

Vorlesung Obligationenrecht Besonderer Teil

Rechtsanwalt Prof. Dr. Arnold F. Rusch LL.M.
Universität Zürich, Auftrag,
12./13. November 2018

Verantwortlichkeit

- Vertragsverletzung
- Schaden
- Natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang
- Verschulden

Der Chirurg Beat operiert den Patienten Albert am Bein wegen einer Verletzung mit Infektion, doch unterlaufen ihm mehrere Kunstfehler. Albert verliert das Bein und will Schadenersatz und Genugtuung von Beat. Beat verweigert jede Zahlung mit dem Argument, er hätte das Bein gemäss der korrekten Risikoaufklärung ohnehin nur mit 60% Wahrscheinlichkeit retten können.

BGer 4A_397/2008, E. 4.3: «Aus dem zitierten Urteil muss nicht abgeleitet werden, **dass eine 51%-ige Wahrscheinlichkeit als überwiegend zu betrachten ist.** (...). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt ein Beweis nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als erbracht, **wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen** (BGE 132 III 715 E. 3.1. S. 720; 130 III 321 E. 3.3 S. 325).»

Mögliche Lösung mit anderer Sichtweise: *perte d'une chance*

- *Was habe ich verloren?* Albert hat durch den Pfusch nicht das Bein verloren, sondern die Chance, das Bein zu retten. Diese Chance hat er mit 100% Wahrscheinlichkeit, also mit absoluter Sicherheit, durch den Pfusch verloren.
- *Welchen Wert weist diese Chance auf?* Es waren 60% Wahrscheinlichkeit, das Bein zu retten. Folglich erhält er 60% des Schadenersatzes und der Genugtuung.
- *Akzeptiert das Bundesgericht das?* Nein, BGE 133 III 462 ff.

Honorarreduktion, BGE 124 III 423 ff., 426 f.: *«Il est aussi admis qu'il y a cumul entre le droit à réduction des honoraires et la réparation du dommage causé par la mauvaise exécution du mandat, et qu'il peut y avoir compensation entre la créance en paiement des honoraires et les dommages-intérêts (...). En application par analogie de l'art. 397 al. 2 CO, on admet que le droit du mandataire à rémunération ne disparaît pas s'il prend à sa charge le préjudice causé par la mauvaise exécution du mandat (...).»*

Was bedeutet das? Man kann das Honorar mindern – wer aber das positive Interesse als Schadenersatz erhält, muss auch das Honorar voll bezahlen. Vgl. Art. 397 Abs. 2 OR: *«Ist der Beauftragte, ohne dass diese Voraussetzungen zutreffen, zum Nachteil des Auftraggebers von dessen Vorschriften abgewichen, so gilt der Auftrag nur dann als erfüllt, wenn der Beauftragte den daraus erwachsenen Nachteil auf sich nimmt.»*

Diener zweier Herren?

Vermögensverwalter Beat verwaltet das Wertschriftenportfolio von Albert gegen ein vom Wert des Portfolios abhängiges Honorar. Die Wertschriften lagern bei einer Bank, die dem Beat persönlich bei jeder Transaktion einen Teil der belasteten Courtagen gutschreibt. Bei gewissen Fonds erhält Beat zusätzlich eine Prämie der Fondsverwaltung, wenn er diese für seine Kunden kauft.

Als Albert davon erfährt, ist er entsetzt. Sein Portfolio enthält besonders viele dieser Fondspapiere, die ganz schlecht abschneiden. Zudem fällt ihm auf, dass der Wertschriftenbestand sehr häufig durch Zu- und Verkäufe geändert wird.

Was ist eine Retrozession?

BGE 132 III 460 ff., 463: «In der Bankenbranche wird unter Retrozession der Vorgang bezeichnet, dass eine Bank gestützt auf eine entsprechende Vereinbarung einem Dritten (insbesondere einem Vermittler im Vermögensverwaltungs- und Kapitalanlagegeschäft) einen Anteil einer vereinnahmten Kommission weitergibt (...).»

