

Lösungsvorschlag zu Fall 1

Vorbemerkung zur Korrektur

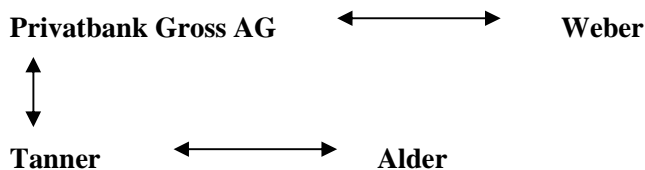
Die Kürzel auf den Probeklausuren haben folgende Bedeutungen:

- S: Subsumtion mangelhaft
- AS: Auswahlendung
- SV: Sachverhalt beachten
- LV: Lösungsvorschlag beachten
- FF: Folgefehler
- B: Begründung mangelhaft
- LF: lösungsfern

24.44% der Arbeiten waren ungenügend. Der Notenschnitt beträgt 4.1 – die Note dient nur dazu, den Stand während des *weiterlaufenden Lernprozesses* im Vergleich zu den anderen Studierenden zu orten.

Methode

Es empfiehlt sich, mit einer Skizze zu beginnen:



Eine erste Analyse des Sachverhalts ergibt, dass die Sicherheitenbestellungen in allen Fällen Unregelmäßigkeiten aufweisen, die sich jedoch nicht immer zu Ungunsten der Bank auswirken. Kann man ein Warenlager als Ganzes verpfänden – und darüber hinaus noch selbständig weiterbenützen? Welche Folgen ergeben sich daraus, dass die Privatbank Gross AG Schuldnerin der Kontoforderung gegenüber Tanner ist, der ihr diese Forderung zediert? Angesichts der Behauptung Tanners, sämtliche Sicherheiten seien ungültig, erscheint es angezeigt, ihre Position bezüglich aller fünf Vorgänge zuerst abzuklären. Im Zuge dieser Abklärung ergibt sich auch das Schicksal der Uhr, deren Eigentum Alder beansprucht. Dessen Anspruch muss dann unter Umständen nicht mehr separat geprüft werden.

Privatbank Gross AG vs Tanner: Anspruch auf Pfandverwertung (Art. 891 Abs. 1 ZGB)

Weinkeller

Die Bank und Tanner haben einen Pfandvertrag über den Weinkeller abgeschlossen. Eine einzuhaltende Form existiert für den Pfandvertrag nicht. Der Pfandvertrag mit Übergabe des Pfandes ermöglicht die Pfandverwertung nach Art. 891 Abs. 1 ZGB. Hier geht es um die *private Pfandverwertung*, die ebenfalls zulässig ist. Dies ergibt sich *lediglich indirekt* aus Art. 890 Abs. 2 ZGB.¹ Dass das Pfand nicht vom Schuldner der zu besichernden Forderung stammt, spielt keine Rolle – es ist hier ein *Drittpfandverhältnis*.²

¹ Die private Pfandverwertung ist nicht zu verwechseln mit dem freihändigen Verkauf durch das Betreibungsamt, der anstelle einer Versteigerung stattfindet, vgl. dazu BSK-Bauer, ZGB 891 N 19 ff.

² Dies ergibt sich aus allgemeinen Bestimmungen, vgl. Art. 110 Ziff. 1 OR oder Art. 178 Abs. 2 OR; vgl. auch BSK-Bauer, ZGB 884 N 24 f.

Generell setzen das Spezialitätsprinzip und das Faustpfandprinzip der Verpfändung gewisse Grenzen. Das Spezialitätsprinzip gebietet, dass jeweils nur eine bestimmte Sache Gegenstand der Verpfändung sein kann. Der Weinkeller besteht vorliegend aus vielen Weinflaschen und stellt somit eine *Sachgesamtheit* dar. Rechtsprechung und Lehre erachten es als genügend, wenn Bestimmbarkeit der einzelnen Sachen gegeben ist. Diese liegt vor – der Weinkeller umfasst alle Flaschen, die sich im Raum befinden.³ Problematischer ist in diesem Fall der Zugang Tanners, also des Verpfänders, zur verpfändeten Sache. Notwendig zur Begründung des Pfandrechts ist die Einräumung des Besitzes am Pfandobjekt (Art. 884 Abs. 1 und 3 ZGB). Die Einräumung durch *Raumgewahrsam* genügt, was vorliegend durch die Schlüsselübergabe geschehen ist. Der Verpfänder darf sich jedoch nicht selbständig Zugang zum Weinkeller verschaffen können (vgl. Art. 884 Abs. 3 ZGB).⁴ Vorliegend ist diese Voraussetzung nicht gegeben, denn gemäss Sachverhalt hat Tanner der Bank lediglich einen Reserveschlüssel übergeben und sich vertraglich das Recht eingeräumt, dem Weinkeller weiterhin selbständig Weinflaschen zu entnehmen. Das Pfandrecht am Weinkeller ist somit nicht entstanden und ein Anspruch auf Pfandverwertung ist nicht gegeben.

Es stellt sich zusätzlich die Frage, ob die Privatbank nicht noch einen obligatorischen Anspruch auf korrekte Übertragung des Pfandbesitzes habe. Dies ist zu bejahen – auf den Pfandvertrag sind auch die Normen des allgemeinen Teils anwendbar, darunter auch der Schadenersatzanspruch des Art. 97 Abs. 1 OR.⁵ Es stellt sich jedoch die Frage, ob Tanner wirklich die Unmöglichkeit der Übertragung aufgrund des Konkurses *verschuldet* hat, was für diesen Sachverhalt nicht beantwortet werden kann. Auch ist fraglich, ob überhaupt Unmöglichkeit vorliegt. Im Konkurs werden alle Forderungen in Geldforderungen umgewandelt (vgl. Art. 211 Abs. 1 SchKG). Diese Forderung wäre ungesichert und in den allermeisten Fällen wertlos.

Uhr

Tanner verpfändete der Bank eine Uhr, die ihm nicht gehört und die ihm ausschliesslich im Rahmen einer Leihe übergeben worden ist. Den Leihgegenstand darf man nicht veräussern. Der Leihe ist wie auch der Miete eine Rückgabepflicht eigen (Art. 267 Abs. 1 OR, Art. 305 OR) – die Miet- oder Leihsache ist bloss *anvertraut*.

Das Pfand ist durch Abschluss des Pfandvertrages und Übergabe der Uhr ansonsten mängelfrei. Vorliegend waren sich die Parteien einig, dass die Uhr im Rahmen eines Pfandvertrages auf die Bank übertragen werden sollte. Es stellt sich die Frage, ob die Privatbank Gross AG gutgläubig ein Pfand erwerben konnte (Art. 884 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 933 ZGB). Voraussetzung hierfür ist der gute Glaube der Privatbank Gross AG im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB. Der Sachverhalt enthält vorliegend keine Indizien, aufgrund derer die Privatbank Gross AG hätte stutzig werden müssen. Für Auto-Occasionshändler und Antiquitätä-

³ Vgl. BSK-Bauer, ZGB 884 N 44.

⁴ Vgl. BSK-Bauer, ZGB 884 N 60; vgl. BGE 89 II 314 ff., 319: „Für das schweizerische Recht ist von Art. 884 Abs. 3 ZGB auszugehen. Danach ist das Pfandrecht nicht begründet, solange der Verpfänder die ausschliessliche Gewalt über die Sache behält. Das bedeutet, dass der Verpfänder nicht selbständig, mit Ausschluss des Pfandgläubigers, über die Pfandsache darf körperlich verfügen können (...). Soll der Pfandbesitz durch Einräumung eines sog. Raumgewahrsams begründet werden, so muss der Pfandgläubiger den einzigen oder die sämtlichen Schlüssel oder aber von mehreren Schlüsseln einen erhalten, ohne den sich der Raum (das Behältnis) nicht öffnen lässt (...).“; vgl. auch BGE 80 II 235 ff., 236 f.: „Mit den Vorinstanzen ist davon auszugehen, dass der Verpfändung des Weinlagers an die Klägerin kein gültig begründetes Pfandrecht des Verkäufers Alfred Stotzer entgegenstand. Dieser hatte der Schuldnerin eine Garnitur Schlüssel zu den Weinkellern in der "Münz" zu freiem Gebrauch überlassen. So war die Schuldnerin in der Lage, jederzeit ohne Mitwirkung des Verkäufers zum Weinlager zu gelangen und darüber frei zu verfügen. Das Weinlager war daher dem Verkäufer, der nur die andere Garnitur Schlüssel für sich zurückbehält, nicht wirksam verpfändet (Art. 884 Abs. 3 ZGB).“

