CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

E-Forex Trading

Das Ende des Kursuntergrenze und der nicht ausgeführte *Stop-Loss*

Par Célian Hirsch le 19 November 2021

Ist der Kunde, der online *trading* betreibt, ein Verbraucher ? Ist die Bank, die einen *Stop-Loss*-Auftrag bei illiquidem Markt nicht sofort ausführen kann, für die Verluste des Kunden verantwortlich ? In seinem Urteil 4A_54/2021 befasst sich das Bundesgericht mit diesen beiden Fragen, entscheidet aber nur eine davon.

Im Jahr 2014 nutzt ein Kunde mit einer gewissen Erfahrung im Finanzbereich die IT-Plattform einer Waadtländer Bank, um auf die Veränderung des EUR/CHF-Kurses zu spekulieren.

Der *E-Forex*-Vertrag, der akzeptiert werden muss, um Zugang zur Plattform zu erhalten, sieht in Artikel 4.13/iv Folgendes vor :

„Sie erkennen an und akzeptieren, dass es unter bestimmten Marktbedingungen schwierig oder sogar unmöglich sein wird, Aufträge zu einem bestimmten Preis auszuführen oder bestimmte Positionen zu liquidieren, einen fairen oder akzeptablen Preis zu schätzen und das Risiko zu bewerten. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der Markt illiquide ist oder wenn ein elektronisches System oder ein Telekommunikationssystem ausfällt oder wenn ein Fall höherer Gewalt vorliegt. Die Platzierung eines Stop-Loss-Auftrags garantiert nicht unbedingt eine Risikobegrenzung, da Ihr Auftrag unter bestimmten Marktbedingungen nicht ausgeführt werden kann.

Am 8. Januar 2015 erteilt der Kunde einen *Stop-Loss*-Auftrag zum Kurs von 1,194, um seine Position zu sichern, die aus dem Kauf von 2.000.000 EUR/CHF zum Kurs von 1,204119 besteht.

Am 15. Januar um 10:30 Uhr gibt die SNB bekannt, dass sie die Untergrenze CHF/EUR aufgibt. Dies löst Panik aus und macht den CHF/EUR-Markt illiquide. Die Waadtländer Bank setzt den Handel für fast eine Stunde aus. Als er um 11:35 Uhr wieder aufgenommen wird, wird die Position des Kunden automatisch zu Kursen liquidiert, die deutlich unter dem Kurs liegen, zu dem sie erworben wurde (1,204119), nämlich bei etwa 1,04. Der Kunde hat nun einen negativen Saldo von CHF 287.641,95.

Die Bank erhebt Zahlungsklage gegen den Kunden bei der Chambre patrimoniale des Kantons Waadt. Sie legt insbesondere ein gerichtliches Gutachten vor, das in einem parallelen Verfahren zu den Ereignissen bei der Aufhebung des Mindestkurses durch die SNB erstellt

wurde.

Sowohl die Chambre patrimoniale als auch das Kantonsgericht geben auf Berufung des Kunden der Klage der Bank statt. Nach Ansicht der kantonalen Instanzen hat der Kunde den *E-forex*-Vertrag akzeptiert, der es der Bank unter bestimmten Marktbedingungen erlaubt, einen *Stop-Loss*-Auftrag nicht auszuführen (Art. 4.13/iv. des Vertrags), und diese Vertragsklausel ist nicht missbräuchlich im Sinne von Art. 8 UWG (HC/2020/857).

In seiner Klage vor dem Bundesgericht macht der Kunde insbesondere geltend, (1) dass er den *e-forex*-Vertrag nie akzeptiert habe, (2) dass sein *Stop-Loss*-Auftrag vor der Aussetzung des Handels durch die Bank hätte ausgeführt werden müssen und (3) dass die Klausel 4.13/iv. des Vertrags nichtig sei, da sie gegen Art. 8 UWG verstoße.

