

## Das schweizerische Bankprivatrecht 2012–2013 Le droit bancaire privé suisse 2012–2013

Von Prof. Dr. Susan Emmenegger, Universität Bern, und Prof. Dr. Luc Thévenoz, Université de Genève, unter Mitarbeit von MLaw Rahel Good, Rechtsanwältin und Diana Machado Gomes, étudiante en droit.

### Inhaltsübersicht – Table des matières

#### Vorbemerkungen – Remarques introductives

- I. Bankverträge – Contrats bancaires
  1. Konten, Einlagen, Vollmachten, Legitimation – Comptes, dépôts, procurations, légitimation
  2. Anlagen, Vermögensverwaltung – Placements, gestion de fortune
  3. Sonstige Bankverträge – Autres contrats bancaires
- II. Kredite – Crédits
- III. Kreditsicherung – Sûretés
  1. Persönliche Sicherheiten – Sûretés personnelles
  2. Dingliche Sicherheiten – Sûretés réelles
- IV. Zahlungsverkehr – Moyens de paiement
- V. Rechenschaftsablegung, Retrozessionen und Auskünfte – Reddition de compte, rétrocessions et renseignements
- VI. Ausservertragliche Haftung – Responsabilité extracontractuelle
- VII. Gerichtsstand, Verfahren und Zwangsvollstreckung – For, procédure, exécution forcée
  1. Gerichtsstand – For
  2. Verfahren – Procédure
  3. Zwangsvollstreckung – Exécution forcée
- VIII. Diverses/Divers

#### Vorbemerkungen – Remarques introductives

Das private Bankrecht der diesjährigen Berichtsperiode ist nach wie vor geprägt von den Nachwehen der globalen Finanzkrise. Dies nicht nur, weil die Affären *Lehman* (r10) und *Madoff* (r13) noch immer Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen bilden. Vielmehr hat das Wissen um die Komplexität, die Gewinnchancen und die Verlustrisiken eines globalisierten und hoch differenzierten Finanzmarkts den Blick geschärft für die tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen der Bank/Kunden-Beziehung. Die vergangenen Jahre stehen im Zeichen einer verstärkten Konturierung der rechtlichen Rahmenbedingungen durch die Gerichte, und auch in der diesjährigen Berichtsperiode finden sich hierzu neue und grundlegende Entscheide. Sie führen zwei Stossrichtungen weiter, die sich schon länger abzeichnen: So zeigt das Bundesgericht wenig Sympathien für spekulativ orientierte Anlegerinnen und Anleger, die unter Berufung auf eine Verletzung der Informationspflichten ihre Anlageverluste auf die Bank abschieben wollen (r11; r12). Von den Banken fordert es im Gegenzug Transparenz über Anlagerisiken, Interessen-

konflikte und Kostenstrukturen (r31) sowie über kundenbezogene Vorgänge innerhalb der Bank (r34).

Auch eine andere Entwicklung im Bankgeschäft hinterlässt in der diesjährigen Berichtsperiode ihre Spuren: Zunehmend sind die «Zubringer», allen voran die unabhängigen Vermögensverwalter, für die Banken nicht nur Segen, sondern auch Fluch. Der Steuerstreit mit den USA zeigt dies mit aller Deutlichkeit, auf der nationalen Bühne sind es kriminelle Akteure wie ASE<sup>1</sup>, sodann eine nicht namentlich genannte Devisenhändlerin (r33) und schliesslich ein Dritter mit Kontakten zu einem Bankangestellten (r7), welche die Banken in Bedrängnis gebracht haben.

#### Retrozessionen

Kein Entscheid hat in dieser Berichtsperiode so viele Wellen geworfen, wie das sogenannte Retro III-Urteil des Bundesgerichts (r31). Der Entscheid schliesst an zwei vorangehende zivilrechtliche Urteile an<sup>2</sup> und markiert gleichzeitig Distanz zu einem Entscheid der Strafkammer.<sup>3</sup> Im neusten Urteil hat es im Wesentlichen folgende Fragen geklärt: Erstens gilt die Offenlegungs- und Herausgabepflicht auch für Banken. Zweitens gilt sie auch für Anlagefonds und strukturierte Produkte. Drittens gilt sie auch für konzerneigene Produkte der Bank. Nicht zu entscheiden hatte das Bundesgericht die Frage der Verjährung der Herausgabepflicht. Folgt man der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, so beginnt die Verjährung bei der Vermögensverwaltung mit dem Ende des Vertragsverhältnisses und dauert zehn Jahre. So hat auch die Vorinstanz entschieden, mit dem Hinweis, dass in praktischer Hinsicht die Herausgabepflicht durch die zehnjährige Dokumentenaufbewahrungspflicht (Art. 958f OR, früher Art. 962 OR) beschränkt ist.

Interessant ist im Zusammenhang mit dem Retro III-Urteil die Reaktion der FINMA. Sie hat mit der Mitteilung Nr. 41 vom 26. November 2012 die Banken angewiesen, dem Urteil umfassend Rechnung zu

<sup>1</sup> NZZ, 25. Oktober 2012, 25 (Schuldeingeständnisse im ASE-Fall; Die Basler Kantonalbank will nur noch restriktiv mit Vermögensverwaltern arbeiten).

<sup>2</sup> BGE 132 III 460 (Retro I); 137 III 393 (Retro II).

<sup>3</sup> BGer, 13. Januar 2011, 6B\_223/2010 (SZW 2011, 374, 384 f. r14).

tragen. Die systematische Missachtung des Zivilrechts werfe die Gewährsfrage (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG) auf. Es ist ein deutliches Zeichen dafür, dass sich im Bankenbereich das Zivilrecht und das Aufsichtsrecht immer stärker überlagern.

In der bankrechtlichen Literatur wird zudem auf das strafrechtliche Risiko der Einbehaltung von Retrozessionen hingewiesen. Anlass dazu gibt ein Strafurteil des Bezirksgerichts Bülach (**r33**). Zu beachten ist allerdings, dass es in diesem Fall um ein klassisches *Churning* durch drei Devisenhändler ging. Der Retro-Zusammenhang bestand lediglich darin, dass die Kommissionen nicht direkt belastet, sondern über Retrozessionen generiert wurden. Die Frage der Offenlegung und des rechtsgültigen Verzichts dieser Zahlungen waren nicht entscheidungsrelevant. Aufhören lässt hingegen der Hinweis, dass nicht nur die Devisenhändler, sondern auch die kontoführende Dukascopy Bank ins Visier der Strafverfolgungsbehörden geriet (dazu sogleich).