⁵ Vgl. zur Durchsetzung des obligatorischen Anspruchs auf Übertragung des Pfandbesitzes BK-Zobl, ZGB 884 N 348, 401, 639 sowie syst. Teil, N 822 f.

tenhändler⁶ (und darunter liesse sich der Handel mit gebrauchten Luxusuhren auch zählen) bestehen erhöhte Sorgfaltspflichten, die sich eigentlich auch auf die berufliche Pfandnahme durch Banken anwenden lassen. Das Kriterium ist die Vertrautheit des Erwerbers mit dem relevanten Markt.⁷ Diese muss für eine Bank aber nicht unbedingt gegeben sein – sie wird durch die Pfandnahme einer Uhr noch nicht zu einer Uhrenhändlerin. Art. 884 Abs. 2 ZGB erlaubt den gutgläubigen Erwerb nur, soweit nicht Dritten *Rechte aus früherem Besitze* zustehen. Nun steht Alder eindeutig ein solches Recht aus früherem Besitz zu. Art. 884 Abs. 2 ZGB bezieht sich jedoch wie die Regelung nach Art. 934 ZGB nur auf Ansprüche, die einem *gutgläubigen Erwerb* entgegenstehen, wie z.B. Diebstahl oder unfreiwilliger Verlust im Sinne von Art. 934 ZGB.⁸ Ist die Sache dem Veräusserer anvertraut wie z.B. hier bei der Miete oder Leihe, gewinnt der gutgläubige Pfandnehmer das Pfandrecht an der Pfandsache. Alder verliert das Eigentum noch nicht – es ist immer noch seine Sache, aber sie ist mit einem Pfandrecht belastet, das er respektieren muss.⁹ Die Privatbank Gross AG kann folglich die Uhr verwerten, denn sie hat ein Pfandrecht daran gutgläubig vom Nichtberechtigten erlangt.

Variante: Wird der gute Glaube der Bank verneint, hat Alder gegenüber der Bank die rei vindicatio (Art. 641 Abs. 2 ZGB – Klage des nichtbesitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer) oder die Klage nach Art. 936 ZGB auf Herausgabe der Uhr.¹⁰ Tanners Pfand leidet an einem Rechtsmangel, der mit der kaufrechtlichen Eviktionshaftung vergleichbar ist (Art. 192 OR). Er schuldet der Bank dafür nach Art. 97 Abs. 1 OR Schadenersatz.

Privatbank Gross AG vs Tanner: Zugriff auf Konto Tanners, Konfusion (Art. 118 Abs. 1 OR)

Die Forderung aus Kontovertrag lässt sich grundsätzlich *sicherungszedieren* (auch fiduziarische Zession genannt; Art. 164 Abs. 1 OR) oder *verpfänden* (Art. 900 ZGB).¹¹ Die für die Zession notwendige einfache Schriftlichkeit (Art. 165 Abs. 1 OR) ist mit dem im Sachverhalt abgebildeten, unterzeichneten Schriftstück erfüllt. Der Abtretungswillen ist aus dem Text ersichtlich. Einzig Tanner wird dadurch verpflichtet, somit genügt seine Unterschrift (Art. 13 Abs. 1 OR). Dass die Forderung variabel ist und nicht auf Franken und Rappen schon im Zeitpunkt der Zession genau bestimmt ist, spielt keine Rolle.¹² Der Rechtsgrund und der debitor cessus sind bestimmt, die Höhe ist zumindest bestimmbar.

Problematisch ist vorliegend, dass die Bank durch die Sicherungszession Gläubigerin einer Forderung wird, deren Schuldnerin aus dem Kontovertrag sie schon ist (Vereinigung der Gläubiger- und Schuldnerstellung, „Konfusion“). Die Schuld geht in diesem Umfang unter (Art. 118 Abs. 1 OR). Tanner hat folglich keine Forderung mehr aus dem Kontovertrag mit der Privatbank Gross AG. Mit der Sicherungszession ist die Forderung untergegangen. Die Darlehensschuld Webers reduziert sich dementsprechend um diesen Umfang. Richtigerweise, d.h. um den Sicherungszweck beizubehalten, wäre hier die *Verpfändung* nach Art. 900 ZGB zu wählen gewesen, wenn der Gläubiger der zu besichernden Forderung zugleich Schuldner der Kontosaldo ist.¹³

⁶ Vgl. dazu BSK-Stark/Ernst, ZGB 933 N 36.

⁷ Vgl. BGE 131 III 418 ff., 422.

⁸ Vgl. BGE 80 II 235 ff., 237: „*Rechte aus früherem Besitze*“ stehen nach Art. 934 ZGB demjenigen zu, dem die Sache gestohlen wurde oder verloren ging oder sonst wider seinen Willen abhanden kam. Wer die Sache dagegen freiwillig in den Besitz eines Andern kommen liess, sie ihm also „anvertraute“, muss, wenn der Andere die Sache veruntreut, also unbefugterweise darüber verfügt, den Rechtserwerb eines gutgläubigen Dritten gelten lassen (Art. 933 ZGB, dem die spezielle Regel des Art. 884 Abs. 2 ZGB für den Fall der Verpfändung entspricht).“; vgl. dazu BSK-Bauer, ZGB 884 N 115.

⁹ Vgl. BK-Zobl, ZGB 884 N 845; vgl. BSK-Bauer, ZGB 884 N 107 f.

¹⁰ Vgl. BSK-Bauer, ZGB 884 N 154.

¹¹ Vgl. BGE 43 II 15 ff., 25 ff.; vgl. BSK-Bauer, OR 164 N 44 f.

¹² Vgl. BSK-Girsberger, OR 164 N 36.

¹³ Vgl. BGE 105 III 117 ff., 120: „*Entgegen der Ansicht des Rekurrenten ist die Verpfändung einer Forderung, deren Schuldner der Pfandgläubiger selber ist, nicht zum vornherein undenkbar. Diese Art der Verpfändung wird von*

Privatbank Gross AG vs Tanner: Anspruch aus Garantie (Art. 111 OR)

Tanner hat dem Wortlaut nach eine Garantie nach Art. 111 OR über Fr. 20'000 abgegeben. Da er nur für einen Erfolg einsteht, der an ein Schuldverhältnis gekoppelt ist, handelt es sich um eine bürgschaftsähnliche Garantie.¹⁴ Es stellt sich die Frage, ob „für die Schuld gerade stehen“ nicht auch als Bürgschaft im Sinne von Art. 492 ff. OR oder als kumulativer Schuldbeitritt (Art. 143 OR) verstanden werden könnte. Der Schuldbeitritt, die Garantie und auch die bürgschaftsähnliche Garantie sind formlos gültig, während für die Bürgschaft Formvorschriften bestehen. Die vorliegende Erklärung betrifft, sofern sie als Bürgschaft zu sehen ist, einen Betrag, der Fr. 2'000 überschreitet und bedarf deshalb der *öffentlichen Beurkundung* (Art. 493 Abs. 2 OR).

Abgrenzungskriterien zwischen bürgschaftsähnlicher Garantie, die auch von Art. 111 OR erfasst ist,¹⁵ und Bürgschaft sind Wortlaut, Sinn und Zweck der Erklärung. „Gerade stehen“ hat viele Bedeutungen. Daraus lässt sich noch nichts ableiten, ebenso wenig aus dem Sinn und Zweck der Erklärung – beide Varianten sind möglich. Ein weiteres Abgrenzungskriterium ist die *Akzessorietät* des Sicherungsversprechens.¹⁶ Ein Bezug zur *Schuldpflicht Webers* ist klar ersichtlich. Vermutungsweise spricht für das Vorliegen einer Bürgschaft, wenn zur Feststellung der Leistung vollumfänglich auf das Grundverhältnis zurückgegriffen werden muss.¹⁷ Dies ist hier der Fall, denn das Sicherungsversprechen erwähnt explizit die *Schuld Webers*, für die Tanner gerade stehen will. Dies wird jedoch relativiert durch den Einredenverzicht. Der Einredeverzicht („*auf erstes Verlangen*“, d.h. ohne die Möglichkeit, Einreden vorzubringen) ist zwar für sich noch kein ausschlaggebendes Indiz für eine Garantie – es könnte auch ein nichtiger Bestandteil einer Bürgschaft sein.¹⁸ Dadurch löst sich aber das Einstehenmüssen doch von der zu sichernden Schuld. Eine weitere Vermutung für die Garantie greift bei geschäftsgewandten Personen, während bei Privatpersonen auch vom Schutzgedanken her eher von einer Bürgschaft auszugehen ist.¹⁹ Tanner führt gemäss Sachverhalt ein Restaurant, was auf eine gewisse Geschäftserfahrung schliessen lässt. Er gibt das Darlehen aber eindeutig als Privatmann, in der Eigenschaft als Freund Webers. Er hat kein Eigeninteresse an der Leistung Webers, was eher für eine Bürgschaft spricht.²⁰ Die vorliegende Erklärung ist somit nicht eindeutig zuzuordnen. Vorliegend spricht jedoch die Geschäftsgewandtheit Tanners für die Garantie, zusammen mit dem Indiz, das sich aus dem Einredenverzicht ergibt. Es ist deshalb von einer gültigen Garantie auszugehen. Tanner hat folglich Fr. 20'000 aus Garantievertrag zu bezahlen.

