122/2013 vom 31. Oktober 2013, E. 3.2.3. («[..] *le juge peut être amené à prendre en compte* [..]»); sowie VERDE, Widerrechtlichkeit, Rn. 64 f. (m.w.H.); und i.Zh.m. den Organisationspflichten des Geschäftsherrn OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 23, Rn. 142; WAESPI, 32; vgl. zum deutschen Recht (betr. § 276 Abs. 2 BGB, der im allgemeinen vertraglichen Haftungsrecht das Verschulden regelt) schliesslich bspw. KÖNDGEN, AcP 2006, 520.

Regelwerke[2301] (oder auch etwaige nicht schriftlich festgehaltene Usanzen[2302]). Letztlich hat der Richter bei der Prüfung, ob das in Frage stehende Haftungselement gegeben ist, auf die Umstände des jeweiligen *Einzelfalls* abzustellen[2303]. Diese können – je nachdem – Anforderungen zur Folge haben, die über jene der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen (oder auch der ‹privaten Regelwerke› oder Usanzen) hinausgehen. Demgegenüber dürfte es mit VITO ROBERTO *«in der Regel schwierig sein, ein Gericht zu überzeugen, dass trotz Verstosses gegen ein privates Regelwerk die erforderlichen Verhaltensstandards eingehalten wurden»*[2304]. Dasselbe gilt – wohl umso mehr[2305] – bei einem Verstoss gegen öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen.

Die Situation ist damit im Übrigen offensichtlich (und aus der Warte unserer Überlegungen im Licht der Stufenbaulehre folgerichtig) eine andere als im Kontext des *Widerrechtlichkeitserfordernisses* gemäss Art. 41 Abs. 1 OR, welches gemäss vorliegend vertretener Auffassung so zu qualifizieren ist, dass es eine *gesetzliche Verweisungsnorm* stipuliert, die ausserdeliktsrechtliche (Gesetzes-)Normen referenziert. Anders als dort ist es in vorliegendem Kontext folglich auch nicht von grundlegender Bedeutung, ob ein bestimmtes Regelwerk als Gesetz qualifiziert oder als autonom gesetzt gilt. Ferner besteht im vertrag-

---

2301 Vgl. i.Zh.m. dem Verschuldenserfordernis bspw. ebenfalls Entscheid 4A_122/2013 vom 31. Oktober 2013, E. 3.2.3. sowie E. 3.4, wo die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken sowie die Ausführungsbestimmungen zum GWG unterschiedslos nebeneinander aufgeführt werden; vgl. dazu auch noch hinten, Rn. 1164.

2302 Vgl. insofern für den Bankverkehr grundlegend BGE 108 II 314, E. 4; ferner BGE 115 II 62, E. 3a m.H.

2303 Vgl. dazu und zum Folgenden i.Zh.m. dem Verschuldenserfordernis BREHM, BK, Art. 41 OR, Rn. 173; OFTINGER/STARK, Bd. I, § 5, Rn. 98; VERDE, Widerrechtlichkeit, Rn. 64 f.; vgl. betr. die Organisationspflichten des Geschäftsherrn ferner bereits den Gesetzeswortlaut (‹nach den Umständen›) sowie OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 23, Rn. 126; WAESPI, 32; i.Zh.m. dem Selbstverschulden des Geschädigten verweisen wir sodann auf das bereits erwähnte ‹Spiegelbildprinzip›, wonach *«das Selbstverschulden nach den gleichen Regeln* [..] *wie das Verschulden des Schädigers»* beurteilt wird (so BREHM, BK, Art. 44 OR, Rn. 18).

2304 So i.Zh.m. dem Verschuldenserfordernis DERS., Haftpflichtrecht, Rn. 04.100; vgl. ferner BREHM, BK, Art. 41 OR, Rn. 173; OFTINGER/STARK, Bd. I, § 5, Rn. 98; VERDE, Widerrechtlichkeit, Rn. 64 f. (‹Mindestanforderungen›); vgl. i.Zh.m. den Organisationspflichten der Organe ferner BÖCKLI, § 18, Rn. 155 (‹organisationale Mindeststandards›). Ob HEIERLI i.Zh.m. den Organisationspflichten des Geschäftsherrn die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften nur für notwendig oder auch für hinreichend erachtet, geht aus dessen Ausführungen m.E. nicht klar hervor (vgl. DERS., Rn. 1230 ff.). I.Zh.m. dem Selbstverschulden des Geschädigten verweisen wir schliesslich – wie in der voranstehenden Fn. – auf das ‹Spiegelbildprinzip›.

2305 Vgl. dahingehend auch VERDE, Widerrechtlichkeit, Rn. 65 mit Fn. 299.

lichen Kontext die Möglichkeit von *Doppelnormen* nicht nur auf der Stufe der Pflichtverletzung. Vielmehr können im Prinzip auch öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen als Doppelnormen qualifizieren, welche die hier in Frage stehenden Sorgfaltsobliegenheiten regeln, insbesondere jene des Schädigers. Mit Blick auf die Beispielfälle spielen derartige Doppelnormen – soweit ersichtlich – freilich keine Rolle. Darüber hinaus soll der positive Rechtsbestand des Schweizer Finanzmarktrechts nicht näher dahingehend untersucht werden, ob er solche bereithält. Zu vermerken ist immerhin, dass den Vorschriften des zukünftigen FIDLEG, die nachfolgend immer wieder als Beispiele dienen, die Doppelnormeigenschaft – wie im vertragsrechtlichen Teil dargestellt – abgehen dürfte.

1117 Die Verhaltensanforderungen, welche die fraglichen privatrechtlichen Regelungen aufstellen, bestehen in der Beschreibung eines gewissen äusseren Verhaltens. So wird im Rahmen des Fahrlässigkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR[2306] und nach Art. 97 Abs. 1 OR[2307] ein objektiv sorgfältiges Verhalten eingefordert, ebenso im Rahmen der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht[2308]. Auch bei der Bewertung der Sorgfalt des Geschädigten[2309] und des Geschäftsherrn[2310] wird ein objektiver Massstab angelegt. Die an den Richter gerichtete Ermächtigungsnorm zielt alsdann darauf ab, die durch das Privatrecht im Prinzip ‹generalklauselartig› vorgegebenen Anforderungen an das äussere Verhalten der Rechtsunterworfenen auszufüllen. Folgerichtig werden im Grundsatz auch allein die *objektiven Verhaltensanforderungen* der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen in Bezug genommen.

1118 Weitere Elemente (wie etwa eine im Vergleich zum Deliktsrecht grosszügigere Handhabung von Rechtsirrtümern im Strafrecht) sind *nicht* zu berücksichtigen. Es wird insofern – anders als im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR – nicht auf eine vorbestehende ausserprivatrechtliche Verhaltensbestimmung Bezug genommen. Das entsprechende Erfordernis haben wir dort gleichsam aus der haftungsbegrenzenden Funktion des Widerrechtlichkeitserfordernisses abgeleitet. Diese Funktion ist im Hinblick auf die vorliegend in Frage stehenden Haftungselemente nicht von prägender Bedeutung; die Freiheitsphären der Rechtsunterworfenen in Bezug auf reine Vermögensschädigungen werden gleichsam bereits auf der Stufe der Widerrechtlichkeit abgegrenzt. Ferner ist meines Erachtens auch nicht einschlägig, ob mit den öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen ein Individualschutzzweck verfolgt wird, solange sie in der Sache den deliktsrechtlichen Vorschriften entsprechende Verhal-

---

2306 Vgl. vorne, Rn. 942 m.H.

2307 Vgl. vorne, Fn. 441 m.H.

2308 Vgl. vorne, Fn. 441 m.H.

2309 Vgl. vorne, Rn. 974 m.H.

2310 Vgl. statt Vieler BREHM, BK, Art. 55 OR, Rn. 56 m.H.; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 23, Rn. 125.

tensvorgaben machen[2311] – eine *tatsächliche* Reflexwirkung reicht mithin aus. Schliesslich dürfte auch das Bestimmtheitsgebot nicht gegeben sein müssen. Unbestimmte öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen werden indessen ohnehin kaum etwas zur Konkretisierung der ihrerseits unbestimmten privatrechtlichen Verhaltensanforderungen beitragen.

Eine *Ausnahme* ist meines Erachtens jedoch zu machen. Sie betrifft die im Grundlagenteil als solche erfassten Meta-Erfordernisse[2312], welche die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen umgeben. Diese müssen nach meinem Dafürhalten auch hier erfüllt sein. Die Inbezugnahme öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Rahmen der fraglichen Haftungselemente gelingt folglich nur, falls diese *rechtsgültig zu Stande gekommen* sind[2313], sowie deren *zeitlicher, räumlicher*[2314] *und personaler*[2315] *Anwendungsbereich* gegeben ist. So wird es nicht als unsorgfältiges Verhalten taxiert werden können, wenn sich Rechtsunterworfene nicht an Normen halten, die entweder nicht rechtsgültig zustande gekommen, oder zeitlich, räumlich oder personal überhaupt nicht anwendbar sind. Das heisst nach den eben gegebenen Hinweisen im Übrigen nicht, dass der Richter angesichts seines Ermessens in dieser Situation nicht noch *aus anderen Gründen* zum Schluss kommen kann, dass ein Schädiger den einschlägigen privatrechtlichen Verhaltensanforderungen nicht nachgekommen ist. 1119

Die Inbezugnahme der Normen, die ausserhalb des Haftungsrechts stehen, wird *nach alledem* durch an den Richter gerichtete, haftungsrechtliche Ermächtigungsnormen gesteuert, die in allgemeiner Weise Sorgfaltsobliegenheiten festhalten. Dabei haben endlich bereits die Ausführungen im Grundlagenteil ergeben, dass die entsprechenden Haftungselemente *deskriptiv bestimmbar* sind[2316]. Im Kern geht es bei den Sorg- 1120

2311 Anders aber bisweilen die deutsche Lehre, vgl. bspw. SPICKHOFF, Gesetzesverstoss, 62 m.H.; wie hier dggü. Entscheid 4A_122/2013 vom 31. Oktober 2013, E. 3.2.3. sowie E. 3.4, in dem ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass es sich bei den Vorschriften des GWG nicht um solche mit Individualschutzzweck handelt, den bzgl. Ausführungsverordnungen dann aber Bedeutung bei der Prüfung beigemessen wird, ob eine Bank ihre Sorgfaltspflichten eingehalten hat.

2312 Vgl. vorne, Rn. 356.

2313 Vgl. vorne, Rn. 878 m.H.

2314 So in der Sache auch SCHRAMM, 123 m.w.H. (i.Zh.m. ausländischen Normen).

2315 Da das Kriterium der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung nicht gegeben sein muss (vgl. eben vorne), ist hier allerdings nicht eine Adressierung aufgrund an die fraglichen Personen gerichteter Sanktionen erforderlich – wie dies i.Zh.m. Art. 41 Abs. 1 OR regelmässig zu postulieren sein wird. Entsprechend dürfte ein Richter bspw. *pragmatisch* davon ausgehen können, dass Sorgfaltsobliegenheiten, die wortlautsgemäss an einen Bewilligungsträger gerichtet sind, auch dessen Mitarbeiter treffen.

2316 Vgl. vorne, Rn. 249 ff., 296 ff. und 327.3.

faltsobliegenheiten des Schädigers *und* des Geschäftsherrn darum, das eigentlich pflichtwidrige Verhalten des Schädigers zu vermeiden, derweil die Sorgfaltsobliegenheiten des Geschädigten auf die Vermeidung oder Verringerung von Schäden abzielen, die andere an seinem Vermögen verursacht haben. Entsprechend ist auch dem ebenfalls im Grundlagenteil festgehaltenen Postulat Genüge getan, wonach der Gehalt der Elemente, die aus anderen Normensystemen in das private Schweizer Haftungsrecht Eingang finden, *rechtssystemunabhängig* formuliert werden können muss. In der Folge lassen sich insbesondere auch öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen des ausländischen Rechts reibungslos in Bezug nehmen.

1121 Vor dem Hintergrund dieser allgemeinen Bemerkungen beleuchten wir im Folgenden die einzelnen Haftungselemente, in deren Rahmen der Richter entsprechend auf öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen Bezug nehmen kann (vgl. 2. Teil / 4. Kapitel / II., III. und IV.). Vorher behandeln wir aber die Frage etwas näher, ob diese Möglichkeit auch hinsichtlich *ausländischer* Normen besteht (vgl. 2. Teil / 4. Kapitel / I. / 2.). Dafür haben wir (wie im Zusammenhang mit dem Widerrechtlichkeitserfordernis nach Art. 41 Abs. 1 OR) ein separates Unterkapitel vorgesehen, zumal in diesem Kontext erneut die Vorschriften des schweizerischen internationalen Privatrechts zu berücksichtigen sind. Steht im Übrigen die Inbezugnahme *inländischer* öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen in Frage, muss deren räumlicher Anwendungsbereich, wie die vorne erfolgten Ausführungen ergeben haben, ebenfalls gegeben sein. Diese Situation ist allerdings nicht Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen.

2. Besonders: Die Inbezugnahme ausländischer öffentlicher Verhaltensnormen im Rahmen des schweizerischen internationalen Haftungsrechts

1122 Im Folgenden nehmen wir an, dass aufgrund der Vorschriften des IPRG das *schweizerische Recht* als – je nachdem, ob vertragliche oder deliktische Ansprüche in Frage stehen – Vertrags- oder Deliktsstatut figuriert. Entsprechend unserer Darstellung im Kontext des Widerrechtlichkeitserfordernisses (vgl. vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 7. / B. / b.) können sich in der Folge verschiedene Situationen ergeben, in denen öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen relevant werden, die *nicht* dem *Deliktsstatut* angehören. Das Gleiche gilt im Fall *vertraglicher Ansprüche,* zumal die bereits im Kontext des Widerrechtlichkeitserfordernisses angeführte Kollisionsnorm betreffend Konsumentenverträge (Art. 120 IPRG) hier *unmittelbar* einschlägig ist.

Im Vertragsbereich verweisen wir ferner auf Art. 117 Abs. 1 IPRG, der – in Abweichung von der grundsätzlichen Anknüpfung *(in casu)* am Sitz des Finanzdienstleiters (vgl.

Art. 117 Abs. 2 IPRG) – die Möglichkeit einer Anwendung des Rechts des Staats eröffnet, *«mit dem der Vertrag am engsten zusammenhängt»*. In Verhältnissen zwischen Kunden und Finanzdienstleistern ist eine Abweichung von der grundsätzlichen Anknüpfung *generell* vorab dann denkbar, wenn sich der ‹wirtschaftliche Einwirkungsort› der Leistungen ausserhalb des Sitzes des Leistungserbringers befindet[2317]; *konkret* etwa dann, wenn ein ausländischer Finanzdienstleister seine Tätigkeit auf schweizerische Kunden ausrichtet und diesen gegenüber vor Ort auch gewisse Dienstleistungen erbringt – wie beispielsweise die in Vermögensverwaltungsverhältnissen üblichen, regelmässigen Standortgespräche. *Aus praktischer Warte* dürften entsprechende Dienstleistungen in die Schweiz hinein in erster Linie auf dem Gebiet der sog. institutionellen Vermögensverwaltung erbracht werden. Dabei ist zu beachten, dass die Möglichkeit einer Rechtswahl besteht, sobald kein Konsumentenvertrag vorliegt (vgl. Art. 116 IPRG). Vor diesem Hintergrund dürfte sich die Bedeutung von Art. 117 Abs. 1 IPRG in vorliegendem Kontext *in praxi* in Grenzen halten.

Unter dieser Annahme (i.e. dass das schweizerische Recht das Vertrags- beziehungsweise Deliktsstatut ausmacht) widmen wir uns nunmehr der Frage, ob der Richter zur Konkretisierung der Sorgfaltsobliegenheiten, die (i) durch das Fahrlässigkeitserfordernis nach Art. 41 Abs. 1 OR und Art. 97 Abs. 1 OR sowie durch Art. 398 Abs. 2 OR an den *Schädiger,* (ii) durch Art. 44 Abs. 2 OR an den *Geschädigten* und (iii) durch Art. 55 Abs. 1 OR an den *Geschäftsherrn* herangetragen werden[2318], auch ausländische öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen heranziehen kann. Dabei behandeln wir das internationale Delikts- und Vertragsrecht *separat*. 1123

Mit Blick auf die *Beispielfälle* stehen die ausländischen Rechtsordnungen im Vordergrund, in denen die potentiell ersatzpflichtige Bank ihren Sitz hat (Anlageberatungs- und Geldwäschereifall), beziehungsweise in denen die Börse liegt, an der die Anteile des potentiell ersatzpflichtigen Emittenten kotiert sind (Ad hoc-Publizitätsfall). Diese Rechtsordnungen halten möglicherweise öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen bereit, welche die Sorgfaltsobliegenheiten der Bank[2319] beziehungsweise des Emittenten als Schädiger *oder* als Geschäftsherr und/oder die Sorgfaltsobliegenheiten des Geschädigten betreffen. 1124

Die entscheidende Vorschrift des **internationalen Deliktsrechts** ist Art. 142 Abs. 2 IPRG, den wir im Kontext des Widerrechtlichkeitserfordernisses bereits vorgestellt 1125

2317 So betr. das Auftragsrecht im Allgemeinen SCHWANDER, Auftrag, 54 f.

2318 Vgl. BREHM, BK, Art. 55 OR, Rn. 56 m.H.; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 23, Rn. 125.

2319 Da die Begründung einer schweizerischen Gerichtszuständigkeit mit Blick auf die Haftung des Mitarbeiters der Bank in der Schweiz mangels besonderer Umstände nur schwer zu begründen ist (vgl. vorne, Fn. 1895 m.H.), bleibt die entsprechende Sachverhaltsvariante im Anlageberatungsfall hier ebenfalls ausser Betracht.

haben (vgl. vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 7. / B. / b.). Die Vorschrift bietet Hand zur Berücksichtigung von ‹Sicherheits- und Verhaltensvorschriften›, die *nicht* der *lex causae* angehören. Dazu gehören unter anderem öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen. Die Antwort auf die Frage, ob und inwiefern im Rahmen von Art. 142 Abs. 2 IPRG ausländische Vorschriften berücksichtigt werden sollen, hängt entscheidend von der *Auslegung* der einschlägigen Bestimmungen des *Deliktsstatuts* ab. Art. 142 Abs. 2 IPRG ist mithin Ausdruck der sog. Zwei-Stufen-Theorie.

1126 Zudem wird in der Literatur festgehalten, dass *Generalklauseln* des Deliktsstatuts eine Berücksichtigung ausländischer Sicherheits- und Verhaltensvorschriften besonders begünstigen[2320]. Das steht im Einklang mit unseren Ausführungen im Grundlagenteil, wonach Generalklauseln in der Regel als an den Richter gerichtete Ermächtigungsnormen daher kommen, die eine Rezeption von Vorschriften aus anderen Rechtssystemen zulassen. Die vorliegend einschlägigen Bestimmungen des Schweizer Deliktsstatuts (Art. 41 Abs. 1 OR; Art. 44 Abs. 2 OR und Art. 55 Abs. 1 OR) stellen – wie das voranstehende Unterkapitel ergeben hat – ‹generalklauselartige› Vorschriften dar. Sie räumen dem Richter bei der Konkretisierung der Sorgfaltsobliegenheiten, die sie nur im Grundsatz festhalten, ein grosses Ermessen ein. Die Bestimmungen erscheinen *allgemein* also als geeignete Kandidaten für Vorschriften der *lex causae,* die eine Inbezugnahme (auch) ausländischer öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen zulassen.

1127 Das bestätigt sich auch *im Einzelnen:*

1127.1 Die Möglichkeit zur Berücksichtigung ausländischer Sicherheits- und Verhaltensvorschriften im Rahmen des Verschuldens- beziehungsweise (genauer) des *Fahrlässigkeitserfordernisses* ist weitgehend anerkannt[2321]. Es handelt sich um das Beispiel, das Autoren zuweilen gleichsam an vorderster Stelle anführen, wenn sie Art. 142 Abs. 2 IPRG erläutern[2322].

2320 Vgl. die vorne gegebene Umschreibung der sog. Zwei-Stufen-Theorie durch VON HEIN (vgl. Rn. 900); ferner insb. M.-P. WELLER, IPRax 2014, 229 und 230, je m.w.H.; sowie KELLER/SIEHR, 523 f.

2321 Vgl. BONOMI, CR-LDIP, Art. 142, Rn. 12; DORNIS, SZIER 2015, 206 f.; DUTOIT, Art. 142, Rn. 4; HEINI, ZK, Art. 142 IPRG, Rn. 21; OFTINGER/STARK, Bd. I, § 15, Rn. 44; SCHRAMM, 122 f.; SCHWANDER, IPR BT, Rn. 664; ferner UMBRICHT, BSK-IPRG, Art. 142, Rn. 15; betr. Art. 17 Rom II-VO statt Vieler JUNKER, MünchKommBGB, 6. Aufl., Art. 17 Rom-II VO, Rn. 24; PFEIFFER, FS Schurig, 233, beide m.H. auf die Gesetzgebungsmaterialien; und im Allgemeinen STOLL, Verhaltensnormen, 174.

2322 Vgl. insb. SCHWANDER, IPR BT, Rn. 664; sowie betr. Art. 17 Rom II-VO bspw. PFEIFFER, FS Schurig, 233 (vgl. ferner 232 betr. die Rechtslage in Deutschland vor Inkrafttreten der Rom II-VO).

Wie wohl entsprechende Äusserungen seltener sind, erscheint es im Prinzip als kaum umstritten, dass der Richter auch zwecks Beurteilung des *Selbstverschuldens* des Geschädigten ausländische Sicherheits- und Verhaltensvorschriften in Bezug nehmen kann[2323]. Namentlich spricht sich im Anwendungsbereich der Rom-II VO die herrschende Auffassung dafür aus, obwohl sich Art. 17 Rom II-VO gemäss Wortlaut allein auf das Verhalten des Schädigers bezieht[2324]. Art. 142 Abs. 2 IPRG unterscheidet derweil nicht zwischen Verhalten von Schädiger und Geschädigtem, so dass hier Gründe für eine Ungleichbehandlung umso weniger ersichtlich sind. 1127.2

In Bezug auf die Sorgfaltsobliegenheiten des *Geschäftsherrn* finden sich kaum Äusserungen in der Standardliteratur. TIM W. DORNIS hält allerdings fest, dass hier eine Berücksichtigung ausländischer Vorschriften auf der Grundlage von Art. 142 Abs. 2 IPRG ebenfalls möglich sein muss[2325]. Dem ist zuzustimmen, gerade wenn man sich die funktionale Verwandtschaft der Sorgfaltsobliegenheiten des Geschäftsherrn und jener des Schädigers, der selber handelt, vor Augen hält[2326]. 1127.3

Die eingangs aufgeworfene Frage ist in Betreff auf das internationale Deliktsrecht demnach zu *bejahen*. Der Richter kann mit Rücksicht auf Art. 142 Abs. 2 IPRG zur Konkretisierung der Sorgfaltsobliegenheiten des *Schädigers* (gemäss dem Fahrlässigkeitserfordernis nach Art. 41 Abs. 1 OR), des *Geschädigten* (gemäss Art. 44 Abs. 2 OR) und des *Geschäftsherrn* (gemäss Art. 55 Abs. 1 OR) auch ausländische öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen heranziehen. 1128

Mit Blick darauf, *auf welche Art und Weise* die Berücksichtigung ausländischer öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen dabei zu geschehen hat, verweisen wir *mutatis mutandis* erneut auf unsere Ausführungen zum Widerrechtlichkeitserfordernis. Kurzum sind *erstens* nicht allein die Normen der Rechtsordnung am Handlungsort relevant. Die ausländischen öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen können eher dann in Bezug genommen werden, wenn *deren* räumlicher Anwendungsbereich gegeben ist[2327]. *Zweitens* wird dem Erfordernis, wonach eine Inbezugnahme ausländischer Normen vorzugswürdig anhand von Begriffen erfolgt, die im ausländischen 1129

2323 Vgl. für die Schweiz DORNIS, SZIER 2015, 207.

2324 Vgl. statt Vieler JUNKER, MünchKommBGB, 6. Aufl., Art. 17 Rom-II VO, Rn. 25 m.w.H.; sowie die H. von DORNIS, SZIER 2015, 207.

2325 SZIER 2015, 205 f. m.H.

2326 Vgl. dazu vorne, Rn. 327 m.H.

2327 Vgl. i.Zh.m. Verschuldens- bzw. Fahrlässigkeitserfordernis im Ergebnis auch SCHRAMM, 123 m.H.

Recht anschlussfähig sind, auch hier Genüge getan. Entscheidend ist freilich, nicht wie im Fall des Widerrechtlichkeitserfordernisses, das Kriterium der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung. Die Sorgfaltsobliegenheiten, die womöglich anhand ausländischer öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen ausgefüllt werden, lassen sich jedoch anderweitig deskriptiv und mithin rechtssystemunabhängig bestimmen. Das haben wir im voranstehenden Unterkapitel bereits dargelegt. *Drittens* steht bei etwaigen ausländischen Normen, deren Berücksichtigung im Ergebnis mit den grundlegenden Wertungen der schweizerischen Rechtsordnung unvereinbar wäre, im Prinzip der *ordre public*-Vorbehalt gemäss Art. 17 IPRG zur Verfügung. Allerdings sollte ein Richter von einer Berücksichtigung solcher Normen bei der Ausübung des Ermessens, das ihm in Anwendung der ‹generalklauselartigen› Bestimmungen des (*in casu* schweizerischen) Deliktsstatuts zusteht, *ohnehin* absehen. Er hat die grundlegenden Belange der Schweizer Rechtsordnung nämlich bereits im Rahmen seines entsprechenden Ermessensentscheids in Rechnung zu stellen[2328].

1130 Die Literatur zum **internationalen Vertragsrecht** beachtet die Frage nach der Berücksichtigung ausländischer öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Kontext der Sorgfaltsobliegenheiten, die gemäss schweizerischem Vertragsstatut bestehen, meines Wissens kaum. Dabei ist die Frage nach meinem Dafürhalten durchaus auf der *Ebene des internationalen Privatrechts* zu diskutieren. So geht es – wie im Kontext des Widerrechtlichkeitserfordernisses – *nicht* einfach um eine ‹normale Auslegungsfrage› des materiellen Schweizer Rechts oder um eine schlichte Berücksichtigung ausländischer Normen als Tatsachen. Damit einher geht, dass ein Ansatz, der an den Vorschriften des IPRG vorbeigeht, den vorne erwähnten Einwänden zu begegnen hätte, die indessen kaum von der Hand zu weisen sind[2329].

