

Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1994

Summum ius, summa iniuria
Zivilrecht zwischen Rechtssicherheit
und Einzelfallgerechtigkeit

Kölner Tagung
14. – 17. September 1994

Für die Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler e. V.
herausgegeben von
Peter Krebs, Andrea Nicolai, Christian Baldus, Christoph Becker,
Klaus Peter Berger, Barbara Dauner-Lieb, Friedrich Klein-Blenkers



RICHARD BOORBERG VERLAG
Stuttgart · München · Hannover · Berlin · Weimar · Dresden

Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen nach schweizerischem Recht

Sandro Abegglen

- I. Einleitung
- II. Aufklärungspflichten, Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit
 1. Der Begriff der Aufklärungspflicht
 2. Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit
- III. Aufklärungspflichten als Ergebnis gewandelter Gerechtigkeitsvorstellungen
 1. Nachweis gewandelter Gerechtigkeitsvorstellungen anhand der Auffächerung von Informationspflichten
 2. Nachweis gewandelter Gerechtigkeits- und Richtigkeitsvorstellungen anhand neuerer Rechtsetzung
 - a) Pauschalreisengesetz
 - b) Konsumkreditgesetz
 - c) Entwurf Börsen- und Effektenhandelsgesetz
 - d) Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften
- IV. Das partiell vorhandene Spannungsverhältnis bei Aufklärungspflichten und dessen Ursachen
 1. Gesetzliche und von Lehre und Rechtsprechung entwickelte Aufklärungspflichten: unterschiedliches Spannungsverhältnis
 2. Unsicherheit über Bestand und Umfang der Aufklärungspflichten
 - a) Zum Verhältnis zwischen Bestand und Umfang der Aufklärungspflichten
 - b) Unsicherheit über den Bestand der Aufklärungspflichten
 - c) Unsicherheit über den Umfang der Aufklärungspflichten
 3. Erhöhtes Spannungsverhältnis in komplexen Dienstleistungsbeziehungen
 - a) Interessensgegensatz- und Interessenwahrnehmungsverhältnis
 - 1) Doktrin: Anknüpfen der Aufklärungspflichten am Einzelgeschäft
 - 2) Die Gerechtigkeitsvorstellung: Anknüpfen der Aufklärungspflichten an der Dienstleistungsbeziehung
 - b) Vorvertragliche und vertragliche Aufklärungspflichten
 - 1) Doktrin: grundlegender Unterschied
 - 2) Die Gerechtigkeitsvorstellung: Konstant gleicher Aufklärungsstandard
- V. Insbesondere der Beitrag der schweizerischen Rechtsprechung zum Spannungsverhältnis

1. Die Rechtsprechung zwischen gewandelten Gerechtigkeitsvorstellungen und überkommener Doktrin
 - a) Das Bundesgericht zwischen zwei Polen
 - b) Beispiel: Kapitalanlagegeschäft
 2. Fehlende Auseinandersetzung mit neuartigen Konzepten
 - a) Neue Konzepte zur Abstützung der Aufklärungspflichten
 - b) Ansätze in der Judikatur
 3. Langjährige Zurückhaltung bei der Aufklärungspflichtstatuierung
 - a) Übertriebene Gesetzegläubigkeit
 - b) Gründe der richterlichen Zurückhaltung
 4. Zunahme der Aufklärungspflichtstatuierungen in neuerer Zeit
- VI. Besondere Legitimität der Aufklärungspflichtstatuierung im schweizerischen OR

1. Sozialer Gestaltungsspielraum im OR
2. Das OR als „offenes System“
3. Antipositivistische Umschreibung der richterlichen Aufgabe
4. Pflicht zur Kenntnisnahme neuer Ordnungsaufgaben
5. Privatautonomie und Schutz des Schwächeren als gleichwertige Prinzipien im OR

I. Einleitung

Aufklärungspflichten stehen im Spannungsfeld zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit. Oberflächlich läßt sich dieser Befund mit einer Standardwendung vieler Gerichte erklären: Bestand und Umfang von Aufklärungspflichten lassen sich nur im Einzelfall bestimmen. Interessanter als diese banale, deshalb nicht falsche Begründung ist die Frage nach den tieferen Hintergründen, weshalb die Rechtsanwendung begleitende Antinomie zwischen Gerechtigkeit und Berechenbarkeit in jüngerer Zeit gerade bei den Aufklärungspflichten als besonderes Problem erscheint. Zudem soll geprüft werden, inwiefern die im Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung erfolgende Statuierung von Aufklärungspflichten in Anbetracht des Spannungsverhältnisses zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit zulässig und legitim ist.

Es werden dabei einige Blicke auf die Aufklärungspflichten im deutschen Schuldrecht zu werfen sein. Denn einerseits werden die schweizerische Lehre und Judikatur von der deutschen Doktrin und Praxis auch in diesem Bereich beeinflusst¹, an-

¹ Der berühmte Art. 1 ZGB weist den Richter u. a. an, bei der Anwendung des Rechts bewährter Lehre und Überlieferung zu folgen; ausländischer Doktrin hat er dabei ähnliches Gewicht zuzumessen wie einheimischer, vgl. *Meyer-Hayoz*, Berner Kommentar Bern (1966) Art. 1 ZGB N 433.

Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen nach schweizerischem Recht

dersets sind die deutschen Juristen ihren eidgenössischen Kollegen in der Kreativität bei der Auferlegung von Aufklärungspflichten voraus.

Das Vortragsthema birgt einige Gefahren: Man könnte in Versuchung geraten, eine Konzeption der Aufklärungspflichten zu entwerfen, in der das erwähnte Spannungsfeld nicht bestünde. Was von einer solchen Utopie zu halten ist, läßt sich in Abwandlung eines Radbruch-Zitats zusammenfassen: Wie verdächtig wäre eine Rechtswissenschaft, welche die Rechtswirklichkeit nicht als frei von Spannungen bezeichnet, und sie doch in einem System der Vernunft, der absoluten Harmonie widerspruchslos aufgehen ließe². Zweitens droht die Gefahr, daß Aufklärungspflichten als ein die Rechtssicherheit per definitionem bedrohendes Instrument abqualifiziert werden. Dem Recht und seiner Idee, der Gerechtigkeit, wäre damit kein Dienst erwiesen, wohl aber jenen, deren Ausruf „Gefährdung der Rechtssicherheit“ noch je-
desmal erschallte, wenn sie (unerwartet) in Pflicht genommen wurden.

Schließlich soll hier nicht eine sozialpolitische Diskussion über pro und contra von Risikoumverteilungen mittels Aufklärungspflichten geführt werden. Es geht vielmehr, wie oben erwähnt, um eine Untersuchung der De-lege-lata-Zulässigkeit der Aufklärungspflichtstatuierung im Lichte des Spannungsverhältnisses zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit.

II. Aufklärungspflichten, Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit

1. Der Begriff der Aufklärungspflicht

Vor Ihrem Kreis ausführlich über Begriff, Funktion und Dogmatik von Aufklärungspflichten zu referieren, hieße Eulen nach Athen tragen. Was Aufklärungspflichten anbelangt, erscheint der nördliche Nachbar aus helvetischer Perspektive betrachtet nämlich als Land der beinahe unbegrenzten Möglichkeiten. Die deutsche Judikatur zu den Aufklärungspflichten ist von eindrucksvollem Umfang. Reputierte Autoren wie Hopt charakterisieren sie gar als unüberblickbar³; Frau Grunewald stellt nachvollziehbar die rhetorische Frage: „Aufklärungspflichten ohne Grenzen?“⁴. In der Schweiz dagegen lassen sich die wenigen Urteile zu den Auf-

² „Wie verdächtig wäre eine Philosophie, welche die Welt nicht für eine Zweckschöpfung der Vernunft hielt und sie doch in einem System der Vernunft widerspruchslos aufgehen ließe.“ *Radbruch*, Rechtsphilosophie⁸ Stuttgart (1973) 169.

³ *Hopt*, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken München (1975) 235. Stets neue Urteile zu Aufklärungspflichten im Bankgeschäft finden sich etwa in praktisch jeder Nummer der WM Wertpapiermitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht. Es erscheinen in fortgesetzter Auflage Monographien über diese spezifischen Pflichten, vgl. etwa *Vormann*, Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken⁸ Köln (1993).

⁴ *Grunewald*, Aufklärungspflichten ohne Grenzen? AcP 190 (1990) 609 ff.

klärungsverhältnissen⁵ durchaus noch verarbeiten. Viele Praktiker sprechen allerdings von einer statlichen Anzahl von Fällen, die demnächst ans oberste Gericht gelangen werden⁶. Überproportional viele Klagen werden dabei von deutschen Kapitalanlegern angehoben; es ist zu vermuten, daß die in Deutschland erhöhte Sensibilität für Aufklärungsverpflichtungen dafür verantwortlich ist.

Trotz Ihrer Vertrautheit mit dem Gegenstand zwei begriffliche Klarstellungen: Deutsche und schweizerische Lehre verstehen unter der Aufklärungspflicht übereinstimmend die Obligation, „den andern Teil unaufgefordert über entscheidungserhebliche Umstände zu informieren“⁷. Dabei ist zu präzisieren, daß die erheblichen Umstände, die das Objekt der Aufklärung darstellen, von entscheidungserheblicher Bedeutung für das rechtsgeschäftliche⁸ oder rechtsgeschäftsähnliche Verhalten des Aufklärungsadressaten sein müssen. Dies erlaubt, qualitativ andersartige Pflichten, wie etwa Warnpflichten⁹ (z. B. Lawinengefahr-Tafeln im Gebirge), abzugrenzen.

2. Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit

Als Gehalt der Einzelfallgerechtigkeit wird gemeinhin das Erreichen einer gerechten, alle Umstände berücksichtigenden und den Verhältnissen angepaßten Lösung im konkreten Rechtsfall verstanden¹⁰. Auf den ersten Blick scheint es, daß durch die Subsumtion des individuell-konkreten Sachverhaltes unter die generell-abstrakte Norm Einzelfallgerechtigkeit verwirklicht wird, wenn nur die Norm gerecht ist. Ist nämlich die Rechtsregel gerecht, so sollte durch den syllogistischen Vorgang der

⁵ Was für die Aufklärungspflichten im schweizerischen Bankgeschäft in Anbetracht der enormen Anlagevolumen erstaunt. Die von den Schweizer Banken verwalteten Vermögenswerte wurden im Jahr 1989 auf 1,3 bis 1,5 Billionen Franken geschätzt. Zum Vergleich: Das gesamte Geldvermögen aller privaten Haushalte in den alten Bundesländern betrug 1992 „nur“ knapp das Doppelte davon.

⁶ Die Zunahme der Streitfälle spiegelt – mit der üblichen Verzögerung – die Börsenbaisse sowie die allgemeinen rezessionsbedingten Verluste wider; solange Gewinne realisiert werden (was bei lange haussierenden Märkten für viele der Fall war), kümmert und beklagt man sich nicht über eventuell unvollständige Aufklärung seitens der Bank.

⁷ Palandt-Heinrichs⁵³ München (1994) § 242 N 37; gleich auch Münch.-Komm.-Roth § 242 N 197.

⁸ So auch Böhm, Die Aufklärungspflicht bei Vertragsverhandlungen Diss. Göttingen (1964) ff.; Klingler, Aufklärungspflichten im Vertragsrecht – Hypothesen zu ihrer richterlichen Instrumentalisierung Düsseldorf (1981) 20.

⁹ Man denke nur an folgenden strukturellen Unterschied: Die Aufklärungspflicht im hier verstandenen Sinne soll Entscheidungsgrundlagen für eine freie Willensentscheidung beschaffen. Anders Warnpflichten: Sie sollen gerade nicht Entscheidungsalternativen eröffnen, sondern faktisches Verhalten verbieten bzw. ein bestimmtes Verhalten gebieten.

¹⁰ Vgl. statt vieler nur Weinberger, Einzelfallgerechtigkeit in Dimension des Rechts FS René Marcic I Berlin (1974) 426. Wobei offen bleiben muß, was als *gerechte* Lösung zu betrachten ist. Deren Inhalt läßt sich mit rational-argumentativen Konzepten nicht erschließen, auch nicht mit dem wohl berühmtesten, der Unterscheidung zwischen ausstehender und ausgleichender Gerechtigkeit. Auch Rechtsphilosophen wie Radbruch oder Engisch präsentieren keine operablen Inhaltsbestimmungen der Gerechtigkeit, jedenfalls nicht der ausgleichenden. Dies erstaunt nicht, denn „das Gerechte ist wie das Gute, das Wahre, das Schöne, ein absoluter, d. h. aus keinem anderen Werte ableitbarer Wert“, Radbruch (Fn. 2) 120.

Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen nach schweizerischem Recht

Subsumtion keine ungerechte conclusio abgeleitet werden können. Wäre dem so, bestünde kein Spannungsverhältnis zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit¹¹, da die Ableitung der (einzelfallgerechten) conclusio aus der Rechtsregel ein Maximum an Bestimmtheit und damit Vorhersehbarkeit, mithin Rechtssicherheit, garantieren würde. Eine geläufige Erklärung dieser Grundantinomie geht dahin, daß die Norm ihrer generell-abstrakten Natur wegen der Vielfalt des Lebens und der Einzigartigkeit jedes konkreten Falles nicht gerecht werden könne. Bei genauerer Betrachtung sind es die Offenheit von Normen gegenüber differenzierenden Umständen, die doppelte Aufgabe des Rechts als Mittel zur Realisierung von gesellschaftlichen Zielen und zum Schutz gesellschaftlicher Werte im Einzelfall sowie die strukturellen Eigenarten des Rechtsinhaltes¹², welche zur erwähnten Antinomie führen.