Variante: Es ist mit guten Gründen auch möglich, eine formnichtige Bürgschaft anzunehmen. Es ist vorliegend nicht möglich, im Sinne der Teilnichtigkeit eine gültige Bürgschaft bis Fr. 2'000 zu bejahen (die

der Lehre im Gegenteil zugelassen und kommt in der Praxis auch vor (...).“; zur Konfusion bei der Sicherungssession vgl. BSK-Bauer, ZGB 899 N 15 und BK-Zobl, ZGB 899 N 22 und syst. Teil, N 1572.

¹⁴ BSK-Pestalozzi, OR 111 N 6; vgl. BGE 113 II 434 ff., 436.

¹⁵ Vgl. BSK-Pestalozzi, OR 111 N 6.

¹⁶ Vgl. BGE 113 II 434 ff., 437: „*Während mit der Bürgschaft als akzessorischem Sicherungsvertrag die Zahlungsfähigkeit des Schuldners oder die Erfüllung eines Vertrages gesichert wird, sichert der Garantievertrag als selbständige Verpflichtung eine Leistung als solche, einen bestimmten Erfolg, unabhängig von der Verpflichtung des Dritten.*“

¹⁷ Vgl. BGE 113 II 434 ff., 439; BGE 125 III 305 ff., 309: „*La jurisprudence voit un indice en faveur du porte-fort lorsque l'obligation du garant est définie de manière indépendante et que la garantie est donnée à un moment où l'on sait que le débiteur principal ne pourra probablement pas s'exécuter (...). Elle voit plutôt un indice en faveur du cautionnement lorsque l'obligation du garant correspond exactement à celle du débiteur principal et qu'elle est définie entièrement par référence à celle-ci (...). L'existence d'un intérêt personnel du garant, distinct de celui du débiteur principal, est plutôt un indice en faveur du porte-fort, mais il ne revêt pas de caractère déterminant (...). La renonciation à invoquer les exceptions du débiteur principal ou à exercer un recours contre lui n'ont pas non plus un caractère décisif (...).*“; vgl. BSK-Pestalozzi, OR 111 N 29.

¹⁸ Vgl. CHK-Reetz/Graber, OR 111 N 36; vgl. BSK-Pestalozzi, OR 111 N 30.

¹⁹ Vgl. CHK-Reetz/Graber, OR 111 N 34.

²⁰ Vgl. BGE 125 III 305 ff., 309.

ohnehin strittig ist),²¹ denn der Höchstbetrag muss eigenhändig hingeschrieben werden (vgl. Art. 493 Abs. 2 OR), was vorliegend nicht geschehen ist.

Privatbank Gross AG vs Tanner: rei vindicatio des Mercedes (Art. 641 Abs. 2 ZGB)

Die Bank kann den Wagen mit der Vindikationsklage zurückfordern, sofern sie daran Eigentum erlangt hat. Tanner hat der Privatbank Gross AG seinen Mercedes S 500 übereignet und nutzt ihn im Rahmen einer Miete weiter. Normalerweise muss man für eine Eigentumsübertragung die Sache übergeben (vgl. Art. 714 Abs. 1 ZGB). Es gibt jedoch Surrogate, die anstelle der Übergabe genügen. Es handelt sich dabei um ein *Besitzeskonstitut* nach Art. 924 Abs. 1 ZGB (vgl. die Marginalie: „Übertragung ohne Übergabe“). Die Übertragung erfolgt *fiduziarisch*, d.h. als Übertragung des Vollrechts, jedoch mit der internen Abrede, den Wagen nach Abzahlung der Schuld wieder zurückzugeben. Art. 717 Abs. 1 ZGB hält zum Eigentumsübergang jedoch fest, dass die Übereignung ohne Besitz *Dritten gegenüber unwirksam ist*, wenn damit ihre Benachteiligung oder eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand durch beide Parteien beabsichtigt worden ist.²² Der Richter darf darüber nach freiem Ermessen entscheiden (vgl. Art. 717 Abs. 1 und 2 ZGB i.V.m. Art. 4 ZGB). Geschützt sind als Dritte die im Sachverhalt erwähnten Gläubiger des Veräusserers Tanner – auch über die Absicht und das Bewusstsein der Benachteiligung darf der Richter aufgrund der Umstände nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden.²³ Ob vorliegend eine Schädigungsabsicht gegeben ist, kann nicht gesagt werden. Hätte Tanner den Wagen richtig verpfändet, würden seine Gläubiger auch nichts davon erhalten. Relevant ist hingegen die Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfandprinzip (zweite Variante in Art. 717 Abs. 1 ZGB). Im Ergebnis wird durch die Übergabe mit gleichzeitiger Überlassung des Mercedes im Rahmen einer Miete ein *besitzloses Pfand* geschaffen, was gegen Art. 884 Abs. 1 ZGB verstösst. Der Einführungssatz im Vertrag zwischen der Privatbank Gross AG und Tanner bezeichnet alle fünf Vorgänge, also auch den Vorgang mit dem Mercedes, als „Sicherheiten“. Der Begriff „fiduziarisch“ deutet ebenfalls auf eine treuhänderisches Ausüben des Vollrechts, das wieder zurückgegeben muss. Es ist folglich gar kein Veräusserungsgeschäft – die Privatbank Gross AG hat am Besitz des Mercedes keinerlei Interesse. Sie rechnet sogar den Mietzins für den Mercedes an die Darlehensschuld Webers bzw. an deren Zinszahlungen an. Somit spricht alles für eine Umgehungsabsicht, die sich hier aufgrund der Umstände klar ergibt – das genügt nach Art. 717 Abs. 2 ZGB und nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung.²⁴ Der Vorgang ist Dritten gegenüber unwirksam – die Dritten sind wiederum die im Sachverhalt erwähnten Gläubiger Tanners, die sich auf die Ungültigkeit dieses Geschäfts beru-

²¹ Vgl. die Hinweise bei BSK-Pestalozzi, OR 493 N 3.

²² Vgl. BSK-Schwander, ZGB 717 N 4.

²³ Vgl. BSK-Schwander, ZGB 717 N 3.

²⁴ Vgl. Urteil BGer 5C.199/2001, Erw. 3a: „Bleibt eine Sache infolge eines besonderen Rechtsverhältnisses beim Veräusserer, so ist der Eigentumsübergang gemäss Art. 717 Abs. 1 ZGB Dritten gegenüber unwirksam, wenn damit ihre Benachteiligung oder eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand (Art. 884 ZGB) beabsichtigt worden ist. Der Eigentumsübergang wird jedoch nach dem Gesetz gegenüber Dritten nur dann unwirksam, wenn die Absicht der Gesetzesumgehung bei beiden Parteien, insbesondere aber beim Erwerber vorgelegen hat. Sie kann, wenn es in dieser Hinsicht an bestimmten Äusserungen der Vertragschliessenden fehlt, nach Art. 717 Abs. 2 ZGB auch aus den Umständen geschlossen werden. (...). Nach Lehre und Rechtsprechung ist eine Umgehungsabsicht in all jenen Fällen anzunehmen, in denen die Parteien in Wirklichkeit gar kein Veräusserungsgeschäft tätigen wollen, sondern die Absicht verfolgen, eine bereits bestehende oder erst noch zu begründende Schuld des Veräusserers gegenüber dem Erwerber dadurch sicherzustellen, dass letzterem das Eigentum an einem bisher dem Veräusserer gehörenden Gegenstand verschafft wird; dem vereinbarten Kaufpreis kommt dabei die Funktion einer Darlehenssumme zu, die entweder erst noch ausbezahlt wird oder schon im Voraus entrichtet worden ist. Ausschlaggebendes Kriterium ist der massgebende wirtschaftliche Zweck, den die Kontrahenten verfolgen. Unter diesem Gesichtswinkel ist der Verkauf einer Sache gegen bar an einen Käufer, der gar kein Interesse an ihr hat oder sie überhaupt nicht benötigt und sie daher dem Veräusserer zum Gebrauch und zu ausschliesslicher Benützung überlässt, als Eigentumsübertragung zu qualifizieren, die nur zu Deckungszwecken vorgenommen wird. Denn hier dient der Kauf nicht dem ihm eigenen Zweck des Güterausstausches, vielmehr soll er die wirtschaftliche Wirkung einer Darlehensgewährung gegen Sicherung durch ein Faustpfand ohne Sachübergabe herbeiführen (...).“

fen. Die Bank kann den Wagen deshalb nicht herausverlangen, wenn die anderen Gläubiger als Dritte sich dagegen wehren.