1131 Vorliegend besteht kein Raum für eine umfassende Erörterung der Frage, zumal der Fokus unserer Studie auf dem materiellen Recht liegt. Stattdessen besprechen wir kurz einige Rechtsgrundlagen, die so konzipiert sind, dass sie für eine Inbezugnahme ausländischer öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen, die *ausserhalb* der *lex causae* stehen, *im Grundsatz* Hand bieten. Sodann konzentrieren wir uns – wie im Rahmen der materiell-rechtlichen Ausführungen im Anschluss an dieses Unterkapitel – auf die auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht (Art. 398 Abs. 2 OR). Schliesslich ist die Möglichkeit einer *vollumfänglichen* Abweichung vom grundsätzlich einschlägigen

---

2328 Vgl. zur Auslegung von Generalklauseln im Licht der gesamten Rechtsordnung bereits vorne, Rn. 619 m.H. Zur Berücksichtigung der Grundrechte, die besonders grundlegende Wertentscheidungen der Schweizer Rechtsordnung zum Ausdruck bringen, im Besonderen vgl. KRAMER, Methodenlehre, 110 ff.

2329 Vgl. die entsprechenden Ausführungen im Kontext des Widerrechtlichkeitserfordernisses vorne, Rn. 901.1 f.

Vertragsstatut, *scil*. in vorliegendem Kontext insbesondere dem (schweizerischen) Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kunden (vgl. Art. 120 IPRG), überhaupt nicht Gegenstand der nachstehenden Überlegungen, wenn man von den wenigen Hinweisen sogleich absieht.

Grundlage für eine *vollumfängliche* Abweichung vom grundsätzlich einschlägigen Vertragsstatut wäre vorab die sog. ‹Ausnahmeklausel› nach Art. 15 IPRG. Gemäss dieser Vorschrift ist das Recht, auf das die besonderen Kollisionsnormen des IPRG verweisen, *«ausnahmsweise nicht anwendbar, wenn nach den gesamten Umständen offensichtlich ist, dass der Sachverhalt mit diesem Recht in nur geringem, mit einem anderen Recht jedoch in viel engerem Zusammenhang steht»*. Bereits die Formulierung ergibt, dass es sich um eine Ausnahmevorschrift handelt, die nur zurückhaltend anzuwenden ist[2330]. Mit Blick auf insbesondere Art. 120 IPRG wird ferner zuweilen gar die Auffassung vertreten, dass die Ausnahmeklausel *keinesfalls* einschlägig sei[2331]. Vor diesem Hintergrund ist es wohl nur in einem beschränkten Rahmen möglich, vollumfänglich von dem grundsätzlich einschlägigen Vertragsstatut abzuweichen – so der Möglichkeit denn überhaupt stattzugeben wäre.

Eine erste potentielle Grundlage für die Inbezugnahme ausländischer Normen bei schweizerischer *lex causae* ist **Art. 125 IPRG**. Die Bestimmung regelt unter anderem *Erfüllungsmodalitäten* und unterstellt diese dem Recht des Staats, in dem die Erfüllung tatsächlich erfolgt. In der Literatur zum europäischen Kollisionsrecht wird dabei bisweilen festgehalten, dass die europäische Parallelvorschrift, also Art. 12 Abs. 2 Rom I-VO, denselben methodischen Ansatz wie die Bestimmung verfolgt, die dem (im Deliktsrecht *in casu* einschlägigen) Art. 142 Abs. 2 IPRG entspricht, also Art. 17 Rom-II VO[2332]. Art. 125 IPRG nimmt allerdings gemäss ganz herrschender Auffassung eine *Sonderanknüpfung* vor[2333]. Im Sinn vorne stehender Überlegungen[2334] hätte die Anwendung etwaiger ausländischer Normen konzeptionell daher ohne Berücksichtigung der Vorgaben der *lex causae* zu erfolgen. 1132

2330 Vgl. ferner nur die Botschaft IPRG, 310: *«Die Kollisionsnormen des Entwurfs sollen nicht nur eine prima facie-Bedeutung haben* [..], *sondern grundsätzlich verbindlich sein; von ihnen soll nur in Extremfällen abgewichen werden»* (Hervorhebung MK); sowie die wegweisenden publizierten Bundesgerichtsentscheide zur Vorschrift BGE 118 II 79, E. 3; und 121 III 246, E. 3c.

2331 Vgl. dazu relativ einlässlich KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, ZK, Art. 120 IPRG, Rn. 48 ff. m.w.H. (inkl. Übersicht zum Meinungsstand); der Gesetzgeber hält die Möglichkeit als für grundsätzlich gegeben, Botschaft IPRG, 414.

2332 Vgl. bspw. VON HEIN, MünchKommBGB, 6. Aufl., Einl. IPR, Rn. 271.

2333 Vgl. bspw. GIRSBERGER/KELLER, ZK, Art. 125 IPRG, Rn. 7 und öfters; KREN KOSTKIEWICZ, Grundriss, Rn. 2358; SCHNYDER/DOSS, CHK, Art. 125 IPRG, Rn. 1; vgl. ferner bereits die Botschaft IPRG, 407 und 417.

2334 Vgl. Rn. 899 m.H.

1133 Die auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten fallen jedoch ohnehin *kaum* unter den *Verweisungsbegriff* der Vorschrift. So hat bereits der Gesetzgeber festgehalten, dass der Begriff der Erfüllungsmodalitäten nicht alles erfasst, *«was der Schuldner tun muss, um der Vertragspflicht zu entsprechen».* Art. 125 IPRG *«knüpft somit nicht alles, was in solutione ist, gesondert an, sondern will nur diejenigen Fragen, die mit den örtlichen Verhältnissen und Einrichtungen eng verbunden sind, dem an diesem Ort geltenden Recht unterstellen. Es steht nicht der Gegensatz zwischen Inhalt der Obligation und Erfüllung der Obligation zur Diskussion, sondern es geht lediglich um die Details der Erfüllung: Währung, Mass, Gewicht und andere Modalitäten, die wesensgemäss von der Verkehrssitte und den Gebräuchen des Landes abhängen»*[2335].

1134 Dem Schädiger obliegt es nun zwar durchaus, seinen auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten nachzukommen, um seine Hauptpflicht ordnungsgemäss zu erfüllen (bspw. indem er ein Kundenprofil erstellt, um alsdann das Vermögen des Kunden interessensgerecht anlegen zu können). Allerdings geht es dabei nicht um ‹Details der Erfüllung›, beziehungsweise um Modalitäten, die (geradezu) ‹wesensgemäss von der Verkehrssitte und den Gebräuchen des Landes abhängen›, sondern um die normative ‹Substanz der Vertragspflichten›[2336]. Die Regelung entsprechender Pflichten ist mithin kaum Art. 125 IPRG zu überlassen, zumal der IPR-Gesetzgeber ferner festhält, dass im internationalen Vertragsrecht Aufspaltungen des Vertragsstatuts *«soweit wie möglich vermieden werden»* sollen[2337]. In der Folge dürften die Ausnahmevorschriften, die solche Aufspaltungen gleichwohl vorsehen (Art. 123 ff. IPRG), tendenziell eng auszulegen sein[2338].

1135 Art. 125 IPRG ist vorliegend *nach alledem* kaum einschlägig.

Im Anschluss an die gesetzgeberische Mahnung, im internationalen Vertragsrecht Aufspaltungen möglichst zu vermeiden, kommt mit Rücksicht darauf, dass gewisse Sonderanknüpfungen in Art. 123–126 IPRG ausdrücklich vorgesehen sind, im Übrigen Folgendes hinzu: Wird eine vertragsrechtliche Problematik von diesen Sonderanknüpfungen – wie *in casu* von jener nach Art. 125 IPRG – *nicht* erfasst, dürfte ein entsprechendes Ergebnis (sog. dépeçage) grundsätzlich auch nicht auf Grundlage der *Ausnahmeklausel* (Art. 15 IPRG) erreicht werden können[2339]. Im Einklang damit steht, dass der IPR-

---

2335 Botschaft IPRG, 418 [Hervorhebungen MK; *‹in solutione›* (auch) im Original kursiv].

2336 So i.Zh.m. Art. 12 Abs. Rom-I VO SPELLENBERG, MünchKommBGB, 6. Aufl., Art. 12 Rom-I VO, Rn. 172.

2337 Botschaft IPRG, 417; vgl. auch 407.

2338 Vgl. bspw. auch GIRSBERGER/KELLER, ZK, Art. 125 IPRG, Rn. 27 m.H.; KREN KOSTKIEWICZ, Grundriss, Rn. 2361.

2339 Vgl. dazu, dass diese Möglichkeit grundsätzlich besteht SCHWANDER, IPR AT, Rn. 298 ff., insb. Rn. 303; sowie VISCHER/HUBER/OSER, Rn. 251 ff.

Gesetzgeber festhält, dass *«nur die in den Artikeln 120–123* [im endgültigen Gesetz Art. 123–126] *geregelten Fragen* [..] *besonders angeknüpft werden»* sollen[2340]. Die Alternative einer Sonderanknüpfung gestützt auf die Ausnahmeklausel verfolgen wir folglich nicht weiter, zumal diese vorliegend ohnehin – wenn überhaupt – zurückhaltend anzuwenden ist (vgl. eben vorne).

Eine zweite Grundlage, welche die Möglichkeit eröffnet, ausländische öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen in Bezug zu nehmen, die ausserhalb der *lex causae* stehen, stellt **Art. 19 IPRG** dar. Gemäss vorherrschender Terminologie geht es dabei um ausländische *lois d'application immédiate* beziehungsweise ausländische Eingriffsnormen[2341]. Art. 19 IPRG bestimmt, dass bei gegebenen weiteren Voraussetzungen[2342] anstelle des Rechts, das aufgrund der besonderen Kollisionsregeln des IPRG grundsätzlich einschlägig ist, eine Bestimmung eines anderen Rechts berücksichtigt werden kann, sofern sie *«zwingend angewandt sein will»*. 1136

Damit geht zunächst einher, dass der *räumliche Anwendungsbereich* einer Eingriffsnorm gegeben sein muss[2343]. Diese Bedingung ist *in casu* erfüllt, sobald sich der Schädiger innerhalb des räumlichen Anwendungsbereichs bewegt, den sich die fragliche öffentlich-rechtliche Verhaltensnorm selbst gibt. 1137

Zudem geht mit der Voraussetzung meines Erachtens einher, dass Eingriffsnormen zumindest gemäss ihrem Zweck zwingend eine *Auswirkung auf privatrechtliche Verhältnisse* erfordern müssen[2344]. 1138

Diese Bedingung wird kaum ausdrücklich erwähnt. Sie liegt allerdings bereits aufgrund des erwähnten Gesetzeswortlauts nahe. In Anlehnung daran, erhebt das Bundesgericht zur ersten Anwendungsvoraussetzung von Art. 19 IPRG, dass 1138.1

2340 Botschaft IPRG, 417 (Hervorhebung MK).

2341 Vgl. zur Terminologie bspw. SCHWANDER, IPR AT, Rn. 515.

2342 Vgl. zu den einzelnen Anwendungsvoraussetzungen von Art. 19 IPRG aus der publizierten Praxis zuletzt instruktiv BGE 136 III 392, E. 2 m.H.; aus der Lehre SCHWANDER, IPR AT, Rn. 545 ff.; und überblicksartig bereits die Botschaft IPRG, 315.

2343 Vgl. statt Vieler SCHRAMM/BUHR, CHK, Art. 19 IPRG, Rn. 4 und 7; SCHWANDER, IPR AT, Rn. 545.

2344 Davon geht im Allgemeinen – gleichsam in Abgrenzung zu den von ihm sog. ‹Verhaltensnormen und Sicherheitsvorschriften› – bspw. auch STOLL aus (vgl. Verhaltensnormen, 173). Tendenziell a.A. ist wohl SCHRAMM, 9. Gleichsam einen Eingriff in bestehende Privatrechtsverhältnisse postulieren wir hier freilich nicht. Vielmehr können Eingriffsnormen privatrechtliche Pflichten auch erst begründen, indem sie bspw. den Parteien zwingend gewisse Pflichten vorschreiben, hinsichtlich welcher diese keine Regelung getroffen haben, oder indem sie einen Schädiger bei Verletzung gewisser öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen spezialgesetzlich zu Schadenersatz verpflichten.

beim ausländischen Gesetzgeber der *Wille* vorgelegen haben muss, *die potentielle Eingriffsnorm zwingend anzuwenden,* sei es ausdrücklich oder implizit wegen des besonderen Zwecks der Bestimmung[2344A]. Das Anwendungsfeld, in dem die Normen zwingend zum Tragen kommen müssen, besteht im Geltungsbereich des IPRG dabei naturgemäss in privatrechtlichen Verhältnissen[2345].

1138.2 Zum Ausdruck kommt die Bedingung ferner, wenn in der Literatur festgehalten wird, dass der räumliche Anwendungsbereich einer Eingriffsnorm sich – wiederum zumindest gemäss deren Zweck – gegen die fragliche Kollisionsnorm des IPRG beziehungsweise das anhand dieser bestimmte Recht *durchsetzen* müsse[2346]. Dies wird nicht der Fall sein, wenn eine potentielle Eingriffsnorm (auslegungsgemäss) gar nicht auf eine Auswirkung auf privatrechtliche Verhältnisse abzielt.

1138.3 Des Weiteren verweist der Gesetzgeber darauf, dass inländische Eingriffsnormen (vgl. Art. 18 IPRG) «wegen ihrer ganz besonderen Zielsetzung zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung gebieterisch Geltung verlangen» müssen[2347]. *A fortiori* darf für *ausländische* Eingriffsnormen nichts anderes gelten[2348].

1138.4 Dem allem entsprechend lehnt das Bundesgericht den Eingriffsnormcharakter *schweizerischer* Regelungen des dispositiven Vertragsrechts endlich ohne Weiteres ab[2349]. Das muss auf *ausländische* Normen wiederum zumindest gleichermassen zutreffen.

1139 Geht man davon aus, dass auch diese zweite Bedingung erfüllt sein muss, ist in vorliegendem, haftungsrechtlichem Kontext alsdann *zu unterscheiden:*

1139.1 Öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen sind dann Kandidaten für Eingriffsnormen, wenn es sich (in der Sache) um *zwingende Doppelnormen* handelt. Diese

---

2344A *«La première condition a trait à la volonté du législateur étranger d'appliquer la disposition considérée de manière impérative, soit expressément soit implicitement, en raison du but particulier de la norme»* (BGE 136 III 392, E. 2.3.1).

2345 Vgl. ferner SCHWANDER, IPR AT, Rn. 545, demgemäss die (ausgelegten) Eingriffsnormen zwingend *«auch auf einen Sachverhalt, wie er gerade zu beurteilen ist»,* anwendbar sein müssen, wobei es sich gleichsam naturgemäss um einen privatrechtlichen Sachverhalt handelt.

2346 Vgl. KREN KOSTKIEWICZ, Grundriss, mit Blick auf ausländische Eingriffsnormen insb. Rn. 952 und 971; SCHRAMM/BUHR, CHK, Art. 19 IPRG, Rn. 4.

2347 Vgl. Botschaft IPRG, 314 (Hervorhebung MK).

2348 Vgl. ferner bspw. SCHNYDER/LIATOWITSCH, Rn. 224; SCHRAMM/BUHR, CHK, Art. 19 IPRG, Rn. 4; die in vorliegendem Kontext beide auf ihre entsprechenden Ausführungen zu Art. 18 IPRG verweisen.

2349 Vgl. BGE 125 III 443, E. 3d.

geben den Finanzdienstleistern gewisse Pflichten vor, welche die Finanzdienstleister im (Privat-)Rechtsverhältnis mit ihren Kunden zwingend zu beachten haben. Gleichsam wird *Art. 11 BEHG* zuweilen als (inländische) Eingriffsnorm rubriziert[2350]. Die *Verhaltensregeln des zukünftigen FIDLEG* können demgegenüber kaum entsprechend eingeordnet werden. Indem der Gesetzgeber allein auf das Konzept der Ausstrahlungswirkung mit seinem nur unselbstständigen Gehalt abstellt, lehnt er eine zwingende Auswirkung der Vorschriften auf privatrechtliche Verhältnisse vielmehr ab[2351]. Ob und inwiefern *abgesehen davon* im schweizerischen Finanzmarktrecht zwingende Doppelnormen bestehen, die alsdann womöglich auch als inländische Eingriffsnormen eingeordnet werden können, wird vorliegend nicht näher untersucht[2352].

Im *deliktsrechtlichen Bereich* dürften übrigens vorab spezialgesetzliche Haftungsgrundlagen als Eingriffsnormen in Frage kommen, sowie mit Blick beispielsweise auf das deutsche Recht Normen, deren Schutzgesetzeigenschaft der Gesetzgeber ausdrücklich festhält, zumal er damit zum Ausdruck bringt, dass eine Auswirkung auf das Privatrecht intendiert ist[2353]. Die praktische Bedeutung von Eingriffsnormen ist im (internationalen) Deliktsrecht äusserst gering[2354]. Das ist meines Erachtens darauf zurückzuführen, dass hier die potentiellen Kandidaten regelmässig nicht ‹von sich aus› zum Tragen kommen ‹wollen›, sondern durch die Vorschriften der *lex causae* in Bezug auf einzelne Haftungselemente mit privatrechtlicher Wirkung ausgestatten werden.

Öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen, die ‹erst› *aufgrund von Rezeptionsnormen einer bestimmten Privatrechtsordnung* in den Haftungstatbestand berufen werden, kommen als Eingriffsnormen demgegenüber *nicht* in Frage. 1139.2

2350 Vgl. zum Meinungsstand BAHAR/STUPP, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 11 BEHG, Rn. 28 f. m.H.; ferner Entscheid B-1215/2009 des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. November 2010, E. 7.1.2. m.w.H., demgemäss *«die Vorschriften des schweizerischen Börsenrechts, soweit der Geltungsbereich dieser Normen reicht»,* generell entsprechend einzuordnen sind.

2351 Anders betr. die Wohlverhaltensregeln des deutschen WpHG, denen grundsätzlich ebenfalls ‹nur› eine Ausstrahlungswirkung zukommt (vgl. vorne, nach Rn. 160B m.H.), ohne Weiteres aber LEHMANN, MünchKommBGB, 6. Aufl., IntFinMarktR, Rn. 540.

2352 Vgl. aber immerhin den in Fn. 2350 erwähnten Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts, der konkret die Bestimmungen des Offenlegungsrechts (vgl. nunmehr Art. 120 ff. FinfraG) als (inländische) Eingriffsnormen qualifiziert.

2353 Vgl. zu beiden Situationen vorne, Rn. 758 f.

2354 Vgl. JUNKER, MünchKommBGB, 6. Aufl., Art. 16 Rom II-VO, Rn. 7, ferner Rn. 14, wo er darauf hinweist, dass es in Deutschland *keine* Gerichtsurteile gibt, die im Deliktsrechtsbereich vom Vorrang (wie wohl) inländischer Eingriffsnormen ausgeht.

1140 Im Licht dieser Unterscheidung lässt sich die vorliegend vertretene Auslegung von Art. 19 IPRG, wonach Eingriffsnormen (auslegungsgemäss) zwingend eine Auswirkung auf privatrechtliche Verhältnisse erfordern, noch anhand eines Beispiels untermauern. (Auch) im deutschen Recht hängt die Inbezugnahme der sog. Wohlverhaltensregeln des WpHG grundsätzlich davon ab, ob im Privatrecht Rezeptionsnormen zur Verfügung stehen. ‹Von sich aus› bezwecken die Vorschriften nicht, in das Verhältnis zwischen Finanzdienstleister und Bank einzugreifen, insbesondere nicht als zwingende Doppelnormen[2355]. Dass den Wohlverhaltensregeln alsdann *aufgrund des schweizerischen internationalen Privatrechts* auch dann keine zwingende privatrechtliche Wirkung zugestanden werden sollte, wenn nicht das deutsche, sondern beispielsweise das schweizerische Recht als Vertragsstatut fungiert, bedarf kaum einer näheren Erläuterung. Art. 19 IPRG ist nicht dazu da, den Parteien mehr Rechte zu verschaffen, als ihnen die potentiellen Eingriffsnormen in ihrer angestammten Rechtsordnung zugestehen[2356].

1141 Mit der Unterscheidung steht sodann der bereits erwähnte Umstand im Einklang, wonach bei Sonderanknüpfungen, wie sie Art. 19 IPRG vornimmt, konzeptionell keine Rücksicht auf die *lex causae* genommen wird[2357]. Ausländische Eingriffsnormen müssen gleichsam ‹von sich aus› eine Auswirkung auf privatrechtliche Verhältnisse bezwecken; die Fragestellung erfolgt hier *‹vom (Eingriffs-)Gesetz her›*[2358]. Der Gehalt der *lex causae* erscheint hingegen zunächst – das heisst, bevor es die Wirkungen der einmal *feststehenden* Eingriffsnorm zu bestimmen gilt – als irrelevant. *Anders* verhält es sich insbesondere bei der Operation auf der zweiten Stufe gemäss der sog. Zwei-Stufen-Theorie, die beispielsweise Art. 142 Abs. 2 IPRG zu Grunde liegt. Hier erfolgt die Fragestellung gleichsam *‹von der lex causae her›.*

1142 Blicken wir auf die Problematik schliesslich aus der Warte der (analytischen) *Rechtstheorie,* begrenzen Eingriffsnormen im Vertragsrecht nicht nur die Ermächtigungsnorm, aufgrund welcher die Parteien für sich eine bestimmte Regelung treffen[2359]. Vielmehr stellen sie *auch* Schranken der Verweisungen durch die grundsätzlich anwendbaren Kollisionsnormen dar, indem sie (zumindest teilweise) verhindern, dass

---

2355 Vgl. vorne, Fn. 1301 m.H.

2356 Vgl. umgekehrt auch den von SCHWANDER, IPR AT, Rn. 522, betr. inländische Eingriffsnormen gegebenen Hinweis, wonach diese in internationalen Sachverhalten denselben Anwendungswillen wie in Binnensachverhalten haben müssen.

2357 Vgl. vorne, Rn. 899 m.H.

2358 Vgl. bspw. SCHWANDER, IPR AT, Rn. 545.

2359 Vgl. dazu im Licht des materiellen Rechts vorne, Rn. 174 ff.; und ferner SCHRAMM, 9.

das dadurch berufene Recht zum Tragen kommt[2360]. Die Zwei-Stufen-Theorie verschafft diesen Verweisungen und alsdann dem dadurch berufenen Recht demgegenüber vollumfänglich Nachachtung; es sind *dessen* (Weiter-)Verweisungen, die berücksichtigt werden.

Gesamthaft erscheint also Art. 19 IPRG nicht als geeignete allgemeine Grundlage für eine Berücksichtigung ausländischer öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen im Rahmen der Regelung der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht (Art. 398 Abs. 2 OR). So erfordert die Vorschrift unter anderem, dass eine potentielle Eingriffsnorm (auslegungsgemäss) zwingend auf eine Auswirkung auf privatrechtliche Verhältnisse zielt. Das wird in vorliegendem Kontext nur ausnahmsweise der Fall sein, nämlich falls eine öffentlich-rechtliche Verhaltensnorm, die Sorgfaltsobliegenheiten des Schädigers zum Regelungsgegenstand hat, (in der Sache) als zwingende Doppelnorm daher kommt. 1143

Ziehen wir ein *Zwischenfazit,* dürfte weder der allgemeine Teil des IPRG noch dessen internationales Vertragsrecht eine Regelung enthalten, die vorliegender Problematik hinreichend Rechnung trägt. Die erörterten Vorschriften nehmen – neben weiteren Schwachstellen – *insbesondere* keine Rücksicht auf die *lex causae,* sondern sehen eine Sonderanknüpfung vor, die auf Kriterien der *lex fori* beruht. 1144

Damit entgeht ihnen, dass die Inbezugnahme der ausländischen öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen *in casu* durch die *(materiell-rechtliche)* Generalklausel von Art. 398 Abs. 2 OR *erst vermittelt* wird. Es ist gleichsam diese Vorschrift, die dem Richter anzeigt, dass der Haftungstatbestand ausfüllungsbedürftig ist. Als ‹Material› dafür können gemäss der vorliegend vertretenen Auffassung im Prinzip auch ausländische öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen eine Rolle spielen. Es verhält sich insofern nicht grundsätzlich anders als mit den im Deliktsrechtszusammenhang erläuterten Sorgfaltsobliegenheiten (insb. jene gemäss dem deliktsrechtlichen Fahrlässigkeitserfordernis). 1145

Die Frage, ob das *IPRG* eine Regelung bereithält, die dieser Begebenheit Nachachtung verschafft, bleibt allerdings offen. 1146

[2360] Vgl. auch SCHINKELS, 179 FF., insb. 191 f.; sowie die Unterscheidung von SCHWANDER, Ausnahmen, 410 ff., vgl. auch noch 426 ff. – allerdings zum negativen *ordre public*. Sobald die Parteien eine (grundsätzlich zulässige) Rechtswahl getroffen haben, schränken die Eingriffsnormen gleichsam eine weitere an die Parteien gerichtete Ermächtigungsnorm ein, nämlich jene, die diesen das Recht einräumt, das auf ihre Verhältnisse anwendbare Recht zu bestimmen (im Schweizer IPR insb. Art. 116 IPRG); (vgl. auch M. WELLER, FS von Mehren, 263 ff., wobei dessen Überlegungen die internationale Schiedsgerichtsbarkeit betreffen).

1147 Die Möglichkeit einer Berücksichtigung etwaiger Rezeptionsnormen der *lex causae,* die bei gegebenen Voraussetzungen letztlich eine (Weiter-)Verweisung auf ausländische Normen zur Folge haben können, ist Wesensmerkmal der sog. Zwei-Stufen-Theorie. Im positiven internationalen Privatrecht der Schweiz kommt diese in Art. 142 Abs. 2 IPRG zum Ausdruck[2361]. Folglich könnte die Antwort auf die Frage in einer **analogen Anwendung von Art. 142 Abs. 2 IPRG** bestehen.

1148 Die Vorschrift regelt gemäss unseren bezüglichen Ausführungen auf Stufe des schweizerischen internationalen Privatrechts bereits die Inbezugnahme ausländischer Normen (i) im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR sowie (ii) im Rahmen der vorne stehend angesprochenen Sorgfaltsobliegenheiten gemäss Schweizer Deliktsstatut. Beide Situationen sind Anwendungsfälle der sog. Zwei-Stufen-Theorie, wobei es sich auch um den zentralen *Ankerpunkt der Analogie* handelt. Eine weitergehende, *positive* Begründung der Analogie ist meines Erachtens nicht erforderlich.