III. Aufklärungspflichten als Ergebnis gewandelter Gerechtigkeitsvorstellungen

1. Nachweis gewandelter Gerechtigkeitsvorstellungen anhand der Aufklärung von Informationspflichten

Die Statuierung und Auffächerung von umfassenden Informationspflichten wäre, wie andere Erscheinungen der richterlichen Einflußnahme auf schuldrechtliche Verhältnisse, z. B. Willensfiktionen, Bezugnahme auf den inneren Willen, Geschäftsgrundlagenlehre etc., in einer „altväterischen Kautelarjurisprudenz“ undenkbar gewesen¹³. Wenn heute festgestellt wird, daß die Aufklärungspflichten Hochkonjunktur haben, so liegt der Grund dafür aber nur vordergründig im wissenschaftlichen Fortschritt der Jurisprudenz und dessen Nachvollzug durch die Rechtsprechung. Eigentliche Ursache dieser Entwicklung sind die veränderten Gerechtigkeitsvorstellungen. Denn es ist – hier wie überall – letztlich der soziale Wertkonsens, in dessen Kielwasser Verhaltens- und damit auch ausgedehnte Aufklärungspflichten „entdeckt“ und fortentwickelt werden¹⁴. Diese Entwicklung muß im Rahmen des beinahe weltweiten Trends zur Ausgleichung konsumentenschutzrechtlicher Ungleichge-

¹¹ Zu den anderen, hier nicht interessierenden Teilgehalten der Rechtssicherheit wie Rechtsfrieden und Rechtsmacht vgl. etwa Wiedemann, Rechtssicherheit – ein absoluter Wert?, in FS Karl Larenz München (1973) 205.

¹² Grundlegend Weinberger (Fn. 10) 427.

¹³ Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts Tübingen (1964) 333.

¹⁴ In Anlehnung an Köndgen, Ökonomische Aspekte des Schadensproblems, Bemerkungen zur Kommerzialisierungsmethode des Bundesgerichtshofs, AcP 177 (1977) 7: „Soziale Wertkonsense bestimmen, was rechtsrelevanter Schaden ist.“ Die Mentalitätsveränderung der industriellen und v. a. der postindustriellen Gesellschaft förderte die Tendenz, entstandene Schäden auf einen anderen umzuwälzen. Dieser sog. transfer of losses hat im gesamten Zivilrecht zu „entscheidenden Veränderungen“ geführt. Wiegand, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in Grundfragen des neuen Aktienrechts Bern (1993) 7. Dazu ausführlich auch Wiegand, Die Rezeption amerikanischen Rechts, in Festgabe für den schweizerischen Juristentag 1988, ZBlV 124⁹⁸ (1988) 229 ff.

wichtslagen gesehen werden¹⁵. Die Wandlung der Gerechtigkeitsvorstellungen ihrerseits ist die Folge der bereits vor ungefähr einem Jahrhundert einsetzenden Veränderungen des dem Schuldrecht zugrundeliegenden Sozialmodells. Vom 19. zum 20. Jahrhundert fand ein eigentlicher „Paradigmawechsel“¹⁶ statt: „Im Mittelpunkt des Privatrechts steht nicht mehr der privatautonome Bürger, der seine Lebensverhältnisse selbstständig ordnet“¹⁷. Die daraus resultierenden Umorientierungen und deren Auswirkungen hat *Wiegand* eindrücklich am Beispiel der Verhaltenspflichten aufgezeigt. Insbesondere weist er nach, daß die heute allgemein verbreitete Vorstellung, wonach der eine Vertragsteil soziale Pflichten zur Wahrung der Interessen des andern habe, die Dogmatik bei der „Aufgliederung und Auffächerung“ der Verhaltenspflichten stark beeinflusst hat. In diesem Sinne kann die derzeit konstaterbare Tendenz vermehrter Aufklärungspflichtstanuierungen als Nachweis gewandelter Gerechtigkeitsvorstellungen betrachtet werden.

Nun sind der Übergang vom liberalen zum sozialliberalen Vertragsmodell und die daraus resultierenden Erscheinungen natürlich keine Neuheit. So stellte das Reichsgericht bereits anfangs dieses Jahrhunderts fest, daß der Bankier einen vom Spekulationsfieber gepackten Schneidermeister vor dem Abschluß „solcher nach seinen Verhältnissen durchaus ungeeigneter Geschäfte“ aufklären mußte¹⁸. Relativ neu ist hingegen – deshalb die Brisanz der Aufklärungspflichten – die ungeheure Komplexität der Abwicklung vieler moderner, auch Laien angebotenen Dienstleistungen. Die Verhältnisse sind weniger idyllisch als zur Zeit des Schneidermeisters, nicht nur, was die Berufsbezeichnungen der Parteien anbelangt, sondern auch hinsichtlich der Kompliziertheit der Geschäfte und der in der Folge sprunghaft angestiegenen Informationsdefizite¹⁹. Dies hat zu einem explosionsartigen Wachstum des Informationsbedarfs geführt. Daß Dogmatik und Rechtsprechung diese Wissensgefälle z. B. durch die Statuierung von Aufklärungspflichten stets aufs neue ausgleichen, zeigt, wie sie sich durchaus nach dem wandelnden Wertkonsens ausrichten.

2. Nachweis der gewandelten Gerechtigkeits- und Richtigkeitsvorstellungen anhand neuerer Rechtssetzung

Auch die neuere Gesetzgebung belegt, daß sich die mehrheitsfähigen Auffassungen über Bestand und Umfang der Aufklärungspflichten gewandelt haben. Die von der

15 *Wiegand*, Zur Haftung für Dienstleistungen, recht – Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (1990) 139.
16 *Wiegand*, Die Verhaltenspflichten – Ein Beitrag zur juristischen Zeitgeschichte, in FS Sten Gagnér München (1991) 550.

17 *Wiegand*, Verhaltenspflichten (Fn. 16) 550.

18 RG WarnR 1916 Nr. 277, zit. nach *Lauer*, Vorvertragliche Informationspflichten (insbes. gegenüber Verbrauchern) nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht Bern (1983) 151.

19 Man denke nur an die auch von Bankfachleuten kaum mehr überschaubare Vielzahl und Kompliziertheit der stets neuen Instrumente im Kapitalanlagegeschäft oder an die detaillierten medizinischen und rechtlichen Kriterien, welche darüber entscheiden, ob ein bestimmter Eingriff von der Krankenkasse gedeckt wird oder nicht; dazu etwa Bezirksamtsgericht Zürich in Blätter für Zürcherische Rechtsprechung ZR 88 (1989) 86 ff., wo der die wirtschaftliche Aufklärungspflicht verletzende Arzt den Überblick wohl selber verloren hatte.

Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen nach schweizerischem Recht

Legislative eingeführten Aufklärungspflichten sind besonders geeignet, die Veränderung des sozialen Wertkonsenses darzustellen. Sind sie doch Ergebnis eines im politischen Diskurs ausgehandelten Kompromisses und können gerade in der direkten Demokratie für sich in Anspruch nehmen, von der Mehrheit der Bürger sanktioniert worden zu sein²⁰.

a) Pauschalreisengesetz

Am 1. Juli 1994 trat das Bundesgesetz über Pauschalreisen²¹ in Kraft²². Der Inhalt der gesetzlichen Regelung des in der Literatur bisher als Reiseveranstaltungsvertrag bezeichneten Kontraktyps wurde in starker Anlehnung an die europäische Richtlinie über Pauschalreisen ausgestaltet²³. Charakteristisches Merkmal des Gesetzes sind die umfassenden Informationspflichten²⁴. So statuiert das Gesetz in den Art. 1 bis 6, 9 sowie teilweise 7 und 18 Aufklärungspflichten. Viele dieser Informationspflichten waren bereits im Zuge gelehrter und richterlicher Rechtsfortbildung ausgeformt worden. Wie zuvor die Lehre unterscheidet auch die Novelle verschiedene Phasen der Aufklärung: Information durch Prospektgestaltung, vorvertragliche Unterrichtungspflichten sowie Mitteilungspflichten vor der Reise²⁵. Zur Begründung der umfassenden Aufklärungspflichten wurde aus rechtssoziologischer Sicht darauf hingewiesen, daß sich gerade der Pauschaltourist bezüglich der Erledigung der mit der Reise zusammenhängenden Einzelheiten auf das Reisebüro verlasse oder zumindest erwarte, daß er auf das, was er selber zu beachten habe, hingewiesen werde²⁶. Die Aufklärung wird als Teil der durch die „persönliche Einbezogenheit des Kunden bedingten Betreuungsfunktion“ betrachtet²⁷. Das Pauschalreisengesetz belegt mit seinen vielen Informationspflichten, daß gewandelte Richtigkeitsvorstel-

20 Gem. Art. 89 Abs. 2 BV kann gegen Bundesgesetze von 50 000 Stimmberechtigten oder von 8 Kantonen das Referendum (fakultatives Referendum) ergriffen werden. Das von den Räten verabschiedete Gesetz wird erst nach unbenütztem Ablauf der 90-tägigen Referendumsfrist oder andernfalls nach Annahme in der Volksabstimmung in Kraft gesetzt. Daß ein Erlaß, gegen welchen das Referendum nicht ergriffen wurde, in gleicher Weise durch den Volkswillen legitimiert sein soll wie im Falle der Durchführung einer Volksabstimmung, ist eine Fiktion des Staatsrechts. Denn die erforderliche Unterschriftensammlung für die Durchführung einer Volksabstimmung ist in der Regel nur erfolgreich, wenn sog. referendumsfähige, d. h. genügend schlagkräftige Interessengruppierungen, vor allem Verbände, sich dafür einsetzen.

21 Bundesgesetz über Pauschalreisen vom 18.6.1993.

22 Das Bundesgesetz über Pauschalreisen wurde im Rahmen des sog. „Swisslex-Paketes“ beschlossen, mit welchem nach der Ablehnung des EWR-Abkommens die Europakompatibilität des schweizerischen Rechts sichergestellt werden sollte. Viele Bestimmungen des Pauschalreisengesetzes decken sich z. T. wörtlich mit der EG-Richtlinie Nr. 90/314 über Pauschalreisen.

23 Richtlinie des Rates vom 13.6.1990 über Pauschalreisen (90/314/EWG). Vgl. auch § 651 a BGB: „Durch den Reisevertrag wird der Reiseveranstalter verpflichtet, dem Reisenden eine Gesamtheit von Reiseleistungen (Reise) zu erbringen. Der Reisende ist verpflichtet, dem Reiseveranstalter den vereinbarten Reisepreis zu zahlen.“

24 Auch *Roberto*, Das neue Pauschalreisengesetz, in recht – Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (1994) 9 betont, daß die Regelung der Informationspflichten des Reiseveranstalters außerordentlich detailliert ausgefallen sei.

25 Weiterführend dazu *Roberto* (Fn. 24) 9.

26 *Girberger*, Der Reisevertrag, in Zeitschrift für Schweizerisches Recht ZSR NF 113 (1994) II 68.

27 *Bartl*, Reiserrecht Baden-Baden (1981) Nr. 8 a, 29.

lungen über Aufklärungspflichten anhand der Gesetzgebung nachgewiesen werden können; es zeigt auch, daß die Judikative diesen gewandelten Vorstellungen Rechnung tragen will. Überdies legitimiert das Gesetz die von Lehre und Rechtsprechung vorgenommene Rechtsfortbildung, in deren Rahmen solche Aufklärungspflichten bereits statuiert worden waren.

b) Konsumkreditgesetz

Kern des am 1. April 1994 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über den Konsumkredit (KKG) ist die vorgängige Aufklärung des Konsumenten über die Vertragsfolgen²⁸. Es bezweckt nämlich, gleich wie die EG-Verbraucherkredit-Richtlinien²⁹ und das deutsche Verbraucherkreditgesetz, „zur Hauptsache die Schaffung von Transparenz“³⁰. Den großen Stellenwert, welchen der eidgenössische Gesetzgeber den in Art. 8 – 10 KKG verankerten Aufklärungspflichten einräumt, zeigt sich deutlich bei den Sanktionen für die Verletzung dieser Pflichten: Die Mißachtung der zentralen Informationspflichten führt, eine europaweite Exklusivität, zu unheilbarer Nichtigkeit des Vertrages³¹. Der Konsument darf die Kreditsumme – unvereinbar mit der klassischen Nichtigkeitsdoktrin! – bis zum Ablauf der vereinbarten Kreditdauer entschädigungslos nutzen, erhält mithin einen Gratiskredit³². Diese überkompensatorische, pönal wirkende Rechtsfolge wurde als Ersatz für eine ursprünglich vorgesehene, dann aber in der Beratung gestrichene, strafrechtliche (!) Sanktion eingefügt. Sie soll verhindern, „daß eine Partei gegen die gesetzlichen Normen verstoßende Verunsicherungen starten kann, ohne Nachteile zu riskieren, wenn der Versuch scheitert.“³³ Auch diese gesetzliche Verankerung von Informationspflichten belegt, wie sich die konsensfähigen Gerechtigkeitsvorstellungen über Aufklärungspflichten offensichtlich verändert haben.