Skizze Retrozession

Bankkunde Albert

bezahlte im Rahmen
des Depotvertrages
die Courtage

Bank reicht diese teilweise weiter

verwaltet das
Vermögen,
erhält dafür Geld

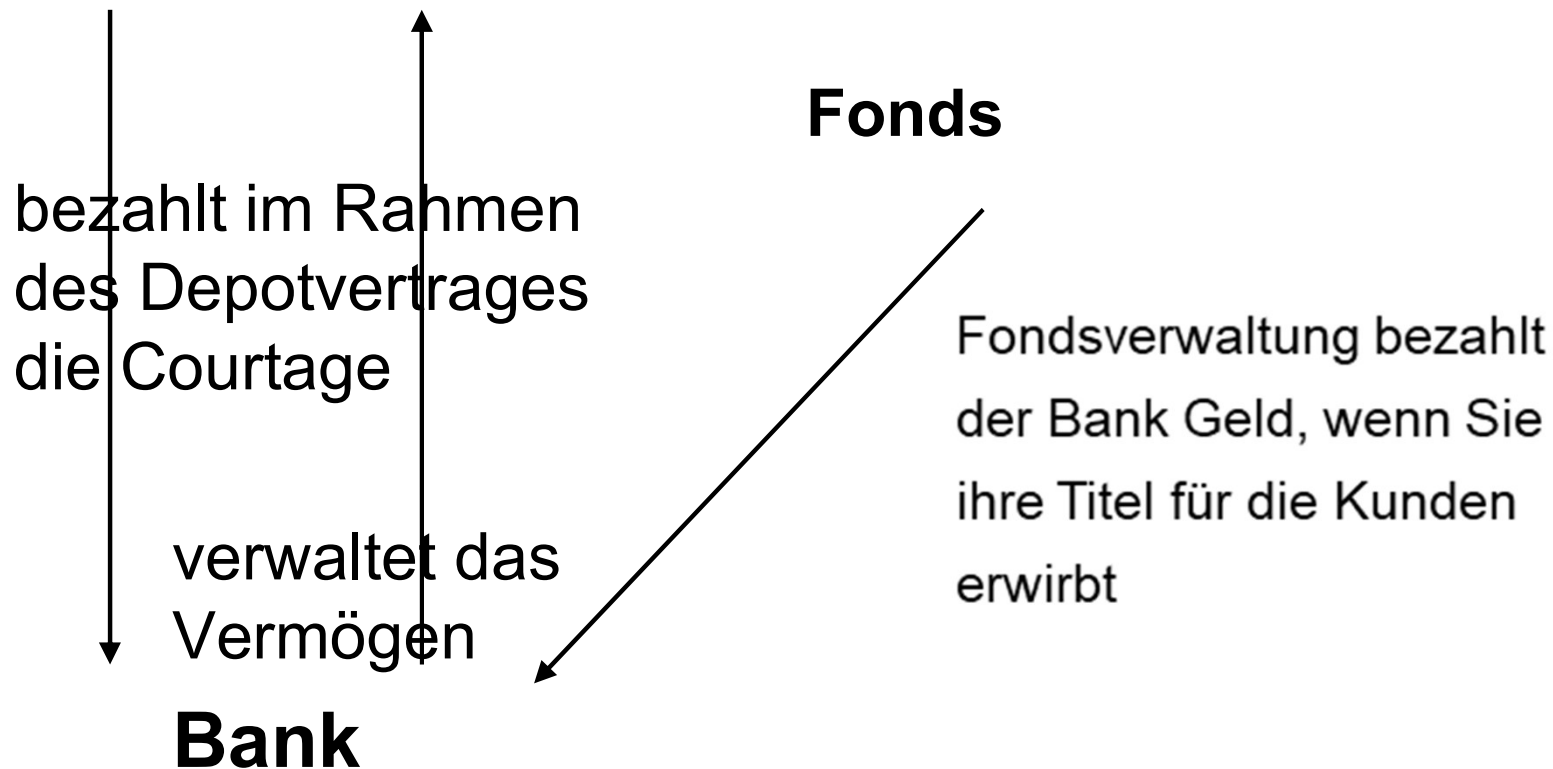
**Externer
Vermögens-
verwalter Beat**

Fonds

Fondsverwaltung bezahlt
Beat Geld, wenn er ihre Titel
für die Kunden erwirbt

Skizze Retrozession (ohne externen Vermögensverwalter)

Bankkunde Albert



Diener zweier Herren?