1149 Aus der Warte des internationalen Vertragsrechts hat eine analoge Anwendung von Art. 142 Abs. 2 IPRG, der dem internationalen Deliktsrecht angehört, sodann – soweit ersichtlich – vorab zwei (‹negativen›) *Einwänden* zu begegnen:

1149.1 Zum einen haben wir im Zusammenhang mit Art. 125 IPRG festgehalten, dass der Gesetzgeber einer ‹Verzettelung› des Vertragsstatuts sehr kritisch gegenübersteht, ja eine solche ausserhalb der gesetzlich vorgesehenen Sonderanknüpfungen wohl gar für unzulässig erachtet. In vorliegendem Kontext sind es jedoch die *Vorschriften des Vertragsstatuts selbst,* welche die Möglichkeit einer Inbezugnahme ausländischer Normen vorsehen, namentlich Art. 398 Abs. 2 OR. Es liegt gewissermassen eine Art Selbstbeschränkung der *lex causae* zu Gunsten dieser ausländischen Normen vor. Deren Respektierung erfolgt entsprechend im Sinn des Vertragsstatuts. Die Situation liegt damit anders, als wenn dessen Vorschriften durch Sonderanknüpfungen überlagert werden.

Haben die Parteien eine *Rechtswahl* getroffen, hat der Einwand im Übrigen ein tendenziell grösseres Gewicht. Diesfalls spricht *arguendo* zusätzlich das Moment der Parteiautonomie gegen eine Inbezugnahme von Normen, die *nicht* dem gewählten Recht entstammen. Abgesehen davon, dass im Hinblick auf abschliessende Aussagen die Auslegung der individuellen Verträge (inkl. Rechtswahlklauseln) eine gewichtige Rolle spielen wird, sind pathologische Fälle in vorliegendem Kontext *in praxi* wohl selten. So dürften Finanzdienstleister regelmässig die Wahl der Rechtsordnung durchsetzen, die auch ihre öffentlich-rechtlichen Pflichten regelt.

[2361] Vgl. vorne, insb. Rn. 900.

Besonders mit Blick auf Art. 120 IPRG könnte zum andern eingewendet werden, dass den Konsumenten der Schutz entzogen wird, den ihnen die Vorschriften ihres Umweltrechts gewähren. Allerdings scheint der Gesetzgeber im Rahmen von Art. 120 IPRG dem *Vertrauensprinzip* ein grosses Gewicht beizumessen. Das Recht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Konsumenten sei gleichsam dasjenige, auf welches dieser *«normalerweise vertraut und in guten Treuen vertrauen darf»*[2362]. Art. 142 Abs. 2 IPRG stellt das Vertrauensprinzip *seinerseits* in Rechnung[2363]. Dabei haben wir dargelegt, dass der Geschädigte (*in casu* der Konsument) darauf vertrauen darf, dass der Schädiger jene ‹Sicherheits- und Verhaltensvorschriften› einhält, *deren räumlicher Anwendungsbereich gegeben ist*. Ist das *nicht* der Fall, erscheint das Vertrauen des Geschädigten nicht schützenswert – auch dann nicht, wenn die fraglichen Normen dessen Umweltrecht entstammen. Ohne im Einzelnen auf die Motive für Art. 120 IPRG einzugehen (wobei insb. auch die Rolle materialer Gerechtigkeitsüberlegungen im internationalen Privatrecht zu erörtern wäre[2364]), dürfte sich demnach Folgendes festhalten lassen: Soll Art. 120 IPRG das Vertrauensprinzip verwirklichen, erscheint die Möglichkeit einer Inbezugnahme etwaiger anwendbarer ausländischer öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen zulasten etwaiger nicht anwendbarer Normen der Rechtsordnung am gewöhnlichen Aufenthalt des Konsumenten als durchaus vertretbar, zumal ein Konsument in guten Treuen kaum auf die Anwendbarkeit zweiterer Gruppe von Normen vertrauen darf. 1149.2

Nachdem die beiden Einwände also moderiert werden können, spricht in vorliegendem Kontext meines Erachtens Einiges für eine analoge Anwendung von Art. 142 Abs. 2 IPRG[2365]. Betreffend die *Art und Weise,* wie die Berücksichtigung ausländischer öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen daraufhin zu erfolgen hätte, verweisen wir *mutatis mutandis* auf die diesbezüglich bereits erfolgten Ausführungen[2366]. 1150

Zusammenfassend lässt sich die Frage, ob der Richter zur Konkretisierung der Sorgfaltsobliegenheiten, welche die Schweizer *lex causae* gemäss den erwähnten delikts- und vertragsrechtlichen Vorschriften stipuliert, auch ausländische öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen beiziehen kann, einer *positiven Antwort* zuführen. 1151

2362 Vgl. Botschaft IPRG, 413; vgl. aus der Literatur ferner bspw. KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, ZK, Art. 120 IPRG, Rn. 33; SCHNYDER/DOSS, CHK, Art. 120 IPRG, Rn. 8.

2363 Vgl. dazu und zum Folgenden vorne, Rn. 905.

2364 Vgl. dazu bspw. SCHWANDER, SJIR 1989, *passim*.

2365 Vgl. im Ergebnis, *scil*. ohne sich zur einschlägigen Rechtsgrundlage näher zu äussern, auch HEINI, ZK-IPRG, Art. 13, Rn. 20.

2366 Vgl. vorne, Rn. 902 ff.

Wichtigste Grundlage im IPRG ist Art. 142 Abs. 2, der im internationalen Deliktsrecht direkt und im internationalen Vertragsrecht analog zur Anwendung gebracht werden kann. Ausnahmsweise ist aber auch Art. 19 IPRG einschlägig, nämlich wenn ausländische Normen (in der Sache) als zwingende Doppelnormen und, in der Folge, als Eingriffsnormen qualifizieren. Letztere Feststellung gilt – wie wohl wir die Problematik im vorliegenden Kontext erörtert haben – im Übrigen auch für Doppelnormen, welche die Stufe der Pflicht- beziehungsweise Vertragsverletzung betreffen.

II. Verschulden

1152 Nachfolgend ist nicht vorsätzliches, sondern allein fahrlässiges Verhalten von Interesse. Diesbezüglich haben wir im Grundlagenteil anhand der naturrechtlichen Zurechnungslehre herausgearbeitet, dass auf der Stufe des Verschuldens (bzw. der Zurechnung zur Tat) Sorgfaltsobliegenheiten bestehen. Diese sind darauf gerichtet, eine Pflichtverletzung zu vermeiden (die ihrerseits auf der Stufe der ‹Anwendung des Gesetzes auf die Tat› angesiedelt ist).

1153 Positivrechtlich erfasst werden können derartige Sorgfaltsobliegenheiten (i) im *ausservertraglichen* Bereich – zumindest wenn reine Vermögensschädigungen in Frage stehen[2367] – durch das Fahrlässigkeitserfordernis nach Art. 41 Abs. 1 OR; sowie (ii) im *vertraglichen* Bereich durch das Verschuldenserfordernis nach Art. 97 Abs. 1 OR und das Sorgfaltserfordernisses nach Art. 398 Abs. 2 OR. Weil im Finanzmarktbereich die praktische Bedeutung des Auftrags als Vertragstyp herausragend ist, beschränken wir unsere nachstehenden, vertragsrechtlichen Überlegungen auf Art. 398 Abs. 2 OR. Diese sind im Prinzip unbesehen davon einschlägig, ob die Sorgfaltspflichtverletzung gemäss Art. 398 Abs. 2 OR auf Stufe Vertragsverletzung oder Verschulden anzusiedeln ist[2368]. Die Ermächtigung des Richters, im Rahmen der gesetzlich festgehaltenen Sorgfaltsobliegenheiten öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen beizuziehen, besteht unter beiden Hypothesen.

1154 Wie vorne erwähnt, zielen die an den Richter gerichteten Ermächtigungsnormen in beiden Bereichen allein auf eine objektive Verhaltensanforderung ab (unter Mitverweisung der gleichfalls erwähnten ‹Meta-Erfordernisse›). Zu deren Konkretisierung kann der Richter alsdann gegebenenfalls öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen beiziehen. Etwaige weitere Elemente, die auf den fraglichen Haftungsstufen geregelt

---

2367 Vgl. vorne, Rn. 986.

2368 Vgl. dazu vorne, 2. Teil / 2. Kapitel / IV. / 3.

werden, wie beispielsweise die Frage der Urteilsfähigkeit im Rahmen des deliktsrechtlichen Verschuldenserfordernisses, bleiben damit aussen vor.

In Betreff auf das **Deliktsrecht** ist im Allgemeinen anerkannt, dass öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen zur Konkretisierung der Sorgfalt des Schädigers durch den Richter berücksichtigt werden können[2369]. Die entsprechenden Äusserungen erfolgen allerdings in erster Linie mit Blick auf die Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter. 1155

Stehen reine Vermögensschäden in Frage, ist zunächst der *praktische Anwendungsbereich* des deliktsrechtlichen Fahrlässigkeitserfordernisses einzugrenzen, in dessen Kontext die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen Bedeutung erlangen können. 1156

Sobald mit der vorherrschenden Auffassung ein etwaiges ausserprivatrechtliches *Vorsatzerfordernis* in Rechnung zu stellen ist, wird die Prüfung, ob eine Sorgfaltsobliegenheit verletzt wurde, obsolet. 1156.1

Weiter ist gemäss vorliegend vertretener Auffassung im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR auch ein etwaiger *subjektiver Fahrlässigkeitsmassstab* in Bezug zu nehmen, wie er vorab im (Verwaltungs-)Strafrecht angelegt wird (und allenfalls bisweilen auch im Aufsichtsrecht). Im Strafrecht kann der Richter bei der Prüfung, ob ein potentieller Täter eine Sorgfaltspflichtverletzung an den Tag gelegt hat, freilich zunächst gleichsam öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen (oder private Regelwerke oder Usanzen) beiziehen[2370] (wobei der Täter alsdann immer noch die Möglichkeit hat, sich auf seine persönlichen Verhältnisse zu berufen). Sollte dabei (oder bei der Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Täters) unter restriktiveren Voraussetzungen von einem fahrlässigen Verhalten ausgegangen werden, wäre dies im Licht des Kriteriums der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung auch im Deliktsrecht zu berücksichtigen, da dieses *gesamthaft* auf das strafrechtliche Fahrlässigkeitserfordernis (vgl. Art. 12 Abs. 3 StGB) verweist[2371]. Insgesamt wird das Deliktsrecht im Hinblick auf die Regelung der Fahrlässigkeit des Schädigers also auch hier kaum eine Rolle spielen. 1156.2

Die Haftung natürlicher Personen sowie die Haftung juristischer Personen, die im Gefolge von Zurechnungsvorschriften daran anschliesst, setzten im Kontext reiner 1157

2369 Vgl. die H. vorne, Fn. 2300; ferner bspw. KESSLER, BSK-OR I, Art. 41, Rn. 48b.

2370 Vgl. überblicksartig DONATSCH, OFK-StGB, Art. 12, Rn. 17; und ausführlich mit besonderem Blick auf Gesetzesvorschriften (wenn auch zum deutschen Strafrecht) KUDLICH, FS Otto, *passim*.

2371 Vgl. im Allgemeinen auch HEIERLI, Rn. 693 (‹Übernahme des strafrechtlichen Massstabs› bei der Beurteilung von Vorsatz und Fahrlässigkeit).

Vermögensschäden demnach regelmässig Vorsatz oder subjektive Fahrlässigkeit voraus. Als Folge davon sind das deliktische Fahrlässigkeitserfordernis und mithin die entsprechenden privatrechtlichen Sorgfaltsobliegenheiten vorab einschlägig, falls es um die *originäre Haftung juristischer Personen* geht. Hier wiederum ist vorab das *Finanzmarktaufsichtsrecht* betroffen. Auf diesem Gebiet ist derzeit davon auszugehen, dass allein die objektive Verhaltensanweisung auf der Stufe der Pflichtverletzung sowie der zeitliche, räumliche und personale Anwendungsbereich gemäss den fraglichen Normen den Gegenstand des Verweises im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR bildet[2372].

1158 In den anderen beiden Situationen, in denen sich im Sinn des Erfordernisses der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen direkt an die juristische Person richten, erscheint die hiesige Problematik sozusagen ‹indirekt› relevant. Im Rahmen von Art. 102 Abs. 2 StGB ist der Richter seinerseits ermächtigt, zur Konkretisierung der Organisationspflichten des Unternehmens (mitunter finanzmarktrechtliche) öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen beizuziehen[2373]. Ähnliches dürfte im Kontext des Kotierungsreglements gelten[2374]. Letztlich besteht also die Möglichkeit, dass man über das Zivilrecht und ‹indirekt› über das Straf- beziehungsweise Aufsichtsrecht zu den gleichen Ergebnissen gelangt.

Diese Hinweise zu (i) dem strafrechtlichen Fahrlässigkeitserfordernis und (ii) besonders Art. 102 Abs. 2 StGB erweisen im Übrigen, dass es im Gefolge des Verweises im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR gleichsam zu *Weiterverweisungen* auf öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen kommen kann. Ein weiteres Beispiel sind (iii) unechte Unterlassungsdelikte, in deren Rahmen aufsichtsrechtliche Verhaltensnormen womöglich Garantenpflichten zu begründen vermögen (und die ihrerseits als Schutznormen in Bezug genommen werden)[2375]. Schliesslich ist (iv) auch denkbar, dass konkretere aufsichtsrechtliche Verhaltensnormen in Bezug genommen werden, wenn im Kontext des Berufsverbots von Art. 33 FINMAG ein schuldhaftes Verhalten der natürlichen Person gefordert wird. Derartige *‹Weiterverweisungen›* erscheinen im Licht der IPR-Doktrin *nicht* problematisch, da weder eine Rück- noch eine Zirkelverweisung drohen dürften[2376]. Ja nachdem wird aber zu prüfen sein, ob die Vorschriften, die derarti-

---

2372 Vgl. vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 7., *passim,* insb. aber A., B. und C. / b.

2373 Vgl. bspw. DONATSCH, OFK-StGB, Art. 102, Rn. 19; JEAN-RICHARD, insb. 328 f.; NIGGLI/GFELLER, BSK-SR I, Art. 102 StGB, u.a. Rn. 256 und 259.

2374 Vgl. auch SIEBENECK, 204 ff., und deren H. auf die Parallele zwischen der Regelung gemäss Kotierungsreglement und der Unternehmensstrafnorm.

2375 Vgl. bspw. die H. zur Begehung von Art. 305bis StGB durch Unterlassen vorne, Rn. 821; oder die Diskussion der Frage, ob das KR mit Blick auf Art. 152 StGB eine Garantenpflicht zu begründen vermag, hinten, Rn. 1211.

2376 Vgl. zur Renvoi-Problematik im IPR einlässlich vor kurzem bspw. ROMANO, *passim*.

ge Weiterverweisungen vornehmen, dem Bestimmtheitsgebot genügen, sobald deren Schutznormcharakter in Frage steht[2377].

Nehmen wir das zukünftige FIDLEG, könnte ein Finanzdienstleister zum *Beispiel* wegen einer Verletzung der Verhaltensregeln (Art. 8 ff. E-FIDLEG bzw. Art. 7 ff. FIDLEG) aus seinem Betrieb heraus um Schadenersatz angegangen werden. Sollte sich dabei etwa herausstellen, dass der Finanzdienstleister (im Licht des Verhaltens seiner Organe) seiner Pflicht zur Aus- und Weiterbildung seiner Mitarbeiter nicht nachgekommen ist (vgl. Art. 6 f. E-FIDLEG bzw. Art. 6 FIDLEG sowie Art. 24 E-FIDLEG bzw. Art. 22 FIDLEG), könnte der Richter alsdann bei der Beurteilung der Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZGB auf eine Sorgfaltspflichtverletzung schliessen, falls die Pflichtverletzung auf unzureichende Kompetenzen der Mitarbeiter zurückzuführen ist. 1159

Ferner besteht etwa die Möglichkeit, dass – sollte die Norm entgegen der Gerichtspraxis als Schutznorm qualifizieren – eine Meldung nach Art. 9 GWG unterbleibt, weil die verantwortlichen Mitarbeiter durch eine Bank beziehungsweise ihre Organe nicht hinreichend instruiert und kontrolliert worden sind. Alsdann dürfte sich ein Geschädigter, der die Bank auf der Grundlage von Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZGB haftbar machen will, darauf berufen können, dass die Bank beziehungsweise ihre Organe nicht über eine hinreichende Organisation im Sinn von Art. 8 GWG verfügen und sich deshalb fahrlässig verhalten haben[2378]. Eine Meldung nach Art. 9 GWG könnte zudem beispielsweise deswegen unterbleiben, weil das zuständige Organ beziehungsweise die zuständige Hilfsperson ihre Abklärungspflichten nach Art. 6 GWG unterlassen hat, so dass ihnen entgeht, dass ein begründeter Verdacht im Sinn von Art. 9 Abs. 1 Bst. a vorliegt. Auch darauf kann sich der Geschädigte womöglich berufen, falls er die Bank aufgrund von Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZGB beziehungsweise Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 101 Abs. 1 OR *per analogiam* um Schadenersatz angeht und dabei deren Verschulden zu erstellen hat. 1160

An diesen Beispielen zeigt sich im Übrigen erneut, dass schuldhaftes beziehungsweise genauer fahrlässiges *Organverhalten* entweder in einer Sorgfaltspflichtverletzung bestehen kann, die das *eigene Tun oder Unterlassen* betrifft, oder in einem sog. *Or-* 1161

2377 Vgl. dazu vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 4. / B.

2378 Gerade in diesem Kontext zeigt sich, dass es keine Rolle spielt, ob Art. 8 GWG ‹direkt› über das Fahrlässigkeitserfordernis gemäss Art. 41 Abs. 1 OR oder ‹indirekt› über Art. 102 Abs. 2 StGB in Bezug genommen wird (wobei auf die zweite Begebenheit in der Literatur denn auch hingewiesen wird (vgl. NIGGLI/GFELLER, BSK-SR I, Art. 102 StGB, Rn. 286).

ganisationsverschulden[2379]. Im Licht der Organtheorie, auf deren Fundament auch Art. 55 Abs. 2 ZGB steht, gilt sodann dasselbe für die Haftung der *juristischen Person*. Bei der (*in casu* analog anwendbaren) Haftung nach Art. 101 Abs. 1 OR, die schuldhaftes beziehungsweise fahrlässiges Verhalten von *Hilfspersonen* betrifft, wird das Verschulden der juristischen Person demgegenüber über das vorne besprochene Erfordernis der hypothetischen Vorwerfbarkeit des Verschuldens der Hilfsperson abgegolten.

1162 *Insgesamt* sind Fälle, in denen der Richter die Sorgfaltsobliegenheit im Rahmen des Fahrlässigkeitserfordernisses gemäss Art. 41 Abs. 1 OR anhand öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen konkretisieren kann, nach alledem durchaus denkbar. Nicht ausschlaggebend ist das deliktsrechtliche Fahrlässigkeitserfordernis allerdings insbesondere, falls der Verweis im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses ein etwaiges Vorsatzerfordernisses oder einen etwaigen subjektiven Fahrlässigkeitsmassstab der in Bezug genommenen Schutznormen erfasst.

1163 Im **Vertragsrecht** steht zunächst die Diskussion um *private Regelwerke* im Vordergrund. Diese wurde jüngst von WALTER FELLMANN wieder aufgegriffen. Dabei bezieht er sich auch auf Regelungen, welche die auftragsrechtlichen Sorgfaltsobliegenheiten von *Banken* konkretisieren. Er führt unter anderem die folgenden Beispiele an[2380]:

(i) Die Obliegenheiten zur Ermittlung der Identität der Kunden gemäss der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken der Schweizerischen Bankiervereinigung;

(ii) Die Vorgaben der Richtlinie der Schweizerischen Bankiervereinigung für Vermögensverwaltungsaufträge, wonach eine Bank über eine professionelle und den Verhältnissen des Betriebs angemessene Organisation zu verfügen hat (die inkludiert, dass die Bank Mitarbeiter einsetzt, die über die erforderlichen Fachkenntnisse verfügen[2381]);

(iii) Die Obliegenheit des Effektenhändlers gemäss der Richtlinie der Schweizerischen Bankiervereinigung über die Verhaltensregeln für Effektenhändler bei der Durchführung des Effektenhandelsgeschäfts, eine Transaktion an einem allgemein anerkannten und für eine ordentliche Durchführung Gewähr bietenden

---

2379 Vgl. auch bereits vorne, Rn. 1051.3 m.H.

2380 Vgl. FELLMANN, HAVE 2016, 97 m.H. auf die entsprechenden Stellen.

2381 Dass der Auftraggeber (bzw. dessen Organe und Hilfspersonen) über hinreichende Fachkenntnisse verfügen muss, um seiner Sorgfaltspflicht nachzukommen, wird wohlgemerkt auch unabhängig von deren Konkretisierung durch private Regelwerke und/oder öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen betont, vgl. FELLMANN, BK, Art. 398 OR, Rn. 360.

Markt auszuführen, um seiner Pflicht zu deren ‹*best execution*› nachzukommen (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. b BEHG sowie das entsprechende auftragsrechtliche Gebot).

Wie erwähnt kann der Richter allerdings auch *öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen* beiziehen[2382]. Das Bundesgericht hatte in einem jüngeren Entscheid zu beurteilen, ob eine Bank bei der Abwicklung von ungewöhnlichen Transaktionen auf dem Konto einer geschädigten Gesellschaft durch einen Dritten ihrer auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht nachgekommen ist. Im Hinblick auf die Konkretisierung dieser Pflicht führt das Gericht die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken *sowie* die Ausführungsbestimmungen zum GWG unterschiedslos nebeneinander auf, wobei es letztlich vorab auf verschiedene Bestimmungen in der GwV-FINMA abstellt[2383]. 1164

Generell ist zu beobachten, dass öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen *de lege ferenda* insbesondere mit dem FIDLEG an Gewicht gewinnen dürften. So schreibt das Gesetz beispielsweise seinerseits Organisationspflichten der Finanzdienstleister vor (vgl. Art. 23 ff. sowie Art. 27 E-FIDLEG bzw. Art. 21 ff. sowie Art. 25 FIDLEG), die unter anderem die (im Prinzip bereits erwähnte) Pflicht betreffen, für hinreichende Fachkenntnisse der Mitarbeiter zu sorgen (vgl. Art. 6 f. und Art. 24 E-FIDLEG bzw. Art. 6 und Art. 22 FIDLEG). Zudem soll etwa auch die Pflicht zur sorgfältigen Ausführung von Kundenaufträgen eine relativ einlässliche Regelung erfahren (vgl. Art. 19 ff. E-FIDLEG bzw. Art. 17 ff. FIDLEG). Weitere *Beispiele,* denen gemäss einem Finanzdienstleister aufgrund einer Verletzung öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen vorgeworfen werden können dürfte, dass er der ihm obliegenden Sorgfalt nach Art. 398 Abs. 2 OR nicht nachgekommen ist, betreffen die zukünftig aufsichtsrechtlich womöglich erforderliche Erstellung des Kundenprofils im Rahmen der sog. Eignungsprüfung (vgl. Art. 13 E-FIDLEG bzw. Art. 12 FIDLEG) oder auch die Dokumentationspflichten nach Art. 17 E-FIDLEG bzw. Art. 15 FIDLEG[2384]. Letztere dürften – ähnlich wie die Protokollierungspflicht nach 1165

2382 Vgl. im Allgemeinen ferner MAURENBRECHER, FS von der Crone, 561 m.w.H.; sowie FELLMANN, BK, Art. 398 OR, Rn. 432, der festhält, dass eine Bank dafür zu sorgen habe, dass sie keine ‹zwingenden Normen der Bankengesetzgebung› verletzt.

2383 Vgl. Entscheid 4A_122/2013 vom 31. Oktober 2013, E. 3.2.3. und E. 3.4.

2384 WIEGAND/WICHTERMANN scheinen ferner die Auffassung zu vertreten, dass Art. 11 BEHG im Allgemeinen Sorgfaltsobliegenheiten regelt (vgl. 151). Zumindest mit Blick auf die Risikoaufklärungspflicht (Art. 11 Abs. 1 Bst. a BEHG) wird dem allerdings nicht gefolgt; die Pflicht ist als selbstständige Pflicht (vgl. vorne, Rn. 701) nach meinem Dafürhalten vielmehr auf Stufe Pflichtverletzung anzusiedeln.

Art. 24 Abs. 3 KAG[2385] – unter anderem auf eine Beratungs- und Vermögensverwaltungstätigkeit unter Zugrundelegung der relevanten Kundenbedürfnisse abzielen (vgl. Abs. 2 der Vorschrift).

1166 Die von FELLMANN erwähnte Pflicht zur Ermittlung der Identität der Kunden ist schliesslich auch gesetzlich geregelt (vgl. insb. Art. 3 und 5 GWG). Dasselbe gilt zumindest für einen Aspekt der von ihm ebenfalls erwähnten Organisationspflicht der Banken beziehungsweise Effektenhändler. Art. 12 Abs. 4 BankV und Art. 20 BEHV schreiben ein internes Kontrollsystem sowie eine interne Revisionsstelle vor, wobei die Überprüfung der Pflichten nach Art. 11 BEHV in Art. 20 Abs. 2 BEHV ausdrücklich erwähnt wird. Die FINMA hat diese Pflichten in einem Rundschreiben konkretisiert, dem gemäss unter anderem eine Compliance Funktion im Hinblick auf die Einhaltung der einschlägigen rechtlichen Vorschriften eingerichtet werden muss[2386].

Im Übrigen dürfte es im Grundsatz keine Rolle spielen, ob nur private Regelwerke oder auch (oder nur) öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen bestehen, solange erstere als allgemein befolgt gelten können[2387]. Insofern erscheint es auch *nicht* von wesentlicher Bedeutung, ob die als Mindeststandards anerkannten Selbstregulierungserlasse Rechtssatzcharakter haben oder privatrechtliche Vereinbarungen darstellen[2388]. Liegen sowohl private Regelwerke als auch öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen vor, dürfte die vorne erwähnte Einschätzung von ROBERTO hinsichtlich *beider* Normkörper zutreffen; mit anderen Worten wird es einem Schädiger regelmässig schwer fallen zu argumentieren, dass er sorgfältig gehandelt hat, wenn er *nur* die Bestimmungen des weniger restriktiven Normkörpers eingehalten hat.