c) Entwurf Börsen- und Effektenhandelsgesetz

1995 soll das Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG) die kantonalen Börsenerlasse ablösen³⁴. Das BEHG statuiert umfassende

Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen nach schweizerischem Recht

Informationspflichten der Wertpapierhändler, wozu auch die Banken gezählt werden. Das ist von eminenter Bedeutung, da in der Schweiz der Großteil des Wertpapierhandels über die Geldinstitute abgewickelt wird. In der parlamentarischen Debatte wurde die mittels Informationspflichten sicherzustellende Transparenz als das „zentralste und wichtigste Instrument zur Sicherung eines fairen Effektenhandels“³⁵ bezeichnet. Auch hier spiegeln sich die bezüglich der Aufklärungspflichten gewandelten und anscheinend kompromißfähigen Gerechtigkeits- und Richtigkeitsvorstellungen wider. Es handelt sich dabei wie etwa beim KKG nicht um eine isolierte schweizerische Erscheinung, sondern vielmehr um die Herstellung der Europakompatibilität des schweizerischen Rechts; man denke nur an die EG-Wertpapierdienstleistungsrichtlinie vom 10. 5. 1993 oder das Wertpapierhandelsgesetz.

d) Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften

Die seit 1. Juli 1991 in Kraft stehenden Art. 40 a – 40 g OR statuieren bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen ein Widerrufsrecht. Danach hat der Kunde nach Abschluß eines Vertrages über den Bezug u. a. von Dienstleistungen ein Widerrufsrecht, wenn die Vertragsverhandlungen in Wohnräumen, in der Öffentlichkeit oder auf Werbefahrten und dgl. geführt worden sind. Gemäß Art. 40 d OR hat dabei der Anbieter den Kunden über dieses Widerrufsrecht sowie die Modalitäten betreffend dessen Geltendmachung aufzuklären. Die Einhaltung dieser Pflicht wird dadurch sichergestellt, daß die siebentägige Widerrufsfrist erst mit Kenntnis des Widerrufsrechts zu laufen beginnt.

IV Das partiell vorhandene Spannungsverhältnis bei Aufklärungspflichten und dessen Ursachen

1. Gesetzliche und von Lehre und Rechtsprechung entwickelte Aufklärungspflichten: unterschiedliches Spannungsverhältnis

Nicht jede Art von Aufklärungspflichten steht im Spannungsverhältnis zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit. So bieten etwa die Aufklärungspflichten des Konsumkreditgesetzes oder des Pauschalreisengesetzes keine größeren Probleme, da deren Bestand und Umfang völlig losgelöst von subjektiven Momenten, wie etwa der individuellen Aufklärungsbedürftigkeit, durch das Gesetz festgelegt und präzise umrissen werden. Gesetzliche Aufklärungspflichten, welche in einer detaillierten Spezialnorm verankert sind, gefährden die Rechtssicherheit mithin kaum³⁶. Informationspflichten dagegen, die ihren positiv-rechtlichen Geltungsgrund

³⁵ So Kommissionsreferent David, Neue Zürcher Zeitung (Fn. 34) 17.

³⁶ Unter Ausklammerung der Rechtssicherheit, die sich dann ergeben kann, wenn der Inhalt einer bestimmten Norm außerhalb des gemeinhin Erwarteten steht und dem allgemeinen Rechtsbewußtsein nicht entspricht.

²⁸ Wiegand, Die zentralen Elemente des Konsumkreditgesetzes, in Das neue Konsumkreditgesetz (KKG) Bern (1994) 40.

²⁹ Richtlinie des Rates vom 22. 12. 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über den Verbraucherkredit (87/102/EWG) sowie die dazugehörige Änderungsrichtlinie (90/88/EWG).

³⁰ Koller, Das Sanktionensystem des Konsumkreditrechts, in Das neue Konsumkreditgesetz (KKG) Bern (1994) 48; Westphalen/Emmerich/Kassler, Verbraucherkreditgesetz Köln (1991), 8ff.

³¹ Art. 11 Abs. 1 KKG. Vgl. dazu Köndgen, Zur neuen Konsumkreditgesetzgebung, in Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz Bern (1994) 45. Nach § 6 Abs. 2 VerbrKG wird die Nichtigkeit geteilt, wenn die Darlehensvaluta empfangen oder der Kredit in Anspruch genommen wird.

³² Dazu ausführlich Koller (Fn. 30) 99 ff.; kritisch zu dieser Regelung Köndgen (Fn. 31) 46. Anders im VerbrKG § 6 Abs. 2: hier ist ein Zins zu vergüten, dessen Höhe reduziert sich jedoch auf die Höhe des gesetzlichen Zinssatzes.

³³ So plastisch Koller (Fn. 30) 105.

³⁴ Der bundesrätliche Entwurf zum BEHG wurde im Juni 1994 vom Nationalrat als Zweitrat behandelt; vgl. dazu den Sitzungsbericht in Neue Zürcher Zeitung Nr. 138 vom 16. 6. 1994, 17 f. und 33.

vorab in Art. 2 ZGB (Treue und Glauben) oder in den allgemeinen Sorgfaltspflichten des Beauftragten (Art. 398 OR) haben, eröffnen einen relativ großen Wertungsspielraum, der grundsätzlich geeignet ist, die Rechtssicherheit zu tangieren³⁷.

2. Unsicherheit über Bestand und Umfang der Aufklärungspflichten

a) Zum Verhältnis zwischen Bestand und Umfang der Aufklärungspflichten

Unsicherheiten über das Bestehen von Aufklärungspflichten ergeben sich sowohl bei vorvertraglichen wie bei vertraglichen Informationspflichten. Bei ersteren stellt sich die Frage, ob prinzipiell – und falls ja in welchem Umfang – Aufklärung gebührt sei. Bei letzteren ist ihr prinzipielles Bestehen anerkannt, strittig ist hingegen deren Umfang, d. h. Inhalt. Bei genauer Betrachtung geht es dabei letztlich häufig um die gleiche Frage: Jede Diskussion über den Umfang einer Aufklärungspflicht kann häufig auch als solche über den Bestand einer Spezialaufklärungspflicht geführt werden. Beispiel: Umfaßt die ärztliche Aufklärungspflicht auch Informationen über versicherungsrechtliche Fragen (Umfang)? Besteht eine wirtschaftliche Aufklärungspflicht (Bestand)?³⁸

b) Unsicherheit über den Bestand der Aufklärungspflichten

Deutsche und schweizerische Lehre und Rechtsprechung gehen einhellig davon aus, daß keine allgemeine vorvertragliche Pflicht besteht, den Vertragspartner über für ihn wesentliche Umstände aufzuklären³⁹. Das Bestehen einer Aufklärungspflicht wird nur, aber immerhin bejaht, wenn „eine Mitteilung nach Treue und Glauben und den herrschenden Anschauungen geboten ist.“⁴⁰ Die deutsche Rechtsprechung geht etwas weiter und anerkennt die Pflicht, wenn die Gegenseite nach Treue und Glauben „unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise Aufklärung erwarten dürfte.“⁴¹

Aufgrund dieser sehr offenen und unbestimmten Umschreibung der Aufklärungspflicht auslösenden Sachverhaltsvoraussetzungen – *Breidenbach* spricht gar von einer Leerformel⁴² – ergibt sich zwangsläufig ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen der auf Art. 2 ZGB positiv rechtlich abgestützten Forderung nach Einzelfallgerechtigkeit und dem Gebot der Rechtssicherheit. Denn für den einzelnen Rechtsunterworfenen ist es schwierig voranzusehen, ob in seinem Fall Aufklärung

³⁷ Dazu sogleich im Text.

³⁸ Was dafür spricht, daß die Unterscheidung zwischen vorvertraglichen und vertraglichen Aufklärungspflichten nicht von grundlegender Bedeutung ist und eher Zusammenhänge verschleiert, als Klarheit schafft.

³⁹ Für Deutschland statt aller *Heinrichs* (Fn. 7) § 242 N 5; für die Schweiz etwa *Mert*, *Berner Kommentar* Bern (1966) Art. 2 ZGB N 270.

⁴⁰ *Bucher*, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* Zürich (1988) 220.

⁴¹ *Heinrichs* (Fn. 7) § 123 N 5.

⁴² *Breidenbach*, Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß München (1989) 9.

Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen nach schweizerischem Recht

„nach Treue und Glauben und den herrschenden Anschauungen“⁴³ geboten ist oder nicht. Mit der Zunahme der Judikatur zu Fragen der Aufklärungspflichten wird die Problematik allerdings entschärft. So gibt es in Deutschland mittlerweile etwa zu den Aufklärungspflichten der Bank eine umfangreiche Kasuistik, welche vom Rechtsunterworfenen nicht nur in einschlägigen Zeitschriften⁴⁴ verfolgt werden kann, sondern auch in Monographien⁴⁵ systematisch erfaßt und aufbereitet wird. Indem beispielsweise für alle Bankgeschäftstypen⁴⁶ Bestand und Umfang der Aufklärungspflichten dargestellt werden, steigt die Rechtsvoraussehbarkeit für die am Bankgeschäft Beteiligten an. In der Schweiz kann sich der Rechtssuchende im Gegensatz zu Deutschland dagegen noch nicht auf eine derart breite Kasuistik verlassen.

Neben der bereits heute umfangreichen und gut verarbeiteten⁴⁷ Rechtsprechung zu den Aufklärungspflichten bei medizinischer Behandlung hat das Bundesgericht nämlich erst in neuerer Zeit einige wenige Richtlinien zur Aufklärungspflicht der Banken im Anlagegeschäft entwickelt⁴⁸. So stellte es in einem neuesten Entscheid in einem obiter dictum fest: „Ist ohne weiteres ersichtlich, daß der Kunde von den Risiken (in casu von Devisentermingeschäften, Anm. des Verfassers) keine Ahnung hat, muß ihn die Bank darauf hinweisen.“⁴⁹ Eine weitere vom Bundesgericht im gleichen Urteil entwickelte Regel besagt etwa, daß die Anforderungen an die Aufklärungspflicht höher sind, wenn der Kunde nicht nur mit seinem Vermögen, sondern auch mit Krediten der Bank „spekuliert“⁵⁰.

c) Unsicherheit über den Umfang der Aufklärungspflichten

Paradebeispiel für die Unsicherheit über den Umfang der Aufklärungspflicht ist die Risikoaufklärung bei ärztlicher Behandlung. So besteht zwar Klarheit, daß über Risiken von medizinischen Eingriffen aufzuklären ist; wo die Grenze des Aufklärungsumfanges zu ziehen ist, bleibt indes diffus. Wohl versucht die Doktrin, Kriterien zu erarbeiten, welche „im Interesse der Rechtssicherheit“⁵¹ Aufschluß darüber geben, über welche Risiken aufzuklären ist. So werden als Anhaltspunkte die Häufigkeit und Schwere von Komplikationen oder gar sog. Komplikationsprozentage genannt⁵². Neuerdings wird auch von der „individuellen Aufklärungsbedürftig-

⁴³ *Bucher* (Fn. 40) 220.

⁴⁴ So etwa in *WM Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, *ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*.

⁴⁵ *Nobbe*, Neue höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Bankrecht² Köln (1993) 1ff.; *Vormann* (Fn. 3).

⁴⁶ Als Beispiel für den Grad an Spezialisierung auf diesem Gebiet vgl. nur etwa *Wand*, Aufklärungs- und Beratungspflichten im grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr, in *WM* 1994, 8ff.

⁴⁷ *Wiegand*, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in *Handbuch des Arztrechts* Zürich (1994) 119 – 214; *Eisner*, Die Aufklärungspflicht des Arztes; Die Rechtslage in Deutschland, der Schweiz und den USA, Bern (1992).

⁴⁸ Vgl. dazu *BGE* 110 II 360; 115 II 65; 119 II 333.

⁴⁹ *BGE* 119 II 335.

⁵⁰ *BGE* 119 II 335. Näheres dazu unten V. 1. (b).

⁵¹ *Wiegand*, Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung, Eine Standortbestimmung anlässlich der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, recht 1993, 149 ff.

⁵² *Wiegand*, Die Aufklärungspflicht, *Handbuch* (Fn. 47) 135 m.w.H.

keit⁵³ gesprochen, wonach sich der Aufklärungsumfang nach dem konkret zu behandelnden, individuellen Patienten zu richten habe. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts stimmt im Ergebnis z. T. mit diesem Konzept überein⁵⁴, führt allerdings notwendigerweise zu zeitweiligen Konflikten mit der Rechtssicherheit. Denn die Bestimmung von Aufklärungspflicht und -inhalt unter Bezugnahme auf den individuellen Patienten in seiner konkreten Situation erfolgt im Ergebnis oft in einer Art ex-post-Betrachtung. Die medizinische Aufklärungspflicht zeigt weiterhin beispielhaft, daß die Ausdehnung des Aufklärungsumfanges stets mit einer zeitweiligen Zunahme der Rechtsunsicherheit einhergeht. So stellte das Bundesgericht kürzlich nach ausführlicher Auseinandersetzung u. a. mit der deutschen Spruchpraxis fest, daß den Arzt eine Pflicht zur Information über wirtschaftliche und versicherungsrechtliche Belange der Heilbehandlung treffe⁵⁵. Dies führte zu einer deutlich spürbaren Verunsicherung in der Ärzteschaft, obwohl das Bundesgericht dieses Urteil in früheren obiter dicta vorbereitet und jedenfalls ein Teil der Lehre ebenfalls seit einiger Zeit eine wirtschaftliche Aufklärungspflicht bejaht hatte⁵⁶. Auch in anderen Dienstleistungsbereichen entstehen wegen der Ausdehnung des Aufklärungsumfanges Unsicherheiten. Man denke nur an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, wonach der Architekt den Bauherrn auf steuerliche Baubegünstigungen aufmerksam zu machen hat⁵⁷. Dementsprechend könnte in der Schweiz die Aufklärungspflicht des Architekten dereinst etwa auf die Pflicht zur Information über Möglichkeiten von Vergünstigungen gemäß Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz (WEG) oder gemäß Bundesgesetz über die Verbesserung der Wohnverhältnisse in Berggebieten (WS) ausgedehnt werden.