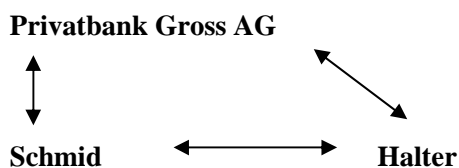
Alder vs Tanner: Fr. 20'000 aus Leihe (Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 305 OR)

Alder hat Tanner die Uhr im Rahmen einer Gebrauchsleihe für die Dauer von zwei Wochen überlassen (vgl. Art. 305 OR). Der Sachverhalt erwähnt keine Entschädigung – es ist gut denkbar, dass die Uhr zwei Wochen zur Ansicht ausgeliehen worden ist. Durch die Verpfändung, den gutgläubigen Pfanderwerb durch die Bank sowie die spätere private Verwertung der Uhr geht das Eigentum Alders doch noch unter. Tanner hat dadurch seine Rückgabepflicht verletzt (vgl. Art. 305 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR). Er schuldet dafür Schadenersatz. Der Schaden als unfreiwillige Vermögensverminderung ist im Wert der Uhr zu sehen. Dieser ist im Sachverhalt mit Fr. 20'000 angegeben. Ohne Verpfändung könnte er die Uhr zurückgeben. Die Verpfändung einer anvertrauten Uhr ist geeignet, die Rückgabepflicht gegenüber dem Verleiher zu verletzen. Die Verpfändung verhält sich folglich natürlich und adäquat kausal zum Eintritt des Totalverlustes. Das nach Art. 97 Abs. 1 OR vermutete Verschulden liegt in der Form des Vorsatzes vor: Tanner hat wissentlich und willentlich eine fremde Uhr verpfändet – er kann sich deshalb nicht exkulpieren. Es ist klar, dass man geliehene Sachen nicht verpfänden darf. Er schuldet Alder folglich Fr. 20'000.

Lösungsvorschlag zu Fall 2

Methode

Es empfiehlt sich, wie immer, mit einer Skizze zu beginnen:



Damit kein Sachverhaltselement verloren geht, lohnt es sich auch, die *Problemfelder* aufzulisten:

- Fehlendes Wissen über die Provisionen der letzten 15 Jahre sowie deren Herausgabe
- Sinnloses Kaufen und Verkaufen einer Aktie, Folge: Courtagen/Provisionen
- Entnahme von Fr. 5'000 für eigene Zwecke
- Kauf von Aktien *nach* Kündigung des Vermögensverwalterauftrages
- Honorar während Kündigungsfrist

Eine erste Analyse des Sachverhalts ergibt, dass Halter gegenüber der Privatbank Gross AG als direkter Stellvertreter Schmidts auftritt. Dazu legitimiert ihn die Vollmacht, die Schmid der Bank kundgegeben hat. Eigentlich darf und kann die Bank dessen Anordnungen ausführen. Gibt es dennoch Grenzen, bei denen auch die Bank stutzig werden müsste? Die Geschäfte, die Halter für Schmid tätigt, machen keinen Sinn und können deshalb von der Vollmacht nicht gedeckt sein. Um gegen die Bank vorgehen zu können, braucht Schmid Informationen. Wie kann Schmid erfahren, wie viel Geld geflossen ist? Geht das auch nach 15 Jahren? Kann er tatsächlich die Courtagen von der Bank zurückverlangen *und* die Provisionen von Halter? Hat er dann nicht mehr, als er ohne schädigendes Ereignis haben würde? Das Augenmerk ist deshalb auch auf die Verhältnisse der Ansprüche zueinander zu richten. Der richtige Aufbau beginnt nicht einfach mit einer Rezitation aller Probleme, die sich stellen, *sondern formuliert einen Anspruch, der sich aus der Anspruchsmethode ergibt*. Richtigerweise ist dies die Rechenschaftsablage, die als Grundlage der Herausgabeklage dient.

Schmid vs Halter: Rechenschaftsablage (Art. 400 OR)

Der Vermögensverwaltungsvertrag besteht aus einem Tätigwerden in fremdem Interesse: Halter hat die Vermögenswerte Schmidts gemäss Sachverhalt möglichst gewinnbringend anzulegen.²⁵ Dies ist vom Auftrag im Sinne von Art. 394 Abs. 1 OR erfasst. Der Auftrag kennt eine Pflicht zur Abrechnung und Rechenschaftsablage in Art. 400 Abs. 1 OR. Diese dient als Vorbereitung für die Herausgabeklage und allfällige Schadenersatzansprüche. Sie ist selbständig einklagbar.²⁶ Im Rahmen der Rechenschaftsablage muss Halter bekannt geben, welche Provisionen ihm zugekommen sind.

Der Vermögensverwaltungsvertrag hat gemäss Sachverhalt über fünfzehn Jahre bestanden. Es stellt sich somit die Frage, wann die Pflicht zur Auskunft entsteht und bis wann sie zurückreicht. Die Leistungen aus Auftragsrecht verjähren grundsätzlich in zehn Jahren (Art. 127 OR). Die Verjährung beginnt ab Fälligkeit (Art. 130 Abs. 1 OR). Die Rechenschaftsablage ist grundsätzlich „auf Verlangen“ geschuldet (vgl. Art. 400 OR). Dies würde nach Art. 130 Abs. 2 OR bedeuten, dass die Verjährung der Rechenschaftspflicht schon während des laufenden Auftragsverhältnisses zu laufen beginnt und auch vor dessen Beendigung ablaufen könnte. Nach dieser Theorie könnte Schmid folglich nur die Rechenschaftsablage für die letzten zehn Jahre verlangen, bezüglich der ersten fünf Jahre wäre der Anspruch verjährt. Es ist aber auch zu schauen, wie die Herausgabe der Retrozessionen verjährt. Die Rechenschaftspflicht über die Bezahlung der Retrozessionen kann nicht vor dem Herausgabebanspruch verjähren, soll sie doch deren Herausgabe sicherstellen (vgl. BGE 110 II 181 ff., 182). Die Nebenansprüche folgen bezüglich der Verjährung ohnehin diesem Hauptanspruch (vgl. Art. 133 OR). Die Herausgabepflicht ist in Art. 400 OR zeitlich nicht definiert – „auf Verlangen“ bezieht sich nur auf die Rechenschaftsablage²⁷ – damit gilt nach Art. 75 OR die sofortige Fälligkeit der Herausgabepflicht nach Art. 400 OR. Dies würde für eine Verjährung nach Art. 130 Abs. 1 OR sprechen, die vorliegend wiederum teilweise bei laufendem Vertragsverhältnis eintreten würde. Das Bundesgericht hat im ähnlichen Fall der Hinterlegung in BGE 91 II 442 ff., 451 entschieden, dass die Herausgabepflicht erst mit Beendigung des Vertrages entstehe, obwohl sie jederzeit verlangt werden könne. Dies, weil Herausgabepflicht und richtige Erfüllung des Hinterlegungsvertrages sich gegenseitig ausschliessen. Das kann für die Retrozessionen nicht gelten, ist doch deren Zurückbehaltung für die richtige Auftragsausführung nicht notwendig. Dennoch wäre die Unterscheidung des Verjährungseintritts für verschiedene Kategorien von Vermögenswerten der Rechtssicherheit abträglich. Die Lehre ist deshalb weitestgehend der Ansicht, dass der Anspruch auf Herausgabe und Rechenschaftsablage erst zehn Jahre nach Vertragsbeendigung zu verjähren beginnt.²⁸ [**Bemerkung:** Das konkrete Resultat spielte vorliegend für die Punktzahl keine Rolle – wichtig waren die Überlegungen zur Verjährungsproblematik anhand des Gesetzes, d.h. Art. 127, 130, 133 OR und deren Anwendung bezüglich Art. 400 OR].