1167 Mit Blick auf die Zurechnung des Verschuldens der Organe beziehungsweise Hilfspersonen *an die Adresse der juristischen Person* verhält es sich ähnlich wie im Deliktsrecht, zu dem wir uns eben geäussert haben. Sowohl die Beispiele von FELLMANN als auch unsere Beispiele zeigen, dass Sorgfaltspflichtverletzungen vorliegen können, die das *eigene Verhalten* (der natürlichen Person, welche die Pflichtverletzung begeht) betreffen, aber auch solche, die in einem sog. *Organisationsverschulden* bestehen. Als Haftungsgrundlagen fungieren Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZGB (im Fall einer Sorgfaltspflichtverletzung eines Organs) beziehungsweise

---

2385 Vgl. dazu bereits vorne, nach Rn. 261 m.H.

2386 Vgl. *de lege lata* FINMA-RS 2008/24 (‹Überwachung und interne Kontrolle Banken›), Rn. 100 ff.; *de lege ferenda* FINMA-RS 2017/1 (‹Corporate Governance – Banken›), Rn. 77 ff.

2387 Vgl. zu diesem Kriterium aus der publizierten Praxis bspw. BGE 115 II 62, E. 3a oder BGE 131 III 511, E. 3.2.3.

2388 Vgl. insb. JUTZI, 204 ff.

Art. 101 Abs. 1 OR (im Fall einer Sorgfaltspflichtverletzung einer Hilfsperson). Letztere Vorschrift kommt im vertraglichen Kontext selbstredend direkt zur Anwendung.

Im Übrigen ist kurz auf die vorne stehenden vertragsrechtlichen Ausführungen zu- 1168
rückzukommen, welche vorab die Begründung vertraglicher Pflichten betroffen haben, die im vertragsrechtlichen Haftungstatbestand auf der Stufe der Vertragsverletzung stehen. Dort wurde unter anderem festgehalten, dass ein Kunde auch auf dem Gebiet des Auftragsrechts nicht von Leistungen des Finanzdienstleisters ausgehen darf, die über jene hinausgehen, die sich in Auslegung des Erklärungsverhaltens der Parteien nach dem Vertrauensprinzip gewinnen lassen[2389]. Bei den vorliegend erwähnten Sorgfaltsobliegenheiten handelt es sich nach meinem Dafürhalten allerdings gewissermassen um *Nebenleistungspflichten,* die sich aus der Hauptpflicht des Finanzdienstleisters zu einem – je nach Vertrag unterschiedlichem – Tätigwerden im Kundeninteresse *‹folgerichtig›* ergeben[2390]. Im Zusammenhang mit der Eignungsprüfung wurde darauf bereits hingewiesen. Gleichermassen darf ein Kunde aufgrund der Vereinbarung der Hauptpflicht meines Erachtens aber grundsätzlich beispielsweise auch erwarten, dass die ihn betreuenden Mitarbeiter (i) über die erforderlichen Fachkenntnisse verfügen, dass der Finanzdienstleister (ii) seine Aufträge in seinem Interesse bestmöglich ausführt, (iii) Massnahmen trifft, um sein Konto vor kriminellen Aktivitäten zu verschonen, oder sich (iv) hinreichend dokumentiert, um seine Aufgabe interessensgerecht durchzuführen. In der Folge besteht, wie nunmehr erläutert, auch die Möglichkeit, öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen zu deren Konkretisierung beizuziehen. Die auftragsrechtliche Regelung der Sorgfaltspflicht (Art. 398 Abs. 2 OR) ihrerseits hält diese Begebenheit meines Erachtens letztlich ‹nur› gesetzlich fest[2391].

Zuletzt ist aus praktischer Warte kurz zu vermerken, dass es für einen Schädiger bei 1169
einem Verstoss gegen die entsprechenden öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen in der Regel zwar schwierig sein dürfte, zu argumentieren, dass er die (delikts- oder vertragsrechtlichen) Sorgfaltsobliegenheiten eingehalten hat. Allerdings besteht im Rahmen der üblichen gesetzlichen Schranken (vgl. insb. Art. 100 f. OR) die Möglichkeit eines vertraglichen **Haftungsausschlusses** mit der Folge, dass eine Verlet-

---

2389 Vgl. vorne, insb. Rn. 629 ff.

2390 Vgl. vorne, insb. Rn. 487 ff.

2391 Materiale Regelungen zu Gunsten des Kunden, die das Kriterium der Folgerichtigkeit nicht erfüllen – wie *de lege ferenda* bspw. die Angemessenheitsprüfung nach Art. 12 E-FIDLEG bzw. Art. 11 FIDLEG (vgl. dazu vorne, Rn. 497) –, dürften sich daraus entsprechend *nicht* ableiten lassen.

zung der öffentlich-rechtlichen Verhaltensanforderungen nicht zwingend zu einer Haftung führen muss. Etwas anderes würde hinsichtlich der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten möglicherweise dann gelten, wenn der Auffassung gefolgt wird, wonach die Haftung für die Verletzung sog. ‹Kardinalpflichten› überhaupt nicht ausgeschlossen werden kann[2392].

III. Selbstverschulden

1170 Der Geschädigte muss gemäss dem sog. ‹Spiegelbildprinzip› *mutatis mutandis* denselben Haftungstatbestand erfüllen wie der Schädiger[2393]. Im Zentrum steht dabei ein *äusseres Verhalten,* das einen Ursachenzusammenhang zum Erfolg (*scil*. der [reinen] Vermögensschädigung) aufweisen muss. Darum geht es uns nachfolgend. Bei der Bewertung dieses Verhaltens wird, wie erwähnt, ein objektiver Massstab angelegt (selbst wenn beispielsweise auf Seiten des Schädigers aufgrund einer strafrechtlichen Schutznorm Vorsatz einzufordern ist – es findet gleichsam *keine* sog. ‹Verweisungsanalogie› statt).

1171 Positivrechtlich ist das Selbstverschulden in der Schweiz in Art. 44 Abs. 1 OR geregelt, der sowohl im Delikts- als auch im Vertragsrecht einschlägig ist (vgl. Art. 99 Abs. 3 OR).

1172 Zur Konkretisierung des eingeforderten Verhaltens werden bisweilen *öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen* beigezogen, vorab auf dem Gebiet der Haftung im Strassenverkehr[2394]. Paradigmatisches Beispiel ist die Pflicht zum Tragen des Sicherheitsgurts (vgl. für die Schweiz Art. 3a VRV)[2395].

1173 Allgemein dürften in erster Linie öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen in Frage kommen, die den *‹Jedermannsverkehr›* regeln. Im *Finanzmarktbereich,* in dem vorab die Finanzdienstleister und die Emittenten in die Pflicht genommen werden, sind einschlägige Normen entsprechend schwerer vorstellbar. Soweit ersichtlich, bestehen in der Schweiz denn auch keine öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen, die sich so an Kunden oder Anleger richten, dass ein Verstoss dagegen in einem Ursachenzu-

---

2392 Vgl. dazu (kurz) vorne, Rn. 464.2 m.H.

2393 Vgl. vorne, Rn. 301 m.H.

2394 Vgl. bspw. REISCHAUER, in: Rummel, § 1311 ABGB, Rn. 21 m.H. auf zahlreiche – österreichische – Entscheide; ferner SPICKHOFF, Gesetzesverstoss 28 f. und 41 m.w.H.

2395 Vgl. aus der deutschen Gerichtspraxis bspw. BGH, NJW 2012, 2027, Rn. 7 m.H. auf weitere Entscheide.

sammenhang mit einem durch einen Finanzdienstleister oder Emittenten verursachten Schaden stehen könnte. Denkbar sind derartige Normen jedoch durchaus, etwa in Situationen, in denen ein Finanzdienstleister zur Abklärung bestimmter Begebenheiten verpflichtet ist (bspw. im Geldwäschereizusammenhang) und dem Kunden dabei eine Wahrheitspflicht auferlegt würde. Nichtsdestotrotz unterbleiben an dieser Stelle nähere Ausführungen zur Thematik.

Zu erwähnen bleibt einzig, dass ein widerrechtliches Verhalten des Geschädigten *nicht automatisch* dazu führt, dass dessen Schadenersatzanspruch entfällt, selbst wenn es für die Entstehung des Schadens natürlich kausal war[2396]. Die vorne erwähnte Parömie *ex turpi causa non oritur actio* ist mithin – wie auch vorne bereits erwähnt – allein im Rahmen der positivrechtlichen Regelung des Selbstverschuldens zu berücksichtigen (die ihrerseits angesichts des Spiegelbildprinzips unter anderem eine adäquat kausale Schadensverursachung voraussetzt[2397]). 1174

IV. Haftung juristischer Personen

Steht die deliktische Haftung von Geschäftsherren – *in casu* mit den Finanzdienstleistern und Emittenten insbesondere juristische Personen – für das Verhalten ihrer Mitarbeiter in Frage, kommt unter Umständen Art. 55 OR zum Tragen. Gemäss vorne erfolgten Hinweisen ist dies jedenfalls dann der Fall, wenn sich die haftungsbegründenden Schutznormen *allein* an natürliche Personen richten. 1175

Art. 55 Abs. 1 OR stipuliert alsdann unter anderem die Haftungsvoraussetzung, wonach dem Geschäftsherrn der Nachweis misslingen muss, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten. Dieser Sorgfaltsbeweis wird ihm unter anderem dann misslingen, wenn er nicht nachweisen kann, dass sein Betrieb so organisiert ist, *«dass Schäden für Dritte durch Hilfspersonen möglichst vermieden werden können»* (sog. ‹Organisationspflicht›)[2398]. Auch hier wird ein objektiver Massstab angelegt. 1176

2396 Vgl. HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 4, Rn. 30 m. einem Bsp. aus der Gerichtspraxis; tendenziell anders offenbar die deutsche Praxis (vgl. DIES., a.a.O.) sowie auch gewisse Stimmen aus der deutschen Doktrin (vgl. VERDE, Straftatbestände, Rn. 410).

2397 Vgl. BREHM, BK, Art. 44 OR, Rn. 19a m.H.

2398 So SCHWENZER, OR AT, Rn. 23.25 m.H. auf den grundlegenden Entscheid BGE 90 II 86.

1177 Zur Konkretisierung der Organisationspflicht können *öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen* beigezogen werden[2399]. Dabei sind – wie im Allgemeinen bereits festgehalten – die objektiven Verhaltensanforderungen zu berücksichtigen, die diese aufstellen, sowie die erwähnten ‹Meta-Erfordernisse›, *i.e.* deren rechtsgültiger Bestand und deren zeitlicher, räumlicher und personaler Anwendungsbereich.

1178 Im Finanzmarktzusammenhang wird insbesondere (der bereits erwähnte) Art. 8 GWG genannt[2400], der vorab dann zum Zug kommen könnte, wenn eine Hilfsperson Art. 305bis StGB (als Schutznorm) verletzt hat. Ferner ist beispielsweise auf die Organisationspflichten zu verweisen, die im FIDLEG festgehalten werden (vgl. Art. 23 ff. und 27 E-FIDLEG bzw. Art. 21 ff. und Art. 25 FIDLEG), sowie die Pflichten, die das interne Kontrollsystem sowie die interne Revisionsstelle von Banken und Effektenhändlern betreffen (vgl. Art. 12 Abs. 4 BankG und Art. 20 BEHV). Diese haben wir alle ebenfalls bereits erwähnt.

1179 Ferner wird in vorliegendem Kontext auf Art. 102 Abs. 2 StGB hingewiesen[2401]. Dabei handelt es sich – wie im Übrigen auch bei den allgemeinen Organisationspflichten der Bank (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG) und des Effektenhändlers (Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG) – ebenso um eine Generalklausel wie bei Art. 55 Abs. 1 OR. Diese bedarf ihrerseits einer Konkretisierung, die mitunter auf der Grundlage von öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen erfolgt[2402]. Stehen solche zur Verfügung, braucht mithin der ‹Umweg› über Art. 102 Abs. 2 StGB nicht gegangen zu werden.

Im Übrigen können auch hier private Regelwerke Berücksichtigung finden. Besonders erwähnenswert sind die Organisationspflichten gemäss FINMA-RS 2013/08, die auf den Marktmissbrauch abzielen[2403], zu dessen Vermeidung mit (nunmehr) Art. 143 FinfraG eine Vorschrift verpflichtet, die im Hinblick auf den Ad hoc-Publizitätsfall potentiell als Schutznorm zu rubrizieren ist[2404]. Die Frage nach der Rechtsnatur dieses Rundschreibens wird dabei alsdann auch hier kaum von Bedeutung sein.

1180 Abschliessend weisen wir auf Art. 399 Abs. 2 OR hin, der die (vertragliche) Haftung des Beauftragten für den Beizug von Substituten regelt. Dieser hat einen ähnlichen Regelungsgegenstand wie Art. 55 Abs. 1 OR. Allerdings sind die dort festgehaltenen

---

2399 Vgl. im Allgemeinen OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 23, Rn. 142; WAESPI, 32 m.w.H.

2400 Vgl. HEIERLI, Rn. 1232 und 1234.

2401 Vgl. HEIERLI, Rn. 1231 und 1234; vgl. i.Zh.m. der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ferner BERNI/LIVSCHITZ, 145.

2402 Vgl. statt Vieler NIGGLI/GFELLER, BSK-SR I, Art. 102 StGB, Rn. 251 f. und 276 ff. m.w.H.

2403 Vgl. FINMA-RS 2013/08 (‹Marktverhaltensregeln›), Rn. 45 ff.

2404 Vgl. dazu noch hinten, Rn. 1213 ff.

Sorgfaltsobliegenheiten weniger umfassend und auch konkreter festgeschrieben. Der Auftraggeber haftet ‹nur für eine gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten› (*i.e.* des Substituten). Zwecks näherer Konkretisierung dieser Obliegenheiten dürfte sich ein Richter aber ebenfalls auf öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen oder private Regelwerke beziehen können[2405].

V. Fazit

Öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen können im privatrechtlichen Haftungstatbestand nicht nur auf der Stufe der *Pflichtverletzung,* sondern auch auf *weiteren Haftungsstufen* in Bezug genommen werden. Praktisch im Vordergrund stehen dabei: 1181

(i) das **deliktsrechtliche Fahrlässigkeitserfordernis** (Art. 41 Abs. 1 OR);

(ii) die **auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht** (Art. 398 Abs. 2 OR); und

(iii) die **Organisationspflichten des Geschäftsherrn** (Art. 55 Abs. 1 OR).

Es handelt sich dabei um **an den Richter gerichtet Ermächtigungsnormen**, in deren Rahmen der Richter öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen (aber auch private Regelwerke oder Usanzen) berücksichtigen *kann,* aber nicht muss. 1182

Diese stellen **objektive Verhaltensanforderungen** im Sinn von Sorgfaltsobliegenheiten auf, so dass auch nur der entsprechende Regelungsgehalt der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen referenziert wird. Deren Inbezugnahme gelingt freilich nur dann, wenn die Normen rechtsgültig zu Stande gekommen sind, sowie deren zeitlicher, räumlicher und personaler Anwendungsbereich gegeben ist. Berücksichtigung finden können meiner vorne erörterten Auffassung gemäss auch *ausländische* öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen. Grundlage im internationalen Privatrecht der Schweiz ist Art. 142 Abs. 2 IPRG, der im Deliktsrecht direkt und im Vertragsrecht analog zur Anwendung gebracht werden kann. 1183

Mit Blick auf das zukünftige **FIDLEG** ist schliesslich besonders zu erwähnen, dass verschiedene Vorschriften (vorab) im Rahmen der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht durch den Richter potentiell in Bezug genommen werden können. Damit dürfte dem Konzept der Ausstrahlungswirkung Nachachtung verschafft werden, so 1184

[2405] Zu denken ist dabei – ohne dieses näher zu qualifizieren – insb. an das FINMA-RS 2008/07 (‹Outsourcing Banken›), vgl. insb. dessen Rn. 21 ff. Das Rundschreiben ist zur Zeit Gegenstand einer Revision (vgl. <www.finma.ch/de/news/2016/12/20161206---mm---rs---outsourcing/>, zuletzt besucht am 9. Juli 2017).

wie es in der Botschaft zu FIDLEG und FINIG gemäss unserem Verständnis festgehalten ist.

Schluss

I. Hinweise zur Auflösung der Beispielfälle

1. Vorbemerkungen

Statt einer Zusammenfassung geben wir im Folgenden einige Hinweise zur Auflösung der einleitend geschilderten Beispielfälle. Abstrakt haben wir die Ergebnisse unserer vorne stehenden Überlegungen dagegen bereits im Rahmen der Fazits zusammengefasst, die wir am Ende der verschiedenen (Unter-)Kapitel jeweils gezogen haben. 1185

Die nachfolgenden Hinweise stellen – sofern vorhanden – auf die *höchstrichterliche Praxis* ab und im Übrigen auf die vorne stehenden Überlegungen, die für die jeweiligen Fragen nach *meinem Dafürhalten* von Bedeutung sind. Zudem betreffen sie (mit einer Ausnahme) das *geltende* Recht und erfolgen unter der Annahme, dass das *schweizerische* Recht anwendbar ist. Das Kollisionsrecht bleibt im Folgenden also aussen vor. Stattdessen verweisen wir auf unsere bezüglichen vorne stehenden Überlegungen, die durchaus auch die Rolle beschlagen, die das Kollisionsrecht in den Beispielfällen gegebenenfalls einnehmen könnte. 1186

2. Anlageberatungsfall

Im Anlageberatungsfall will ein Anleger eine Bank und den Mitarbeiter, der ihn betreut, für erlittene Verluste aus Wertpapiertransaktionen haftbar machen. Insbesondere soll ihn der Mitarbeiter nicht über die Risiken der getätigten Anlagen aufgeklärt haben. Die Weisungen zum Erwerb der Wertpapiere hat der Anleger jeweils im Kontext von Telefongesprächen erteilt, wie sie zwischen Bank und Kunde häufig stattgefunden haben. Die Haftung der Bank und jene des Mitarbeiters werden im Folgenden separat behandelt. 1187

Als öffentlich-rechtliche Verhaltensnorm, auf deren Verletzung der Anleger sich beruft, fungiert in beiden Fällen **Art. 11 Abs. 1 Bst. a BEHG**. Die Vorschrift belegt Effektenhändler mit einer Risikoaufklärungspflicht, wobei die in Anspruch genommene Bank (auch) über eine Effektenhändlerbewilligung verfügt. 1188

1189 Was die **vertragliche Haftung** der **Bank** betrifft, ordnet das Bundesgericht Art. 11 BEHG als *Doppelnorm* ein[2406]. Das Aufgreifkriterium der Sonderverbindung zwischen Effektenhändler und Kunde ist *in casu* erfüllt, zumal das Bundesgericht bei ‹häufigem und intensivem› telefonischem Austausch zwischen Bank und Kunde betreffend dessen Anlagemöglichkeiten von einem besonderen Vertrauensverhältnis ausgeht. Damit rechtfertigt sich die Annahme eines stillschweigenden Anlageberatungsvertrags[2407]. Gemäss höchstrichterlicher Praxis hat Art. 11 BEHG als Doppelnorm zudem einen *zwingenden* Charakter[2408].

1190 Nach vorne stehenden Ausführungen können wir gegebenenfalls zusätzlich von einer *autonomen* Übernahme der Risikoaufklärungspflicht nach Art. 11 Abs. 1 Bst. a BEHG ausgehen. Insbesondere dürfte das Verhalten der Bank im Rahmen des Ersuchens um eine Bewilligung gemäss dem Vertrauensprinzip im Allgemeinen dahingehend ausgelegt werden können, dass von einer – durch die Aufnahme einer Geschäftsbeziehung suspensiv bedingten – Übernahme der Verpflichtung auszugehen ist, der Vorschrift auch gegenüber ihren Kunden nachzukommen (und nicht nur gegenüber der Bewilligungsbehörde)[2409]. Liegt einmal ein Anlageberatungsvertrag vor, dürfte der Kunde aufgrund des Vertrauensprinzips ferner bereits aus der Übernahme der Hauptleistungspflicht durch die Bank (*i.e.* der Beratungspflicht) ableiten können, dass die Bank auch eine Risikoaufklärungspflicht trifft[2410]. Zwecks Konkretisierung wird sich der Richter alsdann mitunter auf öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen wie Art. 11 Abs. 1 Bst. a BEHG berufen können[2411].

1191 In der Folge liegt bei Verletzung von Art. 11 BEHG eine *Pflichtverletzung* der Bank vor, so dass diese dem Geschädigten gegenüber nach Art. 97 Abs. 1 OR schadenersatzpflichtig wird, sofern die übrigen Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind. Die Frage, ob die Bank im Rahmen ihres Auftrags (mangels Vorsatz) unsorgfältig gehandelt hat (bspw. indem sie bzw. die zuständige natürliche Person sich über die relevanten Risiken überhaupt keine Erkenntnis verschafft hat), ist gemäss der Auffassung, der wir tendenziell folgen[2412], grundsätzlich auf der Stufe des Verschuldens zu prüfen.

2406 Vgl. BGE 133 III 97 und dort bereits die Regeste.

2407 Vgl. BGE 133 III 97, E. 7.2.

2408 Vgl. BGE 133 III 97, E. 5.2.

2409 Vgl. vorne, Rn. 525 ff., insb. Rn. 542.1.

2410 Vgl. vorne, Rn. 487 ff., insb. Rn. 491.

2411 Vgl. vorne, Rn. 498.

2412 Vgl. vorne, 2. Teil / 2. Kapitel / IV. / 3.

Die *Zurechnung des Verhaltens des Bankmitarbeiters* erfolgt nach Art. 101 Abs. 1 OR. Infolgedessen muss dessen Verhalten der Bank insbesondere ‹hypothetisch vorwerfbar› sein[2413]. *Alternativ* lässt sich das *Verschulden* der Bank gegebenenfalls damit begründen, dass sie beziehungsweise ihre Organe ihre Organisationspflichten im Hinblick auf die Einhaltung von Art. 11 BEHG verletzt haben; Haftungsgrundlage wäre alsdann Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZGB. Hat der Richter zu beurteilen, ob eine Organisationspflichtverletzung vorliegt, hat er die Möglichkeit, öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen oder private Regelwerke beizuziehen, die entsprechende Vorgaben machen, wie etwa Art. 12 Abs. 4 BankV bzw. Art. 19 BEHV (inkl. das FINMA-Rundschreiben, das diese Vorschriften konkretisiert) oder die Richtlinie der Schweizerischen Bankiervereinigung für Vermögensverwaltungsaufträge[2414]. 1192

Die Bank kann ferner **auf Grundlage des Deliktsrechts** um Schadenersatz angegangen werden, wobei Anspruchskonkurrenz zu den vertraglichen Ansprüchen besteht[2415]. Art. 11 BEHG qualifiziert gemäss Bundesgericht nicht nur als Doppel-, sondern auch als *Schutznorm*[2416]. Besonders weil hier die Beweislast für das Verschulden im Gegensatz zum Vertragsrecht (ebenfalls) den Geschädigten trifft, ist das Deliktsrecht dem Geschädigten aber weniger günstig. 1193

Steht – wie vorliegend – die Haftung einer juristischen Person als Bewilligungsträgerin in Frage, betrifft der Verweis im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR sodann allein den zeitlichen, räumlichen und personalen Anwendungsbereich von Art. 11 BEHG sowie die objektive Verhaltensanweisung (falls einstweilen davon ausgegangen wird, dass eine Sanktionierung nach Art. 32, 34 und 37 FINMAG kein Verschulden voraussetzt)[2417]. Insbesondere das Verschuldenserfordernis wäre folglich Art. 41 Abs. 1 OR zu entnehmen. Zur Konkretisierung des dort (unter anderem) festgehaltenen Fahrlässigkeitserfordernisses kann der Richter womöglich wiederum öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen beiziehen[2418]. Was schliesslich die Zurechnung des Verhaltens der für sie tätigen natürlichen Personen an die Adresse der Bank betrifft, ist Art. 101 Abs. 1 OR nach vorne stehender Dar- 1194

[2413] Vgl. vorne, Rn. 1096.

[2414] Vgl. vorne, Rn. 1163 ff.

[2415] Vgl. vorne, Rn. 829 ff.

[2416] Vgl. Entscheid 4A_213/2010 vom 28. September 2010, E. 4.

[2417] Vgl. vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 7., *passim,* insb. aber A., B. und C. / b.

[2418] Vgl. vorne, Rn. 1155 ff.

stellung analog anwendbar, da es sich bei Art. 11 BEHG um eine Pflicht handelt, die sich in erster Linie an die Bank als Geschäftsherrin richtet[2419].

1195 Zwischen dem **Mitarbeiter** der Bank und dem geschädigten Kunden wird grundsätzlich nicht von einer vertraglichen Beziehung ausgegangen werden können. Insbesondere dürfte sich die Annahme einer solchen auf Grundlage des Vertrauensprinzips regelmässig verbieten, zumal hier der heuristische Wert des Grundsatzes der Relativität von Schuldverhältnissen durchschlägt[2420]. Besteht bereits eine vertragliche Beziehung mit der Bank, darf der Geschädigte in der Regel nicht zusätzlich auf einen Geschäftswillen des Mitarbeiters im Hinblick auf eine *persönliche* Übernahme der Risikoaufklärungspflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. a BEHG schliessen. Demnach stehen dem Geschädigten kaum **vertragliche Ansprüche** zu. Auch die Vertrauenshaftung fällt im Übrigen weg, schon nur weil diese gemäss höchstrichterlicher Praxis zur vertraglichen Haftung auch dann subsidiär ist, wenn die Haftung der Mitarbeiter einer juristischen Person auf dem Spiel steht, solange ein Vertrag mit der juristischen Person besteht[2421].

1196 Folglich ist der Geschädigte auf **deliktische Ansprüche** gegen den Mitarbeiter verwiesen. Diese fallen zunächst nicht schon deswegen weg, weil gegenüber der Bank vertragliche Ansprüche bestehen; das im deutschen Recht hochgehaltene Erfordernis der ‹Tragbarkeit einer Haftung im haftungsrechtlichen Gesamtsystem›, das gegen eine Mitarbeiteraussenhaftung sprechen könnte, findet im Schweizer Recht keine Grundlage; vielmehr besteht zwischen der Haftung der Bank und jener des Mitarbeiters Anspruchskonkurrenz[2422]. Auch für das Erfordernis, wonach Schutznormen strafbewehrt sein müssen, sowie für das Vorsatzdogma besteht gemäss vorne stehender Darstellung kein Raum[2423]. Dabei würde es sich *nota bene* um Institute handeln, die einer deliktischen Haftung der Bank *und* des Mitarbeiters entgegen stehen, denn ein Verstoss gegen Art. 11 BEHG ist weder strafbewehrt, noch sieht das Aufsichtsrecht allein für vorsätzliche Verletzungen der Vorschrift Sanktionen vor.