### Verantwortung der Bank für Handlungen Dritter

Im Rahmen der Berichterstattung über den soeben erwähnten Bülacher Entscheid findet sich auch der Hinweis, dass die Staatsanwaltschaft bei der kontoführenden Bank ein strafrechtliches Verfahren auf Einziehung der erzielten Gebühren einleitete (Art. 70 StGB). Das Verfahren endete mit einem Vergleich, die Bank zahlte einen «hohen sechsstelligen Betrag, damit das Verfahren eingestellt werde».<sup>4</sup> Weitere Einzelheiten sind nicht bekannt, jedenfalls aber kann davon ausgegangen werden, dass die Bank sich nicht erfolgreich auf Art. 70 Abs. 2 StGB berufen konnte, wonach eine Einziehung ausgeschlossen ist, wenn der Dritte die Vermögenswerte in Unkenntnis der Einziehungsgründe erworben und soweit er für sie eine gleichwertige Gegenleistung erbracht hat oder die Einziehung ihm gegenüber sonst eine unverhältnismässige Härte darstellen würde.

Hier zeigt sich ein anderer Aspekt, der in den vergangenen Jahren stärker in den Vordergrund gerückt ist: Die Verantwortung der kontoführenden Banken für die Handlungen Dritter, insbesondere von Anlageberatern oder Vermögensverwaltern. Im Grundsatz

gilt: Soweit die Kundeninteressen von bankexternen Dritten wahrgenommen werden, treffen die Bank keine Aufklärungs- und Warnpflichten. Tatsächlich hat dieser Grundsatz in der jüngeren Vergangenheit eine gewisse Relativierung erfahren, und zwar nicht nur durch die zivilrechtliche Judikatur. Im Fall ASE hat die FINMA interveniert,<sup>5</sup> bevor die BKB mit den betroffenen Kunden einen zivilrechtlichen Vergleich abgeschlossen hat.<sup>6</sup> Im Zusammenhang mit dem Bülacher Verfahren kam es zum Strafverfahren gegen die Dukascopy Bank; schon jetzt wird über Haftungsklagen gegen die Angeklagten berichtet, solche gegen die Bank dürften folgen. Im Fall *Dieter Behring* hat das Appellationsgericht Basel im Rahmen einer Haftungsklage wegen fehlender Erstellung eines Prospekts (Art. 1156 Abs. 1 OR) die Mitwirkung der ~~BKB~~ Bank\* beim Vertrieb der Moore Park Notes bejaht.<sup>7</sup>

Eine Haftung der Bank bejaht hat das Bundesgericht auch in einem Fall, in dem ein bankexterner Dritter die ihm im Hinblick auf die Errichtung eines Nummernkontos bar übergebenen CHF 870 000 anderweitig verwendete (**r7**). Der Dritte hatte den Kontakt zum Kundenberater der beklagten Bank hergestellt. Da diese Bank für die Eröffnung eines Nummernkontos eine Mindesteinzahlung von CHF 1 Mio. forderte, wurden im Beisein des Kundenberaters und in den Räumlichkeiten der Bank zwei von ihm verfasste Vereinbarungen getroffen, wonach der Dritte das bar übergebene Geld zunächst auf ein auf seinen Namen lautendes Konto einzahlen und bei Erreichen des Mindestbetrages auf das Nummernkonto überweisen sollte. Nach Auffassung der Vorinstanz handelte der Kundenberater pflichtwidrig, weil er nicht deutlich darauf hinwies, dass er bzw. die Bank in das weitere Schicksal der übergebenen Gelder nicht involviert sei. Die Pflichtwidrigkeit wurde vom Bundesgericht ohne ausführliche Erörterung bestätigt. Da die Kläger (zufälligerweise) bei derselben Bank auch ein Schrankfach und ein Kontokorrent-Konto hatten, bejahte die Vorinstanz die Haftung aus

<sup>4</sup> Schweizer Bank, 6/2013, 34.

<sup>5</sup> FINMA, Medienmitteilung, 14. Mai 2012 (FINMA informiert über Fall ASE Investment), abrufbar unter: <www.finma.ch>, Medien, Medienmitteilungen.

<sup>6</sup> Handelszeitung, 28. März 2013, <www.handelszeitung.ch> (Basler Kantonalbank einigt sich mit ASE-Opfern); NZZ, 2. April 2013, 9 (Basler Kantonalbank entschädigt ASE-Opfer).

<sup>7</sup> AppGer BS, 24. August 2011, AZ.2010.4 und AZ.2009.37 (SZW 2012, 324, 329 f. r9).

Auftrag, hielt aber gleichzeitig fest, dass ansonsten in einem solchen Fall die *Culpahaftung* für Rat und Auskunft greifen würde.

Verneint hat das Bundesgericht demgegenüber eine Vertrauenshaftung der Bank in einem Fall, in dem ein Ehepaar Opfer einer Betrügerbande wurde, die ihrerseits in den Räumlichkeiten der Bank operierte (**r8**). Die Bande hatte der Bank die Eröffnung von neuen Bankkonten in Aussicht gestellt, was auch tatsächlich geschah. Das Bundesgericht hielt fest, die Bank müsse sich nicht anrechnen lassen, was ohne Anwesenheit von Angestellten in ihren Räumlichkeiten geschehe.

### Selbstverantwortung der Kundinnen und Kunden

Der Umfang der Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten der Bank gegenüber ihrer Kundin hängt von der konkreten Vertragsgestaltung ab. Regelmässig besteht aber eine informationelle Stufenfolge, die sich an der traditionellen Trias der kundenbezogenen Bankdienstleistungen ausrichtet: Das *Execution Only*-Geschäft mit einem Minimalstandard, die Steigerung bei der Anlageberatung, und schliesslich die höchste informationelle Stufe bei der Vermögensverwaltung, indem nur hier eine kontinuierliche Überwachungs- und Warnpflicht für das Portfolio besteht.<sup>8</sup> Durchwegs unterliegt die Bank erhöhten Informationspflichten, wenn diese die Investition mitfinanziert. Doch selbst in diesen Fällen finden die Pflichten der Bank ihre Grenze bei der Selbstverantwortung der Kundin. Will diese ihre eigene Anlagestrategie verfolgen, obwohl sie gewarnt wurde und/oder sich der Risiken bewusst ist, so liegt darin keine Pflichtverletzung der Bank. Das Bundesgericht hat diese Grundsätze in zwei Entscheiden bestätigt. Im ersten Fall (**r11**) wurden mithilfe eines Lombardkredits insgesamt EUR 10,5 Mio. in eine einzige, von der Bank aufgesetzte und von ihr empfohlene Unternehmensobligation investiert. Nachdem die Obligationen an Wert verloren und die Bank zum *Margin Call* geschritten war, verkaufte die Kundin die Obligationen mit Verlust. Ihre Schadenersatzklage gegen die Bank fand vor Bundesgericht kein Gehör: Das Risiko sei offensichtlich gewesen («il saute aux

yeux»), im Übrigen habe die Bank – wenn auch nur formell («à titre théorique») – auf ein mögliches Ausfallrisiko hingewiesen. Eine Verletzung der Beratungs- und Warnpflichten liege nicht schon dann vor, wenn die Anlage objektiv risikobehaftet sei. Wenn die Kundin ohne jedes Mass mit den von der Bank bereitgestellten Mitteln spekuliere, so treffe diese keine Verantwortung. Der Entscheid erinnert an den Fall der Walliser Winzer, der in der letzten Berichtsperiode referiert wurde. Das Bundesgericht hatte damals festgehalten, die Diskrepanz zwischen dem Jahreseinkommen der Winzer und der Zinslast für das Bankdarlehen sei so augenfällig gewesen, dass sich eine Warnung seitens der Bank erübrigt habe.<sup>9</sup>