3. Erhöhtes Spannungsverhältnis in komplexen Dienstleistungsbeziehungen

a) Interessengengensatz- und Interessenwahrnehmungsverhältnis

1) Doktrin: Anknüpfen der Aufklärungspflichten am Einzelgeschäft

Das Privatrecht geht davon aus, daß der einzelne Rechtsanwender seine Verhältnisse in Selbstbestimmung und Eigenverantwortung angemessen gestalten kann⁵⁸. Jedermann hat demnach im Verkehrsleben seine Interessen selbst wahrzunehmen⁵⁹; soweit ein Interessengengensatz- (eigennütziges) Geschäft vorliegt, bestehen dementsprechend bloß geringe Offenbarungspflichten. Dies ist etwa bei Kauf-, Miet-,

Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen nach schweizerischem Recht

Darlehens- und Bürgschaftsverträgen der Fall. Hier darf die Gegenseite unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise keine Aufklärung erwarten⁶⁰. Anders in Interessenwahrnehmungsverhältnissen: Wer verspricht, fremde Interessen zu wahren, schuldet aufgrund der diesen Geschäften innewohnenden Treupflicht umfassende Aufklärung. Folgt man dieser Unterscheidung, resultieren in Dienstleistungsverhältnissen, welche wie etwa das Bankgeschäft sowohl Interessenwahrungs- als auch Interessengengensatzgeschäfte enthalten, für das Publikum unerwartete Ergebnisse. So wäre etwa im Anlagegeschäft für die Bestimmung der Aufklärungspflichten danach zu unterscheiden, ob auf den Anlage„auftrag“ Kaufrecht oder Auftrags- bzw. Kommissionsrecht anwendbar ist. Im Kreditgeschäft⁶¹ und bei der Hereinnahme von Bürgschaften läßt sich aufgrund der Interessengengensatzstruktur des Geschäfts mit der überkommenen Doktrin grundsätzlich keine Aufklärungspflicht begründen. Hier zeigen sich die Konsequenzen davon, daß die in der Schweiz „wohl noch herrschende Auffassung ... jedes (Bank)geschäft einzeln betrachtet und behandelt.“⁶²

Zu dieser Auffassung bemerkte das Reichsgericht schon 1898⁶³: „Es würde ... ein wenig angemessenes Ergebnis sein, die Verantwortlichkeit des Bankiers für die Beratung seiner Klienten verschieden bemessen zu wollen, je nachdem ob das Geschäft demnächst die Form der Kommission oder die Form des unmittelbaren Kaufs angenommen hat“.

Wohl berücksichtigt auch die traditionelle Doktrin die Tatsache, daß zwischen Kunde und Bank ein besonderes Vertrauensverhältnis vorliegt⁶⁴. Allerdings verwendet sie dieses Element im Kapitalanlagegeschäft meist nur, um im Rahmen von Art. 199 OR (Wegbedingung der kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistungspflicht ist ungültig, wenn Mängel arglistig verschwiegen wurden) eine Offenbarungspflicht zu konstruieren. Sie knüpft damit die von ihr bejahte Aufklärungspflicht in diesem Fall an den zugrundeliegenden Einzelvertrag (hier: Kauf) an, indem sie aufgrund des gesteigerten Vertrauensverhältnisses die aus diesem fließenden Nebenpflichten modifiziert⁶⁵. Nach einer verbreiteten Auffassung strahlen die Treupflicht und das

60 Denn hier treten sich die Parteien für sie erkennbar „im offenen Gegensatz der Interessen“ gegenüber, von *Tuhr/Peter* (Fn. 59) 322.

61 *Roth*, Aufklärungspflichten im Vermögensanlagegeschäft der Banken, in *Banken und Bankrecht im Wandel*, FS Kleiner Zürich (1993) 20 ff.

62 *Wiegand*, Die Rechtsbeziehung Bank – Kunde in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der AGB-Problematik in Aktuelle Probleme im Bankrecht Berner Tage für die juristische Praxis 1993 Bern (1994) 131 f., 134 f., der für die Übernahme der Lehre vom allgemeinen Bankvertrag in die Schweiz plädiert.

63 Entscheid RGZ 42 (1898) 131; zitiert nach *Hopt*, Rechtsprobleme der Anlageberatung und Vermögensverwaltung der Schweizer Banken, in *Beiträge zum schweizerischen Bankrecht* Bern (1987) 144.

64 Dazu generell *Giger*, Berner Kommentar Bern (1979) Art. 199 OR N 40: „Ein besonderes Vertrauensverhältnis muß im allgemeinen bejaht werden, wenn der Verkäufer als versierter Fachmann einem Laien gegenübersteht. Das gilt für das Verhältnis zwischen dem Bankier und seinem Kunden ...“

65 Vgl. dazu *Giger* (Fn. 64) Art. 199 OR N 40. Auch *Schmid*, Die Geschäftsbeziehung im schweizerischen Bankvertragsrecht Bern (1994) 75, betont in seiner Analyse der h. L., daß die Doktrin als Grundlage für die Treue- und Interessenwahrnehmungspflicht die Einzelverträge sieht.

53 *Wiegand*, Die Aufklärungspflicht, Handbuch (Fn. 47) 138.

54 Vgl. die Erörterung dieses Entscheids in *Wiegand*, Die Aufklärung (Fn. 51) 1993 156.

55 BGE 119 II 456 ff. (frz.): vgl. dazu die Berichterstattung von *Abegglen*, Pflicht des Arztes zur Aufklärung über wirtschaftliche und versicherungsrechtliche Belange der Heilbehandlung („wirtschaftliche Aufklärungspflicht“), in *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* ZBJV 1994, 178 ff.

56 In jüngerer Zeit etwa *Wiegand*, Die Aufklärung (Fn. 51) 153.

57 Vgl. etwa BGE WM 1985, 1535; *Locher*, Das private Baurecht München (1993) N 300.

58 Statt vieler etwa *Bucher* (Fn. 40) 87.

59 Vgl. von *Tuhr/Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I Zürich (1979) 322.

besondere Vertrauensverhältnis, welche zwischen den Parteien bestehen, zudem gleichsam auf die vorvertragliche Stufe aus, weshalb bereits bei der Anbahnung des Vertragsverhältnisses gewisse Aufklärung geschuldet ist.

2) Die Gerechtigkeitsvorstellung: Anknüpfen an der Dienstleistungsbeziehung

Die Erwartungshaltung des Konsumenten wird geprägt vom Vertrauen, welches der Dienstleistungsanbieter in Anspruch nimmt. Wer Vertrauen in Anspruch nimmt, soll es auch honorieren. Diese Vorstellung bezieht sich auf die ganze Dienstleistungsbeziehung, unabhängig von der Rechtsnatur (Typus sowie Interessengegensatz- oder Interessenwahrnehmungscharakter) der einzelnen, in dieser Geschäftsbeziehung abgeschlossenen Verträge. Das soll am Beispiel der Bank-Kundenbeziehung verdeutlicht werden⁶⁶. Tritt der Kunde mit der Bank in Geschäftskontakt, so erwartet er von ihr als Dienstleistungsanbieterin eine fachkundige Beratung in Geldangelegenheiten⁶⁷. Ein Grundstock an Beratung wird vom Kunden dabei völlig unabhängig davon vorausgesetzt, in welcher Rechtsform das konkrete, einzelne Geschäft abgewickelt wird. Denn dieser gibt sich erkennbar (ebenso, wie die Erfahrung gezeigt hat, manchmal auch das Bankpersonal) keine Rechenschaft über den im Einzelfall zugrundeliegenden Vertragstypus und dessen Natur sowie die damit verbundenen Konsequenzen. Es zeigt sich hier deutlich, wie die Erwartungen des Publikums und die auf überkommener Dogmatik basierenden Lösungen auseinanderklaffen. Es ist dabei zu beachten, daß die Ansprüche des Kunden nicht von ungefähr kommen, sind es doch die Banken, die in ihrer Werbung unentgeltliche Beratung jedes einzelnen Kunden in Geldangelegenheiten propagieren und damit Vertrauen in Anspruch nehmen⁶⁸.

b) Vorvertragliche und vertragliche Aufklärungspflichten

1) Doktrin: grundlegender Unterschied

Die Lehre trennt die vorvertraglichen Aufklärungspflichten scharf von den vertraglichen⁶⁹. Ursache dafür ist der je verschiedene Rechtsgrund, auf dem die Pflichten

Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen nach schweizerischem Recht

beruhen: die abschlußbezogenen Aufklärungspflichten stützen sich auf den in Art. 2 ZGB positiv-rechtlich verankerten Grundsatz von Treu und Glauben⁷⁰; nach Vertragsabschluß handelt es sich bei den Aufklärungspflichten nach der h. L. entweder um (unselbständige) Nebenpflichten oder um (Haupt-)Leistungspflichten⁷¹. Der Vertragsabschluß wird dabei regelmäßig als Quantensprung betrachtet, der zu einem wesentlich erhöhten Pflichtstandard führt, obwohl bereits *Merz* dezidiert ausgeführt hatte, daß „inhaltlich gleiche Pflichten auch vor und ohne Vertragsschluß entstehen“ können⁷². Der erhöhte Pflichtstandard bei vertraglichen Aufklärungspflichten wird damit gerechtfertigt, daß diese sich, zumindest mittelbar, auf den den Vertrag begründenden Parteiwillen abstützen. Dabei wird jedoch übersehen, daß eigentliche Quelle der Statuierung auch der vertraglichen Aufklärungspflichten, soweit es sich nicht um solche des Hauptleistungsprogramms handelt, der Richter bzw. die Lehre sind, indem sie eine solche Obligation dem Parteiwillen inkorporieren. „Ce sont bien plus souvent les juges qui ont ajouté, greffé une telle obligation sur celles prévues par les parties.“⁷³

2) Die Gerechtigkeitsvorstellung: Konstant gleicher Aufklärungsstandard

Sobald der Konsument, sei er Patient, Bauherr, Anlagesuchender, Kreditnehmer, potentieller Versicherungsnehmer oder Urlaubsbedürftiger, mit dem Dienstleistungserbringer in Kontakt tritt, erwartet er von diesem grundsätzlich fachgerechte Beratung. Als Beispiel sei der dem BGE 116 II 523 zugrundeliegende Sachverhalt erwähnt, in dem die Arztgehilfin eine besorgte, um einen Termin für ihr Kind ersuchende Mutter falsch aufgeklärt hatte. Das Bundesgericht verurteilte den Arzt zu Schadensersatz, nicht ohne festzustellen, daß es sich um eine vertragliche Aufklärungspflicht gehandelt habe, was jedoch m. E. aus dem konkreten Sachverhalt nicht zwingend hervorging. Unabhängig davon, ob ein Behandlungsvertrag vorlag oder nicht, erwartete die Mutter bezeichnenderweise den gleichen Aufklärungsstandard. Vereinzelt wurde denn auch (sogar in der traditionellen) Doktrin die medizinische Aufklärungspflicht generell auf den Grundsatz von Treu und Glauben zurückgeführt⁷⁴. Die gleiche Schwierigkeit stellt sich etwa auch im Anlagegeschäft: Der

⁶⁶ *Forsterzung der Fußnote 69:*

Berücksichtigung des Kaufrechts) zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo, Diss. Zürich (1991). Anders aber das grundlegende Werk von *Fabre-Magnan Muriet*, De l'obligation d'information dans les contrats, Paris (1992).

⁷⁰ Statt vieler *Fellmann*, Berner Kommentar Bern (1992) Art. 398 OR N 150.

⁷¹ Zum ganzen etwa *Wiegand*, Zur Haftung (Fn. 15) 136 ff.; ders., Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Basel (1992) Art. 97 OR N. 52; *Kramer*, Berner Kommentar Bern (1986) Allg. Einleitung zum OR N 94.

⁷² *Merz* (Fn. 39) Art. 2 ZGB N 264.

⁷³ *Fabre-Magnan* (Fn. 69) 14 f.

⁷⁴ *Jäggi*, Zürcher Kommentar V 1a, Art. 1 OR N 576; typischerweise zu einer Zeit (1973), als jedenfalls in der Schweiz die Ergänzung des Vertragsinhaltes durch die Aufführung von Verhaltenspflichten erst in sehr bescheidenem Umfang erfolgte und man den Inhalt des Vertrags näher am Vertragswillen ausgestaltete. Soweit es um Aufklärung als Teil des medizinischen Hauptleistungsprogramms geht, z. B. bei der Sicherungsaufklärung, handelt es sich jedoch zweifellos um eine vertragliche Pflicht.