1197 Sodann richtet sich Art. 11 BEHG zunächst allein an die Bewilligungsträgerin, *in casu* die Bank. Eine *Ausdehnung des personalen Anwendungsbereichs* gelingt im Licht des vorliegend vertretenen Erfordernis der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung jedoch grundsätzlich dann, wenn ausserprivatrechtliche Sanktionen bestehen, die sich an natürliche Personen richten und auf diese eine verhaltensbe-

2419 Vgl. vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / III. / 3. / C., *passim*.

2420 Vgl. bereits vorne, Fn. 834 m.H.

2421 Vgl. Entscheid 4A_213/2010 vom 28 September 2010, E. 7.

2422 Vgl. vorne, Rn. 835 ff.

2423 Vgl. vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 6. / B.

stimmende Wirkung entfalten[2424]. Im vorliegenden Kontext sorgt das Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG für eine entsprechende Ausdehnung, wobei die (Sanktions-) Norm mit Art. 11 BEHG zusammen zu lesen ist[2425].

Der Verweis im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses gemäss Art. 41 Abs. 1 OR betrifft schliesslich zunächst ebenfalls die objektive Verhaltensanweisung sowie den zeitlichen, räumlichen und personalen Anwendungsbereich von Art. 11 BEHG. Gemäss vorliegend vertretener Auffassung, die erneut darauf abstellt, ob und inwiefern eine ausserprivatrechtliche Verhaltensbestimmung vorliegt, ist im Deliktsrecht zudem die Voraussetzung zu berücksichtigen, wonach nur eine *schuldhafte* Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten ein Berufsverbot nach sich zieht[2426]. Würde dabei von einem subjektiven Fahrlässigkeitsmassstab ausgegangen, ginge diese Voraussetzung weiter als das deliktsrechtliche Verschuldenserfordernis. Ob dies der Fall ist, erscheint freilich als (noch) nicht geklärt. 1198

Nach diesen Hinweisen zur Lösung des Anlageberatungsfalls gemäss der geltenden Rechtslage, gehen wir zu guter Letzt kurz auf die **Situation gemäss dem zukünftigen FIDLEG** ein. Die Risikoaufklärungspflicht gehört hier den sog. Verhaltensregeln an. Rechtsgrundlage ist vorab Art. 9 Abs. 2 Bst. c E-FIDLEG, demgemäss ein Finanzdienstleister seine Kunden über *«die angebotenen Finanzinstrumente und die damit verbundenen Risiken und Kosten»* zu informieren hat bzw. nunmehr Art. 8 Abs. 1 Bst. d und Art. 8 Abs. 2 Bst. a FIDLEG, demgemäss ein Finanzdienstleister seine Kunden über *«die allgemeinen mit Finanzinstrumenten verbundenen Risiken»* und über «*die persönlich empfohlene Finanzdienstleistung und die damit verbundenen Risiken* [..]» zu informieren hat. 1199

Unterschiede zur geltenden Rechtslage ergeben sich vorab im Bereich des *Vertragsrechts*. So lehnt der Bundesrat in seiner Botschaft die Qualifikation der Verhaltensregeln als Doppelnormen ausdrücklich ab und hebt stattdessen das (unselbstständige) Konzept der Ausstrahlungswirkung auf den Schild[2427]. Vor diesem Hintergrund kann der Geschädigte gemäss dem Vertrauensprinzip sodann auch nicht davon ausgehen, dass die Bank die entsprechenden Pflichten im Rahmen ihres Bewilligungsgesuchs – beziehungsweise der Weiterführung ihrer (bewilligungspflichtigen) Tätigkeit unter der Geltung des FIDLEG – vertraglich übernimmt[2428]. Insbesondere weil (auch) der Risikoaufklärungspflicht materiale Gerechtigkeitsüberlegungen zu Grunde liegen, 1200

2424 Vgl. vorne, insb. Rn. 1013 ff. m.H.

2425 Vgl. vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / III. / 2. / D., *passim*.

2426 Vgl. dazu und zum Folgenden vorne, Rn. 923 ff.

2427 Vgl. vorne, Rn. 460.2 m.H.

2428 Vgl. vorne, Rn. Rn. 525 ff., insb. Rn. 542.2.

fällt schliesslich auch eine heteronome Begründung einer Vertragspflicht der Bank weg[2429], insbesondere auf Grundlage des Grundsatzes von Treu und Glauben.

1201 Wie gemäss geltendem Recht dürfte ein Kunde, sobald ein *Anlageberatungsvertrag* besteht, auf der Grundlage des Vertrauensprinzips allerdings von der Übernahme der Hauptleistungspflicht durch die Bank auf deren Verpflichtung zur Risikoaufklärung schliessen können. Zur Konkretisierung kann der Richter daraufhin (auch) die entsprechenden Regelungen des FIDLEG beiziehen. Insofern wird gleichsam dem Konzept der Ausstrahlungswirkung gemäss unserem Verständnis Nachachtung verschafft[2430]. Zu beachten ist im Übrigen, dass eine entsprechende Möglichkeit etwa bei einem *Execution Only*-Vertrag nicht besteht[2431]. Hier schlagen die Unterschiede zwischen (i) der geltenden Rechtslage, welcher gemäss Art. 11 BEHG vorab aufgrund des Charakters als zwingender Doppelnorm auch im Fall eines *Execution Only*-Vertrags zu beachten ist, und (ii) der zukünftigen Rechtslage, welcher gemäss keine Anhaltspunkte für eine entsprechende Vertragspflicht bestehen, voll durch[2432].

1202 Im *Deliktsrecht* ergeben sich zwischen den Situationen *de lege lata* und jener *de lege ferenda* demgegenüber keine wesentlichen Differenzen. So spricht nach meinem Dafürhalten im Allgemeinen nichts dagegen, dass die Verhaltensregeln gemäss FIDLEG (inkl. Art. 9 Abs. 2 Bst. c E-FIDLEG sowie Art. 8 Abs. 1 Bst. d und Art. 8 Abs. 2 Bst. a FIDLEG) als Schutznormen qualifizieren[2433]. Mit Blick auf die Haftung des Mitarbeiters ist immerhin beachtlich, dass die Informationspflichten gemäss Art. 9 E-FIDLEG bzw. Art. 8 FIDLEG zukünftig auch mit Strafe bewehrt werden sollen (vgl. Art. 92 Bst. a E-FIDLEG bzw. Art. 89 Bst. a FIDLEG). Damit eröffnet sich grundsätzlich ein zweiter Weg, demgemäss der personale Anwendungsbereich der Pflichten, die sich zunächst an die Finanzdienstleister richten, auf deren Mitarbeiter ausgedehnt werden kann[2434]. Zu beachten ist freilich, dass das Parlament die beaufsichtigten Finanzinstitute und die Personen, die für sie tätig sind, vom Geltungsbereich der Strafvorschriften nunmehr ausgenommen hat (vgl. Art. 92 FIDLEG). Der Geschädigte würde tendenziell allerdings ohnehin den bereits erwähnten Weg über Art. 33 FINMAG gehen, da Art. 92 Bst. a E-FIDLEG bzw. Art. 89 Bst. a FIDLEG

2429 Vgl. vorne, 2. Teil / 2. Kapitel / III. / 2. / B., *passim*.

2430 Vgl. bereits vorne, Rn. 498 m.H.

2431 Vgl. vorne, Rn. 493.

2432 Gleichsam ist der Doppelnormcharakter von Art. 11 Abs. 1 Bst. a BEHG *de lege lata* im Fall von *Execution Only*-Verträgen besonders bedeutsam (vgl. vorne, Fn. 944 m.H.).

2433 Vgl. vorne, Rn. 815 f.

2434 Vgl. vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / III. / 2. / C., *passim*.

Vorsatz voraussetzt, wobei darauf im Deliktsrecht Rücksicht zu nehmen ist[2435]. Die entsprechende Wahlmöglichkeit steht dem Geschädigten offen[2436].

3. Ad hoc-Publizitätsfall

Der Sachverhalt des Ad hoc-Publizitätsfalls lässt sich in aller Kürze wie folgt zusammenfassen: Ein institutioneller Anleger erwirbt über seine Hausbank zu einem Zeitpunkt Aktien einer an der SIX Swiss Exchange kotierten Gesellschaft, in dem diese über eine *(arguendo)* von der Ad hoc-Publizitätspflicht erfasste Tatsache *(arguendo)* bereits zu informieren gehabt hätte. Nachdem die Tatsache später öffentlich geworden ist, bricht der Aktienkurs des Emittenten massiv ein. Der Investor verkauft seine Aktien mit Verlust. Er geht deshalb die Gesellschaft und ihre Organe um Schadenersatz an, wobei die entsprechenden Ansprüche nachfolgend wiederum je separat ins Auge gefasst werden. 1203

Als öffentlich-rechtliche Verhaltensnorm, die dem Geschädigten zur Begründung seiner Ansprüche Hand bietet, steht vorab **Art. 53 KR** im Raum. Ob es sich dabei um eine Vorschrift des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts handelt, ist allerdings umstritten[2437], spielt im Licht der nachfolgenden Überlegungen aber keine entscheidende Rolle (im Gegensatz zur Frage, ob die Vorschrift Rechtssatzcharakter hat). 1204

Vertragliche Ansprüche gegen den **Emittenten** werden im Allgemeinen abgelehnt. Begründet wird dies damit, dass dieser am Erwerbsgeschäft betreffend seine Anteile am Sekundärmarkt nicht beteiligt ist[2438]. Das greift insofern zu kurz, als eine potentielle Übernahme vertraglicher Pflichten durch den Emittenten nicht allein an dessen Verhalten im Kontext des entsprechenden Erwerbsgeschäfts anschliessen kann. Insbesondere besteht ferner im Prinzip die Möglichkeit, sein Verhalten im Rahmen des Kotierungsgesuchs gemäss dem Vertrauensprinzip dahingehend zu deuten, dass sich der Emittent dabei verpflichtet, die Pflichten gemäss Kotierungsreglement, welche – wie die Ad hoc-Publizitätspflicht – auf die Anleger ausgerichtet sind, nicht nur gegenüber der Börse, sondern auch gegenüber den Anlegern einzuhalten[2439]. Allerdings hat die Auslegung des Erklärungsverhaltens des Emittenten ergeben, dass *allein* von 1205

2435 Vgl. vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 7. / C. / c. / bb), *passim*.

2436 Vgl. vorne, Rn. 877.

2437 Vgl. vorne, nach Rn. 797.

2438 Vgl. stellvertretend DAENIKER, GesKR 2006, 143 m.H.

2439 Vgl. dazu und zum Folgenden vorne, Rn. 525 ff.

einer Übernahme der Pflichten gegenüber der Börse auszugehen ist. Eine besondere Rolle spielt dabei der Wortlaut der sog. Zustimmungserklärung, die der Emittent anlässlich einer Kotierung an der SIX Swiss Exchange abzugeben hat. Unter normalen Umständen ist eine Grundlage für eine vertragliche Verpflichtung des Emittenten demnach in der Tat nicht ersichtlich. Dasselbe gilt im Übrigen auch im Hinblick auf vertragliche Ansprüche gegen die **Organe** des Emittenten.

1206 Beruft sich der Geschädigte auf das **Deliktsrecht**, hat er bei der Begründung einer Haftung gemäss Art. 41 Abs. 1 OR vorab zwei Hindernisse zu überwinden, die den Schutznormcharakter von Art. 53 KR betreffen. Zum einen ist umstritten, ob die Vorschrift den Schutz individueller Vermögensinteressen bezweckt. Nach meinem Dafürhalten ist diese Voraussetzung allerdings erfüllt[2440]. Zum andern qualifizieren gemäss vorliegend vertretener Auffassung allein gesetzliche Vorschriften beziehungsweise Rechtssätze als Schutznormen. Ungeschriebene Normen sowie private Regelwerke (*scil*. Vorschriften vertraglicher oder verbandsrechtlicher beziehungsweise gleichsam autonomer Natur) fallen als Schutznormen mithin weg[2441]. In der Folge stellt sich mit Blick auf das Kotierungsreglement insbesondere die – ebenfalls umstrittene und durch das Bundesgericht ausdrücklich offen gelassene – Frage, ob dessen Bestimmungen als *Rechtssätze oder* als *vertragliche Vorschriften* einzuordnen sind[2442]. Gemäss unseren diesbezüglich erfolgten Überlegungen ist tendenziell das Zweite der Fall, so dass deliktsrechtliche Ansprüche auf der Grundlage von Art. 41 Abs. 1 OR ausser Betracht fallen. Sollten die Bestimmungen des Kotierungsreglements (bspw. mit der Vorinstanz des Bundesgerichts im fraglichen Entscheid) als Rechtssätze qualifizieren, würde es sich damit freilich folgendermassen verhalten:

1206.1 Die Voraussetzungen, um den **Emittenten** wegen einer Verletzung von Art. 53 KR haftbar zu machen, wären grundsätzlich gegeben. Insbesondere spielt es im Licht der Organtheorie meines Erachtens keine Rolle, dass sich Art. 53 KR nur an die Emittenten und nicht an die Organe richtet; Haftungsgrundlage wäre alsdann Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZGB[2443]. Der Verweis im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR nimmt dabei neben den objektiven Verhaltensanforderungen (inkl. Möglichkeit eines Bekanntgabeaufschubs[2444]), den zeitlichen, räumlichen und personalen Anwendungsbereich von Art. 53 KR sowie die Umstände, unter denen von einem Verschulden des

2440 Vgl. vorne, Rn. 817 f.

2441 Vgl. vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 4. / D., *passim*.

2442 Vgl. dazu und zum Folgenden vorne, Rn. 797 ff.

2443 Vgl. vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / III. / 3. / B., *passim*.

2444 Vgl. vorne, Rn. 299.

Emittenten auszugehen ist, in Bezug. Letztere dürften allerdings dem Schädiger kaum günstiger sein als die Anforderungen gemäss dem deliktsrechtlichen Verschuldenserfordernis[2445].

Die **Organe** des Emittenten könnte der Geschädigte gemäss vorliegend vertretener Charakterisierung des Verweises im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses auf der Grundlage von Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 53 KR als Schutznorm demgegenüber nicht angehen. Die erforderliche Ausdehnung des personalen Anwendungsbereichs der Vorschrift, die sich an die Emittenten richtet, gelingt hier nicht, da es im Sinn des Kriteriums der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung an einer einschlägigen Sanktionierung eines Verstosses der Organe gegen die Vorschrift fehlt[2446]. 1206.2

Eine aus der Warte des Geschädigten vielversprechendere Haftungsgrundlage, um gegen die Organe vorzugehen, stellt im Übrigen *Art. 754 OR* dar. Die Vorschrift setzt auf Stufe Pflichtverletzung schlicht voraus, dass die aufgeführten passivlegitimierten Personen (in vorliegendem Kontext die zuständigen Verwaltungsrats- und/oder Geschäftsleitungsmitglieder) *«ihre Pflichten»* verletzen. Die Ad hoc-Publizitätspflicht wird als Bestandteil des sog. Börsengesellschaftsrechts dabei im Allgemeinen zu den entsprechenden Organpflichten gezählt[2447]. Darüber hinaus müssen ein Verschulden (in der Form von Vorsatz *oder* Fahrlässigkeit), ein relevanter Kausalzusammenhang sowie ein Schaden vorliegen. Weil es *in casu* um einen sog. ‹direkten Schaden› geht, verfügt ein einzelner Aktionär zudem über die für die Geltendmachung seines Schadens erforderliche Aktivlegitimation – und zwar sowohl vor wie auch nach einem etwaigen Konkurs des Emittenten[2448]. Letztlich zeigen sich in dieser Konstellation die im Allgemeinen bereits angesprochenen *Besonderheiten spezialgesetzlicher Haftungsgrundlagen*. Die Inbezugnahme von Verhaltensnormen ausserhalb des Haftungsrechts erfolgt hier nicht gemäss den Voraussetzungen, die aufgrund des Verweises im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR an potentielle Schutznormen herangetragen werden. *In casu* scheint – ohne dass dem im Einzelnen nachgegangen werden soll – vielmehr zu genügen, dass eine börsengesellschaftsrechtliche Pflicht vorliegt, die sich an die Organe richtet. Selbst wenn also Art. 53 KR – insbesondere weil es sich um keinen Rechtssatz handelt – nicht als Schutznorm qualifiziert, sowie die Organe von dessen personalem Anwendungsbereich im Licht des

2445 Vgl. vorne, Rn. 1052.2.

2446 Vgl. auch bereits vorne, Fn. 2167.

2447 Vgl. BERTSCHINGER, OFK-OR, Art. 754, Rn. 56 m.H.; sowie WATTER/REICHENBERG, AJP 2005, 975 (die einer Haftung allerdings kritisch gegenüberstehen); anders GERICKE/WALLER, BSK-OR II, Art. 754 OR, Rn. 30a, die im Ergebnis freilich davon ausgehen, dass die Voraussetzungen des allgemeinen Haftpflichtrechts gegeben sein müssen (vgl. dazu sogl. im Text).

2448 Vgl. Vgl. statt Vieler BINDER/ROBERTO, CHK, Art. 756 OR, Rn. 4 m.H.

Kriteriums der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung nicht erfasst werden, erscheint eine Haftungsbegründung auf der Grundlage von Art. 754 OR also als möglich[2449]. In der Folge ist denn auch die Situation denkbar, dass nur die Organe, nicht aber die Emittenten haften. Die von ROLF WATTER und PAULA REICHENBERG aufgeworfene Frage, ob dies rechtspolitisch angezeigt ist[2450], erscheint dabei als durchaus berechtigt. Ein Ausweg könnte darin bestehen, die Haftung für (ausschliesslich) direkte Schäden aus dem Verantwortlichkeitsrecht zu entlassen und dem allgemeinen Haftungsrecht zu übereignen[2451]. Damit sympathisiert zumindest mit Blick auf direkte *Gläubiger*schädigungen nunmehr auch das Bundesgericht[2452].

1207 Abschliessend wenden wir uns *zwei weiteren öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen* zu, die der Geschädigte womöglich als Schutznormen anrufen kann, um den Emittenten und/oder dessen Organe auf der Grundlage des allgemeinen Deliktsrechts in Anspruch zu nehmen.

1208 **Art. 152 StGB** untersagt den potentiellen Tätern «in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Berichten oder Vorlagen an die Gesamtheit der Gesellschafter oder Genossenschafter oder an die an einem andern Unternehmen Beteiligten unwahre oder unvollständige Angaben von erheblicher Bedeutung [..], die einen andern zu schädigenden Vermögensverfügungen veranlassen können» zu machen oder machen zu lassen. Es handelt sich um ein Sonderdelikt, wobei zu den Personen mit Tätereigenschaft unter anderem Verwaltungsrats- sowie Geschäftsführungsmitglieder gehören, nicht aber die betroffene Gesellschaft (in casu der Emittent).

1209 Sodann handelt es sich bei Ad hoc-Mitteilungen um ‹öffentliche Bekanntmachungen› im Sinn der Vorschrift. Die kursrelevanten Tatsachen, die gemäss Art. 53 KR veröffentlicht werden müssen, sind zudem als *«Angaben von erheblicher Bedeutung* [..]*, die einen andern zu schädigenden Vermögensverfügungen veranlassen können»,* zu qualifizieren[2453]. Werden in einer Ad hoc-Mitteilung (hinsichtlich einer kursrelevanten Tatsache) unwahre oder unvollständige Angaben gemacht, fällt das entsprechende Verhalten folglich unter den Straftatbestand[2454].

2449 Vgl. dazu und zum Folgenden auch WATTER/REICHENBERG, AJP 2005, 975.

2450 Vgl. AJP 2005, 975.

2451 Dahingehend insb. BÖCKLI, § 18, Rn. 311, 341 und 361 m.H.

2452 Vgl. BGE 142 III 23, E. 4.3.

2453 Vgl. LANZ/RYSER, SZW 2008, 30 f. m.H.; auch gemäss Art. 53 KR sind nur Tatsachen publikationspflichtig, die *«geeignet sind, zu einer erheblichen Änderung der Kurse zu führen»* (vgl. Abs. 1).

2454 Vgl. auch LANZ/RYSER, SZW 2008, 30 ff. m.w.H.; oder DAENIKER/WALLER, Kapitalmarktbezogene Informationspflichten, 103.

Im Hinblick auf den *deliktsrechtlichen Einschlag von Art. 152 StGB* ordnet das Schrifttum die Vorschrift unbestritten als haftpflichtrechtsrelevante Schutznorm ein[2455]. Anlass zu Widerspruch besteht meines Erachtens nicht. Entsprechend können die Organe auf der Grundlage von Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 152 StGB grundsätzlich um Schadenersatz angegangen werden. Insbesondere das strafrechtliche Vorsatzerfordernis ist dabei auch im Deliktsrecht relevant. Das Verhalten der Organe kann dem Emittenten über Art. 55 Abs. 2 ZGB alsdann zugerechnet werden, so dass der Geschädigte grundsätzlich auch diesen angehen kann. 1210

Mit Rücksicht auf den Sachverhalt des Ad hoc-Publizitätsfalls stellt sich allerdings ein besonderes Problem. Der eigentliche Vorwurf an die Adresse des Emittenten beziehungsweise der Organe besteht darin, dass sie es unterlassen haben, die Öffentlichkeit rechtzeitig über das Subprime-Engagement der Gesellschaft zu informieren. Mit anderen Worten steht nicht eine Tun, sondern ein *Unterlassen* im Raum. Dabei trifft man in der Literatur die Aussage an, dass Art. 152 StGB durch Unterlassen nicht erfüllt werden kann, und zwar speziell nicht im Fall von Ad hoc-Mitteilungen, die entgegen Art. 53 KR unterbleiben (ohne dass die Voraussetzungen eines Bekanntgabeaufschubs gegeben sind)[2456]. Wir vermerken zu dieser (schwierigen) Frage einzig Folgendes: 1211

Absolut lässt sich die Aussage – im Einklang mit der herrschenden Auffassung[2457] – nicht vertreten. Die unechten Unterlassungsdelikte haben im Rahmen der Revision des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs, die zu Beginn des Jahres 2007 in Kraft getreten ist, mit Art. 11 StGB eine ausdrückliche Regelung erfahren, die sich bereits gemäss Gesetzeswortlaut (vgl. Abs. 2) auch auf Gefährdungsdelikte erstreckt[2458]. Ferner ist es schlicht Wortklauberei, darauf abzustellen, dass unterlassene Mitteilungen keine ‹falschen› oder ‹unvollständigen› sein können[2459]. Hierbei wird übersehen, dass die Tätigkeitsdelikte, die durch (unechtes) Unterlassen realisiert werden können, nach ihrem Wortlaut durchaus nur auf ein Begehen durch Tun ausgerichtet sein können und folglich ein Begehen durch Unterlassen wortlautgemäss nicht zwingend umfassen müssen[2460]. 1211.1

2455 Vgl. bspw. DAENIKER, GesKR 2006, 146 m.w.H.; VERDE, Straftatbestände, 4 m.w.H.

2456 Vgl. insb. LANZ/RYSER, SZW 2008, 32 ff.

2457 Vgl. DUPUIS ET AL., Art. 152, Rn. 22 m.w.H.

2458 Wobei dies auch auf abstrakte Gefährdungsdelikte zutrifft, die als Tätigkeitsdelikte ausgestaltet sind, wie dies bei Art. 152 StGB der Fall ist.

2459 Vgl. insb. LANZ/RYSER, SZW 2008, 32.

2460 Dies geht m.E. bereits aus der höchstrichterlichen Umschreibung hervor, wonach ein unechtes Unterlassungsdelikt gegeben ist, *«wenn wenigstens die Herbeiführung des Erfolges durch Tun ausdrücklich mit Strafe bedroht wird*, [..]» (BGE 113 IV 68, E. 5a [Hervor-

1211.2 Damit rückt die Frage ins Zentrum, ob und inwiefern eine *Garantenpflicht* der Organe (als Täter im Sinn von Art. 152 StGB) besteht. Die Antwort darauf hängt davon ab, ob die Bestimmungen des Kotierungsreglements, beziehungsweise genauer Art. 53 KR, als Rechtssätze oder als vertragliche Vorschriften qualifizieren[2461].

1211.3 Würde es sich bei Art. 53 KR – entgegen unseren (jedoch nicht abschliessenden) Überlegungen – um einen Rechtssatz handeln, kommt grundsätzlich eine Garantenstellung *aus Gesetz* in Frage (vgl. Art. 11 Abs. 2 Bst. a StGB)[2462]. In der Folge würde sich allerdings das (weitere) Problem stellen, dass sich Art. 53 KR allein an die Emittenten richtet, derweil diese gemäss Art. 152 StGB nicht zum Kreis der potentiellen Täter gehören[2463]. Aus diesem Grund wird eine Garantenpflicht der Organe bisweilen abgelehnt[2464]. Um eine solche doch noch zu begründen, wird jedoch vorgeschlagen, den personalen Anwendungsbereich von Art. 53 KR über Art. 29 StGB auf die Organe auszudehnen[2465]. Ohne dem näher nachzugehen, könnte man dagegen wiederum einwenden, dass (ähnlich wie im Kontext des Verweises gemäss dem Widerrechtlichkeitserfordernis nach Art. 41 Abs. 1 OR) nur dann von einer Garantenpflicht aus Gesetz ausgegangen werden kann, wenn *deren* genuiner personaler Anwendungsbereich gegeben ist (unter den die Organe gemäss den vorne stehenden Überlegungen im Fall von Art. 53 KR nicht fallen). Die Begründung einer Garantenpflicht aus Gesetz hat nach alledem jedenfalls einige Hindernisse zu überwinden.

1211.4 Alternativ besteht die Möglichkeit einer Garantenstellung *aus Vertrag* (vgl. Art. 11 Abs. 2 Bst. b StGB)[2466]. Allerdings haben unsere eben zusammengefassten Überlegungen ergeben, dass sich eine vertragliche Übernahme der Pflichten

---

hebung MK]); und in Delikten, die gemäss Bundesgericht durch Unterlassen realisiert werden können, ist gar ausdrücklich nur eine Handlung tatbestandsmässig (so in Art. 305bis StGB).

2461 Vgl. auch GRAF, GesKR 2014, 515 ff.

2462 Vgl. insb. GRAF, GesKR 2014, 515 ff.; ferner WEISSENBERGER, BSK-OR II, Art. 152, Rn. 3 m.w.H.

2463 Gemäss Art. 102 Abs. 1 StGB wäre eine Bestrafung des Emittenten freilich zwar denkbar. Aus deliktsrechtlicher Warte bleibt dies aber folgenlos, da die Vorschrift durch das Deliktsrecht gemäss vorliegend vertretener Auffassung nicht in Bezug genommen wird (vgl. vorne, Fn. 2215).

