

# **Vorlesung Obligationenrecht Besonderer Teil**

Rechtsanwalt Prof. Dr. Arnold F. Rusch LL.M.  
Universität Zürich, Schenkung/Auftrag,  
4. November 2019

## OR 243 III, OR 245 II

Der todkranke Priester Albert sagt zum Vikar Beat in Zürich: *«Ich möchte diese Aktien dem Bonifatiusverein schenken. Bring diese bitte, wenn Du das nächste Mal dorthin gehst, zum Bischof in Chur, der dem Bonifatiusverein vorsteht.»* Beat macht sich nach ein paar Tagen auf den Weg und übergibt die Aktien dem Bischof zu Händen des Vereins. In diesem Zeitpunkt war Albert aber schon tot, was Beat und der Bischof nicht wussten.

- *Wie beraten Sie die Schwester des Priesters, die Alleinerbin ist?*
- *Wie beraten Sie den Bischof und den Vikar?*

**BGE 105 II 104 ff., 108 f.:** „Zu prüfen bleibt aber, ob ein allfälliges formungültiges Schenkungsversprechen auch nach dem Tode der Schenkerin auf diese Weise noch vollzogen werden konnte und ob das Verhältnis daher gestützt auf Art. 243 Abs. 3 OR als Schenkung von Hand zu Hand zu beurteilen ist. Bei der Schenkung von Hand zu Hand sieht das Gesetz von einer Formvorschrift ab, weil hier die eigentliche Zuwendung der Vermögenswerte an die Stelle einer besonderen Form tritt und daher dem Schenker die Tragweite seines Handelns genügend vor Augen zu führen vermag (...). Ganz ähnlich verhält es sich, wenn der Schenker ein formungültiges Schenkungsversprechen vollzieht; indem er dem Beschenkten die Vermögenswerte zukommen lässt, anerkennt und bestätigt er sein früheres Schenkungsversprechen (...). Eine Schenkung von Hand zu Hand nach dem Tode des Schenkers ist undenkbar, weil hier Abschluss und Erfüllung des Vertrages zusammenfallen.»

*„Entsprechendes muss auch in dieser Hinsicht für den als Schenkung von Hand zu Hand geltenden Vollzug eines formungültigen Schenkungsversprechens gelten, bei dem, wie bei jener, eine die Form ersetzende Bekräftigung der Schenkungsabsicht in der tatsächlichen Zuwendung der Vermögenswerte liegt. Wenn der Vollzug aber diese Bedeutung hat, setzt das voraus, dass es der Schenker ist, der ihn eintreten lässt, was dann nicht der Fall sein kann, wenn er im Zeitpunkt des Vollzuges nicht mehr lebt. Zu berücksichtigen ist weiter, dass die Schenkung - von dem in Art. 245 Abs. 2 OR erwähnten, hier aber nicht vorliegenden Sonderfall abgesehen - ein Rechtsgeschäft unter Lebenden ist (Art. 239 Abs. 1 OR). **Wird ein formungültiges Schenkungsversprechen gemäss Art. 243 Abs. 3 OR aber erst nach dem Tode des Schenkers vollzogen, so kann von einem Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht mehr gesprochen werden, weil erst im Vollzug des Schenkungsversprechens der Wille des Schenkers rechtsgenügend zum Ausdruck kommt.**“*

## Schenkung als *causa minor*

- Formvorschriften (Art. 243 OR)
- Abgeschwächte Haftung und Gewährleistung (Art. 248 OR)
- Pauliana-Tatbestand (Art. 286 Abs. 1 SchKG: «*Anfechtbar sind mit Ausnahme üblicher Gelegenheitsgeschenke alle Schenkungen und unentgeltlichen Verfügungen, die der Schuldner innerhalb des letzten Jahres vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen hat.*»)
- Rückforderung (Art. 249 OR)
- Widerruf (Art. 250 OR)

## **Schenkung und Beweis**

Verleiherin Veronika leiht Borger Beat ihr Fahrrad für zehn Tage. Als sie es nach Ablauf der Dauer zurückhaben will, behauptet Beat, das Fahrrad sei ihm geschenkt worden.

Darleiher Daniel leiht Borger Beat Fr. 500 für zehn Tage. Beat steckt das Geld in seine Geldtasche. Als Daniel die Rückzahlung des Darlehens verlangt, behauptet Beat, Daniel habe ihm das Geld geschenkt.

*Art. 930 Abs. 1 ZGB: Vom Besitzer einer beweglichen Sache wird vermutet, dass er ihr Eigentümer sei.*

## **Auftrag: Art. 394 OR**

Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen.

Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den Auftrag.

Eine Vergütung ist zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist.