⁶⁶ Als anderes Beispiel genannt sei etwa die Beziehung zwischen Versicherung und Kunden. Obwohl auch hier grundsätzlich ein Interessengegensatzgeschäft vorliegt, erwartet der Kunde vom Versicherungsagenten, der sich – nomen est onen! – Versicherungsberater nennt, daß er nicht wie jeder andere Verkäufer seine Produkte nur anpreist, um sich Vorteile zu verschaffen. Während die Gesetzgebung dem Versicherungsnehmer umfangreiche Aufklärungspflichten aufbürdet, ist es die Rechtsprechung vorab in Deutschland, welche nun auch dem Versicherer Informationspflichten auferlegt, s. dazu nur die Judikaturnachweise bei *Palandt-Heinrichs* (Fn. 7) § 242 N 84.

⁶⁷ So etwa *Schmid* (Fn. 65) 24.

⁶⁸ Vgl. dazu etwa *Wiegand*, Die Rechtsbeziehung Bank – Kunde (Fn. 62) 130 f. Als ein Beispiel unter unzähligen vgl. das Inserat der Bank von Ernst und Cie AG in der Weltwoche Nr. 24 vom 16. Juni 1994, welches mit einem alten Ausspruch des Firmengründers wirbt: „Das Vertrauen der Klienten (sic!) will erworben sein. Tag für Tag. Rat für Rat!“

⁶⁹ Dies zeigt sich etwa auch daran, daß die meisten Monographien zum Thema sich entweder mit den vertraglichen oder den vorvertraglichen Aufklärungspflichten befassen. Vgl. etwa *Breidenbach* (Fn. 42); *Lauer* (Fn. 18); *Wahrenberger*, Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Schuldrecht (unter besonderer

Forsterzung der Fußnote nächste Seite

Kunde erwartet vom ersten ausführlichen Gespräch über Anlagemöglichkeiten etc. grundsätzlich einen gewissen Standard an Information, unabhängig davon, ob überhaupt ein (konkludenter) Anlageberatungsvertrag abgeschlossen wurde. Auch beim Erteilen eines punktuellen Anlage„auftrages“ wird der Kunde, was die eventuell erforderliche Aufklärung angeht, Pflichtbestand und -inhalt nicht vom Moment des Vertragsschlusses abhängig machen wollen. Zudem befolgt die Praxis bekanntlich das lehrbuchmäßige Schema, wonach der Vertrag mit Annahme der Offerte zustande kommt, nur in den seltensten Fällen. Man denke an den Abschluß komplexerer Verträge. Deren Aushandlung nimmt gewisse Zeit in Anspruch und erfolgt in verschiedenen Stufen. Oft wird zudem schon vor dem eigentlichen Vertragsschluß mit der Vertragsabwicklung begonnen. In solchen Situationen ist es nur dogmatisch leicht, den Zeitpunkt zu bestimmen, in dem die Pflichten der Parteien von vorvertraglichen in vertragliche umschlagen.

Das pauschale Festhalten an der Grundunterscheidung zwischen vorvertraglichen und vertraglichen Pflichten gerade bei den Aufklärungspflichten widerspricht zudem der Tatsache, daß der vom Liberalismus stark betonte „Abstand zwischen verbindlichen gesellschaftlichen Pflichten und sanktionierten Rechtspflichten“⁷⁵ aufgrund der gesellschaftlichen Überzeugungen je länger desto mehr schwindet. „Der Trend of life macht vor den Begriffen der Dogmatik nicht halt“⁷⁶.

V. Insbesondere der Beitrag der schweizerischen Rechtsprechung zum Spannungsverhältnis

1. Die Rechtsprechung zwischen gewandelten Gerechtigkeitsvorstellungen und überkommener Doktrin

a) Das Bundesgericht zwischen zwei Polen

„Machtkontrolle und Sozialschutz durch Aufklärungs- und Beratungspflichten sind im überkommenen Zivilrechtssystem ... Fremdkörper“⁷⁷. Dieses *Hopt*-Zitat steht für die Erkenntnis, daß sich Informationspflichten mit der traditionellen Schuldrechtsdogmatik schlecht in Einklang bringen lassen. Es wird damit auch das Dilemma der Rechtsprechung angesprochen, welche bei der Lösung einzelner Aufklärungspflichtfälle zwischen zwei Polen hin- und herschwankt: Einerseits ist ihr Bestreben ersichtlich, die Urteile in Übereinstimmung mit der überkommenen Dogmatik⁷⁸ zu motivieren, andererseits der Wille erkennbar, den gewandelten sozio-

⁷⁵ Esser (Fn. 13) 332.

⁷⁶ Esser (Fn. 13) 332 ff.

⁷⁷ *Hopt*, Kapitalanlegerschutz (Fn. 3) 259.

⁷⁸ Oder dem, was dafür gehalten wird; häufig werden die gerade in älteren Werken vorhandenen Entwicklungs- und Begründungspotentiale für unorthodoxe Lösungen m. E. zu wenig wahrgenommen.

Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen nach schweizerischem Recht

ökonomischen Verhältnissen und den in ihrer Folge veränderten Gerechtigkeitsvorstellungen zum Durchbruch zu verhelfen. Dadurch sowie infolge des Unterschlagens der Tatsache, daß jede Aufklärungspflichtstanuierung letztlich bis zu einem gewissen Maß auf einem Werturteil beruht, entsteht Rechtsunsicherheit. Sie wird durch das Verdecken der eigentlichen Entscheidungskriterien und durch das Vorschieben von dogmatischen (Schein-)Begründungen verstärkt, da der in Zukunft einzuschlagende Weg schlecht voraussehbar wird⁷⁹.

b) Beispiel: Kapitalanlagegeschäft

Die durch die Judikatur verursachte Rechtsunsicherheit soll im folgenden anhand der Rechtsprechung zu einem Bereich des Kapitalanlagegeschäfts verdeutlicht werden. Während langer Zeit stützte das Bundesgericht die Aufklärungspflicht der Bank gegenüber Kunden außerhalb eigentlicher Verwaltungs- und Anlageberatungsverhältnisse⁸⁰ auf culpa in contrahendo⁸¹. Dies, nachdem es die Annahme eines (letztlich fingierten) stillschweigenden Beratungsvertrages sowie die Konstruktion von Aufklärungspflichten als Nebenpflichten des abzuschließenden Einzelgeschäfts verworfen hatte⁸². Später ging das Gericht teilweise dazu über, an bestehende Konkurrentenverträge Beratungspflichten anzuknüpfen, mit der Begründung, die Parteien hätten den diesbezüglichen Inhalt konkludent auf Beratungsleistungen ausgedehnt⁸³. Das Bundesgericht schien dieser Konstruktion selbst nicht ganz zu trauen, weshalb es festhielt, daß auch ohne entsprechende Vertragsergänzung die Bank aufgrund „un devoir précontractuel“ zur Information verpflichtet gewesen wäre⁸⁴. Die Annahme eines konkludent abgeschlossenen Beratungsvertrages, eine vom Bundesgerichtshof favorisierte Lösung zur Begründung von Aufklärungspflichten, erachtet das Bundesgericht als untuglich. Denn nach seiner Auffassung kann diesbezüglich ein vertragliches Verhältnis nur zustande kommen, wenn die Information entweder in Ausübung eines Gewerbes oder gegen Entgelt erteilt wird, was im Falle der Anlageberatung von Banken nach Meinung des Gerichts nicht der Fall ist⁸⁵. Im jüngsten Entscheid verfolgt das Bundesgericht zur Statuierung von Aufklärungspflichten folgende Begründungslinie: Es wendet auf die abgewickelten Geschäfte Auf-

⁷⁹ Siehe dazu stellvertretend für viele die oben angeführten Beispiele; typisch der neue Entscheid zu den bankrechtlichen Aufklärungspflichten BGE 119 II 333 ff.

⁸⁰ Ausgenommen auch diejenigen Einzelverträge in der Bankbeziehung, welche dem Auftragsrecht unterworfen sind.

⁸¹ Welche vom Bundesgericht damals noch als vertragsähnlicher Haftungsatbestand qualifiziert wurde. Anders heute: Haftungsgrundlage sui generis.

⁸² Letzteres mit der überzeugenden Begründung, es widerspreche der Logik, die vor dem Vertragsschluß erfolgte Raterteilung schlechthin den Grundsätzen des erst nachher abgeschlossenen Vertrages zu unterstellen. BGE 68 II 295.

⁸³ Vgl. etwa BGE 110 II 360 ff. (ital.), frz. Übersetzung in JdT I 1985 130 ff.

⁸⁴ Vgl. BGE 110 II 373 (ital.), frz. Übersetzung in JdT I 1985 130 ff.

⁸⁵ Zur heftigen Kritik an dieser Rechtsprechung etwa *Berschtiger*, Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung und Vermögensverwaltungsaufträgen Diss. St. Gallen (1991) 13 f. m. w. H., welcher auf eine sich möglicherweise anbahnende Praxisänderung in diesem Bereich aufmerksam macht.

tragsrecht an, entnimmt dem von ihm konkretisierten Vertragsinhalt aber, daß die Bank nicht zu einer generellen Interessenwahrung verpflichtet sei und den Kunden deshalb nur „auf Verlangen“ aufklären müsse. Das Bundesgericht bejaht das Bestehen einer spontanen Aufklärungspflicht – wiederum gestützt auf die auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht – nur für den Fall, daß der Kunde von den Risiken des Geschäfts keine Ahnung habe⁸⁶. Hier ergibt sich ein Widerspruch: wenn die Aufklärung nicht Inhalt des Vertrages ist, kann sie nicht plötzlich doch auf Auftragsrecht abgestützt werden, wenn der Kunde schlecht informiert ist. Was das Bundesgericht will, nämlich das Bestehen der Aufklärungspflicht nur im Falle eines Aufklärungsbedürfnisses, wäre dogmatisch sinnvoller auf c.i.c. oder ein gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht abzustützen. Daß das Gericht entgegen seiner Begründung hier letztlich selbst nicht in rein vertraglichen Kategorien denkt, zeigt sich daran, daß es mit Hinweisen auf die deutsche Lehre und Rechtsprechung die Anforderung an die Aufklärungspflicht höher schraubt, wenn der Auftraggeber nicht nur mit eigenem Vermögen, sondern auch mit Krediten der Bank spekuliert⁸⁷; ein bei genauer Betrachtung typisches nichtkontraaktuelles Begründungselement, das de facto bloß auf die erhöhte Schutzbedürftigkeit abstellt. Es handelt sich dabei nur um ein Beispiel unter vielen für das oben festgestellte Hin- und Herschwanken zwischen der überkommenen Dogmatik und den gewandelten Gerechtigkeits- und Richtigkeitsvorstellungen.

2. Fehlende Auseinandersetzung mit neuartigen Konzepten

a) Neue Konzepte zur Abstützung der Aufklärungspflichten

Systematische Brüche und die Verwendung von Fiktionen in Urteilsmotiven über Aufklärungspflichten, sei es nun bei der Begründung der Vertragsentstehung oder der Vertragsinhaltskonkretisierung, sind Zeichen dafür, daß die angewandte Dogmatik zur Erfassung bestimmter komplexer Lebens Sachverhalte nicht mehr ausreicht. Es wäre deshalb zu prüfen, ob nicht „neuere“ Konzepte zur Abstützung von Aufklärungspflichten herangezogen werden könnten.

Ein solches, von der schweizerischen Rechtsprechung kaum je beachtetes Konzept (obwohl deren Urteile im Ergebnis häufig darauf hinauslaufen) ist das gesetzliche Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht. Das durch die Aufnahme von geschäftlichem Kontakt entstehende Vertrauensverhältnis, welches die Partner zu gegenseitiger Sorgfalt von Schuldnern verpflichtet, ist in Deutschland gewohnheitsrechtlich anerkannt⁸⁸ und wird vorab als Grundlage für umfassende Schutzpflichten herangezogen. Das Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht ließe sich auch

Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen nach schweizerischem Recht

für das schweizerische Recht begründen und in Art. 2 ZGB, dem Pendant zu § 242 BGB, positiv-rechtlich verankern⁸⁹. Die aus diesem Verhältnis resultierenden Verhaltenspflichten bestehen im Gegensatz zu den vertraglichen Nebenpflichten unabhängig von einem konkreten Einzelvertrag. Die Anknüpfung der Aufklärungspflichten daran wäre deshalb gerade bei komplexeren Dienstleistungsverhältnissen mit einer Vielzahl von Einzelgeschäften, die z. T. interessengegensätzlicher Natur sind, durchaus sinnvoll. Es ergäbe sich dann nämlich unabhängig von der Natur des zugrundeliegenden Einzelvertrages stets der gleiche Aufklärungsstandard. Auch in einfacheren Verhältnissen ist diese Konzeption der vertraglichen Aufklärungspflichtbegründung überlegen. Sie würde nämlich die z. T. massiven Fiktionen bei der Vertragsinhaltsbestimmung entbehrllich machen. Denn eine redlich vorgenommene Vertragsergänzung, welche vom konkreten Rechtsgeschäft ausgeht und die subjektiven Gegebenheiten berücksichtigt⁹⁰, wird häufig nicht zur Annahme von Aufklärungspflichten führen. Zudem müßten bei dieser Abstützung der Aufklärungspflichten auch nicht Aufträge konstruiert werden, bloß um in der mandatsrechtlichen Sorgfalts- und Treupflicht eine bequeme Begründungsgrundlage für die Aufklärungspflichten zu finden. Schließlich entfielen die z. T. kaum realisierbare Unterscheidung zwischen vorvertraglichen und vertraglichen Aufklärungspflichten⁹¹.