2464 So WATTER/REICHENBERG, AJP 2005, 979 inkl. Fn. 88 und ferner Fn. 72.

2465 Vgl. GRAF, GesKR 2014, 515; sowie in anderem Zh. ferner CONRAD HARI, SZW 2012, 367 ff.

2466 Vgl. auch GRAF, GesKR 2014, 515 f.

gemäss Art. 53 KR durch den Emittenten gegenüber dem Anlegerpublikum kaum erstellen lässt. Diese Möglichkeit dürfte entsprechend wegfallen.

Die beiden weiteren gesetzlichen Alternativen, *scil*. eine Garantenstellung zufolge freiwillig begründeter Gefahrengemeinschaft beziehungsweise aus Ingerenz (vgl. Art. 11 Abs. 2 Bst. c und d StGB) dürften vorliegend schliesslich ebenfalls kaum zum Tragen kommen. 1211.5

Insgesamt ist folglich nicht leichthin davon auszugehen, dass ein zuständiges Gesellschaftsorgan, das entgegen den Vorgaben des Kotierungsreglements von einer Ad hoc-Mitteilung absieht, durch *Unterlassen* den Tatbestand von Art. 152 StGB erfüllt. Folgerichtig lässt sich auch nicht zwingend eine deliktsrechtliche Haftung begründen, obwohl die Vorschrift *grundsätzlich* als Schutznorm qualifiziert. 1212

Zweitens ist auf **Art. 143 FinfraG** hinzuweisen, *i.e.* den aufsichtsrechtlichen Marktmanipulationstatbestand. Die Vorschrift hat per 1. Januar 2016 Art. 33f aBEHG ersetzt. Nach dem sog. ‹Informationstatbestand› gemäss Art. 143 Abs. 1 Bst. a FinfraG handelt unzulässig, *«wer Informationen öffentlich verbreitet, von denen er weiss oder wissen muss, dass sie falsche oder irreführende Signale für das Angebot, die Nachfrage oder den Kurs von Effekten geben, die an einem Handelsplatz in der Schweiz zum Handel zugelassen sind»*. Die Sanktionen, die an einen Verstoss gegen die Bestimmung anschliessen, richten sich im Allgemeinen sowohl an natürliche wie auch an juristische Personen[2467]. Im vorliegenden Kontext figurieren mithin die für die Ad hoc-Mitteilung zuständigen Organe sowie die Emittenten als Adressaten. Auf der subjektiven Tatbestandsseite wird vorausgesetzt, dass jener, der die fraglichen Informationen verbreitet, *«weiss oder wissen muss, dass sie falsche oder irreführende Signale für das Angebot, die Nachfrage oder den Kurs von Effekten geben* [..]». Gemäss Gesetzgeber ist dabei ein objektiver Fahrlässigkeitsmassstab anzulegen[2468]. 1213

Darüber hinaus besteht auch eine entsprechende Strafvorschrift (vgl. nunmehr Art. 155 FinfraG, insb. Abs. 1 Bst. a. Die Strafbarkeitsvoraussetzungen sind aber hoch, namentlich jene auf der subjektiven Tatbestandsseite[2469]. Zu nennen ist insbesondere das qualifizierte Vorsatzerfordernis, das auch im Deliktsrecht zu berücksichtigen wäre[2470]. Demnach wird es sich für einen Geschädigten kaum je anbieten, sich auf Art. 155 FinfraG zu berufen, so dass wir vorliegend von näheren Ausführungen dazu absehen.

2467 Vgl. HANSLIN, GesKR 2016, 51 und 55.

2468 Vgl. HANSLIN, GesKR 2016, 54 f. m.H., der selbst jedoch für einen subjektiven Massstab plädiert.

2469 Ausführlich zu den Gründen der praktischen Bedeutungslosigkeit der Vorschrift äussern sich PFLAUM und WOHLERS, GesKR 2013, 529 ff. m.w.H.

2470 Vgl. vorne, Rn. 950 ff.

1214 Die FINMA umschreibt zwei Verhaltensweisen, die sie anhand von Art. 143 Abs. 1 Bst. a FinfraG zu sanktionieren gedenkt, nämlich zum einen die *«Verbreitung falscher oder irreführender Angaben über Gegebenheiten, die für die Bewertung einer Effekte erheblich sind (z.B. über die Ertrags- oder Auftragslage eines Unternehmens, die Produktepipeline oder eine allgemeine Angebotsverknappung)»* und zum andern *«die Verbreitung falscher oder irreführender Informationen, Gerüchte oder Nachrichten, die geeignet sind, Effektenpreise zu beeinflussen,* [..]»[2471]. Die Ad hoc-Publizitätspflicht ihrerseits hält die Emittenten an, über kursrelevante Tatsachen zu informieren, mithin über *«Tatsachen, die geeignet sind, zu einer erheblichen Änderung der Kurse zu führen»* (vgl. Art. 53 Abs. 1 KR). Erfolgen also hinsichtlich ad hoc-publizitätspflichtiger Tatsachen falsche Angaben, liegt es nahe, auch von einer Verletzung des Informationstatbestands von Art. 143 FinfraG auszugehen. Dasselbe gilt, falls unvollständige Angaben verbreitet werden. So verbietet das aufsichtsrechtliche Marktmanipulationsverbot auch irreführende Informationen. Darunter können gerade auch unvollständige Informationen fallen – besonders im Sinne von richtigen *«Teilangaben, die durch Weglassen anderer Teilangaben ein eindeutig falsches Gesamtbild entstehen lassen»*[2472]. Fälle von falschen, unvollständigen oder – sofern praktisch noch relevant – auch irreführenden Ad hoc-Mitteilungen dürften sich durch Art. 143 FinfraG im Prinzip also erfassen lassen.

1215 Schadenersatzansprüche auf der Grundlage von Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 143 FinfraG sind sodann insbesondere davon abhängig, ob die aufsichtsrechtliche Vorschrift als *Schutznorm* qualifiziert.

1216 MARC HANSLIN lehnt dies ab, wobei er darauf verweist, dass die Vorschrift nicht den *Schutz des Individualvermögens der Anleger* bezwecke. Eine einlässliche Begründung dafür gibt er freilich nicht[2473]. Auch CHRISTIAN LEUENBERGER und ANDREA

2471 Vgl. Rn. 20 und 21 des FINMA-RS 13/8 (‹Marktverhaltensregeln›). Der in Rn. 21 zusätzlich enthaltene Halbsatz, wonach durch die Verbreitung der fraglichen Informationen bezweckt werden müsse, *«im Anschluss Nutzen aus der daraus resultierenden Kursbewegung zu ziehen»,* findet im Gesetzeswortlaut keine Stütze und ist mit der Feststellung des Gesetzgebers, wonach der aufsichtsrechtliche Marktmanipulationstatbestand gerade keine Bereicherungsabsicht voraussetzt (Botschaft Börsendelikte und Marktmissbrauch, 6902 und öfters), kaum vereinbar.

2472 Vgl. aus der deutschen Doktrin VOGEL, in: Assmann/Schneider, § 20a WpHG, Rn. 62 m.w.H.

2473 Vgl. GesKR 2016, 45. Er führt insbesondere an, dass die Vorschrift auf den Polizeigüterschutz abzielt, infolgedessen der Schutz individueller Rechtsgüter ausgeschlossen sei. Das trifft u.E. nicht zu (vgl. vorne, Rn. 70 sowie 453.3). Abgesehen davon verweist er – ohne zu differenzieren – auf eine Literaturauffassung zu Art. 33e und 40 aBEHG (nunmehr Art. 142 und 154 FinfraG), die den Insiderhandel betreffen.

RÜTTIMANN tendieren in diese Richtung, allerdings ebenfalls ohne im Einzelnen auf den Schutzzweck von Art. 143 FinfraG einzugehen[2474].

Die (Auslegungs-)Frage erscheint nach meinem Dafürhalten indessen durchaus als diskussionsbedürftig, zumal Argumente bestehen, die dafür sprechen, dass die Vorschrift auf den Schutz individueller Vermögensinteressen abzielt. So wurde in der Botschaft anlässlich der Einführung der neuen aufsichtsrechtlichen Bestimmungen zu Insiderhandel und Marktmanipulation unmissverständlich festgehalten, dass diese *gleichermassen* einen besseren Schutz der Anleger sowie der Funktionsfähigkeit des Finanzmarktes bezwecken[2475]. Zudem sind die Vorgaben des Gesetzgebers betreffend die Auslegung des aufsichtsrechtlichen Marktmanipulationstatbestands in Rechnung zu stellen[2476]. In deren Gefolge soll die Einordnung der verbreiteten Informationen durch den *durchschnittlichen Marktteilnehmer* darüber entscheiden, ob der falsche beziehungsweise irreführende Gehalt der Informationen ausreichendes Kursbeeinflussungspotential hat[2477]. Hätte die Vorschrift allein einen funktionierenden Kapitalmarkt zum Zweck, wäre nicht derart die Warte des Anlegers einzunehmen, sondern das Kursbeeinflussungspotential aufgrund der tatsächlichen Kapitalmarktparameter zu bestimmen[2478]. Schliesslich zielt auch das FinfraG im Allgemeinen durchaus auf den Schutz der Anleger ab[2479]. 1217

2474 Vgl. SK-FinfraG, Art. 143, Rn. 6. Sie verweisen stattdessen auf ihre Ausführungen zu Art. 155 FinfraG. Dort wiederum scheinen sie den Umstand, dass ein Vermögensschaden kein Tatbestandselement darstellt, für das zentrale Argument zu halten, welches gegen die Protektion des Individualvermögens als Zweck der Vorschrift spricht (vgl. a.a.O., Art. 155, Rn. 8). Dabei übersehen sie freilich, dass es daran im Fall zahlreicher anerkannter Schutznormen, wie bspw. Art. 152 oder Art. 305bis StGB, ebenso fehlt.

2475 Vgl. Botschaft Börsendelikte und Marktmissbrauch, 6879 und 6882.

2476 Ein ähnliches Argument wie das Folgende findet sich zum deutschen Recht bei VOGEL, in: Assmann/Schneider, § 20a WpHG, Rn. 30.

2477 Vgl. Botschaft Börsendelikte und Marktmissbrauch, 6901 f.; vgl. sodann auch PFLAUM/WOHLERS, GesKR 2013, 529 ff., unter Hinweis auf das FINMA-RS 13/8 (‹Marktverhaltensregeln›) anhand dem die FINMA (unter anderem) den aufsichtsrechtlichen Markmanipulationstatbestand näher umschreibt (vgl. Rn. 2 des RS; sowie allgemein zum Charakter der FINMA-RS Art. 7 Abs. 1 Bst. b FINMAG und die bzgl. Kommentierung von WINZELER, BSK-BEHG/FINMAG, Art. 7 FINMAG, Rn. 19 ff.). Die Schwierigkeiten, welche die Anwendung des Massstabs mit sich bringen dürfte (vgl. PFLAUM/WOHLERS, a.a.O.; und VOGEL, in: Assmann/Schneider, § 20a WpHG, Rn. 29), ändern selbstredend nichts daran, dass es sich dabei um jenen Massstab handelt, der gemäss den Vorgaben des Gesetzgebers zur Anwendung zu bringen ist.

2478 Vgl. zu den beiden Möglichkeiten NIGGLI/WANNER, BSK-SR II, Art. 161bis StGB, Rn. 17.

2479 Vgl. vorne, Rn. 817.1 m.H.

1218 Wie wohl hier nicht der Ort ist, die (Auslegungs-)Frage umfassend zu erörtern, ist es *in der Summe* demnach zumindest denkbar, dass Art. 143 FinfraG nicht nur auf den Funktionsschutz, sondern auf den Schutz des individuellen Anlegervermögens abzielt[2480]. Alsdann könnte die Vorschrift auch als Schutznorm daher kommen.

1219 Zu den Modalitäten einer etwaigen Operationalisierung als Schutznorm äussern wir uns an dieser Stelle endlich nicht näher. Mit Blick auf den Sachverhalt des Ad hoc-Publizitätsfalls ist jedoch im Auge zu behalten, dass Art. 143 FinfraG nur das *aktive* Verbreiten von (falschen oder irreführenden) Ad hoc-Mitteilungen erfasst. Eine Grundlage dafür, über die Vorschrift auch *Unterlassungen* zu sanktionieren, ist *prima vista* nicht ersichtlich, selbst wenn diese im Licht von Art. 53 KR in pflichtwidriger Weise erfolgen sollten. Insofern hilft Art. 143 FinfraG dem Geschädigten *in casu* nicht weiter.

Eine andere Frage ist im Übrigen, ob in Verletzung des Kotierungsreglements unterlassene Ad hoc-Mitteilungen im Rahmen des *strafrechtlichen* Marktmanipulationstatbestands von Art. 155 FinfraG erfasst werden können[2481]. In der Folge könnte sich ein Geschädigter womöglich auf Art. 155 FinfraG (i.V.m. Art. 53 KR) als Schutznorm i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR berufen. Eine entsprechende Haftung würde – wie bei Art. 152 StGB – allerdings Vorsatz des Schädigers voraussetzen.

4. Geldwäschereifall

1220 Im Geldwäschereifall wird ein Unternehmen zum Opfer von Veruntreuungshandlungen eines seiner Bevollmächtigten. Dieser überweist unbefugt Gelder auf das Konto einer Bank, welche die Gelder annimmt und in der Folge auf Anweisung des Bevollmächtigten hin teilweise auf ausländische Konten transferiert. In der Folge können die Gelder, die im Ausland liegen, durch das Unternehmen nicht mehr erhältlich gemacht werden. Für den Schaden, der ihm daraus entsteht, hält das Unternehmen die Bank verantwortlich.

2480 Vgl. – nicht ohne zu berücksichtigen, dass mit rechtsvergleichenden Hinweisen im Kontext von Auslegungsfragen wie der vorliegenden vorsichtig zu verfahren ist – betr. die deutsche Parallelvorschrift des § 20a WpHG (die mit dem Inkrafttreten der europäischen Marktmissbrauchsverordnung [Verordnung (EU) Nr. 596/2014] nunmehr aufgehoben wurde) bspw. auch BACHMANN, JZ 2012, 579. Die Schutzgesetzeigenschaft von § 20a WpHG wurde dann allerdings auf Grundlage des Erfordernisses der ‹Tragbarkeit einer Haftung im Licht des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems› abgelehnt (vgl. DERS., a.a.O., m.H.), für das in der Schweiz jedoch kein Raum besteht (vgl. vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 6. / A.).

Was die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen betrifft, auf die es sich dabei berufen kann, steht der Geldwäschereistraftatbestand gemäss **Art. 305bis StGB** im Zentrum. Im Licht des Sachverhalts könnten grundsätzlich ferner Art. 305ter StGB sowie die Sorgfalts- und Verhaltenspflichten gemäss GwG (Art. 3–10) anwendbar sein. Allerdings lehnt das Bundesgericht deren Schutznormeigenschaft ab[2481], so dass deliktsrechtliche Ansprüche auf der Grundlage von Art. 41 Abs. 1 OR, *i.e.* der vorliegend einschlägigen Haftungsgrundlage, nicht in Frage kommen. Ebenfalls keine Schutznorm stellt gemäss vorliegend vertretener Auffassung Art. 102 Abs. 2 StGB dar. Dessen Regelungsgehalt betrifft von vorneherein eine andere Stufe des Haftungstatbestands als jene der Pflichtverletzung, auf die das Widerrechtlichkeitserfordernis gemäss Art. 41 Abs. 1 OR zunächst abzielt (nämlich die Stufe der ‹Haftung für andere› bzw. – hier wiederum – die Sorgfaltsobliegenheiten des Geschäftsherrn)[2482]. 1221

Ansprüche aus **Vertrag** sind *in casu* nicht ersichtlich. Der Schädiger wird kaum ein Verhalten an den Tag gelegt haben, das auf die Übernahme vertraglicher Pflichten gegenüber dem Geschädigten schliessen lässt. 1222

Zur Begründung einer **deliktischen Haftung** der Bank bietet das schweizerische Haftungsrecht demgegenüber Hand. Der Geschädigte kann sich namentlich auf Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 305bis StGB als Schutznorm berufen. Dass der Geldwäschereistraftatbestand entsprechend einzuordnen ist, wird von der höchstrichterlichen Praxis anerkannt[2483]. 1223

Das strafrechtliche Vorsatzerfordernis ist gemäss Bundesgericht vom Verweis im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses sodann mitumfasst. Mithin haftet die Bank allein bei vorsätzlichen Geldwäschereihandlungen ihrer Mitarbeiter. Unserer Darstellung gemäss sind im Deliktsrecht – gegebenenfalls – ferner die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe[2484] sowie die Regelung des Rechtsirrtums (vgl. Art. 21 StGB)[2485] zu berücksichtigen. Dazu kommen der objektive Tatbestand und der zeitliche, räumliche und personale Anwendungsbereich des Straftatbestands. 1224

Schliesslich werden die Geldwäschereihandlungen *in casu* von einer Hilfsperson der Bank begangen. Da sich Art. 305bis StGB grundsätzlich nur an natürliche Personen 1225

2481A Dafür offenbar LEUENBERGER/RÜTTIMANN, SK-FinfraG, Art. 155, Rn. 28.

2481 Vgl. vorne, Rn. 820 m.H.

2482 Vgl. dazu vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 8., *passim*.

2483 Vgl. grundlegend BGE 129 IV 322, E. 2.

2484 Vgl. vorne, Rn. 964 ff.

2485 Vgl. vorne, Rn. 958 ff.

richtet, ist die Haftung der Bank demnach anhand von Art. 55 Abs. 1 OR zu begründen[2486]. Mithin hat der Richter zu beurteilen, ob der Bank der Beweis gelingt, dass sie ihren Sorgfaltsobliegenheiten nachgekommen ist. Dabei kann er mit Art. 8 GWG eine zweite öffentlich-rechtliche Verhaltensnorm in Rechnung stellen[2487].

1226 Abgesehen von Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 305bis StGB verweisen wir zu guter Letzt auf eine alternative Haftungsgrundlage. Gemäss Sachverhalt hat der Bevollmächtigte des Unternehmens eine Veruntreuung begangen (vgl. Art. 138 StGB). Handlungen, die den Geldwäschereistraftatbestand erfüllen, begründen unter Umständen ihrerseits eine **Gehilfenschaft** (vgl. Art. 25 StGB) an der Vortat[2488]. Da Art. 138 StGB gemäss Bundesgericht als Schutznorm qualifiziert[2489], besteht mithin die Möglichkeit, dass der Geschädigte die Bank ferner auf der Grundlage von Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 138 StGB sowie Art. 25 StGB angehen kann[2490]. Auch hier muss der Bank das Verhalten, das deren Hilfsperson als Gehilfin an den Tag gelegt hat, alsdann zugerechnet werden können.

Die Frage, ob die strafrechtliche Konkurrenzlehre im Deliktsrecht zu berücksichtigen ist, die im Gefolge der Konkurrenz von Art. 305bis StGB und Art. 138 i.V.m. Art. 25 StGB gestellt werden könnte, erscheint im Übrigen nur von theoretischem Interesse. So kommt diese erst zum Zug, falls der Täter gegen *mehrere* Strafvorschriften verstossen hat[2491]. Zur Begründung einer zivilrechtlichen Haftung genügt es aber, dass die (deliktsrelevanten) Voraussetzungen *eines* Straftatbestands gegeben sind, der als Schutznorm qualifiziert. Würde Art. 305bis StGB gemäss der strafrechtlichen Konkurrenzlehre Art. 138 i.V.m. Art. 25 StGB etwa vorgehen[2492], hat dies auf den deliktsrechtlichen Anspruch des

---

2486 Vgl. dazu vorne, insb. Rn. 1056. *Alternativ* werden die Pflichten gemäss Art. 305bis StGB über Art. 102 Abs. 2 StGB an die Bank adressiert, infolgedessen im Fall einer Verletzung der dort festgehaltenen Organisationspflichten durch deren Organe Art. 55 Abs. 2 ZGB als deliktsrechtliche Zurechnungsnorm in Frage kommt. In der Sache ergeben sich daraus kaum Unterschiede (vgl. vorne, Rn. 1052.1). Mit Blick auf die Beweislast ist es für den Geschädigten allerdings günstiger, sich auf Art. 55 Abs. 1 OR zu berufen, denn Art. 102 Abs. 2 StGB wird bereits im Rahmen des Widerrechtlichkeitserfordernisses nach Art. 41 Abs. 1 OR in Bezug genommen, betreffend welches die Beweislast den Geschädigten trifft.

2487 Vgl. dazu vorne, 2. Teil / 4. Kapitel / IV., *passim*.

2488 Vgl. bspw. TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK-StGB, Art. 305bis, Rn. 33 m.w.H.

2489 Vgl. Entscheid 4C.408/2005 vom 1. Juni 2006, E. 4 und E. 7 (vgl. ferner auch Entscheid 4A_502/2008 vom 31. März 2009).

2490 Vgl. dazu im Allgemeinen vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / III. / 4., *passim*.

2491 Vgl. statt Vieler DONATSCH/TAG, 407; STRATENWERTH, SR AT I, 5. Abschnitt, Rn. 1.

2492 Vgl. bspw. TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK-StGB, Art. 305bis, Rn. 33, denen gemäss Gehilfenschaft an der Vortat durch Art. 305bis StGB im Allgemeinen konsumiert werden soll.

Geschädigten demnach keinen Einfluss, zumal sich dieser bereits auf den Geldwäschereistraftatbestand als Schutznorm berufen kann.

II. Ausblick

1. Vorbemerkungen

Zum Abschluss weisen wir auf der Grundlage der Ergebnisse unserer Studie nachfolgend in aller Kürze auf zwei ausgewählte Problemkreise hin, die weiterführende Diskussionen veranlassen könnten. Einerseits geht es um einen Überblick über die Haftung für reine Vermögensschäden, wie sie sich präsentiert, wenn man vorne stehende Überlegungen zum Schweizer Vertrags- und Deliktsrecht *in einer Zusammenschau* betrachtet. Andererseits stellen wir einige Überlegungen zur haftungsrechtlichen Situation unter der Geltung des zukünftigen FIDLEG an, wobei wir auch gesetzgeberische Entwicklungen berücksichtigen, die sich nach dem Stichdatum der Arbeit (Ende November 2016) zugetragen haben. Auch hier stellen wir Vertrags- *und* Deliktsrecht in Rechnung. 1227

2. Die Haftung für reine Vermögensschäden in einer Zusammenschau von Vertrags- und Deliktsrecht

In der Einleitung zu dieser Studie haben wir darauf hingewiesen, dass die Frage, ob und inwiefern sich Pflichten begründen lassen, an deren Verletzung bei gegebenen Voraussetzungen eine Haftung für reine Vermögensschäden anschliesst, auch eine *rechtspolitische Dimension* hat – ein Umstand, der nach meinem Dafürhalten in der schweizerischen Privatrechtsdoktrin oft vernachlässigt wird. 1228

Dabei gehen wir davon aus, dass das schweizerische allgemeine Haftungsrecht grundsätzlich eine *freiheitliche Ordnung* zu verwirklichen bezweckt[2493]. Auf diese Zielsetzung ist der Systemrationalität wegen unbesehen davon Rücksicht zu nehmen, ob die Haftung vertraglich oder deliktisch begründet wird[2494]. An einer freiheitlichen 1229

[2493] Vgl. vorne, insb. Rn. 411.

[2494] Vgl. in Anlehnung an CANARIS vorne, Rn. 13.2 f. m.H., wobei die Systemrationalität durchaus eine ‹inhaltliche› Dimension hat (vgl. vorne, Rn. 650).

Ordnung stossen sich insbesondere Pflichten mit materialem Gerechtigkeitsgehalt, wie sie durch öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im Finanzmarktbereich *nota bene* regelmässig aufgestellt werden[2495].

1230 Die rechtspolitischen Vorgaben sind vorab dann von Bedeutung, wenn sich die Frage stellt, ob es dem *Richter* gestattet ist, dem Schädiger entsprechende Pflichten aufzuerlegen. Situationen, in denen die Pflichten durch den Privatrechtsgesetzgeber vorgegeben oder durch die Parteien gesetzt werden, geben weniger Anlass zu entsprechenden Diskussionen.

1230.1 Einschlägige Vorgaben des *Privatrechtsgesetzgebers* liegen in vorliegendem Kontext vorab dann vor, wenn öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im (privatrechtlichen) Haftungstatbestand als Doppel- oder Schutznormen zum Zug kommen. Im zweiten Fall findet gemäss der vorliegend vertretenen Auslegung von Art. 41 Abs. 1 OR ein Verweis des Gesetzgebers auf andere Gesetzesvorschriften statt[2496]. Alsdann sorgt das ‹Regelungsprärogativ› des Gesetzgebers dafür, dass auf diesem Weg selbst Vorschriften mit materialem Gerechtigkeitsgehalt in systemkonformer Weise in den Haftungstatbestand Eingang finden können[2497].

1230.2 Eine *vertragliche Begründung* entsprechender Pflichten erscheint mit der freiheitlichen Ordnung des schweizerischen allgemeinen Haftungsrechts ebenfalls vereinbar, jedenfalls sobald man bei der Auslegung des Erklärungsverhaltens der Parteien nach dem Vertrauensprinzip im Sinn unserer bezüglichen Überlegungen vom Erfordernis eines Geschäftswillens des Schädigers nicht einfach absieht, sondern voraussetzt, dass ein solcher – in dem Schädiger zumindest zurechenbarer Weise – vorliegt[2498]. Zwar wird dem Richter dabei bisweilen ein grosser Ermessensspielraum zustehen, so dass die Gefahr besteht, dass er auch materiale Gerechtigkeitsüberlegungen in Rechnung stellt. Das Vertrauensprinzip sorgt im Prinzip aber dafür, dass der Schädiger zumindest die Möglichkeit hat, selbstbestimmt zu handeln, und dass die beteiligten Parteien gleichbehandelt werden[2499]. Damit wird den zwei zentralen Attributen einer freiheitlichen Ordnung[2500] Nachachtung verschafft. Zudem ist es dem Richter gemäss vorliegend vertretener Auf-

---

2495 Vgl. dazu insb. vorne, Rn. 405 f.

2496 Eine Inbezugnahme ungeschriebener Normen und privater Regelwerke als Schutznormen ist dagegen abzulehnen, vgl. vorne, 2. Teil / 3. Kapitel / II. / 4. / D., *passim*.

2497 Vgl. vorne, Rn. 422 ff.

2498 Vgl. dazu vorne, 2. Teil / 2. Kapitel / III. / 2. / A. / b., *passim*.

2499 Vgl. vorne, insb. Rn. 508.

2500 Vgl. vorne, Rn. 381.1 f.

fassung gleichsam aufgegeben, im Rahmen der Auslegung des Erklärungsverhaltens der Parteien (nach dem Willens- und dem Vertrauensprinzip) materiale Gerechtigkeitsüberlegungen unberücksichtigt zu lassen[2501].