In Bezug auf den ersten Teil hat die Bank den Sachverständigen einen Auszug aus dem Computercode zur Überprüfung der Annahme der 13 Kapitel der Vertragsbedingungen vorgelegt. Auf dieser Grundlage stellte das Gutachten fest, dass der Zugriff auf die IT-Plattform der Bank nicht möglich war, ohne dass der Nutzer zuvor den *E-forex*-Vertrag akzeptiert hatte, indem er sich auf der Plattform registriert hatte.

Das Bundesgericht erinnert daran, dass auch bei strengen Beweisanforderungen leichte Zweifel bestehen können. Im vorliegenden Fall erachtet das Bundesgericht die Feststellung, dass der Kunde den *E-Forex*-Vertrag akzeptiert hat, als nicht willkürlich, auch wenn sich die Beurteilung des IT-Vertragsabschlusses durch das Gutachten nicht auf den konkreten Fall bezog.

In Bezug auf die Rüge des Kunden bezüglich der Nichtausführung seines *Stop-Loss*- Auftrags, bevor der Markt illiquide wurde, nimmt das Bundesgericht eine genaue Prüfung des Sachverständigengutachtens vor. Es betont die Unterscheidung zwischen der Auslösung des Auftrags, d. h. frühestens bei Überschreitung der Schwelle, und seiner Ausführung, die notwendigerweise aufgeschoben wird. Die Ausführung des Auftrags bei Erreichen der angegebenen Schwelle ist somit nicht garantiert.

Im vorliegenden Fall lag der letzte handelbare Kurs (bevor der CHF/EUR-Markt illiquide wurde) über dem *Stop-Loss*-Auftrag des Kunden. Daher hat die Bank diesen Auftrag zu Recht nicht ausgeführt, bevor der Markt aufgrund seiner Illiquidität ausgesetzt wurde.

Schließlich macht der Kunde in einer letzten Rüge geltend, dass die Klausel 4.13/iv. des *E-forex* Vertrags aufgrund von Art. 8 UWG nichtig sei. Diese Bestimmung sieht Folgendes vor :

„Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten vorsehen.“

Es gibt eine kontroverse Lehrmeinung über die Auslegung des Begriffs „Verbraucher“. Eine Strömung befürwortet eine restriktive Auslegung, d. h. dass dieser Begriff nur Leistungen des täglichen Bedarfs umfasst. Eine andere Strömung befürwortet im Gegenteil eine weiter gefasste Auslegung, die sich am Zweck der Norm und der Systematik des Gesetzes orientiert. Der Begriff des Verbrauchers wäre dann nicht auf Leistungen des täglichen Bedarfs beschränkt.

Das Bundesgericht erkennt dieser zweiten Strömung „eine gewisse Konsistenz“ zu. Allerdings lässt es diese „heikle Frage“ ausdrücklich offen. Denn selbst wenn diese Bestimmung anwendbar wäre, wäre die Klausel 4.13/iv. nicht ungültig. Insbesondere die Tatsache, dass das Risiko des illiquiden Marktes vom Kunden und nicht von der Bank getragen wird, lässt kein „erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis“ im Sinne von Art. 8 UWG erkennen. Das Bundesgericht scheint sogar in die entgegengesetzte Richtung zu gehen :

„Der Kunde, der durch Devisentransaktionen schwindelerregende Gewinne erzielen kann, muss auch die proportionalen Risiken tragen, die mit dieser Form von Poker verbunden sind.“

Daher lehnt das Bundesgericht die Klage des Kunden ab.

Dieses Urteil verdient zwei kurze Anmerkungen.

Erstens ist es interessant festzustellen, dass die Bank den Vertragsabschluss offenbar anhand ihres Computercodes nachgewiesen zu haben scheint und nicht, indem sie den Vertragsabschluss *in casu* nachgewiesen hat.

Zweitens nähert sich das Bundesgericht der weiten Auslegung des Begriffs des Verbrauchers an, im Gegensatz zur vom Waadtländer Kantonsgericht vertretenen Auffassung. Dies gibt den Bankkunden einen Hoffnungsschimmer angesichts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die ihnen immer mehr Verpflichtungen auferlegen.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Célian Hirsch, Das Ende des Kursuntergrenze und der nicht ausgeführte *Stop-Loss*, publié le 19 November 2021 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/de/1208/