Im zweiten Fall ging es um einen Landwirt aus Deutschland, der (gemäss verbindlicher Feststellung der Vorinstanz) in Börsengeschäften erfahren war (**r12**). Er hatte einen Vermögensverwaltungsvertrag mit der Bank abgeschlossen. Auf seine ausdrückliche Weisung hin erwarb die Bank Aktientitel, die in der Kommunikation zwischen den Parteien als «exotisch» bezeichnet wurden. Die Bank wies ihn darauf hin, dass sie die Titel nicht kenne und dass diese Positionen mit Risiken verbunden seien. Der Vorwurf des Kunden, die Bank habe ihre Informationspflichten verletzt, fand vor Bundesgericht kein Gehör. Hätte der Kunde mehr Informationen über die fraglichen Titel gewünscht, so hätte er dies der Bank mitteilen müssen.

### Zugriff auf kundenrelevante Informationen. Prozessuale Caveats

Wenn das Bundesgericht von den Bankkundinnen und Bankkunden selbstverantwortliches Handeln fordert, so ist es auf der anderen Seite auch willens, das «dokumentationsbezogene Ungleichgewicht» zwischen den beiden Vertragsparteien etwas abzubauen. In der letzten Berichtsperiode hat das Gericht den Kundinnen und Kunden gestützt auf das Datenschutzgesetz den Zugriff auf die kundenrelevante Dokumentation eröffnet.<sup>10</sup> In der diesjährigen Berichtsperiode doppelt es mit einem Urteil über die auftragsrechtliche Rechenschaftspflicht nach (**r34**). Die Kundin hatte von der Bank insbesondere Re-

<sup>8</sup> BGer, 3. Februar 2012, 4A\_525/2011 E. 8.1 (SZW 2012, 323, 327 f. r4).

<sup>9</sup> BGE 137 III 453 = BGer, 30. August 2011, 4A\_513/2010 und 4A\_515/2010 (SZW 2012, 331 r12).

<sup>10</sup> BGE 138 III 425 (SZW 2012, 321, 339 r30).

chenschaft über die Berechnungen verlangt, welche die Bank ihren *Margin Calls* zugrunde gelegt hatte. Weiter verlangte sie Einsicht in die Notizen und Aufzeichnungen der kundenrelevanten Kontakte. Die Bank verweigerte diese Auskünfte unter Hinweis darauf, es handle sich um interne Dokumente. Das Bundesgericht liess den Einwand nicht gelten: Soweit die internen Dokumente dazu dienen, der Auftraggeberin die Kontrolle über die Tätigkeit der Beauftragten zu ermöglichen, unterliegen sie der Rechenschaftspflicht. Die Abwägung mit dem Geheimnisinteresse der Beauftragten ist erst in einem zweiten Schritt vorzunehmen und sie kann im Einzelfall bewirken, dass der Auftraggeberin ein Dokument nur auszugsweise vorgelegt wird. Auch kann ein Dokument der Rechenschaftspflicht unterliegen, ohne gleichzeitig von der Herausgabepflicht erfasst zu sein (z.B. Krankengeschichten oder Aufzeichnungen über Kundenkontakte). Im Bankenkontext ist die praktische Konsequenz dieser Unterscheidung gering: Solche Dokumente sind der Kundin zwar nicht herauszugeben, aber in geeigneter Form zur Kenntnis zu bringen, etwa mittels Aushändigung von Kopien.

Die Unterscheidung zwischen Rechenschaft und Herausgabe könnte erklären, warum im DSG-Entscheid die Vorinstanz die Notizen zum persönlichen Gebrauch des Kundenberaters vom Herausgabeananspruch ausgenommen hatte (der Punkt stand vor Bundesgericht nicht mehr zur Diskussion). Im Rechenschafts-Urteil stellte das Bundesgericht klar, dass nur jene internen Dokumente von der Rechenschaft ausgenommen sind, die für die Kontrolle der Beauftragten «ohnehin nicht relevant sind.» Persönliche Notizen des Kundenberaters sind fraglos kontrollrelevant. Sie wären also gestützt auf die auftragsrechtliche Rechenschaftspflicht der Auftraggeberin (als Kopie) zur Kenntnis zu bringen, aber nicht im Original herauszugeben – und zwar weder nach Auftragsrecht noch gestützt auf das Datenschutzgesetz.

Bei alledem ist im Blick zu behalten, dass die Rechenschaftsablegung nicht als vorsorgliche Massnahme angebeht werden kann, weil bei deren Anordnung der Anspruch auf Art. 400 Abs. 1 OR erfüllt und damit eine definitive Rechtslage geschaffen wird (**r35**). Auch kann man die aus dem materiellen Recht fließende auftragsrechtliche Rechenschaftspflicht nicht mittels prozessualer Anträge durchsetzen (**r36**). Das Handelsgericht wies aus diesem Grund ein Editionsbegehren gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR ab, wobei hinzukam, dass die Parteien sich über die Qua-

lifikation ihres Rechtsverhältnisses als Auftrag nicht einig waren.<sup>11</sup> Steht im Ergebnis also eine Schadenersatzklage oder ein auftragsrechtlicher Herausgabeananspruch im Raum, so wird man erwägen, mittels Stufenklage vorzugehen und im Rahmen einer unbezifferten Forderungsklage in einem ersten Schritt deren Bezifferung durch Rechenschaftsablegung zu verlangen (vgl. Art. 85 ZPO). Bei einer Klage auf Auskunft gestützt auf Art. 8 DSG wiederum ist zu beachten, dass diese separat und insbesondere vor einer Klage auf Rechenschaftsablegung gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR oder auf Schadenersatz anzuheben ist, da das DSG auf hängige Zivilprozesse nicht zur Anwendung kommt (Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG). Diese Bestimmung hindert die Bankkunden jedoch nicht, im Vorfeld eines möglichen Zivilprozesses von der Bank gestützt auf das DSG Auskunft zu verlangen (BGE 138 III 425; SZW 2012, 339 r30).