Ist die Frage, ob den Parteien Pflichten auferlegt werden können, deren Verletzung bei gegebenen Voraussetzungen alsdann eine Haftung für reine Vermögensschäden zur Folge hat, ‹genuin› durch den Richter zu beantworten, schlägt die rechtspolitische Dimension demgegenüber voll durch. Verantwortlich dafür sind *an den Richter gerichtete Ermächtigungsnormen,* die positivrechtlich in der Form von *Generalklauseln* auftreten. Angesichts der rechtspolitischen Vorgaben des schweizerischen allgemeinen Haftungsrechts müsste alsdann im Rahmen der *individuellen* Normen davon ausgegangen werden, dass diese trotzdem noch materialen Gerechtigkeitsüberlegungen zum Durchbruch verhelfen sollen. Gemäss unseren vorne stehenden Überlegungen ist das auf dem Gebiet des Vertragsrechts nicht der Fall, wobei namentlich der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB)[2502], die Regelung der auftragsrechtlichen Treuepflichten (Art. 398 Abs. 2 OR)[2503] sowie Art. 1 Abs. 2 ZGB zu nennen sind, der den Richter zur Rechtsfortbildung ermächtigt[2504]. Auch das allgemeine Deliktsrecht, das zuvorderst durch den Grundtatbestand von Art. 41 Abs. 1 OR ausgestaltet wird, dient nicht der Herstellung materialer Gerechtigkeit[2505]. Entsprechend ist es dem Richter insbesondere verwehrt, sog. ‹ungeschriebene Schutznormen› aufzustellen[2506]. Schliesslich ist vor diesem Hintergrund ganz allgemein auch nur schwer vorstellbar, dass im Rahmen einer etwaigen Vertrauenshaftung materialen Gerechtigkeitsüberlegungen Nachachtung verschafft werden können sollen. So würde die Vertrauenshaftung als ‹dritte Haftungsspur›, für die noch nicht einmal eine allgemeine gesetzliche Grundlage besteht, das traditionelle Vertrags- und Deliktsrecht damit gleichsam ‹überholen›[2507]. 1231

Vermögen demnach Pflichten mit materialem Gerechtigkeitsgehalt *nur* dann eine Haftung für reine Vermögensschäden zu begründen, wenn sie durch den Gesetzgeber oder die Parteien gesetzt wurden? 1232

2501 Vgl. vorne, insb. Rn. 515.

2502 Vgl. dazu insb. Rn. 605 ff.

2503 Vgl. dazu insb. Rn. 629 ff.

2504 Vgl. dazu insb. Rn. 650 ff.

2505 Vgl. vorne, Rn. 411.

2506 Vgl. dazu vorne, Rn. 790 ff.

2507 Vgl. ferner vorne, Rn. 678 ff.

1233 Bei der Beantwortung dieser Frage könnten zwei Vorschriften an Gewicht gewinnen, die bis anhin nur kurz angesprochen wurden, zumal sie die eigentliche Problematik unserer Studie, *i.e.* die Begründung einer privatrechtlichen Haftung aufgrund öffentlich-rechtlicher Verhaltensnormen, höchstens am Rande betreffen. Gemeint sind (mit Blick auf das Vertragsrecht) *Art. 2 Abs. 2 ZGB* und (mit Blick auf das Deliktsrecht) *Art. 41 Abs. 2 OR*. Wie HANS MERZ festgehalten hat, geht es dabei *je* um eine vom Gesetzgeber vorgesehene ‹Selbstberichtigung seines Rechts›[2508] – neudeutsch könnte man von sog. *‹escape clauses›* sprechen. Das Bundesgericht nannte *beide* Vorschriften in der Sache *nota bene* bereits vor mehr als hundert Jahren, als es – in offensichtlicher Anlehnung an das kantische allgemeine Rechtsgesetz – die Grenzen der Ausübung der Freiheit des einen zu bestimmen hatte, um die Freiheit des andern zu wahren, bei deren Überschreitung jener alsdann mit einer Schadenersatzpflicht belegt werden kann[2509].

1234 Auf der Grundlage von Art. 2 Abs. 2 ZGB und Art. 41 Abs. 2 OR dürfte es dem Richter prinzipiell offen stehen, *ausnahmsweise* materiale Gerechtigkeitsüberlegungen zu berücksichtigen, die nicht durch spezifische Vorgaben des Privatrechtsgebers oder der Parteien verbürgt sind. Hier besteht meines Erachtens Diskussionsbedarf, der im Rahmen der vorliegenden Studie nicht befriedigt werden kann.

1235 Zu verweisen ist immerhin auf die beidenfalls hohen Anwendungs-voraussetzungen, sowie darauf, dass wir mit Blick auf Art. 2 Abs. 2 ZGB bereits zwei Beispiele dafür gegeben haben, in denen die Vorschrift entsprechend operationalisiert werden könnte[2510]. Art. 41 Abs. 2 OR könnte seinerseits etwa in Fällen von Bedeutung sein, in denen vorsätzliche Falschinformationen erfolgen (ohne dass diese gleichsam durch eine Schutznorm untersagt werden, insbesondere weil ein arglistiges und mithin betrügerisches Verhalten vorliegt)[2511].

2508 ZBJV 1955, 313.

2509 Vgl. BGE 32 II 360, E. 3 (beide Vorschriften standen damals [im Jahr 1906] noch nicht in Kraft, da sie erst mit dem Erlass des ZGB bzw. der bzgl. Revision des OR eingeführt wurden; Art. 41 Abs. 2 wird als zukünftiges Recht in Bezug genommen, das Rechtsmissbrauchsverbot sinngemäss).

2510 Vgl. vorne, Rn. 634 und Fn. 1228.

2511 Vgl. auch bereits vorne, nach Rn. 416 m.H.

3. Die haftungsrechtliche Situation unter der Geltung des zukünftigen FIDLEG

Abschliessend blicken wir kurz in die Zukunft, genauer auf die haftungsrechtliche Situation unter der Geltung des zukünftigen FIDLEG. Im Licht der **Botschaft**, die wir unseren bis anhin erfolgten Ausführungen vorwiegend zu Grunde gelegt haben, steht dabei das Konzept der Ausstrahlungswirkung im Zentrum. 1236

Dass es sich bei den Verhaltensregeln gemäss FIDLEG um *Doppelnormen* handelt, lehnt der Bundesrat ausdrücklich ab[2512]. Im Einklang damit kann gemäss dem Vertrauensprinzip auch *nicht* von einer *vertraglichen Übernahme* der entsprechenden Pflichten durch einen Finanzdienstleister im Rahmen des Gesuchs um eine Bewilligung beziehungsweise der Weiterführung der bewilligten Tätigkeit unter der Geltung des zukünftigen FIDLEG ausgegangen werden. Eine solche erscheint vorab aber immerhin denkbar, falls der individuelle Vertrag mit dem Kunden einschlägige Anhaltspunkte enthält[2513]. 1237

Das Konzept der Ausstrahlungswirkung hat letztlich wohl keinen eigenständigen Gehalt[2514]. Es setzt vielmehr darauf, dass das private Haftungsrecht *Einfallstore für die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen* bereithält. Solche sind gemäss unserer Analyse hinsichtlich der Verhaltensregeln gemäss E-FIDLEG wie folgt ersichtlich: 1238

Auf Stufe Pflichtverletzung können sich Pflichten, die grundsätzlich denselben Gehalt wie die Verhaltensregeln haben, bereits in *Auslegung des Parteiverhaltens gemäss dem Vertrauensprinzip* ergeben. Alsdann können die Verhaltensregeln zu deren Konkretisierung beigezogen werden[2515]. 1238.1

Dieselbe Situation ist in Bezug auf *gesetzliche Vorschriften insbesondere des Auftragsrechts* möglich, sofern diese entsprechende Pflichten aufstellen, die ihrerseits in der Folge ebenfalls anhand der Verhaltensregeln gemäss E-FIDLEG konkretisiert werden können[2516]. 1238.2

Im Licht des Charakters von Art. 41 Abs. 1 OR als Verweisungsnorm kommen die Verhaltensregeln weiter als *Schutznormen* in Frage. Mithin besteht bei einem Verstoss gegen die Verhaltensregeln bei gegebenen weiteren Voraussetzungen 1238.3

2512 Vgl. vorne, Rn. 460.2 m.H.

2513 Vgl. zu den verschiedenen Möglichkeiten im Einzelnen vorne, 2. Teil / 2. Kapitel / III. / 2. / A. / c., *passim*.

2514 Vgl. vorne, Rn. 159 ff.

2515 Vgl. vorne, Rn. 487 ff.

2516 Vgl. vorne, Rn. 591 f.

die Möglichkeit, eine deliktsrechtliche Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR zu begründen[2517].

1238.4 Endlich ist der Richter dazu ermächtigt, zur Konkretisierung (insbesondere) der Regelungen der *auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht* (Art. 398 Abs. 2 OR) sowie der *Sorgfaltsobliegenheiten des Geschäftsherrn* (Art. 55 Abs. 1 OR) gewisse Verhaltensregeln gemäss E-FIDLEG beizuziehen[2518]. Betroffen ist hier nicht (wie in den drei vorangehenden Fällen) die Stufe der Pflichtverletzung, sondern jene des Verschuldens beziehungsweise der Haftung juristischer Personen für das Verhalten ihrer Mitarbeiter.

1239 Demgegenüber taugen die voranstehend erwähnten Ermächtigungsnormen, die sich an den Richter richten – namentlich Art. 2 Abs. 1 ZGB, die auftragsrechtliche Treuepflicht (Art. 398 Abs. 2 OR) sowie Art. 1 Abs. 2 ZGB –, *nicht* als Einfallstore für die Verhaltensregeln gemäss E-FIDLEG. Dies ist in erster Linie dem Umstand geschuldet, dass diese wie die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen im Finanzmarktbereich im Allgemeinen materiale Gerechtigkeitsüberlegungen verwirklichen, derweil dafür – wie vorne stehend noch einmal dargelegt – im Rahmen der Ermächtigungsnormen kein Raum besteht. Vorab weil es sich bei den Verhaltensregeln um gesetzliche und nicht um autonom gesetzte Pflichten handelt, stellen sie schliesslich auch keine Verkehrssitten dar. Dieses potentielle Einfallstor fällt folglich ebenfalls weg[2519].

1240 Dieses Ergebnis im Nachgang an das Konzept der Ausstrahlungswirkung kann man aus rechtspolitischer Warte im Übrigen durchaus kritisieren, wobei wir im Rahmen unseres Fazits zum materiell-vertragsrechtlichen Teil der Arbeit bereits auf einige Ansatzpunkte dafür hingewiesen haben[2520].

1241 Sodann werfen wir einen Blick auf die **Lesung** des FIDLEG **im Ständerat** (als Erstrat), die – angesichts des Stichdatums der Arbeit – bis anhin weitgehend unberücksichtigt blieb. Die privatrechtlichen Implikationen der Verhaltensregeln stellen einen durchaus erheblichen Gegenstand dieser Lesung dar.

1242 Namentlich soll gemäss dem durch den Ständerat verabschiedeten Entwurf Art. 8 Abs. 1 E-FIDLEG um einen zweiten Satz ergänzt werden, so dass dieser wie folgt

---

2517 Vgl. vorne, Rn. Rn. 815 f.

2518 Vgl. dazu – je m.Bsp. aus dem E-FIDLEG bzw. dem FIDLEG – betr. die auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten 2. Teil / 4. Kapitel / II., *passim,* und betr. die Sorgfaltsobliegenheiten des Geschäftsherrn 2. Teil / 4. Kapitel / IV., *passim*.

2519 Vgl. dazu im Allgemeinen 2. Teil / 2. Kapitel / III. / 2. / B. / c., *passim*.

2520 Vgl. vorne, Rn. 674.

lautet: *«Finanzdienstleister müssen beim Erbringen von Finanzdienstleistungen die aufsichtsrechtlichen Pflichten nach diesem Titel* [*i.e.* die sog. Verhaltensregeln] *befolgen. Soweit diese bestehen und erfüllt werden, sind auch identische zivilrechtliche Pflichten erfüllt»*[2521].

Dabei ist davon auszugehen, dass mit ‹identischen Pflichten› Pflichten mit je demselben Regelungsgegenstand gemeint sind[2522]. Ferner dürfte es bei den privatrechtlichen Pflichten allein um (heteronome) Pflichten gemäss Gesetzesrecht (insb. Auftragsrecht) gehen und nicht um solche, welche die Parteien autonom setzten. So wird der Gesetzgeber den Parteien kaum verbieten wollen, vertraglich Pflichten zu vereinbaren, die weiter als die Verhaltensregeln gemäss FIDLEG gehen (wobei dies auch dann noch gelten dürfte, wenn die entsprechenden Pflichten in Auslegung des Parteiverhaltens gemäss dem Vertrauensprinzip gewonnen werden, zumal auch insofern noch autonome Pflichten vorliegen). 1243

Der Ständerat will mit der Ergänzung *in jedem Fall* einen sog. *‹safe harbor›* einführen. Das ergibt bereits der Wortlaut und wird vom Sprecher der zuständigen Kommission, MARTIN SCHMID, der sich als einziger Redner zur Ergänzung äussert, ausdrücklich festgehalten[2523]. Dementsprechend sollen die privatrechtlichen Pflichten jedenfalls nicht weiter gehen als die aufsichtsrechtlichen; Letztere stellen sozusagen eine Obergrenze dar[2524]. 1244

Blicken wir auf die (eben erneut angesprochenen) Kritikpunkte am *status quo* gemäss Stand Botschaft zurück, wird damit im Übrigen zumindest einem Kritikpunkt Einhalt geboten. Falls gleichsam eine Normkollision vorliegt, ist diese gemäss der Ergänzung nämlich zu Gunsten der aufsichtsrechtlichen Vorschriften aufzulösen. Wenn diese erfüllt werden, fällt eine Haftung weg, unbesehen davon ob ein Verstoss gegen eine etwaig anderslautende privatrechtliche Vorschrift vorliegt.

Die Problematik, *ob und inwiefern die Verhaltensregeln im Privatrecht überhaupt zu berücksichtigen sind,* wird mit der Regelung einer Obergrenze jedoch *nicht* gelöst – falls nicht gerade eine Situation vorliegt, in der genuin privatrechtliche Pflichten mit demselben Regelungsgehalt wie die Verhaltensregeln bestehen, die ferner weiter gehen als diese. Nicht betroffen sind mithin insbesondere Situationen, in denen auf der Grundlage des Privatrechts keine entsprechenden Pflichten begründet werden 1245

2521 Vgl. Amtl. Bull. SR 2016, 1164.

2522 Kommissionssprecher SCHMID spricht seinerseits denn auch von ‹entsprechenden› Pflichten (vgl. Amtl. Bull. SR 2016, 1164 und auch 1153).

2523 Vgl. Amtl. Bull. SR 2016, 1164.

2524 Vgl. insofern zum deutschen Recht auch das Konzept der sog. ‹negativen Ausstrahlungswirkung›, dazu FORSCHNER, 123 ff.

können (wie bspw. die bereits mehrfach erwähnte Situation, in welcher es um die Risikoaufklärungspflicht im Rahmen von *Execution Only*-Verträgen geht). Ob die Ergänzung beziehungsweise allgemeiner die Lesung des Ständerats auch diese Frage berühren soll, ist meines Erachtens *nicht klar*.

1246 Der zusätzliche Satz *für sich* scheint einzig die Obergrenze festzulegen. Ebenfalls in diese Richtung weisen dürfte ferner die nachfolgende Aussage von SCHMID: *«Mit der Formulierung von Artikel 8 Absatz 1 Fidleg wird ein Safe Harbor angestrebt. Es ist jedoch nicht so, dass bei einer Verletzung der aufsichtsrechtlichen Vorschriften automatisch auch zivilrechtlich eine Haftung eintreten wird. Finanzdienstleister haben diese Pflichten zu befolgen und sind für deren Einhaltung aufsichtsrechtlich verantwortlich. Soweit diese Pflichten erfüllt sind, ist jedoch eine Verletzung der entsprechenden zivilrechtlichen Pflichten vollumfänglich ausgeschlossen»*[2525]. Die Betonung der ‹aufsichtsrechtlichen Verantwortlichkeit› der Finanzdienstleister könnte zudem dahingehend gedeutet werden, dass auf die Botschaft Bezug genommen werden soll. Dort wird im Kontext des Konzepts der Ausstrahlungswirkung der aufsichts- bzw. öffentlich-rechtliche Charakter der Verhaltensregeln ebenfalls betont[2526].

1247 SCHMID stellt der Aussage jedoch folgenden Hinweis voran: «Die WAK hat sich intensiv mit dem Verhältnis der neuen aufsichtsrechtlichen Verhaltensregeln zum Zivilrecht auseinandergesetzt. Wir haben entschieden, in Artikel 8 Absatz 1 Fidleg ein sogenanntes Doppelnormkonzept einzuführen. Das Konzept der Doppelnorm besteht darin, dass die Verhaltensregeln des Aufsichtsrechts auch im Zivilrecht gelten. Wer eine bestimmte Verhaltensregel nach Fidleg einhält, erfüllt damit auch die entsprechende zivilrechtliche Pflicht. Damit ergibt sich ein harmonisierter Rechtszustand»[2527]. Die ersten drei Sätze spricht er fast wortgleich bereits anlässlich seiner Einleitung zur Gesetzesvorlage aus[2528].

1248 Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, ob der Ständerat sich der Problematik, ob und inwiefern die Verhaltensregeln im Privatrecht überhaupt zu berücksichtigen sind, *nicht trotzdem im Allgemeinen* widmen wollte, und zwar indem die Verhaltensregeln erneut als *Doppelnormen* qualifiziert werden sollen. Dies wäre wohlgemerkt ein einschneidender Schritt, nachdem in der Vernehmlassungsvorlage

2525 Vgl. Amtl. Bull. SR 2016, 1164.

2526 Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, insb. 17.

2527 Vgl. Amtl. Bull. SR 2016, 1164.

2528 Vgl. Amtl. Bull. SR 2016, 1153.

und insbesondere in der Botschaft davon zu Gunsten des Konzepts der Ausstrahlungswirkung Abschied genommen wurde[2529].

Trotz der ausdrücklichen Inbezugnahme des *terminus technicus* und dem Hinweis, wonach dem ‹Doppelnormkonzept› gemäss die Verhaltensregeln auch im Zivilrecht gelten, erscheint auch dies als nicht gesichert. So wird in der zitierten Stelle weiter wiederum auf die Situation Bezug genommen, die den erwähnten *safe harbor* auslöst, der seinerseits – im Gegensatz zu einer etwaigen Qualifikation der Verhaltensregeln als Doppelnormen – im durch den Ständerat verabschiedeten Gesetzeswortlaut auch seinen Niederschlag gefunden hat. Zudem hätte eine Qualifikation der Verhaltensregeln als Doppelnormen im hergebrachten Sinn – bei neben der Pflichtverletzung gegebenen weiteren Haftungsvoraussetzungen – *entgegen* der weiter vorne angeführten Stelle durchaus eine ‹automatische› zivilrechtliche Haftung zur Folge (jedenfalls wenn es sich bei den Doppelnormen um zwingende Vorschriften handeln sollte). Da der Schritt zurück zur Qualifikation der Verhaltensregeln als Doppelnormen vor dem Hintergrund der vorangehenden Entwicklung des Gesetzgebungsverfahrens ein einschneidender wäre, ist davon schliesslich nicht leichthin auszugehen[2530]. 1249

Statt weitere Überlegungen anzustellen, stellen wir – im Sinn eines Nachtrags – zu guter Letzt die Lesung im **Nationalrat** (als Zweitrat) und das **Differenzbereinigungsverfahren** in den Räten in Rechnung. In dessen Verlauf hat sich die Situation, zumindest was die gesetzgeberischen Vorgaben betrifft, nämlich geklärt. 1250

Im Nationalrat wurde der vorne zitierte Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 E-FIDLEG, den der Ständerat vorgeschlagen hat[2531], weitgehend beibehalten. Auf Antrag der zuständigen Kommission wurde einzig das Attribut *«identisch»* durch das Attribut *«gleichgerichtet»* ersetzt (wobei sich das Attribut auf die ‹zivilrechtlichen› Pflichten bezieht, die gemäss der *safe harbor* Regelung als eingehalten gelten sollen). Bemerkenswert ist, dass diese Änderung nicht in erster Linie auf inhaltliche Gründe zurückzugehen scheint. Angesichts des Votums von Kommissionssprecher BEAT WALTI scheint die Motivation vielmehr vorab darin bestanden zu haben, eine Differenz zum Ständerat zu schaffen, damit die Problematik des Verhältnisses von Zivil- und Aufsichtsrecht noch einmal vertieft diskutiert werden kann[2532]. 1251

2529 Vgl. zu dieser Entwicklung vorne, Rn. 460.2.

2530 Vgl. auch SUSAN EMMENEGGER, Fidleg und das Vertragsrecht: Eine Einführung, in: Dies. (Hrsg.), Bankvertragsrecht – Beiträge zur Schweizerischen Bankrechtstagung 2017, Basel 2017, 199 ff., 201.

2531 Vgl. vorne, Rn. 1242.

2532 Vgl. Amtl. Bull. NR 2017, 1311 f.

1252 Abgesehen davon ist im Zusammenhang mit der neuen Regelung von Art. 8 Abs. 1 E-FIDLEG weiterhin von Doppelnormen die Rede. Zu erwähnen ist insbesondere der Hinweis von UELI MAURER, dass es sich dabei um Bestimmungen handle, *«die gleichermassen sowohl im Aufsichtsrecht wie auch im Zivilrecht gelten»*[2533]. Damit scheint er – im Sinn der hergebrachten Doppelnormnotion – davon auszugehen, dass Art. 8 Abs. 1 E-FIDLEG nicht nur einen *safe harbor* schaffen soll, sondern auch dafür sorgt, dass die Verhaltensregeln auch im Zivilrecht gelten. Der Sprecher der zuständigen Kommission scheint allerdings von einem anderen Verständnis auszugehen. Auf ausdrückliche Nachfrage von HANS-UELI VOGT hin, ob es umgekehrt (d.h. entgegen der *safe harbor* Regelung) sein könne, *«dass ein Finanzdienstleister die zivilrechtlichen Pflichten erfüllt hat, auch wenn er die aufsichtsrechtlichen nicht erfüllt hat?»,* wird dies durch BEAT WALTI *«im Grundsatz»* bestätigt; der Umkehrschluss sei gleichsam nicht zulässig[2534]. Das wiederum steht nicht im Einklang mit einer Qualifikation der Verhaltensregeln als Doppelnormen – zumindest wenn man von zwingenden Doppelnormen ausgeht.

1253 Folglich wurde im Nationalrat die *safe harbor* Regelung grundsätzlich bestätigt. Ob damit zugleich die Frage geregelt werden soll, auf welchem Weg die Verhaltensnormen des FIDLEG Eingang in das Zivilrecht finden – namentlich, indem diese Doppelnormen darstellen –, blieb allerdings weiterhin offen.

1254 Die Frage ist angesichts des Differenzenbereinigungsverfahrens in Stände- und Nationalrat freilich weitgehend obsolet geworden. So hat sich zunächst der Ständerat gegen die *safe harbor* Regelung ausgesprochen, die er im Rahmen der ersten Lesung wohlgemerkt noch selber eingeführt hat. Stattdessen kehrt der Ständerat wieder zur Fassung des Bundesrats zurück und ausdrücklich auch zum Konzept der Ausstrahlungswirkung[2535]. Der Nationalrat ist dem Ständerat alsdann gefolgt, wobei das Konzept der Ausstrahlungswirkung – anders als im Ständerat – nicht mehr ausdrücklich erwähnt worden ist[2536].

1255 Nachdem das FIDLEG am 15. Juni 2018 in der Schlussabstimmung des Parlaments verabschiedet wurde, bleibt es demnach bei Art. 8 Abs. 1 E-FIDLEG bzw. nunmehr Art. 7 Abs. 1 FIDLEG in der Fassung des Bundesrats. Die Vorschrift besagt schlicht, dass Finanzdienstleister *«beim Erbringen von Finanzdienstleistungen die aufsichtsrechtlichen Pflichten nach diesem Titel befolgen»* müssen. Eine Aussage zum Ver-

2533 Vgl. Amtl. Bull. NR 2017, 1309.

2534 Vgl. Amtl. Bull. NR 2017, 1312.

2535 Vgl. insb. die Voten von Kommissionssprecher MARTIN SCHMID und von Bundesrat UELI MAURER, Amtl. Bull. SR 2018, 131 f.

2536 Vgl. Amtl. Bull. NR 2018, 610.

hältnis zwischen Aufsichts- und Privatrecht macht das Gesetz folglich nicht. Angesichts der Äusserungen im ständerätlichen Differenzbereinigungsverfahren wird aber kaum daran gezweifelt werden können, dass das Parlament ebenfalls vom Konzept der Ausstrahlungswirkung ausgeht.

Da dem Konzept der Ausstrahlungswirkung auch im Licht der parlamentarischen Debatte keine eigenständige Bedeutung zukommen dürfte[2537], besteht meines Erachtens kein Anlass, von dem Fazit abzuweichen, das wir eingangs dieses letzten Unterkapitels auf der Grundlage der Botschaft gezogen haben. Ob und inwiefern die Zivilgerichte das auch so sehen werden, wird die Zukunft weisen; das FIDLEG tritt wohl am 1. Januar 2020 in Kraft. 1256

[2537] Vgl. Rn. 160A.

Stichwortverzeichnis

Die nachfolgenden Zahlen weisen auf Randnummern hin. Kursive Zahlen bedeuten, dass die Stellen das entsprechende Stichwort besonders einlässlich erläutern.

A

Abgrenzung öffentliches Recht und Privatrecht: 26, 56, *57 ff.*, 127, 129 ff., 450 ff., 458 f., 638, nach 797

Absicht (Strafrecht): 949.2, *953 ff.*

Absolut geschütztes Rechtsgut: 16, nach 234, 254.1, 279, 377 ff., 384 ff., nach 416, 418, 429, 431, nach 493, 708, 710 ff., 713, 720, 741, 743 f., 833.1, 839, 996, 1037, 1063 f., 1155

Abstraktion (Denkform): *511 f.*, 513

Administrative Rechtsnachteile: 770, *775,* 776

Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: 5, 14, 244, nach 849, 1008, nach 1206.2

Anspruchskonkurrenz (Vertrags- und Deliktsrecht): 780.2, 825, 827, 833 f., 841, 843, 1010.2, 1193, 1196

Arglist (Konzept): 386, 388, 391, 394, 410.2, 413, *415 f.*, 417, 1235

Ausserordentliche Zurechnung (naturrechtliche Zurechnungslehre): *221,* nach 223, 234.2, 236, 237 f., 240 ff., 249, 252.2, 257 f., 262 ff., 268, 271.2, 327, 359, 363, 571, 574 f., 577, 703.1, 946, 953, 992

Ausstrahlungswirkung: 86.2, *159 ff.*, 460.2, 462.2, 498, 568, 638, 671, 674.1 ff., 815, 815.2, 1110, 1139.1, 1184, 1200 f., *1236 ff.*, 1246, 1248, 1254 ff.