Schmid kann deshalb in einem ersten Schritt die Rechenschaftsablage gegenüber Halter über die erlangten Retrozessionen verlangen, und zwar für die gesamten 15 Jahre.

²⁵ Vgl. BGE 132 III 460 ff. 464.

²⁶ Vgl. CHK-Gehrer/Giger, OR 400 N 8 und BK-Fellmann, OR 400 N 14 f. und 56; vgl. BGE 110 II 181 ff., 182: „Seine Pflicht, Rechenschaft abzulegen, ist ein essentielle des Auftragsrechts und ein Minimum dessen, was er zu erfüllen hat, damit wirklich angenommen werden kann, er habe Geschäfte im fremden Interesse zu besorgen; sie stellt sicher, dass der Auftraggeber Klarheit darüber gewinnen kann, wie der Auftrag ausgeführt worden ist (...). Sie bildet ferner Voraussetzung und Grundlage der nicht weniger wichtigen Ablieferungspflicht, die zu einer unechten Obligation würde, soweit die Rechenschaftspflicht wegen verwandtschaftlicher Verhältnisse eingeschränkt wäre; alles, was der Beauftragte nicht abzuliefern hätte, würde ihm dann geschenkt, womit indes kein Auftrag mehr anzunehmen wäre, sondern eine formbedürftige Schenkung mit Auflage (...). Der Auftraggeber könnte nicht mehr prüfen, ob der Beauftragte die Geschäfte vertragsgemäss und getreu besorgt hat und - falls das zu verneinen wäre - Schadenersatz geltend machen.“

²⁷ Vgl. BK-Fellmann, OR 400 N 158.

²⁸ Vgl. ZR 1981, Nr. 24, S. 77; vgl. BK-Fellmann, OR 400 N 99 ff. und 168 ff.; vgl. Emmenegger, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Emmenegger (Hrsg.), Anlagerecht, Basel 2007, S. 59 ff., 87 ff.

Schmid vs Halter: Herausgabe der Retrozessionen (Art. 400 OR)

Art. 400 OR enthält nicht nur die Rechenschaftspflicht (siehe oben), sondern auch die Herausgabepflicht. Diese betrifft „alles, was ihm infolge derselben aus irgend einem Grunde zugekommen ist“. Die Retrozessionen erhielt Halter, weil er das Vermögensverwaltermandat Schmidts gegenüber der Bank ausübt. Die Retrozessionen haben folglich einen inneren Konnex zur Erfüllung des Auftrages.²⁹

Zur Verjährungsproblematik siehe oben. Halter muss folglich die Retrozessionen, deren Höhe anhand der Rechenschaftsablage ermittelbar ist, an Schmid herausgeben. Die Retrozessionen bezüglich der sinnlosen Käufe im Januar in der Höhe von Fr. 500 fallen auch darunter. Bezüglich der Gesamthöhe der herauszugebenden Retrozessionen ist der Sachverhalt illiquide.

Schmid vs Halter: Schadenersatz aus Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR

Durch den zwanzigfachen An- und Verkauf der Papiere – die termini technici lauten *churning*, *barratage*, *Spesenreiterei* oder *Spesenschinderei*³⁰ – innerhalb nur eines Monats hat Halter den Vermögensverwaltungsvertrag verletzt, denn er hat die Interessen Schmidts treuwidrig nicht gewahrt.³¹ Diesbezüglich noch problematischer ist die Veruntreuung von Fr. 5'000 für eigene Zwecke. Der Schaden, den Schmid erleidet, liegt in den Courtagen der Bank (Fr. 1'000)³² und im veruntreuten Geld (Fr. 5'000).

Es liegt in beiden Fällen eine Verletzung der *Treuepflicht* vor. Dies ist eine positive Vertragsverletzung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR. Ein Verschulden ist gegeben, da er diese Transaktionen mit Vorsatz (Wissen und Willen) durchführte – es muss klar sein, dass er Schmidts Geld nicht für eigene Zwecke verwenden darf und er musste wissen, dass die unzähligen Käufe dem Auftraggeber Schaden zufügen. Er hat zugegeben, dass er die Käufe getätigt hat, um selber die Retrozessionen zu erhalten.

²⁹ Vgl. dazu CHK-Gehrer/Giger, OR 400 N 12; vgl. BGE 132 III 460 ff., 464 f.: „Die Ablieferungspflicht betrifft nicht nur diejenigen Vermögenswerte, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, sondern auch indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen. Der Beauftragte soll durch den Auftrag - abgesehen von einem allfälligen Honorar - weder gewinnen noch verlieren; er muss daher alle Vermögenswerte herausgeben, welche in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung stehen; behalten darf er nur, was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten erhält (...). Zu den indirekten Vorteilen, die der Beauftragte herausgeben muss, zählen beispielsweise Rabatte, Provisionen, Schmiergelder usw. (...). Dabei spielt es keine Rolle, ob die Zuwendung nach dem Willen des Dritten ausschliesslich dem Beauftragten zugute kommen soll oder nicht (...). Retrozessionen - und wohl regelmässig auch Finder's Fees, sofern der Beauftragte dem Auftraggeber im Rahmen des Vertrags geraten hat, die zur Verwaltung überlassenen Vermögenswerte bei einer bestimmten Bank (neu) zu deponieren (...) - werden dem Beauftragten ausgerichtet, weil er im Rahmen des Auftrags bestimmte Verwaltungshandlungen vornimmt oder veranlasst; sie fallen im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens an und unterliegen der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR (...).“

³⁰ Vgl. Borer-Benz, S. 140. Weitere Begriffe sind *dreihen* und *umschichten*, vgl. Bretton-Chevallier, Le gérant de fortune indépendant, S. 100 und Entscheidung des Bundesgerichts vom 28. Juli 1998, abgedruckt in SJ 1999 I S. 124-128.

³¹ Vgl. SJ 1999 I S. 124: „Le gérant doit éviter tout agissement qui cause un préjudice au client. Ainsi, il ne peut pas entreprendre des placements inutiles dans le seul but de débiter à ce dernier des commissions pour les transactions effectuées. Il ne peut ainsi effectuer des mouvements dans le portefeuille du client qui ne se justifient nullement au vu des intérêts de celui-ci, mais qui ont pour unique but de fonder des commissions, ce que la pratique qualifie de "churning" ou barattage (...). Un tel procédé, qui porte gravement atteinte aux intérêts du client, a même été considéré par la jurisprudence relative à l'art. 159a CP, en vigueur jusqu'au 31 décembre 1994, comme tombant sous le coup de cette disposition réprimant la gestion déloyale (arrêt de la Cour de cassation pénale du 21 novembre 1983 dans la cause P., consid. 1a).“

³² Vgl. zum Schaden Bretton-Chevallier, Le gérant de fortune indépendant, S. 195.

Das Verhalten Halters war natürlich und adäquat-kausal für die Entstehung dieses Schadens, denn jede Transaktion verursacht direkt kausal Kosten – das ist bekannt, normal und aufgrund der Lebenserfahrung so zu erwarten. Dasselbe gilt für die für privat entnommene Summe. Es ist klar und logisch, dass ein solches Vorgehen den Kontoinhaber schädigt.

Somit schuldet Halter Schmid Ersatz für die Courtagen der Bank – aber nur soweit dieser nach der Herausgabe der Retrozessionen noch besteht, d.h. vorliegend nur im Umfang von Fr. 500, weil er ja noch den Anspruch auf Herausgabe von Fr. 500 aus Art. 400 OR hat.³³ Hinzu kommen Fr. 5'000, die er dem Konto Schmid's für private Zwecke entnommen hat.