### **Elemente:**

- Tätigwerden in fremdem Interesse
- Nicht zwingend entgeltlich
- Kein Erfolg geschuldet

## **Elemente:**

- Formfreie Entstehung
- Entstehung auch durch Schweigen, vgl. Art. 395 OR
- Jederzeitige Beendigung, vgl. Art. 404 Abs. 1 OR

## **Abgrenzungen:**

- Zum Werkvertrag: Kein Erfolg geschuldet
- Zum Arbeitsvertrag: Keine Subordination
- Zur Gefälligkeit: Kein Rechtsbindungswillen
- Zur Stellvertretung/Vollmacht: Gehört meist dazu, Art. 396 OR; Art. 394 ff. regeln das Innenverhältnis



# Hilfsperson/Substitution (I)

- Grds: persönliche Leistungspflicht (OR 398 III)
- Hinzuziehen von Hilfspersonen (OR 101) oder Substituten (OR 399)

## Hilfsperson (OR 101)

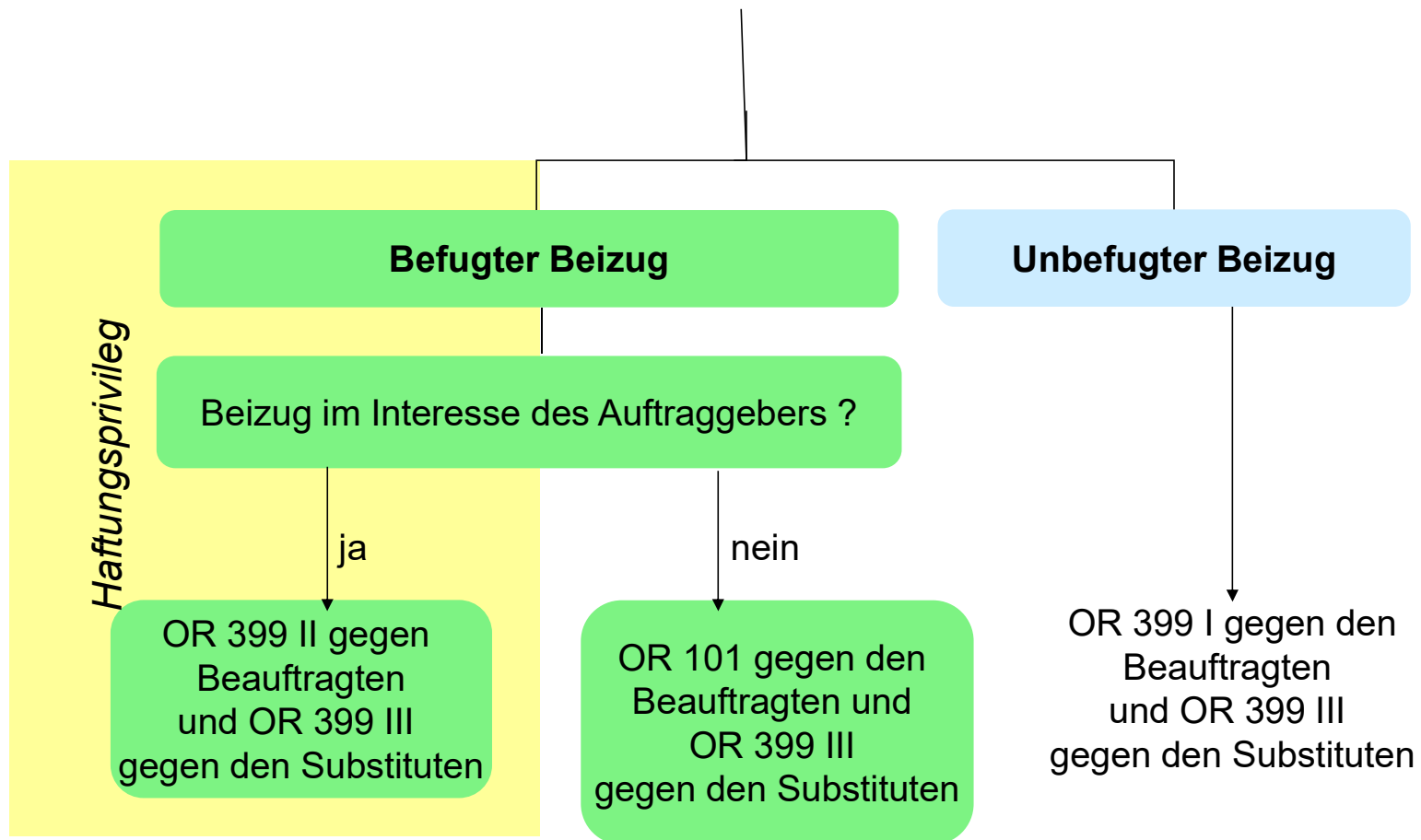
- 1) Personen, die den Beauftragten nur unterstützen
- 2) Personen, die das Geschäft grds alleine erfüllen, wobei sie aber in die Arbeitsorganisation des Beauftragten eingegliedert sind