Autonomie (als Geltungsmodalität): 29, 156.3, *158,* 223, 271.2, 430, 438, 449, 477 f., 507, 529, 545.1, 557, 582, 584, 587, 595, nach 597, 643, 654, nach 657, 662.2, 665, 670 f., 793.3, 795, nach 797, 800, nach 829, 833.1, 995.1, 1087.4, 1103, nach 1116, 1190, 1206, 1239, 1243

B

Berufsverbot (Art. 33 FINMAG): 771, 919, 927, 941, nach 958, 1006.2, 1016.1, *1026 ff.*, nach 1158, 1197 f.

Bestimmtheitserfordernis (Deliktsrecht): *778 ff.*, 799, 853, 908, nach 940, 1118, nach 1158

Bestimmtheitsgebot (Deliktsrecht): Vgl. ‹Bestimmtheitserfordernis (Deliktsrecht)›

Betrug (Konzept): Vgl. ‹Arglist (Konzept)›

D

Deklaratorische Äusserung: 349, nach 351, 514, 524, 559.1, 686, 696

Dispositives Recht: *147 f.*, 156.1, 161, 229, 271.2, 344, 419, 444, 462, 465, 545.1, nach 588, 589, 591, 631, 662.1, 664, 667, 674.6, 833.1, 1138.4

Doppelnorm: 17, 29, 62 ff., 81, 86.1, *134 ff.*, 148, 156.1, 157, 161, 176, 229, 344, 420, 434.1, 437 ff., *443 ff.*, 466, 541, 542.1, 543, 545.1 f., 600.1, 662.1, 664, 665.1, 671, 674.1 ff., 815.1, 832, nach 835, 1103, 1103.1, nach 1116, 1139.1, 1140, 1143, 1151, 1189, 1200 f., 1237, 1247 ff., 1252 f.

Dritte Widerrechtlichkeitstheorie: 254.1, *712 ff.*, 741, 789

E

Eingriffsnormen (Internationales Privatrecht): *1136 ff.*, 1151

Einwilligung: 295, 297 ff., *310 ff.*, 356, 591, 864.2, *964 ff.*

Entschuldigender Notstand: *271.3,* 360, 956, *962 f.*

Erfordernis der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung (Deliktsrecht): Vgl. ‹Verhaltensbestimmung (Konzept)›

Erklärungswille: 570, 573 ff.

Ermächtigungsnorm: 27, 29, 49, *104 ff.*, *134 ff.*, 156 ff., *167 ff.*, nach 180, 191, nach 203.2, 228 ff., 261, 304, 310, 327.4, 343 f., 347, 356, 368, 370, 382, 434.1 f., 436 ff., 472, 478 f., nach 497, 507, 515, 582 f., 588, 593, 595, 601, 647 f., 662.2 f., 666, 668, 671, 674.5, 761, 780.2, 800 f., 809, 899.1, 1103, 1103.2, 1116 f., 1120, 1126, 1142, 1154, 1182, 1231, 1239

Exekutorische Verwaltungssanktion: 770, *772 ff.*, 775, 776, 780.1, 926.1

F

Fahrlässigkeit: 193, 234, 248, 254.1, 260, nach 271.2, 371, 480.2, 699 ff., 703.1, 729, 738, 748, 786, 844, 848.2 f., nach 857, 860A, 875.1, 908, 923 ff., 928, 931, 933, 935, 938 ff., *941 ff.*, 975.2, 986 f., 989, 994, 996, 1028.2, 1038.2, 1039.2, 1051.2, 1052.4, 1053, 1067, 1096.2 f., 1099, 1106 f., 1112 ff., 1123 f., 1127.1, 1128, 1145, 1152 f., *1155 ff.*, 1181, 1194, 1198, nach 1206.2, 1213

Formale Gerechtigkeit: Nach 160, 381, *383 ff.,* 411 ff., 457

Freiheitliche Ordnung: 28, *381,* 382, *383 ff.,* 411 ff., 476, 546.5, 607 ff., 651 f., 661, 666.3, 692, 694, nach 712, 714, 732, 744, 790, 792, 793.1 f., 838, 1229 ff.

Funktioneller Ansatz der Rechtsvergleichung: 203

Funktionstheorie (Abgrenzung öffentliches Recht und Privatrecht): 57 f., *72 ff.*, 454 f.

G

Gehilfenschaft (Art. 25 StGB): 1010.1, 1097 ff., 1226

Geschäftswille: *504 ff.*, 509, 513 f., 521, 525 f., 547, 549 ff., 559, 570, 671, 679, 687, 1195, 1230.2

Gesetzeslücke: *649 f.*, 656, 661, 784

Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB): 29, nach 202, 228, nach 425, 427, 473 f., 483, nach 497, nach 499, 504, 589, *596 ff.*, 644, 666.1, 669, 674.4, nach 682, 692 f., 780.2, 830, 832, 1200, 1231, 1239

H

Haftungsausschluss: 295, 297 f., *310 ff.*, 356, 463 f., 565 ff. 583, 697, 703.4, 864.2, 971, 1012, 1169

Haftungsausschluss zugunsten Dritter: 1012

Haftungsfreizeichnung: Vgl. ‹Haftungsausschluss›

Haftungsfreizeichnung zugunsten Dritter: Vgl. ‹Haftungsausschluss zugunsten Dritter›

Haftung für Hilfspersonen (Deliktsrecht): 32, 320, 324, 327 ff., 345, 864.4, 994, 1009, 1010.2, 1034 ff., 1037 ff., nach 1051.3, *1055 ff.*, 1108, 1160 f., 1175 ff., 1225 f.

Haftung für Hilfspersonen (Vertragsrecht): 320, 324, 328 f., 345, 441, 835 ff., 1010.2, 1096, 1167, 1192

Haftung für Organe (Deliktsrecht): 32, 320, 324, 328 f., 864.4, 1010.1, 1034 ff., 1037 ff., *1045 ff.*, 1055, 1058 f., 1089 ff., 1094, 1096.2, 1108, 1159 ff., 1206.1, 1210 f.

Haftung für Organe (Vertragsrecht): nach 312, 320, 324, 328 f., 345, 441, 835 ff., 1010.1, 1167, 1192

Haftung für reine Vermögensschäden: 13.2, *15 f.*, 17, 22.1, 28, 30, 35, 43, 172, nach 183, 205, 209, 228, 230, nach 234, 235, 252.3, 254.1, 279, 293, 299, 314, 320, nach 342, 366, 372, 376, *377 ff.*, 599, 694 ff., *707 ff.*, *724 ff.*, 1013 ff., 1037, nach 1039.2, 1042, 1044, 1056, 1073, 1076, nach 1083, 1102, 1103, 1113, 1118, 1153, 1156 f., 1227, *1228 ff.*

Haftung für Substituten (Auftragsrecht): 320, 324, 327 ff., 1180

Handlungswille: 570, *571 f.*

Hauptfrage (Prozessrecht): 90, 92, 96

Hauptleistungspflicht: 40, 46, 449, 477 f., 481 f., 484, *489 ff.*, 494, 497, 537.1, 584, 597, 623.1, 635, 701, 1000 f., 1134, 1168, 1190, 1201

Hauptpflicht: Vgl. ‹Hauptleistungspflicht›

Heteronomie (als Geltungsmodalität): 29, *158,* 475 f., 515, 582, nach 597, 643 f., 648, 654, nach 657, 662.1, 662.3, 670, 795, nach 829, 833.1, 995.1, 1087.4, 1200, 1243

Hypothetischer Parteiwille: *474,* 475, 587 f.

Hypothetische Vorwerfbarkeit: Nach 1051.3, *1096,* 1161, 1192

I

Individualschutzzweck (Deliktsrecht): 172, 418, 460.2, 540, 751, 754, 756, 757.2, 758, *811 ff.*, 859, 867.1, 868, 985, 1075.3, 1104, 1118, 1216 ff.

Interessenstheorie (Abgrenzung öffentliches Recht und Privatrecht): 57 f., *66 ff.*, 73, 453 ff.

K

Kantisches Allgemeines Rechtsgesetz: Nach 164, *387 ff., 394 ff.*, 432, 611.2, 612, 734, 739, 750, 992, 1233

Kausalität: 10, nach 120.3, nach 183, 193, 232, 251, nach 279, 281 ff., *286 ff.*, 308, 708, 711, 716, 812.3, 864.1, 922, 972, *978 f.*, 980, 1174, nach 1206.2, 1212, nach 1219

Kausalzusammenhang: Vgl. ‹Kausalität›

Kriterium der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung (Deliktsrecht): Vgl. ‹Verhaltensbestimmung (Konzept)›

Kriterium der Sanktionsspezifität (Deliktsrecht): Nach 785, *869 ff.*, 873, 882, 921, 935, 947, 951, 954, 957.2, 960.2

L

Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung: Vgl. ‹Stufenbau der Rechtsordnung›

M

Materiale Gerechtigkeit: 381, *383 ff.,* 411 ff., 457, 476, 497, 515 ff., nach 533, 545.1, 556, 588, 607 ff., 652, nach 657, 660 f., 666.1, 666.3, 668 ff., 693 f., 714, 780.2, 790 ff., 1149.2, 1200, 1229 ff., 1239

Materialisierung des Vertragsrechts: *398 ff.*, 411 ff., 607 ff.

Modale Theorie (Abgrenzung öffentliches Recht und Privatrecht): 57 f., *78 f.*, 452, 455

N

Naturrechtliche Zurechnungslehre: 27, 210 f., *213 ff.*, 222 ff., 231, 241, 244 f., 252.2, 255, 262 ff., 265 ff., 270 ff., 288, 369, 569 ff., 698 f., 703.1, 867.2, 946, 953, 956, 992, 995, 1152

Nebenleistungspflicht: 495 ff., 595, 667, 1168

Nebenpflicht: 29, 46, 449, 477 f., 480.2, 481, 484, *494 ff.*, 595, 596 ff., 647 ff., 667 ff., 692, 699, 832 f., 1168

Normwiderspruch: 48.1, 55.2, 161, 674.2, 674.6, nach 906

O

Objektive Strafbarkeitsbedingung: 765, nach 868, *980 f.*

Objektive Widerrechtlichkeitstheorie: 30, 418, *707 ff.*, 724, 726, 778, 793.1, 823, 831, 833.1, 894.1, nach 940, 1103

Objektive Zurechnung (Haftungs- und Strafrecht): *286 ff.*, 296, nach 301, 364, 574, 864.1

Ordentliche Zurechnung (naturrechtliche Zurechnungslehre): *221,* 234.2, 236, 237 f., 240 ff., 249, 256, 258, 262 ff., 268, 271.2, 946, 953

Organtheorie: 1009, 1035, 1041 f., 1044, 1049, 1053 f., 1058, 1161, 1206.1

P

Personaler Anwendungsbereich (einer Norm): *331 ff.*, 356, 368, 370, 864.3, 878 f., *883 ff.*, 916, 1004.1, *1031 ff.*, 1046 ff., 1050, 1053, 1097, 1106, 1108, 1119, 1157, 1177, 1183, 1194, 1197 f., 1202, 1206.1 f., 1211.3, 1224

Personalistische Struktur (des Deliktsrechts): 841, 1004.2, *1034 f.*, 1038.2

Pflichtverletzung: 27, 31, 34, 194, 209, *227 ff.,* 236, nach 254.3, 255 ff., 262, 270.1, 271.3, 274 f., 277, nach 279, 280 ff., 288.1, 289 ff., 295 ff., 299 f., nach 301, 305, 308 f., 312.1, 318 ff., 326 f., 330, nach 331, 351 ff., 364, nach 366, 369 ff., 419, 433, *435 ff.*, *707 ff.*, 1111, nach 1114, nach 1116, 1120, 1152, 1157, 1159, 1167, 1181, 1191, nach 1206.2, 1221, 1238, 1249

Pflichtwidrigkeit: Vgl. ‹Pflichtverletzung›

Pönale Verwaltungssanktion: 770, *771,* 775, 776, 881, 1104

Privatautonomie (Grundsatz): 484, 507, 509 ff., 546.5, 550, 556, 671, nach 692

Private Regelwerke: 111, nach 120.2, 529, 545.2, 558, 780.4, 789, *794 ff.*, 898, 1103.3,1116, 1156.2, 1163,

nach 1166, nach 1179, 1180, 1182, 1192, 1206

Prospekthaftung: 14, nach 279, 827

Q

Qualifikation (Internationales Privatrecht): *195 ff.*

Qualifizierter Vorsatz: 949.1, *950 ff.*, 1106, nach 1213

R

Räumlicher Anwendungsbereich (einer Norm): *331 ff.*, 356, 368, 370, 739, 864.3, 869, 878 f., *887 ff., 891 ff.*, 1050, 1053, 1106, 1119, 1121, *1122 ff.*, 1157, 1177, 1183, 1194, 1198, 1206.1, 1224

Rechtfertigender Notstand: 271.3, 276, 295, 964.1

Rechtfertigung: 273 ff., nach 290, 295, 298, *299 f.*, 356, 369, nach 712, 728.1, 864.2, 962, *964 ff.*, 1050, 1053, 1106, nach 1114, 1224

Rechtsfolgentheorie: 510, *512.2,* 554

Rechtsirrtum: 251, 266, 268, 270.1, *271.2,* 360 f., 956, *958 ff.*, 1106, 1118, 1224

Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB): Nach 533, 622, 634, *1233 ff.*

Rechtsprinzip *neminem laedere:* 302, *385 f.*, 388, 390, 392, 733, 990

Relativität von Schuldverhältnissen: *534 ff.*, 1195

Rezeptionsnorm: *108 ff.*, 117, 120.1, 121 ff., *135 ff.*, 156.2, 899 ff., 1126, 1139.2, 1140, 1147

Richterliche Rechtsfortbildung (Art. 1 Abs. 2 ZGB): 426, nach 588, 589.4, 601.3, *647 ff.*, 666.3, 669, 674.4, nach 722, 793.2, 1231

S

Safe Harbour (FIDLEG): *1244 ff.*

Sanktionentheorie (Abgrenzung öffentliches Recht und Privatrecht): Vgl. ‹Modale Theorie (Abgrenzung öffentliches Recht und Privatrecht)›

Sanktionsnorm: 27, 170, 177, *178 ff.*, 191, 193, 212, 283.4, 289, 298, 318, 355, 366, 368, 370, 911 ff., 1007, 1016.2, 1024 f., 1029, 1106, 1108, 1197

Schaden: 10, 15 f., nach 120.3, nach 183, 193, 232, 238, 251, nach 234, nach 236, 251, *277 ff.*, 286, 293, 303 f., 308, 378, 708, 716, 864.1, 892.3, 929, 936, *978 f.*, 980, nach 981, 1010, nach 1206.2

Schuld (Strafrecht): *265 ff.*, 273 ff., 728.1, 869, 929, *956 ff.*

Schutznorm: 31 f., 125, 172, 228, nach 230, 415, nach 416, 418, 421, 427, 529, 708 f., 712, 720 ff., *724 ff.*, 1006 f., 1013 ff., 1038.2, 1039.2, 1047 f., 1051.3, 1056, 1058, 1064, 1081, 1087.1, 1093, 1096.3, 1097 ff., 1103 ff., nach 1158, 1160, 1162, 1170, 1175, 1178, nach 1179, 1193, 1196, 1202, 1206 f., 1210, 1212, 1215, 1218 f., 1221, 1223, 1226, 1230.1, 1231, 1235, 1238.3

Schutzpflicht (Vertragsrecht): Nach 347, 496 f., 595, 597, 648, 652 f., 660 f., 668 f., 682, 693 f., 696, 1002

Schwere Aufsichtsrechtsverletzung: 775, 911, *918 ff.*, 1027

Selbstverschulden: 34, 241, nach 271.1, 271.3, 295 ff., *301 ff.*, 311, 364, 371, 846.2, 846.5, *972 ff.*, 1112 ff., 1123 f., 1127.2, 1128, *1170 ff.*

Sittenwidrige Schädigung (Art. 41 Abs. 2 OR): *416,* 707, 714, 718.2, 793.2, 844, 847.2, 848.3, 935, 951, *1233 ff.*

Sonderanknüpfung: 898 f., nach 906, 1132, nach 1135, 1141, 1144, 1149.1

Sonderverbindung: 201 f., *340 ff.*, 356, 368, 370, 383, 389, 396.1, 418 ff., 424, 429, 431, 435, 437, 439 f., 445, 448, 465, 466, 600, 602, 619, 628, 636 f., 651, 660, 674.1, *677 ff.*, 780.2, 829 ff., 835, 837, 842 f., 1105, 1189

Sorgfaltsobliegenheit (Konzept): 234, 249, 252.3, *253 f.*, *257 ff.*, *261,* 271.2, 272, 302 f., 327, 699 ff., *986 ff.*, 1113 f., 1120, 1152, 1183

Sorgfaltspflicht (Auftragsrecht): 126, 254.2, 442, 492, 594, 673, *697 ff.*, 1112 ff., 1123 f., 1127.3, 1128, 1131, 1133 f., 1143, 1153, *1163 ff.*, 1181, 1184, 1238.4

Sorgfaltspflicht des Geschäftsherrn (Art. 55 Abs. 1 OR): *327,* 345, nach 366, 371 f., 441, 755, 986 ff., 994, 1056, 1059, 1067, *1071 ff.*, 1087.2, nach 1088, 1107, 1112 ff., 1123 f., *1176 ff.*, 1181, 1221, 1238.4

Spezialgesetzliche Haftung: 14, 354, 759, 825 ff., 1008, nach 1139.1, nach 1206.2

Stoisch-römische Rechtsphilosophie: 381.3, 385, 390, 400, 419, 733

Strafbewehrung (von Schutznormen): 822, *844 ff.*, nach 1025, 1105, 1196, 1202

Strafe (Sanktion): 76, 78 f., 181, *769,* 777.3, 776, 822, 844 ff., 941, 1016.1, 1105, 1196

Stufenbau der Rechtsordnung: 26, 54, 83, 97, *98 ff., 127 ff.*, 156 f., 160B, 161, 167, nach 170, 171, nach 180, 225, 228, 310, 347, 435, 443, 456, 462.2, 507, 588, 662, 724, 800, nach 1116

Stufenbaulehre: Vgl. ‹Stufenbau der Rechtsordnung›

Subjektionstheorie (Abgrenzung öffentliches Recht und Privatrecht): 57 f., *75 ff.*, 78, 451 455

Subjektive Fahrlässigkeit: Nach 254.3, 729, 925, 927, 928, 931, *941 ff.*, 975.2, 1038.2, 1039.2, 1096.3, 1099, 1106, 1156.2, 1157, 1162, 1198

Subjektiver Fahrlässigkeitsmassstab: Vgl. ‹Subjektive Fahrlässigkeit›

Subjektive Widerrechtlichkeitstheorie: Nach 712, 717, 718.1

Subordinationstheorie (Abgrenzung öffentliches Recht und Privatrecht): Vgl. ‹Subjektionstheorie (Abgrenzung öffentliches Recht und Privatrecht)›

T

Tatbestandsnorm: *192 f.*, 207

Teilnahme (an Delikten): 32, nach 886, 1004.3, 1010, *1097 ff.*, 1226

Tragbarkeit einer Haftung im Licht des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems: *824 ff.*, 1105, 1196

Treuepflicht (Auftragsrecht): 442, 589.2, 591, 594, 596, 603, *629 ff.*, 661.1, 1231, 1239

U

Ungeschriebene Schutznorm: 427, 719, 722, 725, 753, 779, 780.2, 785, 788 f., *790 ff.*, 794 f., 1103.2, 1206, 1231

Unvollständiger Rechtssatz: *125 f.*, 863 ff.

Urteilsfähigkeit: 224.3, 265, *271.1,* 271.2, 272, nach 301, 929, 947, 956, *957,* 1039.1, 1154

V

Verhaltensbestimmung (Konzept), inkl. ‹Erfordernis der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung (Deliktsrecht)› und ‹Kriterium der ausserprivatrechtlichen Verhaltensbestimmung (Deliktsrecht)›: 27, *355 ff.*, 374, 730, *732 ff.*, 753, 756, 757.3, *760 ff.*, 784 f., 791, 860A, 868, 873, 875.3, 878, 882, 884, 888, 907.2, 914, 917, 933 ff., 945, 950, 953. 960.1, 963, 966, 972, 978, 980 f., 1014 ff., nach 1039.2, 1047, 1054, 1074, 1099, 1104, 1106, 1108, 1118, 1129, 1156.2, 1158, 1197 f., 1206.2

Verhaltensregeln gemäss FIDLEG: Nach 19, 448, 460.2, 462.2, 538, 542.2, 548, 620, 664, 671 ff., 777.1, 815 f., nach 835, 877, 911, 918, 1013, 1022, 1028.2, 1096.3, 1110, 1139.1, 1159, 1184, 1199 ff., *1236 ff.*

Verkehrssitte: 498, 502, 589, *636 ff.*, 666.2, 1133 f., 1239

Verschulden: 10, 34, 193, *236 ff.*, *262 ff.*, 321, 345, 379 f., 480.2, 580, 594, 697, 702, 703 ff., 708, 794, 848.2, 864.1, 875.1, *911 ff.*, 970, 977, *982 ff.*, 1010.1, 1039.1, 1051 ff., 1059, 1096.2, 1101, 1107, 1112, 1127.1, *1152 ff.*, 1191 ff., 1198, 1206.1, nach 1206.2, 1238.4

Verschuldensbezug (Deliktsrecht): 928, *936 ff.*, 996

Vertragslücke: *474 f.*, 583, 587, 589.3

Vertrag zugunsten Dritter: *535,* 1012

Vertrauenshaftung: 5, 13.2, 22.1, 29, 150, nach 279, *340 ff.*, 445, 465, 470 f., 522, 598, 623, nach 653, *675 ff.*, 1086, 1195, 1231

Vertrauensprinzip (Deliktsrecht): 750, 942

Vertrauensprinzip (Internationales Privatrecht): 905, 1149.2

Vertrauensprinzip (Vertragsrecht): 29, 150, 224.2, nach 351, nach 425, 430, 436, *472 ff., 480 ff.*, *500 ff.*, *518 ff.*, 573 ff., 582 ff., nach 597, 605, 622 ff., 627 f., 632, 634, 636, 648, nach 657, 665 ff., 669 f., 679, 682, 683 f., 686, 703.4, 714, 793.3, 1168, 1190, 1195, 1200 f., 1203, 1230.2, 1237, 1238.1, 1243

Verwaltungsrechtliche Sanktionen: 728.2, 767, *769 ff.*, 780.1, 860A, 881, 926.1, 1104

Verweisungsnorm: 27, *114 ff.*, *137 ff.*, 156 ff., *167 ff.*, nach 180, 191, nach 203.2, nach 230, 356, 368, 370, 434.1, 662.3, 724 f., 740, 756, 780.1, 815.2, 862 ff., 874, nach 894.3, 899.1, 1103, nach 1116, 1238.3, 1096.3, 1099

Vorfrage (Prozessrecht): 93 f.

Vorsatz: 234.2, *247 f.*, 265, 379, 703.1, 746.1, 750, 786, 844, 848 ff., 875.1, 877, 914, 928, 931, *932 ff.*, 944 ff., 949, 951, 975.2, 986 f., 991, 1028.2, 1038.2, 1039.2, 1051.3, 1096.3, 1099, 1106, 1156 f., 1162, 1170, 1191, 1196, 1202, nach 1206.2, 1210, nach 1213, nach 1219, 1224

Vorsatzdogma: *844 ff.*, 1105, 1196

W

Widerrechtlichkeit (Art. 41 Abs. 1 OR): 22.1 f., 31, 125, 172, 190, 193, 197, 254.1, 272, 374, nach 416, 418, 420, 529, 695, *707 ff.*, *724 ff.*, 1013 ff., 1038.2, nach 1039.2, 1047, 1050 ff., 1056, 1058 f., 1074, 1081, 1087.1, 1096.2, 1098, 1101, nach 1102, 1103 ff., 1111, nach 1116, 1118, 1121, 1122, 1125,

1129, 1130, 1148, 1156.2, 1157, nach 1158, 1162, 1194, 1198, 1206.1, 1206.2, 1211.3, 1221, 1224

Willensprinzip: 150, 480, 507 f.

Z

Zeitlicher Anwendungsbereich (einer Norm): *331 ff.*, 356, 368, 370, 864.3, 869, 878 f., *880 ff.*, 1050, 1053, 1106, 1119, 1157, 1177, 1183, 1194, 1198, 1206.1, 1224

Zurechnung zur Schuld (naturrechtliche Zurechnungslehre): 217, *219,* 220, 224.3, 251 *262 ff.*, 284, 288 f., 296, nach 301, 360 ff., 403, 575, 581, 864.1, 956

Zurechnung zur Tat (naturrechtliche Zurechnungslehre): 217, *218,* 219 f., 224.1, 234.2, *236 ff.*, 262, 265, 270.1 f., 272, 284 f., 288 f., 296, nach 301, 327, 359 f., 371, 571, 574, 864.1, 953, 982, nach 988, 992, 1152

Zwei-Stufen-Theorie des IPR: *898 ff.*, 906, 1125, 1141 f., 1147 f.

Zwingendes Recht: 147 f., 151, 156.1, 161, nach 170, 176, 229, 271.2, 315, 344, 353, 419, 421, 460.1, 462 f., 465, 543, 545.1, nach 591, 631, 662.1, 664, 674.6, 1012, 1136 ff., 1151, 1189, 1201, 1249, 1252, 1053

Lebenslauf

Matthias Kuert, geboren am 14. Dezember 1981 in Bern, erhielt im Jahr 2006 von der Universität St. Gallen seinen Abschluss als M.A. HSG. Nach Praktika bei einem Industriekonzern und einer Zürcher Anwaltskanzlei erwarb er 2010 das Anwaltspatent. Danach war er wissenschaftlicher Assistent am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen (Lehrstuhl Prof. Dr. Vito Roberto). 2012 nahm Matthias Kuert bei derselben Zürcher Anwaltskanzlei seine Tätigkeit als Anwalt auf und bekleidet diese Position bis heute. Zwischenzeitlich erwarb er im Studienjahr 2015/2016 einen LL.M. in International Business Law am King's College, London.

Im Sommer 2017 hat Matthias Kuert die vorliegende Dissertation eingereicht, die im Mai 2018 von der Universität St. Gallen genehmigt wurde.