Schmid vs Privatbank Gross AG: Wiedergutschrift der Courtagen

Fraglich ist, ob Schmid *auch gegen die Bank* vorgehen kann. Immerhin hat sie durch die Gewährung der Retrozessionen überhaupt erst einen Anreiz zu den sinnlosen Transaktionen geschaffen.³⁴ Ein Ansatz ergibt sich im Stellvertretungsrecht.³⁵ Der Bankkunde muss sich die Handlungen seines Vermögensverwalters grundsätzlich anrechnen lassen, denn er hat die (gegen aussen unbeschränkte) Vollmacht gegenüber der Bank kundgetan, hier durch Ausstellung und Kundgabe einer Vollmacht (Art. 33 Abs. 3 OR).³⁶ Die Spesenreiterei, die Halter betrieben hat, ist von der Vollmacht aber nicht gedeckt, denn sie verletzt die Interessen Schmid's und missachtet die notwendige Sorgfalt bei der Ausübung des Mandats. Dies gilt jedoch nur *inter partes* zwischen Schmid und Halter. Die Bank braucht sich grundsätzlich darum nicht zu kümmern.³⁷ Ausnahmen bestehen jedoch für diejenigen Fälle, in denen die Bank weiss oder wissen muss, dass das Geschäft von der Vollmacht nicht gedeckt ist oder es nicht sein kann. Es sind Fälle, in denen die Bank als Dritte bezüglich der Vertretungsbefugnis des Vertreters bösgläubig ist (vgl. Art. 33 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 3 Abs. 2 ZGB).³⁸ Vorliegend weiss die Bank, dass Halter für jeden Kauf und Verkauf Retrozessionen erhält – sie bezahlt diese ja. Es macht keinen Sinn, in einem Monat zwanzig Mal Aktien einer wertstabilen Unternehmung zu kaufen und gleich wieder zu verkaufen. Dies kann nur den Sinn haben, möglichst hohe Courtagen und Retrozessionen zu generieren.³⁹ Die Bank kann das unmöglich schon bei der ersten Transaktion merken – dann liegt noch gar keine Spesenreiterei vor.⁴⁰ Je nach den konkreten Umständen – gemäss Sachverhalt war es immer derselbe Bankmitarbeiter – hätte dies der Bank vielleicht schon beim dritten oder vierten An- und Verkauf innert kurzer Zeit auffallen müssen.⁴¹ Ab diesem Moment ist die Bank bezüglich der Vertretungsbefugnis bösgläubig. Die Vertretungswirkung der Handlungen Halters ist dann nicht mehr gegeben, d.h. die Bank kann sich nicht mehr darauf berufen, diese Geschäfte für Schmid's Konto/Depot ausgeführt zu haben.

³³ Vgl. BK-Fellmann, OR 400 N 132. Diese Fundstelle (Kürzung des Schadenersatzes bei zusätzlicher Herausgabepflicht) bezieht sich zwar auf Schmiergelder, die der Mandant über Art. 400 OR auch herausverlangen kann. Retrozessionen sind aber in vieler Hinsicht mit Schmiergeldern vergleichbar (vgl. auch Art. 4a UWG, Privatbestechung und BSK-Niggli, StGB 158 N 104a, der die Strafbarkeit der Vorenthaltung von Retrozessionen bejaht). Der Schadenersatz wird um den Betrag, der nach Art. 400 OR zu fordern ist, begrenzt. Vgl. dazu auch zur vergleichbaren Rechtslage in Deutschland bei der Annahme von Schmiergeldern, Staudinger-Kommentar Martinek, § 667 BGB N 12: „Entsteht dem Auftraggeber durch die Vertragsverletzung ein Schaden, dann hat er neben dem Anspruch auf Herausgabe auch einen Schadenersatzanspruch, wobei die an den Auftraggeber abgeführten Schmiergelder auf den Schadenersatzanspruch anzurechnen sind.“

³⁴ Vgl. dazu Borer-Benz, S. 140 und de Capitani, Festgabe Chappuis, N 32.

³⁵ Vgl. Watter, AJP 1998, S. 1177 f.

³⁶ Vgl. BSK-Watter/Schneller, OR 33 N 33; vgl. BGE 131 III 511 ff., 517 f.

³⁷ Vgl. Bretton-Chevallier, Le gérant de fortune indépendant, S. 211 ff. zur Entwicklung der Rechtsprechung.

³⁸ BSK-Watter/Schneller, OR 33 N 35; vgl. Urteil BGer 4C.377/2000, Erw. 1a-c.

³⁹ Vgl. die Fälle bei Bretton-Chevallier, Le gérant de fortune indépendant, S. 233 f.

⁴⁰ Vgl. Bretton-Chevallier, Le gérant de fortune indépendant, S. 237.

⁴¹ Vgl. Bretton-Chevallier, Le gérant de fortune indépendant, S. 237: „(...) *c'est le caractère répétitif des opérations qui doit éveiller les soupçons de la banque (...)*.“; vgl. dazu Hsu, Retrozessionen, Provisionen und Finder's Fees, Bibliothek zur ZSR, Beiheft 45, S. 56 und 60. Zu den Möglichkeiten des Risikomanagements der Bank siehe Hsu, S. 60.

Die Folge ist, dass Schmid die Stornierung dieser Geschäfte verlangen kann.⁴² Die Aktien sind nicht mehr im Depot. Geblieben ist lediglich das Loch durch die zwanzigfache Belastung der Courtagen (20 Käufe und 20 Verkäufe). Es handelt sich dabei um eine Erfüllungsklage, nicht eine Schadenersatzklage.⁴³ Die Bank hat ab dem Zeitpunkt, ab dem sie die Spesenreiterei hätte bemerken müssen, keinen Anspruch mehr auf die Courtagen für die Transaktionen (vgl. Art. 402 Abs. 1 OR).⁴⁴ Die einzelnen Tätigkeiten der Bank für ihre Kunden im Rahmen der Bankbeziehung unterstehen dem Auftragsrecht, das auch den Sorgfaltsmassstab und den Auslagenersatz definiert. Somit hat die Bank einen Teil der total zwanzig Transaktionen (ab Erkennbarkeit des Missbrauchs) zu stornieren und die Courtagen wieder gutzuschreiben.

Bemerkung: *Es ist auch möglich, einen Schadenersatzanspruch gegen die Privatbank aus sorgfalts- oder treuwidriger Tätigkeit zu begründen. Die Bank hätte aufgrund ihrer Treuepflicht Schneider über den von Widmer praktizierten Missbrauch informieren müssen. Das ist sicher auch richtig.⁴⁵ Auf diese Weise lässt sich ein vertraglicher Schadenersatzanspruch gegen die Bank problemlos herleiten (Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR).*

Schmid vs Privatbank Gross AG: Wiedergutschrift von Fr. 10'000

Schmid hat gemäss Sachverhalt die Vollmacht gegenüber Halter widerrufen, nicht aber gegenüber der Bank. Schmid muss sich die Handlungen Halters anrechnen lassen, sofern die Bank gutgläubig bezüglich des Bestehens der Vollmacht gehandelt hat (Art. 34 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 3 Abs. 2 ZGB). Auf diese Situation ist Art. 36 Abs. 2 OR nicht anwendbar, dessen Abgrenzung zu Art. 33 Abs. 3 OR und Art. 34 Abs. 3 OR schwierig und umstritten ist.⁴⁶ Vorliegend konnte Schmid von Halter gar keine Vollmachtsurkunde zurückfordern, denn er hat diese direkt der Bank zukommen lassen – Art. 36 Abs. 2 OR ist folglich nicht einschlägig.⁴⁷ Es kommt somit auf den guten Glauben der Bank bezüglich des Widerrufs der Vollmacht an. Diese weiss vorliegend tatsächlich nichts davon, denn Schmid hat ihr nichts gesagt. Der Sachverhalt enthält keine Indizien, dass die Bank etwas von Dritter Seite erfahren haben könnte. Schmid macht aber vielmehr geltend, die Bank hätte stutzig werden müssen, weil das Geschäft nicht zu den üblichen Geschäften gepasst habe. Er beruft sich folglich gar nicht auf den *Widerruf*, sondern auf den *Umfang* der kundgegebenen Vollmacht und die diesbezügliche Gutgläubigkeit (Art. 33 Abs. 3 OR). Dies spricht aber nicht unbedingt für Schmid's These. Diese würde bedingen, dass die Bank jede Transaktion des unabhängigen Vermögensverwalters hinterfragen müsste, was dem Sinn der Arbeitsteilung nicht entsprechen kann. Gerade weil der Vertreter 15 Jahre lang eine solide Verwaltung gezeigt hat, konnte die Bank auch diesmal darauf vertrauen, dass das Geschäft von der Vollmacht gedeckt ist. Wenn im Sachverhalt aber von *solides-*

⁴² Vgl. Bretton-Chevallier, *Le gérant de fortune indépendant*, S. 237; de Beer, SZW 1998, S. 133.

⁴³ Vgl. Bretton-Chevallier, *Le gérant de fortune indépendant*, S. 237.