Als weiteres neuartiges Konzept ließe sich etwa, wie Breidenbach gezeigt hat, ein bewegliches System zur Bestimmung der vertragsschlußbezogenen Informationspflichten heranziehen⁹². Aus dem Zusammenspiel der drei Kriterien Informationsbedarf, Möglichkeit der Information sowie Funktionskreis, „das im Einzelfall völlig unterschiedlich ausfällt“, könnten Bestand und Umfang der Aufklärungspflichten bestimmt werden⁹³. Dabei gilt es allerdings zu berücksichtigen, daß dieses System die Aufklärungspflicht selbst nicht begründet. Hierzu ist ein vertragliches Versprechen, ein gesetzliches Schutzverhältnis oder evtl. die Erfüllung eines Deliktstatbestandes nötig⁹⁴.

b) Ansätze in der Judikatur

Als sehr fortschrittlich und durchaus geeignet, wegweisend zu sein, erweist sich in dieser Beziehung ein (leider kaum beachtetes) älteres Urteil des Aargauer Handels-

⁸⁹ So Schmid (Fn. 65) 127 m. w. H.

⁹⁰ Vgl. dazu etwa Nobel, Entschiede zu den Einleitungsartikeln Bern (1977) 159 f.

⁹¹ Vgl. dazu in dieser Richtung auch Nobbe (Fn. 45) 1, welcher klar festhält, daß sich aus dem Vertrauensverhältnis schon in vorvertraglichen und natürlich auch nach Aufnahme vertraglicher Beziehungen verschiedenartige Rechtspflichten, insbes. Verhaltenspflichten der Bank, ergeben.

⁹² Breidenbach (Fn. 42) 61 ff. Bereits Hopt, Kapitalanlegerschutz (Fn. 3) 414 ff., hat in seiner Habilitationsschrift fünf Elemente eines beweglichen Systems zur Bestimmung der Aufklärungspflichten aufgestellt. Zur punktuellen Kritik daran etwa Rümler, Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute aus der Sicht der Praxis, in Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute – Der moderne Schuldner? Bankrechtstag 1992 Berlin – New York (1993) 37 ff.

⁹³ Breidenbach (Fn. 42) 62.

⁹⁴ Vgl. dazu auch Rümler (Fn. 92) 36. Breidenbach (Fn. 42) 47 ff. zieht als Haftungsgrundlage allein die Vertrauenshaftung heran.

gerichts⁹⁵. Unter Bezugnahme auf *Canaris* auferlegte das Gericht einer Bank aufgrund des Geschäftsverbindungsverhältnisses eine umfassende Aufklärungspflicht. Das Gericht tat dies in guter Gesellschaft, stützen doch auch die deutsche Lehre und z.T. auch die Rechtsprechung die Aufklärungspflichten insbes. in bankgeschäftlichen Dienstleistungsverhältnissen häufig auf das gesetzliche Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht ab. Wahlweise und oftmals miteinander austauschbar werden zur Begründung allerdings auch der separate (konkludent abgeschlossene) Beratungsvertrag, culpa in contrahendo oder die unerlaubte Handlung herangezogen⁹⁶. Im Gegensatz zur schweizerischen Praxis wird die Aufklärungspflicht dagegen kaum je als Nebenpflicht eines zugrundeliegenden Einzelgeschäfts, z.B. eines Börsenauftrages, betrachtet. Eine Begründungsvariante, die, um nur ein Beispiel zu nennen, zur Konstruktion von Aufklärungspflichten in Interessengegensatzgeschäften, etwa im Kreditgeschäft, ungeeignet wäre⁹⁷.

3. Langjährige Zurückhaltung bei der Aufklärungspflichtstatuierung

a) Übertriebene Gesetzesgläubigkeit

Grund des teilweisen Verharrens in alten dogmatischen Schemata und der während langer Zeit wenig intensiven Auseinandersetzung mit neuartigen Konzepten mag sein, daß gerade der schweizerische Richter sehr großen Wert auf die positiv-rechtliche Abstützung seiner Urteilsbegründungen legte und oftmals noch legt. So stellte *Meyer-Hayoz* Ende der 50er Jahre fest: Bei uns tut der Richter „auch heute noch so, wie wenn er jeden Spruch aus dem Gesetz und nur aus dem Gesetz begründen dürfte“⁹⁸. Er spricht weiter gar davon, daß die „Einstellung zur Rechtswissenschaft noch zu sehr im Schatten übertriebener Gesetzesgläubigkeit steht. Das Gesetz wird – anhaltende Folge der Aufklärung! – auf Kosten anderer Faktoren der Rechtsbildung überschätzt“⁹⁹. Der Zwang zur positiv-rechtlichen Abstützung, koste sie, was sie wolle, bewirkte, daß richtige Ergebnisse, wie oben gesehen, dogmatisch z.T. nicht einwandfrei begründet wurden. Darüber hinaus wurden die Produktivität und die Beiträge der Rechtswissenschaft zur Bewältigung der immer wieder neuen Aufgaben, welche die Rechtsordnung zu lösen hat, noch zu wenig fruchtbar gemacht¹⁰⁰.

95 Urteil vom 3. 12. 1975 in SJZ 72 380 ff.

96 *Baumbach-Hopf* HGB⁹⁹ (1995 – Rn. 13 ff.) § 347.

97 Neuerdings statuiert die deutsche Rechtsprechung vermehrt Aufklärungspflichten auch im Kreditgeschäft. Vgl. nur etwa NJW 1994 1510, wo *König* im Kreditgeschäft, einem Gebiet von bislang geringer Beratungintensität, eine eigentliche Trendwende ausmacht, indem nun auch bei diesem klassischen Interessengegensatzgeschäft in einer „Flut neuer Rechtsprechung“ Aufklärungspflichten bejaht würden.

98 *Meyer-Hayoz*, Privatrechtswissenschaft und Rechtsfortbildung, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) NF 78 (1959) I 107.

99 *Meyer-Hayoz*, Privatrechtswissenschaft (Fn. 98) 105.

Fußnote 100 auf nächster Seite

Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen nach schweizerischem Recht

b) Gründe der richterlichen Zurückhaltung

Die schweizerische Rechtsprechung charakterisierte sich bis etwa zum Beginn der achtziger Jahre durch die oben erwähnte relativ starke Gesetzesgläubigkeit¹⁰¹ sowie eine dementsprechend große Scheu vor der Annahme von Nebenpflichten¹⁰². Bei der Statuierung von Aufklärungspflichten hat das Bundesgericht seine rechtsanwendungspolitische Zurückhaltung sogar noch etwas zögerlicher aufgegeben¹⁰³. Dies ist erstaunlich, zeichnet sich das schweizerische Schuldrecht doch im Vergleich etwa mit dem BGB durch seine besondere Offenheit für kasuistische und einzelfallgerechte Lösungen sowie durch die „antipositivistische“ Umschreibung der richterlichen Aufgabe aus¹⁰⁴. Es drängt sich somit die Frage auf, weshalb die Judikatur dieses große Gestaltungspotential des schweizerischen Schuldrechts erst in neuerer Zeit intensiver zu nutzen beginnt¹⁰⁵.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts und der kantonalen Instanzen zu den Aufklärungspflichten stand lange Zeit unter starkem Einfluß von *Merz*¹⁰⁶. Dessen Verständnis von Art. 2 ZGB und der darauf abgestützten Nebenpflichten war von einer gewissen Zurückhaltung geprägt¹⁰⁷. Darüber hinaus wurde die von ihm in her-

100 Vgl. dazu generell *Meyer-Hayoz*, Privatrechtswissenschaft (Fn. 98) 108; vgl. auch *Widmer*, Variationen über Treu und Glauben, in: Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahresausgangs FS Arnold Koller, Bern (1993) 188, welcher dem Bundesgericht vorwirft, die etwa von *Merz* aufgezeigten Potentiale von Art. 2 ZGB nicht voll auszuschöpfen: Hinter dem Fenster, welches die Generalklauseln dem „eisigen Hauch der Wirklichkeit“ bewußt offenhalten, „müßten freilich Richter sitzen, die auch dann noch Recht suchen und sprechen, wenn die Zentralheizung bewährter Lehre und Routine nicht mehr ganz so wohlige Wärme verbreitet“.

101 Oben 3. Wie sich die Einstellung des Bundesgerichts diesbezüglich anfangs der achtziger Jahre gewandelt hat, kann exemplarisch an zwei Fällen der Produkthaftung gezeigt werden: In BGE 95 II 86 wurde bei der Produktion einer Friteuse der Thermostat durch den Elektriker unvollständig eingebaut, ein produkthaftungsrechtlicher Anspruch aus Art. 55 OR jedoch verneint; in BGE 110 II 456, 465 f. wurde hingegen ein Anspruch aus Art. 55 OR bejaht mit der Begründung, daß der Produzent, der seine Produkte (in casu Schachtrahmen) durch Hilfspersonen herstellen läßt, für eine zweckmäßige Arbeitsorganisation und nötigenfalls für eine Endkontrolle seiner Erzeugnisse zu sorgen hat; ist eine solche Kontrolle nicht möglich, so ist eine sicherere Konstruktion zu wählen.

102 Erwa von diesem Zeitpunkt an erlangten die Nebenpflichten auch im schweizerischen Schuldrecht eine eminente Bedeutung; vgl. dazu *Wiegand*, Zur Haftung (Fn. 15) 137; *Kramer* (Fn. 71) Allg. Einleitung N 88 ff.

103 Judikatur zu den Aufklärungspflichten gibt es in vermehrtem Umfang erst ab 1982; dazu ausführlich unten 4.

104 Dazu ausführlich unten VI.2., 3.

105 Es versteht sich von selbst, daß die bei der Erörterung dieser Frage allenfalls gewonnenen Erkenntnisse nicht bloß für den Bereich der Aufklärungspflichten, sondern teilweise für die Nebenpflichten insgesamt zutreffen.

106 Vgl. dazu etwa noch BGE 111 II 243 f. E. 2a: „Die Rechtsprechung ist denn auch nicht der Gefahr erlegen, den Grundsatz der Vertragsfreiheit reinen Billigkeitsüberlegungen im Sinne des gerade Angemessenen oder sozial-ethisch Wünschbaren zu opfern, wovon *Merz* gewarnt hat.“

107 So auch *Widmer* (Fn. 100) 187: „... bei allem wissenschaftlichen Tief- und Weitblick, bei allem sachlichen Engagement, mit welchem der Berner Kommentator von ZGB 2 es unternimmt, das Prinzip von Treu und Glauben einerseits und das Verbot des Rechtsmißbrauchs andererseits in ihrer umfassenden Bedeutung und Tragweite darzustellen, ist doch gerade bei ihm auch das Bedürfnis unverkennbar, eben-so deutlich Grenzen zu ziehen und Dämme gegen eine im Doppelsinn des Wortes alzu „billig“ konzedierte Ausuferung dieser allgemeinen Grundsätze aufzurichten, die zur Erosion des „geformten Rechts“ führen müßte.“

vorrager Weise vorgenommene Typisierung von Tatbeständen und die Bildung von Fallgruppen zu Art. 2 ZGB¹⁰⁸ von der Praxis im einschränkenden, z.T. beinahe abschließenden Sinne verstanden, anstatt daß sie *Merz*' Ansatz für die Ausformung weiterer Fallgruppen verwendet hätte¹⁰⁹. Dessen „Warnung vor dem Zündstoff in der Generalklausel hat offensichtlich mehr Wirkung gezeigt, als die mindestens ebenso eindrückliche Weise, in der ihr Potential aufgezeigt wurde.“¹¹⁰

Ein weiterer, trotz seiner Offensichtlichkeit jedoch häufig zu wenig beachteter Grund für den geringen Umfang der Rechtsprechung zu den Aufklärungspflichten ist das im Vergleich zu Deutschland rund zehnmal kleinere Rechtsgebiet der Schweiz. Deshalb dauert es vom Inkrafttreten einer Kodifikation oder der Publikation neuer Lehrmeinungen entsprechend länger, bis ein Fall ans Gericht gelangt, der Anlaß und Gelegenheit zur Schaffung eines Präjudiz' in einer offenen Rechtsfrage bietet¹¹¹. Hinzu kommt, daß die kantonale höchstrichterliche Judikatur noch bis zur Jahrhundertmitte nur punktuell und nicht systematisch erschlossen war, so daß von dort ausgehende Impulse häufig nicht wahrgenommen wurden¹¹².