Hinzuweisen ist auch auf den Entscheid des Zürcher Handelsgerichts, das sich für einen Anspruch auf Herausgabe von Bankdaten gestützt auf das Datenschutzgesetz als unzuständig erklärt hat: Solche Begehren sind nicht vermögensrechtlicher Natur, das Streitwerterfordernis (Art. 6 ZPO) ist nicht erfüllt (**r37**).

### Schadensnachweis und Vermutung des Selbsteintritts

Die Berechnung des Anlageschadens bleibt für Lehre und Rechtsprechung eine schwierige Aufgabe. Regelmässig muss auf Art. 42 Abs. 2 OR zurückgegriffen werden. Allerdings hat auch in diesem Fall der Kunde den Schaden, soweit möglich und zumutbar, zu substantiieren (**r14; r15**). Der erstgenannte Entscheid ruft auch die harschen Konsequenzen einer ungenügenden Substantiierung in Erinnerung: Obwohl der Kunde unstreitig durch das pflichtwidrige Verhalten des Vermögensverwalters einen Schaden erlitten hatte, scheiterte er vor Bundesgericht mit seinem Anspruch auf Schadenersatz.

Gesetzliche Vermutungen bewirken eine Umkehr der Beweislast. Die diesjährige Berichtsperiode bot Gelegenheit für eine praktische Anwendung der Vermutung des Selbsteintritts des Kommissionärs bei

<sup>11</sup> Das Bundesgericht trat auf die gegen den Beschluss des Handelsgerichts erhobene Beschwerde nicht ein (**r36**).

Börsengeschäften gemäss Art. 437 i.V.m. Art. 436 Abs. 1 OR (**r17**). Das Bundesgericht hält sich eng an den Wortlaut von Art. 437 OR und lässt es für die Auslösung der Vermutung eines Selbsteintritts der Bank genügen, dass die von ihr erstellte Wertschriftenabrechnung den Hinweis enthält, dass sie die Aktien «aufgrund der Statuten und Usanzen der Zürcher Effektenbörse als Selbstkontrahent[in] verkauft» hat und auch keine andere Person als Verkäuferin genannt wird. Hintergrund war die Schadenersatzklage eines Kunden gegen die Crédit Suisse im Fall Biber-Holding.<sup>12</sup> Der Vorwurf lautete, die damalige SKA habe über einen massgeblichen Informationsvorsprung verfügt und habe ihre Treuepflichten verletzt, indem sie dem Kunden Biber-Aktien aus ihrem Eigenbestand verkauft habe. Das Obergericht Zürich teilte die Auffassung des Klägers hinsichtlich der Treuepflichtverletzung, sah es aber nicht als erwiesen an, dass die Titel aus dem Eigenbestand der Bank stammten. Es entspreche einer verbreiteten Bankpraxis, nach aussen den Selbsteintritt zu erklären, die Geschäfte aber tatsächlich über die Börse abzuwickeln (unechter Selbsteintritt). Die Lasten der Beweislosigkeit trage der Kläger, weshalb seine Klage abzuweisen sei. Das Bundesgericht gelangte – wie vorne dargelegt – zu einer anderen Auffassung. Auch zeigte es sich skeptisch gegenüber den Lehrmeinungen, wonach Art. 437 OR nur Anwendung finde, wenn der Kommissionär dem Kommittenten die Ausführung des Geschäfts ohne Bezeichnung der Gegenpartei meldet, bevor er ein Drittgeschäft abgeschlossen hat, während Art. 437 OR nicht anwendbar sei, wenn der Kommissionär zuerst ein Geschäft mit Dritten abschliesst und erst später den Abschluss ohne Nennung der Gegenpartei meldet. Der Wortlaut von Art. 437 OR, so das Bundesgericht, biete für eine solche (in der Lehre verbreitete) Unterscheidung keine Stütze.

### Schuldübernahme und Bürgschaft

Die Abgrenzung zwischen der formgebundenen Bürgschaft und der formfreien kumulativen Schuldübernahme hat die Gerichte nach dem Grundsatzentscheid in BGE 129 III 702 praktisch durchgehend

beschäftigt.<sup>13</sup> In den letzten zwei Berichtsperioden waren indessen keine Abgrenzungsentscheide mehr zu verzeichnen. Noch nicht restlos geklärt ist, ob das Eigeninteresse des Sicherungsgebers ein «zentrales Unterscheidungsmerkmal»<sup>14</sup> oder nur ein Indiz innerhalb einer Gesamtwürdigung<sup>15</sup> bildet. Der diesjährige Entscheid geht wieder von einem «zentralen Unterscheidungsmerkmal» aus (**r26**). Bei der Bürgschaft fehle das Eigeninteresse, es diene typischerweise zur Sicherstellung einer Verpflichtung von Familienangehörigen oder engen Freunden. Die kumulative Schuldübernahme setze demgegenüber ein ausgesprochenes und für die Gegenpartei erkennbares Eigeninteresse des Übernehmers an der Erfüllung der Verpflichtung voraus, oder dass er aus der Erfüllung persönlich einen Vorteil ziehe.

### Auskunftsansprüche von Erben. Wirtschaftlich Berechtigter

Die Auskunftsbegehren von Erben des wirtschaftlich Berechtigten, namentlich von solchen mit ausländischem Wohnsitz, bilden ein wiederkehrendes Thema in der zivilrechtlichen Rechtsprechung. Fest steht heute: Es besteht für solche Anspruchsbegehren ein Gerichtsstand in der Schweiz.<sup>16</sup> Soweit dann allerdings gestützt auf schweizerisches Auftragsrecht Auskunft über die Vermögenswerte des wirtschaftlich Berechtigten verlangt wird, folgt unter Hinweis auf die fehlende Vertragsbeziehung zwischen dem Erblasser und der Bank regelmässig die Klageabweisung (**r40**). Das mag an den Rechtsbegehren liegen, denn in Anlehnung an BGE 133 III 664 unterliegt die Bank jedenfalls insoweit einer auftragsrechtlichen Auskunftspflicht, als sie dem wirtschaftlich Berechtigten bei der Errichtung der entsprechenden Strukturen behilflich gewesen ist.

<sup>12</sup> Zum Fall Biber siehe schon das Bundesgerichtsurteil vom 2. Februar 2000 im aufsichtsrechtlichen Verfahren gegen CS und CSFB, EBK Bulletin 40/2000, 37 ff.

<sup>13</sup> Siehe nur SZW 2004, 335 f. r52 (BGE 129 III 702); SZW 2006, 302 r25; SZW 2007, 324 r34; SZW 2008, 431 r30; SZW 2009, 285 f. r27; SZW 2010, 318 f. r19.