- Treuepflicht (OR 398 II): Abmahnen problematischer Weisungen des Auftraggebers; Aufklären über Interessenkonflikte und Gefahren.
- Rechenschafts- und Herausgabepflicht (OR 400): Alles weiterleiten, was man infolge des Auftrags erhält, also Rabatte, Provisionen, Schmiergelder, kickbacks, Retrozessionen, Bestandespflegekommissionen etc.

Achtung: Unterlassene Information des Kunden über Retrozessionen durch einen Vermögensverwalter erfüllt den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB; BGer, 6B_689/2016).

Verzicht auf Herausgabepflicht?

BGE 137 III 393 ff., 396: *«Die Gültigkeit eines solchen Verzichts setzt jedoch voraus, dass der Auftraggeber über die zu erwartenden Retrozessionen **vollständig und wahrheitsgetreu informiert ist**, und dass sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung **entsprechend deutlich hervorgeht (...).**»*

BGE 137 III 393 ff., 399 f.: *«Damit ein Vorausverzicht auf die Ablieferung gültig ist, muss der Auftraggeber demnach die Parameter kennen, die zur Berechnung des Gesamtbetrags der Retrozessionen notwendig sind und einen Vergleich mit dem vereinbarten Vermögensverwaltungshonorar erlauben. Eine genaue Bezifferung ist bei einem vorgängigen Verzicht nicht möglich, da sich der Gesamtbetrag des verwalteten Vermögens laufend verändert und die genaue Anzahl bzw. der Umfang der durchzuführenden Transaktionen im Zeitpunkt des Verzichts unbekannt ist (...).»*

«Damit der Kunde den Umfang der zu erwartenden Retrozessionen erfassen und dem vereinbarten Honorar gegenüberstellen kann, muss er zumindest die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen kennen (...). Letzterem Erfordernis wird beim Vorausverzicht Genüge getan, wenn die Höhe der erwarteten Rückvergütungen in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens angegeben wird (...). Das Zusammenspiel dieser beiden Elemente ermöglicht es dem Auftraggeber, im Hinblick auf einen Verzicht sowohl die Gesamtkosten der Vermögensverwaltung zu erfassen als auch die beim Vermögensverwalter aufgrund der konkreten Anreizstrukturen vorhandenen Interessenkonflikte zu erkennen.»

Mögliche Folgen bei Interessenkonflikten



Herausgabepflicht, Art. 400 Abs. 1 OR

Schadenersatz, Art. 398 Abs. 2 i.V.m.
Art. 97 Abs. 1 OR

Lohnkürzung, BGE 124 III 423 ff., 426 f.

Beendigung (immer möglich, Art. 404 OR)

Ansprüche des Beauftragten

- Lohn gemäss Art. 394 Abs. 3 OR
- Auslagenersatz und Befreiungsanspruch gemäss Art. 402 Abs. 1 OR
- Schadenersatz gemäss Art. 402 Abs. 2 OR (entgeltlicher Auftrag) bzw. Art. 422 Abs. 1 OR *analog* (beim unentgeltlichen Auftrag)

Sicherungsinstrumente

- Art. 82 OR (nur bei Austauschverhältnis; Achtung: Beauftragter ist grundsätzlich vorleistungspflichtig)
- Art. 895 Abs. 1 ZGB (nicht bei Sachen, die sich im Eigentum des Beauftragten befinden)
- Obligatorisches Retentionsrecht aufgrund Richterrecht

ZGB 895

Bewegliche Sachen und Wertpapiere, die sich mit Willen des Schuldners im Besitze des Gläubigers befinden, kann dieser bis zur Befriedigung für seine Forderung zurückbehalten, wenn die Forderung fällig ist und ihrer Natur nach mit dem Gegenstande der Retention in Zusammenhang steht.

2 Unter Kaufleuten besteht dieser Zusammenhang, sobald der Besitz sowohl als die Forderung aus ihrem geschäftlichen Verkehr herrühren.