4. Zunahme der Aufklärungspflichtstatuierungen in neuerer Zeit

Ab den achtziger Jahren hat das Bundesgericht in einer Reihe von Entscheidungen schrittweise Haftungsausweitungen und -verschärfungen vorgenommen¹¹³. Daß für die Vornahme solcher Risikozuweisungen und -verlagerungen die Nebenpflichten sehr geeignete Instrumente¹¹⁴ sind, erklärt ihren vermehrten Einsatz durch die höchstrichterliche Instanz. Im Rahmen dieser großen Entwicklungslinie ist auch zu beobachten, wie das Bundesgericht unter Aufgabe seiner rechtsanwendungspolitischen Zurückhaltung vermehrt Aufklärungspflichten statuiert. So äußerte es sich (erst) ab 1982 häufiger und in ausführender Weise über Inhalt und Umfang der ärzt-

Fortsetzung der Fußnote 107

Inwiefern diese Zurückhaltung *Merz*' auf die Furcht vor einem Mißbrauch von Art. 2 ZGB durch Anhänger einer Freirechtsschule zurückzuführen ist, muß hier offenbleiben. Immerhin ist anzumerken, daß die ältere Rechtsprechung des Bundesgerichts durchaus geeignet war, solche Befürchtungen zu wecken. So hielt es 1946 zu Art. 2 ZGB fest: „Zweck dieser Bestimmung ist, die formelle Gültigkeit positiver Rechtssätze zu beschränken oder aufzuheben, wo immer der Richter das im Interesse der materiellen Gerechtigkeit als geboten erachtet“ (BGE 72 II 42).

108 *Merz* (Fn. 39) Art. 2 ZGB N 181 ff.

109 Vgl. dazu *Widmer* (Fn. 100) 187.

110 *Widmer* (Fn. 100) 187.

111 Als Beispiel, wie Jahrzehnte bis zu einem Entscheid in einer grundlegenden Frage vergehen können, vgl. jüngst den noch nicht publizierten Entscheid zum Arbeitsvertragsrecht, in welchem festgehalten wurde, daß das Ausbleiben mehrerer Monatslohnzahlungen den Arbeitnehmer zur *exceptio non adimpleti contractus* gem. Art. 82 OR berechtigt (Urteil vom 24. 5. 1994, NZZ Nr. 183, 11).

112 Als erstes schweizerisches Gericht entschied das Appellationsgericht Basel-Stadt, SJZ 60 (1964) 344, daß der Arzt eine Aufklärungspflicht treffe hinsichtlich des Umstandes, daß eine Behandlung nicht von der Kasse gedeckt sei. Dieser Entscheid z. B. hatte trotz Publikation in einem gesamtschweizerischen Organ keinen Einfluß auf Rechtsprechung oder Lehre gehabt.

113 *Wiegand*, Zur Haftung (Fn. 15) 136.

114 Vgl. etwa *Wiegand*, Zur Haftung (Fn. 15) 137.

Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen nach schweizerischem Recht

lichen Aufklärungspflicht¹¹⁵. Die wirtschaftliche Aufklärungspflicht des Arztes wurde erstmals 1993 in streitentscheidender Weise öffentlich diskutiert und bejaht¹¹⁶. Die Reihe von Entscheiden zu Aufklärungspflichten im Bankgeschäft wurde 1984 begonnen¹¹⁷. Ein Jahr später, 1985, entschied das Bundesgericht erstmals, daß den Architekten eine Pflicht zum Hinweis auf die Notwendigkeit einer Bauherrenhaftpflichtversicherung trifft¹¹⁸.

Der Trend zur Statuierung von Aufklärungspflichten ist dabei sicher noch nicht an einem Wendepunkt angelangt; die vermehrte Differenzierung und die stete Ausweitung des Inhalts der Aufklärungspflichten lassen vielmehr darauf schließen, daß die diesem dogmatischen Instrument eigene Gestaltungskraft noch nicht erschöpft ist, sondern noch vermehrt in Anspruch genommen werden wird. Für die Aufklärungspflichten gilt dabei in besonderem Maße die als Warnung interpretierbare Feststellung *Wiegands* bezüglich der Verhaltenspflichten insgesamt: „Mit der Aufgliederung und Aufzählung der Nebenverpflichtungen wird die praktisch unbegrenzte Möglichkeit eröffnet, diese durch immer weitere Spezifizierung zu verfeinern, aber auch auszuweiten.“¹¹⁹

Dies hat jedoch nicht unbedingt auf Kosten der Rechtssicherheit zu geschehen. Gerade die Zurückhaltung des Bundesgerichts bezüglich der Aufklärungspflichten, also von konkretisierungsbedürftigen Pflichten, die allein über eine gut erschlossene Kasuistik von der Praxis bewältigt werden können, hat der Rechtssicherheit nämlich nicht gedient. Dies zeigt sich etwa bei der medizinischen Aufklärungspflicht. Nachdem das Bundesgericht ab den achtziger Jahren eine Reihe von Präjudizien zur ärztlichen Aufklärung schuf und diese Kasuistik von der Lehre auch systematisch erfaßt und bearbeitet wurde¹²⁰, geht – wenigstens auf dem Gebiet der Eingriffsaufklärung – das Gespenst der Rechtsunsicherheit etwas weniger um.

VI. Besondere Legitimität der Aufklärungspflichtstatuierung im schweizerischen OR

1. Sozialer Gestaltungsspielraum im OR

Das vom Germanisten Eugen Huber geschaffene Zivilgesetzbuch gilt als Kodifikation von erhöhter sozialer Valenz. Humanitäre Idee und sozialer Ausgleich sind Grundkonstanten des ZGB, die sich in der Ausgestaltung diverser Institute verwirk-

115 BGE 108 II 59; 113 Ib 420; 113 II 429; 114 Ia 350; 115 Ib 175; besonders grundlegend in BGE 116 II 519 und 117 Ib 197.

116 BGE 119 II 456.

117 BGE 110 II 360; sodann etwa BGE 115 II 65 und 119 II 333.

118 BGE 111 II 72 = Pra. 1985 Nr. 179.

119 *Wiegand*, Verhaltenspflichten (Fn. 16) 554.

120 Zuletzt und am umfassendsten *Wiegand*, Die Aufklärungspflicht, Handbuch (Fn. 47) 119 ff.

lichen¹²¹. Bei der Einfügung des OR als fünftem Teil des ZGB¹²², dessen Einleitungsartikel ohne weiteres auch auf das OR anwendbar sind¹²³, wurde diese Tendenz durch einen ausgeprägten Schutz der schwächeren Vertragspartei fortgeführt¹²⁴. Wie das ZGB im engeren Sinne¹²⁵, ist auch das früher entstandene OR¹²⁶ von sozialem Individualismus¹²⁷ geprägt, anders als das BGB, welches deutlich individualistisch konzeptioniert war¹²⁸. War das Sozialschützerische bereits im jungen OR als Merkmal angelegt, so wurde dieses mit zunehmendem Alter der Kodifikation zu einem prägenden Charakterzug¹²⁹. Deutlich wie später niemals mehr hielt das Bundesgericht 1946 etwa fest, daß der Gesetzgeber dem Richter in Art. 2 Abs. 2 ZGB die Kompetenz zur Beschränkung oder Aufhebung der formellen Gültigkeit positiver Rechtssätze gegeben habe, wo immer dieser dies im Interesse der materiellen Gerechtigkeit als notwendig erachte¹³⁰.

Nun finden sich natürlich in jeder auf Privatautonomie aufbauenden Rechtsordnung Regelungen zum Schutz des Schwächeren. Im schweizerischen Privatrecht sind diese jedoch stellenweise besonders ausgeprägt. So übersteigen etwa viele Form- und Vertragsinhaltsgebote des schweizerischen Bürgerrechts jene der deutschen und österreichischen Normierungen bei weitem¹³¹. Ganz besonders trifft

121 Dazu umfassend etwa *Liver*, Berner Kommentar I/1 Bern (1966), Einleitung N 91 ff. *Egger*, Über die Rechtsethik des schweizerischen ZGB² (1950) 151, etwa spricht von einem humanitären, sozialen Individualismus.

122 Am 30. März 1911.

123 Art. 1 – 10 ZGB (Einleitungsartikel), mithin also insbes. die im vorliegenden Zusammenhang wichtigen Artikel 1 über die Quellen des Privatrechts und die Lückenfüllung, Art. 2 (Verankerung des Grundsatzes von Treu und Glauben, Rechtsmißbrauchsverbot) und Art. 4 (Richterliches Ermessen).

124 *Liver* (Fn. 121) Einleitung N 103. Als Begründung wird die jahrhundertalte effektive Präsenz von demokratischen Regierungsformen gesehen, welche auch nach den bürgerlichen Revolutionen eine apodiktische Trennung zwischen Staat und Gesellschaft vermieden hat. So kam es auch bei der sich im 19. Jh. etablierenden Privatrechtswissenschaft nicht zu einer Abschottung und einer im Vergleich zu Deutschland wesentlich geringeren Autonomie der Zivilistik. Eine Lehre, „die der deutschen Begriffsjurisprudenz keine großen Chancen ließ und der auch ... die soziale Gestaltung des Privatrechts ein traditionelles Anliegen geworden war.“ *Caroni*, Das entzauberte Gesetzbuch, in: Schweizerische Zeitschrift für Geschichte Bd. 41 (1991) 270 ff.

125 Dieses umfaßt die vier Teile Personen-, Familien-, Erb- und Sachenrecht, das ZGB im weiteren Sinne auch das in einer selbständigen Kodifikation enthaltene Obligationenrecht.

126 1881, revidiert anlässlich seiner Einfügung ins ZGB im Jahre 1911.

127 Statt vieler *Merz*, Schweizerisches Privatrecht SPR VII/1 Basel (1984) 29.

128 Dazu eindrucksvoll *Wiesacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit² Göttingen (1967) 491.

129 Beispiele: Ständig verbesserter Mieterschutz, Revision des Bürgschaftsrechts 1941, Verbesserung der Stellung von Arbeitnehmern, Handelsreisenden, Agenten, später derjenigen von Konsumenten (Abzahlungs-, Vorauszahlungsverträge, in neuerer Zeit Normierung der Haustürgeschäfte und außerhalb des OR Konsumkreditgesetz, Pauschalreisengesetz etc.).

130 BGE 72 1946 II 39c. 2. Daß es sich hier nicht um das Manifest einer Freirechtsschule handelt, zeigt sich sofort, wenn man die Wirkung des „vollmundigen Blanketts von Mon Repos auf den rechtsschöpferischen Elan der Justiz im allgemeinen und des eigenen Areopags im besonderen“ untersucht, *Widmer* (Fn. 100) 190. Die Rechtsprechung bleibt weit davon entfernt, die in Art. 2 ZGB schlummernden Gestaltungskräfte voll auszunützen. Vgl. dazu etwa auch *Engel*, Cent ans de contrat sous l'empire des dispositions générales du Code fédéral des obligations, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR), NF 102 (1983) II 31 ff.

Fußnote 131 auf nächster Seite

dies für die stärkere Warnung des Bürgen vor den Gefahren des Geschäfts bereits im Moment des Vertragsabschlusses zu. Der innere Grund für den starken Ausbau des Übereilungsschutzes liegt darin, daß bei diesem Geschäft die Warnfunktion einer sofort entstehenden Verpflichtung bzw. einer pränumerando-Zahlung fehlt. Ein Gedanke, der etwa für die Legitimierung von Aufklärungspflichten bei Termingeschäften fruchtbar gemacht werden könnte.

2. Das OR als „offenes System“

Das System des schweizerischen Schuldrechts ist besonders offen für kasuistische und einzelfallgerechte Lösungen¹³². Im Gegensatz zum BGB sind etwa der Verzicht auf einen Allgemeinen Teil und auf die Definition von Rechtsbegriffen, der oftmalsige Gebrauch von Generalklauseln, Verweisungen auf das richterliche Ermessen und auf wichtige Gründe sowie die bewußte Knappheit der Kodifikation Instrumente zur Erreichung eines „offenen Systems“¹³³. Der Gesetzgeber hat auf eine „systematisch geschlossene Regelung von größtmöglicher Vollständigkeit verzichtet“¹³⁴. Maßgebend dafür war u. a. die Auffassung, daß die Kodifikation nur so fähig sei, sich den ständig verändernden tatsächlichen sozio-ökonomischen Verhältnissen anzupassen und die daraus folgenden wandelnden Bedürfnisse zu befriedigen¹³⁵. Mit dem häufigen Gebrauch von konkretisierungsbedürftigen Normen und Generalklauseln wollte man der Wissenschaft und der Rechtsprechung bewußt die „nötige Bewegungsfreiheit zur Fortbildung und Umgestaltung des Rechts nach (diesen) Bedürfnissen und den in den beteiligten Kreisen zur Herrschaft gelangten Rechtsanschauungen“¹³⁶ einräumen. Diese Einstellung, die der gerechten und billigen Entscheidung des Einzelfalles den Vorrang vor „Konstanz, Sicherheit und Berechenbar-

131 Vgl. *Peter Bydlinzky*, Die Stellung des Bürgen, in: recht – Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (1994), mit umfassender Darstellung. So bedürfen etwa nach schweizerischem Recht gem. Art. 493 Abs. 2 OR Bürgschaftserklärungen natürlicher Personen der öffentlichen Beurkundung, sofern der Haftungsbetrag 2000 Franken übersteigt. Darin liegt eine außerordentlich starke Übereilungsschutz- und Warnfunktion; zudem geht der Gesetzgeber davon aus, daß die neutrale Urkundsperson dem Bürgen den Inhalt des Rechtsgeschäfts besser und offener erklären wird, als dies vom Vertragspartner erwartet werden könnte. Kein Notar wird dem potentiellen Bürgen gegenüber behaupten, die Bürgschaftserklärung werde „nur für die Akten“ benötigt, ein Sachverhalt, welcher dem BGH-Entscheid vom 16. 3. 1989, ZIP 1989, 629 zugrunde lag. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen die Bürgschaftsverpflichtung bejahenden Entscheid aufgehoben; vgl. dazu ausführlich *Pape*, Die neue Bürgschaftsrechtsprechung – Abschied vom „Schuldum“? in ZIP 1994, 515 ff.