⁴⁴ Vgl. de Beer, SZW 1998, S. 133: „Für dennoch vollzogene Transaktionen verliert die Bank daher ihren Anspruch gegenüber dem Kunden auf Verwendungersatz gemäss Art. 402 Abs. 1 OR, handelt es sich doch hierbei nicht mehr um eine "richtige" Ausführung des Auftrags. Ohne verbindlichen Auftrag veräusserte Vermögenswerte sind dem Depot wieder gutzuschreiben bzw. in das Depot zurückzulegen, soweit dies noch möglich ist. Andernfalls trifft die Bank eine Pflicht zu Schadenersatz. Letzterer ist überdies mit Bezug auf entgangenen Gewinn aus veräusserten Depotwerten so oder anders geschuldet.“; vgl. Bretton-Chevallier, *Le gérant de fortune indépendant*, S. 237: „(...) il faut déterminer à partir de quand la banque pouvait reconnaître que le gérant agissait contrairement aux intérêts du client. Dès ce moment la banque est tenue d'informer le client directement.“

⁴⁵ Vgl. Bretton-Chevallier, *Le gérant de fortune indépendant*, S. 237; vgl. Watter, AJP 1998, S. 1177; vgl. Monika Roth, *Das Dreiecksverhältnis Kunde-Bank-Vermögensverwalter*, Zürich 2007, N 52.

⁴⁶ Vgl. BSK-Watter/Schneller, OR 36 N 8; vgl. CHK-Kut/Schnyder, OR 36 N 12 ff.

⁴⁷ Ein Teil der Lehre wendet Art. 36 Abs. 2 OR an, wenn die Vollmacht vor der Kundgabe schon erloschen ist, was hier ohnehin nicht der Fall wäre, vgl. die Hinweise bei BSK-Watter/Schneller, OR 36 N 8. Ein anderer Teil der Lehre will Art. 36 Abs. 2 OR nur in den Fällen anwenden, in denen die Vollmacht aus den in Art. 35 OR genannten Gründen erlischt und somit keine Vertretungswirkung eintritt, vgl. von Tuhr/Peter, S. 372 f.; vgl. BSK-Watter/Schneller, OR 36 N 8. Keiner der beiden Fälle trifft hier zu, weshalb es bei der in Art. 34 Abs. 3 OR enthaltenen Regelung bleibt.

ter *Anlagenauswahl* die Rede ist und die Bank sich plötzlich mit dem Kauf von *Schrottpapieren* konfrontiert sieht, hätte sie stutzig werden und bei Schmid nachfragen müssen. Ist sie bezüglich des Vollmangels bösgläubig, kann sie keinen Auslagenersatz im Sinne des Art. 402 Abs. 1 OR geltend machen und darf das Konto nicht belasten. Sie muss den Betrag von Fr. 10'000 dem Konto Schmid wieder gutschreiben.

Die Bank hat gegen Halter als *falsus procurator* einen um ihr Selbstverschulden reduzierten Schadenersatzanspruch (Art. 39 Abs. 1 oder 2 OR; dies musste vorliegend aufgrund der Einschränkung der Fragestellung nicht behandelt werden).⁴⁸

Bemerkung: *Das Gegenteil – der Eintritt der Bindungswirkung aufgrund des guten Glaubens der Bank bezüglich des Vollmangels – lässt sich ebenfalls begründen. Schmid muss dann gegen Halter vorgehen. Aufgrund des eindeutigen Vollmangelswiderrufs ist dies auf vertraglicher Grundlage nicht mehr möglich. Rechtsgrundlage wären Art. 41 OR oder die GoA (Geschäftsanmassung⁴⁹, mit Schadenersatz nach Art. 41 OR oder Art. 420 Abs. 3 OR⁵⁰ - beide Anspruchsgrundlagen bilden nicht Gegenstand der Fragestellung).*

Verhältnis der Ansprüche zueinander

Kann Schmid die Stornierung dieser Transaktionen von der Bank verlangen (und bekommen) und dennoch die Retrozessionen und Schadenersatz von Halter (für die verursachten Courtagen) verlangen? Die Bank schuldet *Erfüllung* (durch teilweise Stornierung der Transaktionen, indem die Courtagen wieder dem Konto gutgeschrieben werden), Halter schuldet *Schadenersatz* und *Herausgabe* der Retrozessionen (aber maximal im Umfang von total Fr. 1'000). Werden einige Transaktionen storniert, hat Schmid diesbezüglich auch keinen Schaden mehr, den er gegen Halter geltend machen könnte.⁵¹ Wenn Schmid von der Bank die Courtage für beispielsweise je zehn An- und Verkäufe gutgeschrieben (Fr. 500) und von Halter die Retrozessionen (Fr. 500) und Schadenersatz in der Höhe von Fr. 1'000 erhielte, wäre er reicher als zuvor. Sein Schaden aus der sinnlosen Häufung von Käufen beträgt nur Fr. 1'000. Gibt Halter die Retrozessionen heraus, beträgt der Schaden nur Fr. 500. Kann Halter einwenden, Schmid habe keinen Schaden, weil er noch einen Erfüllungsanspruch gegenüber der Bank hat? Kommt die Vertretungswirkung aufgrund der Bösgläubigkeit der Bank nicht zustande, wäre ein Schadenersatzanspruch der Bank gegen Halter aufgrund des Art. 39 Abs. 1 OR je nach Lehrmeinung nicht gegeben oder um das Selbstverschulden reduziert.⁵² Das wiederum wäre auch unbillig, denn Schmid schuldet Schadenersatz aus Verschulden und Vertragsverletzung, während die Bank lediglich den Auslagenersatz nicht geltend machen kann, d.h. aus Erfüllung haftet. Es kann im (End-) Ergebnis nicht richtig sein, dass der externe Vermögensverwalter sagt, es liege kein Schaden vor, weil noch ein Erfüllungsanspruch gegenüber der Bank bestehe.

⁴⁸ Vgl. BGE 116 II 689 ff., 694; a.M. BK-Zäch, OR 39 N 20 der bei Bösgläubigkeit keinen Schadenersatz zusprechen will – tatsächlich besteht keine Schutzlücke, weil gegen den mit Vorsatz handelnden *falsus procurator* aufgrund des Art. 41 Abs. 2 OR vorgegangen werden könnte; vgl. die Übersicht über die Meinungen bei BSK-Watter/Schneller, OR 39 N 4.

⁴⁹ Vgl. BSK-Weber, OR 423 N 3, der die hier vorliegende Fortsetzung der Geschäftstätigkeit trotz Auftragswiderruf als Beispiel einer Geschäftsanmassung nennt.

⁵⁰ Vgl. CHK-Huguenin/Jenny, OR 423 N 20.

⁵¹ Siehe Bretton-Chevallier, SZW 2003, S. 260: „*Ergibt die Prüfung der gesamten Umstände des Einzelfalls, dass die Bank, als sie die Anweisung des Vermögensverwalters ausgeführt hat, die Beschränkung der Vollmacht hätte kennen müssen, tritt keine Vertretungswirkung ein. Der Kunde kann von der Bank die Rückgängigmachung der entsprechenden Transaktion verlangen. Dann sollte ihm kein Schaden entstehen. Ist dies nicht mehr möglich, muss er seine Klage anders begründen, da das Stellvertretungsrecht keine Anspruchsgrundlage für Schadenersatzansprüche darstellt.*“

⁵² Hsu, Retrozessionen, Provisionen und Finder's Fees, Bibliothek zur ZSR, Beiheft 45, S. 55; vgl. die Lehrmeinungen zur Kürzung des aus Art. 39 Abs. 1 OR resultierenden Anspruchs oben, in Fn. 48.