3 Der Gläubiger hat das Retentionsrecht, soweit nicht Dritten Rechte aus früherem Besitze zustehen, auch dann, wenn die Sache, die er in gutem Glauben empfangen hat, nicht dem Schuldner gehört.

ZGB 896

An Sachen, deren Natur eine Verwertung nicht zulässt, kann das Retentionsrecht nicht ausgeübt werden.

Ebenso ist die Retention ausgeschlossen, wenn ihr eine vom Gläubiger übernommene Verpflichtung, oder eine vom Schuldner vor oder bei der Übergabe der Sache erteilte Vorschrift oder die öffentliche Ordnung entgegensteht.

Legalzession zugunsten des Auftraggebers

Art. 401 Abs. 1 OR: «Hat der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers in eigenem Namen Forderungsrechte gegen Dritte erworben, so gehen sie auf den Auftraggeber über, sobald dieser seinerseits allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnisse nachgekommen ist.»

Voraussetzungen: Bestehen eines Auftrags/Handeln des Beauftragten im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung/abtretbare, bestimmbare Forderung/Erwerb von Forderungsrechten gegen Dritte/Erfüllung aller Verbindlichkeiten durch den Auftraggeber.

Aussonderungsrecht des Auftraggebers

Art. 401 Abs. 3 OR: «Ebenso kann der Auftraggeber im Konkurse des Beauftragten, unter Vorbehalt der Retentionsrechte desselben, die beweglichen Sachen herausverlangen, die dieser in eigenem Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers zu Eigentum erworben hat.»

Voraussetzungen: Bestehen eines Auftrags/Eigentumserwerb durch den Beauftragten im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung/bewegliche, genügend individualisierte Sache/Erwerb beweglicher Sachen von Dritten/Erfüllung aller Verbindlichkeiten durch den Auftraggeber.

Beispiel

Treuhänder Beat verwaltet das Vermögen von Klient Albert.

- Er erwirbt dafür unter eigenem Namen 1'000 Aktien einer Unternehmung und hält diese in seinem eigenen Safe.
- Er nimmt von einem Kunden Alberts eine Zahlung über Fr. 50'000 entgegen und legt das Geld im Originalcouvert in den Safe.
- Ebenso erwirbt er im eigenen Namen ein Grundstück mit öffentlicher Urkunde.

Jetzt fällt Beat in Konkurs.

BGer 4A_202/2009, E. 2.2.3

«En règle générale, l'art. 401 CO ne s'applique pas à une somme d'argent encaissée par le mandataire avant la faillite. Pour que cette disposition trouve néanmoins application, il faut que l'argent perçu par le mandataire soit individualisé. Les sommes qui lui sont versées doivent être créditées sur un compte spécial, distinct du patrimoine du mandataire, dont celui-ci ne peut plus disposer librement (...). Le compte spécial doit en outre être établi au nom du mandant seul (...).»

Beendigung des Auftrags

Grundsatz: Jederzeitiges, voraussetzungsloses und zwingend anwendbares Beendigungsrecht (Art. 404 Abs. 1 OR; gemäss BGer zwingend, gem. h.L. nur bei besonderem Vertrauensverhältnis).

Ausnahme: Eine Beendigung zur Unzeit macht schadenersatzpflichtig (Art. 404 Abs. 2 OR).

Was bedeutet Unzeit? Es existiert kein sachlicher Grund für die Beendigung und es entstehen besondere Nachteile bzw. ein Schaden, der in Dispositionen besteht, die im Vertrauen auf den Fortbestand des Vertrags getätigt worden sind. Es geht um den Vertrauensschaden, also um das negative Interesse.

Beendigung des Auftrags

Folgen:

- Fest vereinbarte Dauer des Auftrags ist wirkungslos
- Konventionalstrafen sind nur gültig, wenn sie pauschalisierten Schadenersatz für die Kündigung zur Unzeit erfassen wollen.

Beispiel:

«Studierende, die den Lehrgang mitten im Semester beenden, haben kein Anrecht auf Rückerstattung des Schulgeldes.»

Aber: Regelt dies wirklich nur den Schadenersatz bei einer Kündigung zur Unzeit?