<sup>14</sup> BGer, 19. Dezember 2007, 4A\_420/2007 (SZW 2008, 431 r30); BGer, 27. Februar 2009, 4A\_582/2008 (SZW 2009, 286 r28).

<sup>15</sup> BGer, 29. Januar 2009, 4A\_530/2008 (SZW 2009, 285 f. r27). Zur noch offenen Frage siehe SZW 2009, 275.

<sup>16</sup> BGer, 29. Juli 2009, 4A\_249/2009 (SZW 2010, 324 r34). Etwas zurückhaltender BGer, 13. September 2010, 5A\_638/2009 (SZW 2011, 391 f. r34).

Darüber hinaus findet das Auskunftsrecht der Erben des wirtschaftlich Berechtigten eine Grundlage im Erbrecht (bestätigt in **r39**). Was dies für binnenrechtliche Sachverhalte bedeutet, hat das Bundesgericht noch nicht entschieden.<sup>17</sup> Bei internationalen Sachverhalten ist unter Anwendung des ausländischen Rechts zu prüfen, ob dieses einen solchen Anspruch vorsieht.<sup>18</sup> Für das französische Erbrecht hat nunmehr das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt einen solchen Informationsanspruch bejaht (**r41**).

### Swissair: Vorletztes Kapitel

Die Swissair hat uns nicht nur einen hochfliegenden Nationalstolz und danach ein ebenso bodenloses Nationaltrauma beschert, sondern weit mehr als hundert Gerichtsentscheide.<sup>19</sup> Das Rechtsinstitut der Absichtspauliana wurde durch die Swissair-Serie nachhaltig geprägt.<sup>20</sup> Dieses Kapitel ist mit der letzten (vergleichsweise erledigten) Klage im Jahr 2012 abgeschlossen worden, mit einem Nettoergebnis für die Aktionäre in Höhe von CHF 460 Mio.<sup>21</sup> Weniger erfolgreich waren die Verantwortlichkeitsklagen des Swissair-Liquidators. In dieser Berichtsperiode ist die Abweisung von zwei Verantwortlichkeitsklagen gegen die Verantwortlichen der damaligen SAir-Group zu vermelden (**r42**; **r43**). Langsam aber sicher wird im Fall «Swissair» das Schlusskapitel geschrieben. Aktuell sind noch ein Forderungsprozess und zwei Verantwortlichkeitsklagen hängig.<sup>22</sup>

### Aufsichtsbehörde und Aufsichtsrecht: Welche Rolle für den Zivilprozess?

Die zunehmende Verflechtung von privatem und öffentlichem Bankrecht führt zu überlappenden Zuständigkeiten der Zivilgerichte und der Aufsichtsinstanzen. Zu erwähnen seien etwa die Doppelnormen in Art. 11 BEHG<sup>23</sup> und Art. 20 KAG, die sowohl für die Zivilgerichte als auch für die Aufsichtsbehörden einen verbindlichen Verhaltensmassstab aufstellen. Nach dem Bundesgericht kommt Art. 11 BEHG gar Schutznormcharakter zu.<sup>24</sup> Für das GwG haben die Weisen vom Mon Repos den Schutznormcharakter zwar verneint,<sup>25</sup> allein aber die Tatsache, dass die Frage aufgeworfen wird, zeigt den Gang der Entwicklung an. In dieser Berichtsperiode hat das Obergericht des Kantons Zürich entschieden, dass die Einhaltung des mit der ESTV erarbeiteten SBVg-Zirkulars Nr. 6584 über die Abführung eines Anteils der Bruttodividenden auch deshalb keine Vertragsverletzung darstellt, weil das bankengesetzliche Gewährserfordernis berührt wäre (**r20**). Wirft man zudem einen Blick auf das revidierte KAG, so zeigt sich eine bemerkenswerte Gemengelage von öffentlichem und privatem Recht. Das Projekt eines Finanzdienstleistungsgesetzes (FIDLEG) setzt diese Tendenz fort: Die dort vorgesehenen Verhaltensregeln entsprechen der Praxis zu den auftragsrechtlichen Rechenschafts- und Sorgfaltspflichten.

Weiter kann man beobachten, dass die Untersuchungen und Verfahren der FINMA in den zivilrechtlichen Verfahren Beachtung finden: Im Entscheid über den Verkauf von Aktien der Biber-Holding durch die heutige Crédit Suisse (**r17**) wurde für den Sachverhalt massgeblich auf das aufsichtsrechtliche Gewährsverfahren abgestellt. Auch im Zusammenhang mit den *Lehman*-Klagen spielte die Untersuchung der FINMA eine wichtige Rolle.<sup>26</sup> Die FINMA übernimmt also bereits heute im Zivilprozess die Funktion des «*fact finders*». Diese Rolle könnte sich

<sup>17</sup> Siehe dazu SZW 2011, 375.

<sup>18</sup> BGE 136 III 461 = BGer, 26. Juli 2010, 4A\_421/2009 (SZW 2011, 391 r33); BGer, 13. September 2010, 5A\_638/2009 (SZW 2011, 391 f. r34).

<sup>19</sup> Siehe *Bernhard*, Jusletter vom 9. August 2010 (Die Causa Swissair: Kondensstreifen am juristischen Himmel).

<sup>20</sup> Siehe dazu die früheren Rechtsprechungsübersichten, namentlich SZW 2008, 436 r45; SZW 2009, 276, 290 ff. r41–r44; SZW 2010, 309 f., 325 f. r36–r39; SZW 2011, 394 f. r41, r42; SZW 2012, 341 f. r35, r36.

<sup>21</sup> SG-Zirkular Nr. 22 vom Mai 2013, 9, abrufbar unter: <www.liquidator-swissair.ch>.

<sup>22</sup> SG-Zirkular (Fn. 21), 9 f.

<sup>23</sup> BGE 133 III 97 E. 5.2 S. 99 (SZW 2007, 310, 315 f. r10); BGer, 21. Februar 2007, 4C.205/2006 E. 3.3 (SZW 2007, 310 f., 315 r9); BGer, 28. September 2010, 4A\_213/2010 E. 4 (SZW 2011, 376, 383 r11).

<sup>24</sup> BGer, 28. September 2010, 4A\_213/2010 (SZW 2011, 376, 383 r11).

<sup>25</sup> BGE 134 III 529 E. 4.3 S. 532 (SZW 2009, 292 r46).

<sup>26</sup> z.B. HGer BE, 25. August 2010, HG 09 30 (SZW 2011, 373 f., 382 r9).

aufgrund der gesetzgeberischen Entwicklungen verstärken und fortentwickeln.