3) Personen, die das Geschäft selbständig erfüllen



Im Auftragsrecht:  
**Substitut**  
**(OR 399)**

# Substitut



## 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 Gebühren 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 (Gebühren)

**Bank** reicht diese teilweise weiter

verwaltet das  
Vermögen,  
erhält dafür Geld

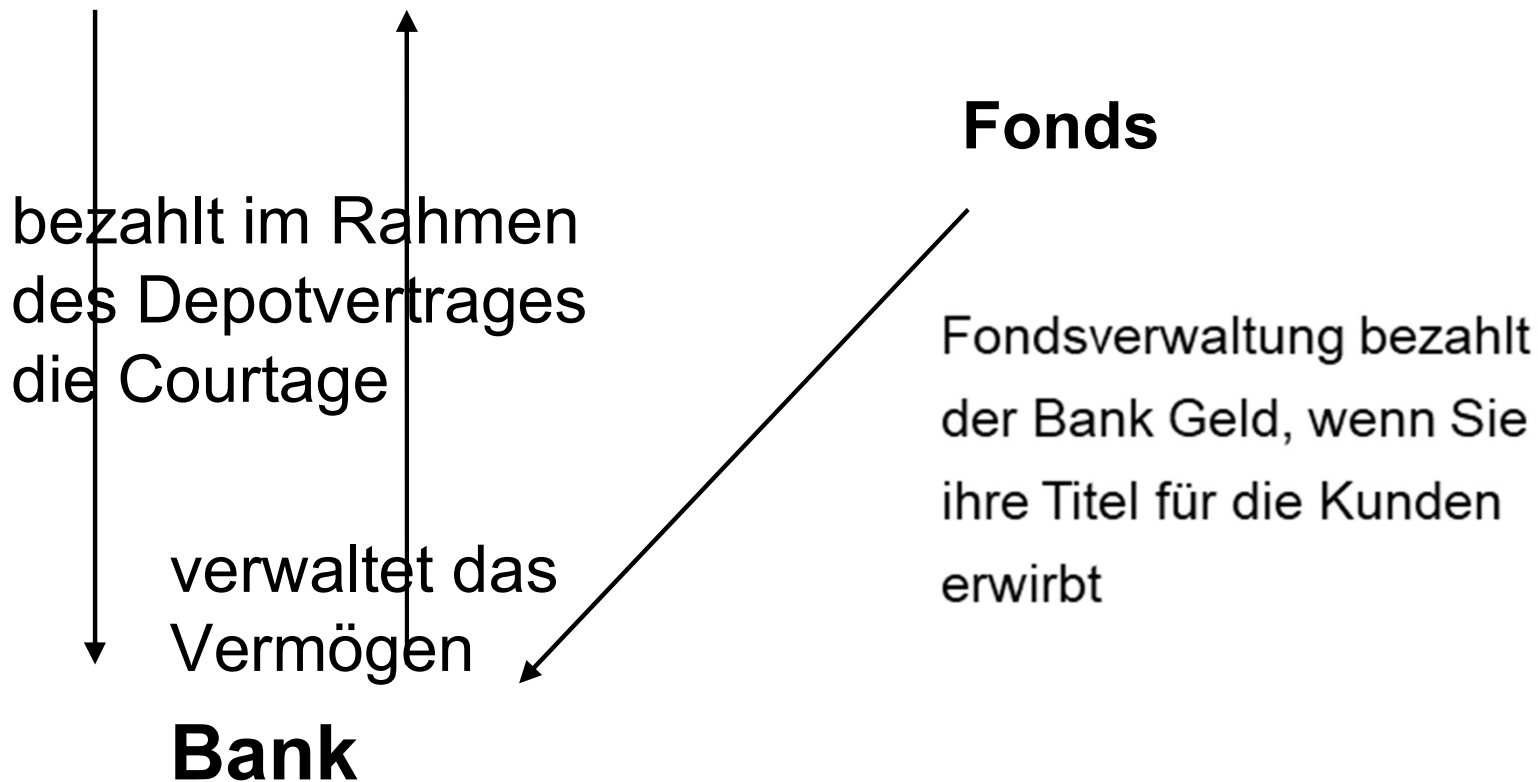
**Externer  
Vermögens-  
verwalter Beat**

**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).

## Ist ein Verzicht auf die Herausgabepflicht möglich?

**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)