132 „OR und ZGB tragen entscheidende Züge des ‚offenen Systems‘, des ‚Richtlinienstils‘“, *Merz* SPR VII/1 (Fn. 127) 22; vgl. auch etwa *Thomas Koller*, Privatrecht und Steuerrecht. Eine Grundlagenstudie zur Interdependenz zweier Rechtsgebiete, Bern 1993, 52, welcher einräumt, daß das schweizerische Privatrecht ein im Vergleich zu anderen nationalen Privatrechtsordnungen „besonders“ offenes System kenne. Zu Recht weist er jedoch darauf hin, daß sich diese Offenheit in allen europäischen Privatrechtsordnungen „grundsätzlich“ finden lasse.

133 *Thomas Koller*, Privatrecht und Steuerrecht (Fn. 132) 52; *Merz* SPR VII/1 (Fn. 127) 22, 27.

134 *Liver* (Fn. 121) N 125.

135 *Liver* (Fn. 121) N 125.

136 *Liver* (Fn. 121) N 125.

keit der Praxis“¹³⁷ gibt, war bei der Rechtsetzung gewollt¹³⁸. Ein zeitgenössischer Autor drückte dies wie folgt aus: „Nous sommes voués au régime de l'équité, qui est un peu celui de l'incertitude“¹³⁹. Dies ist offensichtlich eine ausgezeichnete Legitimation für die Statuierung von Aufklärungspflichten. Im übrigen stellte sich bei der Rechtsanwendung ohnehin heraus, daß „geräumig“ abgefaßte Normen, deren Tragweite vom Richter allmählich entfaltet wird, keine gefährliche Bedrohung der Rechtssicherheit darstellen, die Befürchtungen der BGB-Verfasser „in ihrer gesetzpositivistischen Grundhaltung“ mithin unbegründet waren¹⁴⁰.

3. Antipositivistische Umschreibung der richterlichen Aufgabe

In engem Zusammenhang mit diesem gesetzgeberischen Leitbild steht die Stellung des Richters. Der Zivilgesetzgeber sah in ihm, anders etwa als die Begriffsjurisprudenz, nicht einen Subsumtionsautomaten. Seine Aufgabe ist es vielmehr, das oftmals unvollständige und ergänzungsbedürftige Recht mitzuformen. In Art. 1 Abs. 2 ZGB wird ihm deshalb ausdrücklich rechtsetzende Befugnis verliehen, die über die Anwendung des positiven Rechts hinausgeht¹⁴¹. Diese eigentlich recht „antipositivistische“ Umschreibung der richterlichen Aufgabe verankert das oben umrissene offene System¹⁴². Die große Freiheit des Richters entspricht dabei eigenössischer Tradition¹⁴³. In der dem BGB zugrundeliegenden Idee eines geschlossenen Systems¹⁴⁴ einer Kodifikation, basierend auf einer dogmatisch vollendeten Systembildung, konnte dem Richter keine solche Stellung eingeräumt werden, sie „bagatellierte die richterliche Normgestaltung ... als ‚Auslegungsarbeit‘ oder heuristische ‚Würdigung‘ der Einzelumstände“¹⁴⁵. Gerade in diesem Vergleich zeigt sich das Potential an Gestaltungskräften, welches in der dem Richter gemäß Art. 1 ZGB auferlegten ergänzenden Wertungsarbeit schlummert. Ob der Richter dabei – wie nach

¹³⁷ *Liver* (Fn. 121) N 126.

¹³⁸ *egger*, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch I, Zürich (1950), Allg. Einl. N 33.

¹³⁹ *Rosset*, Manuel du droit fédéral des obligations, Lausanne (1892) 7.

¹⁴⁰ So *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts I, Grundlagen, Tübingen (1971) 211 ff.

¹⁴¹ Hier liegt der Unterschied in der Stellung des Richters gem. Art. 1 und Art. 2 Abs. 2. Da das Gesetz dem Richter im Falle eines Rechtsmißbrauchs in Art. 2 Abs. 2 ZGB die Pflicht auferlegt, der Anwendung des formellen Rechts nicht stattzugeben, agiert er in diesem Bereich formell bloß als Anwender einer gesetzlichen Rechtsnorm, derweil er nach Art. 1 ausdrücklich wie ein Gesetzgeber selber Recht setzen kann. Vgl. aber *Widmer* (Fn. 100) 192, der davon ausgeht, daß auch Art. 2 ZGB dem Richter eine Kompetenz gebe, die über das positive Recht hinausgeht.

¹⁴² *Thomas Koller*, Privatrecht und Steuerrecht (Fn. 132) 52; *Merz*, SPR VII/1 (Fn. 127) 22 ff. Das offene System zeichnet sich durch ein „elastisches Gefüge allgemeiner Maximen und ihrer induktiven Fortbildung“ aus, *Merz*, SPR VII/1 (Fn. 127) 22.

¹⁴³ Statt vieler nur *Merz*, SPR VII/1 (Fn. 127) 22 f., zur historischen Begründung sehr aufschlußreich *BK-Liver*, Einleitung (Fn. 121) N 19 ff.

¹⁴⁴ Diesem liegt der Glaube „an die Geschlossenheit einer im Gesetz kundgegebenen Rechtsordnung“, deren allfällige Lücken „gesetzesimmanent“ und insofern deduktiv auszufüllen sind“, zugrunde; *Merz*, SPR VII/1 (Fn. 127) 22.

¹⁴⁵ *Esser* (Fn. 13) 63.

Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen nach schweizerischem Recht

der Konzeption des Gesetzgebers vorgesehen – bei der Regelfindung gleich wie ein Gesetzgeber vorgeht, oder ob er, wie zumeist, in Anlehnung an das angloamerikanische „reasoning from case to case“ urteilt, spielt keine Rolle. Problematisch gerade im vorliegenden Zusammenhang ist indes, daß das Suchen der Lösung in Anlehnung an Präjudizien bzw. unter Abgrenzung gegenüber früheren Entscheidungen Fähigkeiten voraussetzt, welche im kontinentalen Rechtsgebiet kaum ausgebildet werden, weshalb die entsprechenden Ergebnisse denn auch nicht immer zu befriedigen vermögen.

4. Pflicht zur Kenntnisnahme neuer Ordnungsaufgaben

Mit neuen Ordnungsaufgaben erhalten Grundelemente des Schuldrechts neue Inhalte und Bedeutungen. Bei der Rechtsfindung im konkreten Einzelfall ist es Pflicht des Richters, diese Wandlungen zur Kenntnis zu nehmen¹⁴⁶. Bei den Aufklärungspflichten trifft dies besonders zu. Entscheidungen über ihre Statuierung und ihren Inhalt kommen unter offener Betonung oder verdeckter Vornahme von rechtspolitischen Wertungen zustande. Hinweis für die Richtigkeit und Legitimität solcher Entschiede, die auf einem veränderten Verständnis des Privatrechts beruhen, geben insbesondere die in jüngster Zeit vom Gesetzgeber eingeführten Aufklärungspflichten¹⁴⁷ sowie die gefestigte Kasuistik der Rechtsprechung zu anderen Informationspflichten, worauf das Bundesgericht selbst Bezug nimmt¹⁴⁸, und schließlich die Doktrin.

Die Statuierung von Aufklärungspflichten – ob man sie billig oder nicht – entspricht dem social trend of life, der sich heutzutage vorab über den „humanitarian path“ mit seiner „new conception of security“ definiert¹⁴⁹. Da das Rechtsleben „keinen Zustand, sondern ein Stück Kulturentwicklung“¹⁵⁰ darstellt, erlangen auch die Grundelemente des Schuldrechts, wie etwa der Vertrag, mit jeder Änderung der zugrundeliegenden sozio-ökonomischen Verhältnisse und mit neuen Ordnungsaufgaben neue Inhalte und Bedeutungen. Die dem Schuldrecht zugrundeliegenden Wertungsprinzipien, wie etwa die Privatautonomie oder der Schutz des Schwächeren sowie deren Verhältnis zueinander, stehen nicht „ein für allemal“ fest, sondern sind stetem Wandel unterworfen¹⁵¹. Galt das 19. Jahrhundert als dasjenige der Privatautonomie, so wird diese im 20. Jahrhundert stark beschränkt¹⁵². Es findet dabei

¹⁴⁶ Siehe oben I. – 3.

¹⁴⁷ Für die Schweiz oben III. *Klingler* (Fn. 8) 134 stellt in Deutschland ähnliches fest.

¹⁴⁸ BGGE 119 II 335: Begründung von Aufklärungspflichten der Bank mit Hinweisen auf die ärztliche Aufklärungspflicht.

¹⁴⁹ *Esser* (Fn. 13) 331.

¹⁵⁰ *Esser* (Fn. 13) 331.

¹⁵¹ *Thomas Koller*, Privatrecht und Steuerrecht (Fn. 132) 59.

¹⁵² So statt aller etwa *Thomas Koller*, Privatrecht und Steuerrecht (Fn. 132) 59 f., welcher m. E. zu Unrecht davon ausgeht, daß sich den entsprechenden Normen „nur schwer überhaupt eine Ordnungsvorstellung als Wertungsbasis entnehmen“ lasse. Gerade den neueren Schuldrechtsrevisionen liegt klar der Schutz des Schwächeren (Konsumenten) zugrunde.

ein Wechselspiel zwischen internen und externen Faktoren statt: Modifikationen in der Wirtschaftsverfassung wirken auf das Schuldrecht ein¹⁵³ und verändern es ebenso wie etwa neue Verständnisse schuldrechtlicher Figuren, z. B. des Vertrauensprinzips¹⁵⁴.

5. Privatautonomie und Schutz des Schwächeren als gleichwertige Prinzipien im OR

Die Aufklärungspflichten stehen in einem gewissen Gegensatz zur privatautONOMEN Selbstbestimmung. Deren Umfang und die Verantwortung des einzelnen sich und Dritten gegenüber können nicht mehr nur unter altliberalen Aspekten, sondern müssen unter Berücksichtigung sozial-rechtsstaatlicher Gebote betrachtet werden. Zudem ist die Privatautonomie zwar ein sehr wichtiges Prinzip des OR, aber eben nur ein Wertelement unter mehreren, genauso wie das oben dargestellte Prinzip des Schutzes des Schwächeren¹⁵⁵. Wie schrieb doch einer der großen Schweizer Juristen dieses Jahrhunderts schon 1962 vorausblickend zur gesetzgeberischen Einschätzung der Eigenverantwortung: "... wenn man die neuen Erscheinungen der Propaganda und der Kundenbearbeitung, durch welche immer breitere Kreise erfaßt und zum Abschluß von Geschäften bewegt werden, deren Folgen sie nicht überblicken, in Rechnung stellt, erhebt sich die grundsätzliche Frage, ob nicht selbst in unserer Kodifikation, die so sehr vom Bewußtsein der sozialen Aufgabe des Privatrechts getragen war, die Kräfte, welchen den Menschen zur Autonomie befähigen, noch überschätzt worden seien."¹⁵⁶

Vor diesem Hintergrund könnte das Bundesgericht seine Zurückhaltung in manchen Fragen der Aufklärungspflichten unter Anwendung der gebotenen Vorsicht z. T. noch etwas relativieren. Viele gute Ansätze dafür sind bereits vorhanden, man denke nur an die wirtschaftliche Aufklärungspflicht des Arztes. Die Besonnenheit des Bundesgerichts garantiert, daß auch in Zukunft Klagerufe wie „Aufklärungspflichten ohne Grenzen“¹⁵⁷ nicht vernehmbar sein werden. Weitere in diesem Sinne mutige Leitentscheide zu den Aufklärungspflichten wären jedenfalls kein Sakrileg an unserer Kodifikation. Wir erinnern uns des zeitgenössischen Autors: Nous sommes voués au régime de l'équité, qui est un peu celui de l'incertitude!¹⁵⁸

¹⁵³ Man denke nur an den Konsumentenschutz als *verfassungsrechtlich* verankerte Bundesaufgabe (Art. 31 sexies BV). Die oftmals die Aufklärungspflichten abstützenden Generalklauseln gelten als Einfallstore für die Aktualisierung verfassungsrechtlicher Wertungen im Privatrecht. Bei ihrer Konkretisierung hat der Zivilrichter grundsätzlich die Wertungen der Schweizerischen Bundesverfassung mitzubedenken.

¹⁵⁴ Vgl. zum Ganzen Esser (Fn. 13) 331 ff., der davon ausgeht, daß sich die besondere Ausprägung des Sozialdenkens unabhängig davon entwickelt, wie sich die offizielle Wirtschaftsverfassung präsentiert.

¹⁵⁵ Vgl. dazu Thomas Koller, *Privatrecht und Steuerrecht* (Fn. 132) 54 ff.

¹⁵⁶ *Liber*, Einleitung (Fn. 121) N 115.

¹⁵⁷ Siehe oben II. 1.

¹⁵⁸ Rossel (Fn. 139), 7.