Darüber hinaus gerät die FINMA zunehmend in den direkten Blick der Anlegerinnen und Anleger, die sich von einer Anzeige eine Verbesserung ihrer Position bei der zivilrechtlichen Auseinandersetzung erhoffen, oder die gestützt auf Art. 35 Abs. 6 FINMAG ihren Anlageschaden mithilfe eines Anspruchs auf Erstattung des eingezogenen Gewinns gegenüber der FINMA kompensieren wollen. Der Indienstnahme der Aufsichtsbehörden für privatrechtliche Zwecke hat nun allerdings das Bundesgericht einen ersten Riegel vorgeschoben (**r49**). Der Kunde hatte Anzeige wegen der bewilligungslosen Tätigkeit einer ausländischen Zweigniederlassung der Bank erhoben und verlangte Parteistellung und Akteneinsicht. Zur Begründung verwies er unter anderem auf Art. 35 Abs. 6 FINMAG. Sowohl die Parteistellung als auch die Akteneinsicht wurden ihm unter Hinweis auf das mangelnde schutzwürdige Interesse verwehrt. Er habe nicht nachgewiesen, inwiefern seine Rechte als Anleger konkret gefährdet oder verletzt seien. Damit ist der Weg über das Aufsichtsrecht eingeschränkt, aber – wenn man an das FIDLEG und die dort skizzierten Verhaltensregeln denkt – keineswegs ausgeschlossen. Was sodann den Erstattungsanspruch gestützt auf Art. 35 Abs. 6 FINMAG angeht, so hat das Bundesgericht in einem *obiter dictum* eine zentrale Frage aufgegriffen und jedenfalls vorläufig beantwortet: Der Rückerstattungsanspruch gegenüber der FINMA dient nicht der Beurteilung strittiger Zivilrechtsansprüche, sondern setzt vielmehr voraus, dass unbestrittene oder gerichtlich festgestellte Schadenersatzansprüche bestehen. Art. 35 Abs. 6 FINMAG dient somit bloss der Durchsetzung liquider zivilrechtlicher Forderungen. Was dies für allfällige Forderungen von LIBOR-Geschädigten bedeutet, die einen Anteil an den eingezogenen rund CHF 59 Mio. geltend machen, ist offensichtlich.

In gewisser Weise handelt es sich bei diesem Urteil vom 9. Mai 2013 um den Startschuss für eine Serie von Entscheidungen, welche die Rolle der Aufsichtsbehörde und des Aufsichtsrechts in den zivilrechtlichen Auseinandersetzungen zwischen der Bank und ihren Kundinnen und Kunden neu abstecken (müssen).

## I. Bankverträge – Contrats bancaires

### 1. Konten, Einlagen, Vollmachten, Legitimation – Comptes, dépôts, procurations, légitimation

#### **r1 Liquidation Konto/Depot. Massgebender Abrechnungskurs – Liquidation d'un compte/dépôt. Cours pertinent.**

Die Bank verlangte wegen Unterdeckung eines für Aktien-, Options- und Fremdwährungsgeschäfte genutzten Kontos/Depots Nachschusszahlungen (*margin call*) und liquidierte das Konto/Depot nach unbenütztem Ablauf der angesetzten Frist. Der Kunde wirft der Bank Manipulation des Abrechnungskurses zu ihren Gunsten vor.

1. Analoge Anwendung des Kommissionsrechts (Art. 425 ff. OR) bei Optionsgeschäften jedenfalls in Bezug auf die Pflichten der Bank betreffend Abrechnung der getätigten Käufe und Verkäufe bejaht. – 2. Eine dem Selbsteintritt des Kommissionärs bei Börsengeschäften vergleichbare Interessenlage besteht auch bei OTC-Geschäften, unabhängig davon, ob die Bank selbst eintritt oder nicht, da in beiden Fällen kein Marktpreis besteht. Daher ist es gerechtfertigt, den für die Abrechnung massgeblichen Zeitpunkt nach vergleichbaren Grundsätzen zu ermitteln. – 3. Bestätigung der in der Literatur und der aufsichtsrechtlichen Praxis vertretenen Auffassung, dass zu Eröffnungskursen abzurechnen ist, wenn Aufträge vor Eröffnung der Börsensitzung vorliegen. Denn dadurch entfällt eine Manipulationsmöglichkeit durch Wahl eines späteren, für die Bank günstigeren Zeitpunkts. Vorliegend war die Bank nach Ablauf der Frist zur Nachschusszahlung am 21. Februar 2001, 12:00 Uhr, zur sofortigen Liquidation berechtigt. Da die Basistitel in New York börsenkotiert waren, bestand die Liquidationsberechtigung somit vor Eröffnung der Börse in New York, weshalb die Bank zur Abrechnung nach Eröffnungskursen verpflichtet war. *In casu* hatte die Bank unter diesem Eröffnungskurs abgerechnet.

*BGer*, 5. Februar 2013, 4A\_547/2012 (I. zivilrechtliche Abteilung, X. c. Bank Y.);

Schärli, *ius.focus* 4/2013, 10.

#### **r2 SED-Gelder. Legitimationsmangel. Erfüllungsanspruch aus Kontovertrag. – Fonds du Parti socialiste unitaire allemand. Défaut de légitimation. Prétention en exécution du contrat de compte.**

Klage gegen eine schweizerische Bank auf Zahlung von EUR 128 Mio. zuzüglich Zins zu 5% seit 1994. Umstritten: Legitimation der einzigen Gesellschafterin zweier ehemals ostdeutscher Gesellschaften (Kontoinhaberinnen) für Barbezüge in Höhe von ca. CHF 100 Mio. bei der schweizerischen Bank in den Jahren 1991 und 1992. Die Beträge waren 1991 (nach der Wende) von der Bank Austria in Wien auf die neu eröffneten Schweizer Konten einer Tochterbank transferiert und danach in Wien in den Räumlichkeiten der Mutterbank wieder bar ausbezahlt worden.

1. Angesichts der Höhe der abgehobenen Barbeträge sowie der in verschiedener Hinsicht eigenartigen Transaktionen (für die nota bene Bankkommissionen von rund CHF 0,5 Mio. anfielen), sowie vor dem geschichtlichen Hintergrund der epochalen Umwälzungen in Deutschland hätte die Beklagte im Zeitpunkt der Barauszahlungen in den Jahren 1991/1992 ganz erhebliche Zweifel hinsichtlich der (organschaftlichen) Vertretungsbefugnis der einzigen Gesellschafterin hegen und entsprechende Abklärungen treffen müssen. – 2. Unter den gegebenen Umständen ist die Beschränkung der Vertretungsbefugnis der einzigen Gesellschafterin der beiden ehemals ostdeutschen Gesellschaften gemäss § 20b PartG DDR zu beachten und die Schweizer Bank hat somit die Kontoguthaben nach dem auf den Bankvertrag anwendbaren schweizerischen Recht nicht mit befreiender Wirkung ausgezahlt, weshalb die vertraglichen Erfüllungsansprüche der beiden Gesellschaften bzw. der Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (vormals Treuhandanstalt Berlin) nicht erloschen sind. – 3. Die Art. 44 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR (Herabsetzungsgründe, insbesondere Selbstverschulden) sind auf Schadenersatzansprüche, nicht jedoch auf vertragliche Erfüllungsansprüche anwendbar. Bei einer unrechtmässigen Kontobelastung durch eine Bank bleibt bei einem vertraglichen Erfüllungsanspruch auf Auszahlung des Guthabens somit kein Raum für eine Herabsetzung wegen Selbst- bzw. Mitverschulden des Kontoinhabers.