- Ein *erster Lösungsansatz* besteht darin, Art. 50 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR anzuwenden.⁵³ Gemäss Bundesgericht ist dieser Lösungsansatz anwendbar, wenn jeder Schädiger das pflichtwidrige Verhalten des anderen kennt oder kennen müsste.⁵⁴ Die Bank weiss oder muss wissen, dass Halter die Retrozessionen nicht weiterleitet, da sein Verhalten sonst nicht einmal für ihn sinnvoll wäre. Halter weiss, dass die Bank für jede Transaktion eine Courtage erhält und von den sinnlosen Geschäften mitprofitiert. Die Bank hätte dann den durch das *churning* entstandenen Schaden mitverursacht, weil sie Retrozessionen zahlt, von denen sie weiss oder wissen muss, dass sie einen falschen Anreiz setzen können und dies im konkreten Fall bemerkbar auch tun.⁵⁵ Die Folge davon ist die solidarische Haftbarkeit (*echte Solidarität*). Der Regress bestimmt sich dann nach richterlichem Ermessen (Art. 50 Abs. 2 OR).
- Beim *zweiten Lösungsansatz* bestehen eigentlich nicht beide Ansprüche vollumfänglich. Das Bundesgericht wendet auf den Fall, in dem ein Erfüllungsanspruch mit einem vertraglichen Schadenersatzanspruch konkurriert, die Grundsätze von Art. 51 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 50 OR analog an.⁵⁶ Es ist dann ein Fall *unechter Solidarität*. Es ist vergleichbar mit der Situation in BGE 119 II 127 ff., 131, und mit dem Arbeitnehmer, der im Rahmen eines Vertrages geschädigt worden ist und deshalb nicht arbeiten kann. Der Arbeitgeber muss weiterhin erfüllen (Lohnfortzahlungspflicht, Art. 324a OR) und der Arbeitnehmer ist in diesem Ausmass folglich nicht geschädigt, denn er hat einen Erfüllungsanspruch. Dies trifft auch auf Schmid zu. Solange er Erfüllung von der Bank verlangen kann, ist er eigentlich in diesem Ausmass nicht geschädigt.⁵⁷ Die Bank kann aber wie der Arbeitgeber Regress auf den Vermögensverwalter nehmen, der den Schaden durch sein Verschulden verursacht hat.⁵⁸

Bemerkung: Falls zwei vertragliche Schadenersatzansprüche aus Auftrag bejaht werden: Das Verhältnis der Ansprüche zueinander ist dann anders. Die Bank und der externe Vermögensverwalter haben sich kaum solidarisch verpflichten wollen. Es herrscht dann Anspruchskonkurrenz, zwar aus getrennten Verträgen, aber für denselben Schaden.⁵⁹ Es ist ein Anwendungsfall von Art. 51 Abs. 1 OR. Es besteht dann *unechte Solidarität*.⁶⁰ Die interne Aufteilung findet dann nach freiem Ermessen statt, wobei die Schwere des Verschuldens ein wichtiges Bemessungskriterium bildet.⁶¹ Im vorliegenden Fall waren zwar nur vertragliche Ansprüche zu prüfen. Das Verhalten Halters hätte aber auch einen Straftatbestand (Art. 158 StGB, ungetreue Geschäftsbesorgung) erfüllt.⁶² Damit ist auch eine verschuldete unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 OR gegeben. Auf die Konkurrenz zwischen unerlaubter Handlung und Vertragsverletzung ist Art. 51 Abs. 1 OR direkt anwendbar. Widmer muss im internen Verhältnis den Schaden alleine tragen (Art. 51 Abs. 2 OR).

⁵³ Vgl. BGE 115 II 42 ff., 45.

⁵⁴ Vgl. BGE 115 II 42 ff., 45.

⁵⁵ Vgl. de Capitani, Festgabe Chapuis, N 32. Durch die Art der Geschäfte muss für die Bank klar sein, dass Halter die Retrozessionen nicht weiterleitet, weil das Geschäft sonst auch für Halter keinen Sinn macht. Die Bank ist dann Gehilfin Halters bei der Spesenreiterei (vgl. de Capitani, N 36); zur Bank als Anstifterin siehe Hsu, S. 56 und 61.

⁵⁶ Vgl. BGE 119 II 127 ff., 131, BGE 126 III 521 ff., 523 und dazu Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, N 1557.

⁵⁷ Vgl. Portmann, ARV 2001, S. 111 und ZR 2005, S. 109 ff., 120.

⁵⁸ Vgl. Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, N 1557 (insbesondere am Schluss) und 1558. Die Anwendung von Art. 51 OR auch auf diesen Fall setzt aber voraus, dass Schmid im Aussenverhältnis sowohl Halter als auch die Bank solidarisch einklagen könnte und damit auch beide Schadenersatzansprüche bestehen, was nicht ganz aufgeht.

⁵⁹ BK-Brehm, OR 51 N 103; vgl. BGE 91 II 311 ff., 313; vgl. SJZ 1976, S. 80 Nr. 24.

⁶⁰ Vgl. BK-Brehm, OR 51 N 17 f.

⁶¹ BK-Brehm, OR 51 N 105a-107.

⁶² Vgl. die Angaben in Fn. 31.

Halter vs Schmid: Honorarzählung aus Auftrag

Der Vermögensverwaltungsvertrag ist ein Auftrag im Sinne des Art. 394 OR. Art. 404 Abs. 1 OR gilt im Auftragsrecht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als zwingende, nicht dispositive Norm.⁶³ Die vorliegend vereinbarte Kündigungsfrist von drei Monaten widerspricht dieser Rechtsprechung.

Halter könnte sich noch darauf berufen, dass eine Kündigung zur Unzeit erfolgt sei und Schadenersatz aufgrund des Art. 404 Abs. 2 OR beanspruchen, der durch die vereinbarte Kündigungsfrist pauschaliert würde.⁶⁴ Der Sachverhalt enthält jedoch keine Anhaltspunkte, die für eine Kündigung zur Unzeit sprechen würden.

Die Lehre verneint z.T. die zwingende Anwendung von Art. 404 OR.⁶⁵ Insbesondere wird die zwingende Anwendung bei typischen Verträgen bejaht, bei denen eine Bindung gegen die persönliche Freiheit verstossen würde, weil sie von einem besonderen Vertrauensverhältnis geprägt sind.⁶⁶ Das besondere Vertrauensverhältnis – das hier gegeben ist, denn die Vermögensverwaltung ist ein Verhältnis, das klar Vertrauen bedingt – wird stets als Grund für das jederzeitige Widerrufsrecht angegeben. Ist es zerstört, liegt aber regelmässig ein wichtiger Grund für die Kündigung vor.⁶⁷ Auch vorliegend kommt es darauf nicht an, weil ein wichtiger Grund vorliegen würde. Die Veruntreuung von Fr. 5'000 sowie die Verursachung hoher Provisionen im eigenen Interesse stellen einen wichtigen Grund dar, den Auftrag zu widerrufen – die Weiterführung des Mandats wäre für Schmid unzumutbar.

Auch bei Verneinung des zwingenden jederzeitigen Widerrufsrechts gemäss Art. 404 Abs. 1 OR hätte Halter keinen Anspruch auf das Honorar für die drei Monate der Kündigungsfrist. Der Vermögensverwaltungsvertrag ist ein Dauerschuldverhältnis, das bei Vorliegen wichtiger, vom Kündigenden unverschuldeter Gründe mit sofortiger Wirkung beendet werden kann.⁶⁸ Vorliegend hat Halter eine für Schmid interes- senwidrige Spesenreiterei betrieben und Geld veruntreut. Das Vertrauen in Halter ist dadurch berechtig- terweise zerstört. Dies ist ein wichtiger Grund für eine fristlose Vertragskündigung. Halter kann somit nichts fordern.

⁶³ BGE 115 II 464 ff., 466; vgl. Urteil BGer 4A_437/2008; vgl. BSK-Weber, OR 404 N 9 mit weiteren Hinweisen; zur Auftragsnatur des Vermögensverwaltungsvertrages siehe Urteil BGer 4C.18/2004, Erw. 1.1 und BGE 91 II 442 ff., 451: „Die Pflicht zur Rückerstattung entsteht hier erst bei Beendigung des Vertragsverhältnisses. Wenn das Gesetz vorsieht, der Auftraggeber oder Hinterleger könne die Rückerstattung jederzeit verlangen (Art. 400 Abs. 1, Art. 475 Abs. 1 OR), so bedeutet das in Wirklichkeit, dass er jederzeit die Möglichkeit hat, den Verwaltungsauftrag bzw. den Hinterlegungsvertrag aufzuheben (was nach Art. 404 OR für den Auftrag allgemein gilt) und damit den Rückerstattungsanspruch entstehen zu lassen.“

⁶⁴ Vgl. dazu BK-Fellmann, OR 404 N 77.

⁶⁵ Siehe die Übersicht bei BSK-Weber, OR 404 N 9-12.

⁶⁶ Vgl. Markus Reber, Art. 404 OR – ein erratischer Block aus dem römischen Recht im heutigen Auftragsrecht, in: Pichonnaz Pascal/Vogt Nedim Peter/Wolf Stephan (Hrsg.), Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Hwiler zum 65. Geburtstag, Bern 2007, S. 509.

⁶⁷ Siehe dazu Reber, S. 526.

⁶⁸ Vgl. BGE 128 III 428 ff., 429 ff.