*BGer*, 8. April 2013, 4A\_258/2012 (I. zivilrechtliche Abteilung, Bank X. und Bank A. Y. AG c. Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben [vormals Treuhandanstalt Berlin]);

siehe dazu auch: *OGer ZH*, 25. März 2010, LB080075 (SZW 2010, 313 r4), aufgehoben durch *KassGer ZH*, 30. November 2011, AA100057;

*Jurius, Jusletter*, 15. April 2013; *NZZ*, 12. April 2013, 25 (Streit um SED-Gelder in der Schweiz).

**r3** **Compte en monnaie étrangère. Droit applicable. Refus de payer. Preuve. – Fremdwährungskonto. Anwendbares Recht. Zahlungsverweigerung. Beweis.**

Une banque étrangère avait auprès d'une banque suisse un compte. La banque suisse avait octroyé un prêt personnel à l'ancien président et actionnaire majoritaire de la banque étrangère. Ordre de virement donné par la banque étrangère, refusé par la banque suisse au motif que les avoirs avaient été déposés en garantie du prêt personnel accordé à son ancien président.

1. En ouvrant un compte auprès d'une banque, en lui confiant des fonds et en la chargeant de divers placements, la banque étrangère noue avec la banque suisse un rapport juridique complexe comprenant des éléments caractéristiques d'un compte-courant, d'un dépôt irrégulier, d'un mandat et d'une commission. – 2. Dès lors qu'aucune élection de droit n'a été établie (art. 116 LDIP), ce rapport juridique est soumis au droit suisse, en tant que loi du siège de la banque qui fournit la prestation caractéristique (art. 117 LDIP). Cette loi s'applique également à la mise en gage des créances découlant de ce rapport contractuel, en tant que loi du siège de la banque qui est la prétendue créancière gagiste (art. 105 al. 2 LDIP). – 3. Le client d'un compte en monnaie étrangère ne peut demander la restitution des avoirs que dans la monnaie du contrat. Le choix de payer en francs suisses n'appartient qu'à la banque débitrice (art. 84 al. 2 CO). – 4. Selon la pratique bancaire usuelle, l'octroi d'un crédit ainsi que la conclusion d'un acte de nantissement, qui le garantit, sont soumis à la forme écrite. – 5. Faute de preuve, la banque dépositaire doit restituer les avoirs qu'elle détient pour le compte de l'intimée. En effet, l'absence de tout document probant est insolite.

*TF*, 30 octobre 2012, 4A\_303/2012 (I<sup>re</sup> Cour de droit civil, Banque X. SA c. Banque Y. Limited).

**r4** **Kontokorrent. Richtigbefundanzeige. Schuldanerkennung (Art. 82 SchKG). – Compte courant. Bien-trouvé. Reconnaissance de dette (art. 82 LP).**

1. Aus betriebsrechtlicher Sicht verliert die unterschriebene Anerkennung eines Kontokorrentsaldos ihre Eignung als provisorischer Rechtsöffnungstitel mit dem Vortrag des anerkannten Saldos auf neue Rechnung. Eine solche Richtigbefundanzeige taugt somit nur als Schuldanererkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG, wenn der Schuldner sie nach erfolgter Kündigung des Kontokorrentvertrages ausgestellt hat und wenn der anerkannte Saldo nicht auf neue Rechnung vorgetragen wurde und auf dem Konto auch keine weiteren materiellen Geschäftstransaktionen stattgefunden haben. – 2. Dem Schuldner (Beschwerdeführer) gelang es vorliegend, mit Kontoauszügen aus den Jahren 2008 und 2009 im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG glaubhaft zu machen, dass er mit der Beschwerdegegnerin ein eigentliches Kontokorrentverhältnis vereinbart und über das auf dem als Schuldanererkennung ins Recht gelegten und vom Beschwerdeführer unterzeichneten Kontoblatt vermerkten Datum (31. Dezember 2008) hinaus fortgeführt hat. Infolgedessen verweigerte das Bundesgericht entgegen beiden Vorinstanzen der Beschwerdegegnerin die provisorische Rechtsöffnung.

*BGer, 30. August 2012, 5A\_133/2012 (II. zivilrechtliche Abteilung, X. c. Z. AG in Liquidation); BGE 138 III 797; SJZ 2013, 22; Güngerich/Buri, ius.focus 12/2012, 18 f.*

**r5 Vollmacht. Verjährungseinrede. – Procuration. Exception de prescription.**

Bezug von mehreren Hunderttausend Franken von einem Nummernkonto eines Verstorbenen durch dessen Lebenspartnerin gestützt auf eine angebliche Vollmacht. Die Bank klagte gegen die Lebenspartnerin insbesondere auf Zahlung des den (gesetzlichen) Erben gestützt auf einen gerichtlichen Vergleich zurückerstatteten Betrages. Die Beklagte erhob im Berufungsverfahren die Verjährungseinrede.

1. Die Verjährungseinrede kann im Rechtsmittelverfahren nicht unbeschränkt, sondern nur nach Massgabe des Novenrechts vorgebracht werden (Art. 317 ZPO). Der Begriff der zumutbaren Sorgfalt (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO) würde zu weit ausgelegt, wenn von der beklagten Partei verlangt würde, sich nicht nur gegen die falsche Haftungsgrundlage zu wehren, sondern in sich möglicherweise selbst schadender Weise auch noch die korrekte Haftungsgrundlage mit den dazugehörigen Einreden zu präsentieren. – 2. Vor der ersten Instanz wurde einzig eine vertragliche Anspruchsgrundlage der Bank thematisiert und im Ur-

teil auch (zu Unrecht) bejaht, weshalb von der Beklagten nicht verlangt werden konnte, bereits in diesem Zeitpunkt Einreden gegen die erst vor der zweiten Instanz thematisierten Ansprüche aus vollmachtloser Stellvertretung sowie unechter Geschäftsführung ohne Auftrag vorzubringen. Damit hat die Vorinstanz Art. 317 Abs. 1 ZPO verletzt, indem sie die Einrede der Verjährung wegen Verspätung nicht zuliess. – 3. Rückweisung der Sache zur Sachverhaltsergänzung, insbesondere betreffend Umfang der Vollmacht sowie zur Neubeurteilung unter Beachtung der Verjährungseinrede.

*BGer, 6. Februar 2013, 4A\_305/2012 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. c. Bank X. AG); Sauerwein, <www.cdbf.ch/872>.*

**r6 Kontovertrag (Zustandekommen). (Kein) Erfüllungsanspruch. (Keine) Haftung aus culpa in contrahendo. – Contrat de compte (conclusion). Droit à l'exécution (non). Responsabilité précontractuelle (non).**

Klage gegen eine schweizerische Bank auf Auszahlung des Restsaldos eines bestimmten Kontos. Umstritten sind das Zustandekommen eines Kontovertrages zwischen den Parteien und somit die Berechtigung am streitgegenständlichen Konto sowie eine allfällige Haftpflicht der Beklagten aus culpa in contrahendo.

1. Eine schriftliche Kontoeröffnungsbestätigung, deren Echtheit glaubhaft bestritten wurde, vermag nicht die Verfügungsbeziehung an einem Konto zu belegen. Die Verfügungsberechtigung ergäbe sich vielmehr aus den Kontoeröffnungsunterlagen, insbesondere aus der Unterschriftenregelung, deren Vorliegen jedoch nicht substantiiert behauptet wurde. – 2. Der ins Recht gelegte Kontoauszug, welcher keinerlei Aussteller, Logo oder Firmenschriftzug aufweist und damit in krasser Art und Weise von banküblichen Dokumenten abweicht, kann nicht der Bank (Beklagten) zugeordnet werden und taugt somit nicht als Beweis für eine Ersteinlage über CHF 1 Mio. – 3. Verneinung eines Anspruchs auf Erfüllung (Auszahlung Restsaldo auf Konto) sowie eines Anspruchs aus culpa in contrahendo, da weder der Bestand eines Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien betreffend das fragliche Konto noch das Vorliegen von Vertragsverhandlungen genügend substantiiert behauptet wurde. Ein Anspruch aus culpa in contrahendo wäre zudem bereits verjährt.

*HGer ZH, 13. Juli 2012, HG090289, <www.gerichte-zh.ch>, rechtskräftig.*

**r7 Schädigung durch Dritte. Haftung der Bank. – Dommage causé par un tiers. Responsabilité de la banque.**

Der Bekannte der Kläger sollte diesen bei der Eröffnung eines Nummernkontos behilflich sein. Er stellt den Kontakt zum Kundenberater der Bank her. Im Beisein des Kundenberaters und in den Räumlichkeiten der Bank werden zwei Vereinbarungen getroffen: Die Kläger übergeben dem Bekannten Ersparnisse von mehreren Hunderttausend Franken in bar.

Das Geld soll bei Erreichen des Mindestbetrages für die Eröffnung eines Nummernkontos (CHF 1 Mio.) auf das Klägerkonto überwiesen werden. Der Bekannte verwendet das Geld anderweitig.

**1.** Haftung der Bank für das Verhalten ihres Angestellten (Art. 101 OR) sowohl nach Auftragsrecht als auch aus *culpa in contrahendo* bejaht. Jedoch Herabsetzung der Ersatzpflicht um die Hälfte aufgrund erheblichen Selbstverschuldens der Kläger. – **2.** Verletzung der auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflichten durch das verfängliche Verhalten des Bankangestellten: Beim Abschluss der Vereinbarungen zwischen den Klägern und ihrem Bekannten hätte der Bankangestellte die Kläger darauf hinweisen müssen, dass er bzw. die Beklagte in das weitere Schicksal des dem Bekannten übergebenen Bargeldes nicht involviert sein würden. Weiter unterliess es der Bankangestellte, die Kläger darüber zu informieren, dass ihr Bekannter weder das ihm überreichte Bargeld vereinbarungsgemäss bei der Beklagten deponierte noch über Vermögenswerte bei der Beklagten (als Garantie) verfügte. Zudem hatte der Bankangestellte einen in Bezug auf den Bekannten bestehenden Interessenkonflikt nicht offengelegt. – **3.** Selbst wenn kein Auftragsverhältnis zwischen der Beklagten und den Klägern bestehen würde, wäre der Bankangestellte gehalten gewesen, die Kläger über die Risiken des Anvertrauens eines hohen Betrages in bar an ihren Bekannten sowie über dessen Zahlungsverhalten und dessen fehlenden sonstigen Einkünfte und Sicherheiten aufzuklären, womit jedenfalls eine Haftung der Beklagten aus *culpa in contrahendo* zu bejahen wäre.

*BGer, 22. Januar 2013, 4A\_477/2012 (I. zivilrechtliche Abteilung, Bank A. c. Z.x., Z.y., Nebeninterveni-ent W.);*

*siehe insbesondere betreffend Punkt 3 Urteil der Vorinstanz: HGer ZH, 22. Juni 2012, HG100074, nicht veröffentlicht.*

**r8** **Schädigung durch Dritte. (Keine) Haftung der Bank. – Dommage causé par un tiers. Responsabilité de la banque (non).**

Der Beschwerdeführer macht einen Anspruch aus Vertrauenshaftung gegen die Bank geltend, weil er und seine Ehefrau Opfer einer über mehrere Wochen dauernden und teilweise in den Räumlichkeiten einer Bank stattfindenden Inszenierung einer Betrügerbande wurden.

**1.** Aus der Tatsache, dass die Bank Räumlichkeiten zur Verfügung stellte, kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten. – **2.** Die Bank hatte ein berechtigtes Interesse an der Zurverfügungstellung von Räumlichkeiten, da ihr in Aussicht gestellt wurde, die Eheleute als neue Kunden zu gewinnen. In der

Folge konnte die Bankangestellte denn auch ein entsprechendes Konto eröffnen. Die Bank musste somit bei der Bitte, den Vertragsparteien Räumlichkeiten zur Verfügung zu stellen, nicht misstrauisch werden. – **3.** Die Bank muss sich unter den gegebenen Umständen nicht anrechnen lassen, was sich ohne Anwesenheit von Angestellten in ihren Räumlichkeiten abspielte. – **4.** Demzufolge hat die Bank keine Verhaltenspflichten verletzt. Die Eheleute wurden nicht von der Bank getäuscht, sondern von der Betrügerbande.

*BGer, 21. März 2013, 4A\_565/2012 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. c. Bank X.);*

*Eisenring, ius.focus 5/2013, 17.*

## **2. Anlagen, Vermögensverwaltung – Placements, gestion de fortune**

**r9** **Conseil en placement. Fonds de placement étranger. Responsabilité de la banque pour sa filiale étrangère gérant le fonds. Application du droit étranger. Organe de fait (non). Transparence (oui). – Anlageberatung. Ausländischer Fonds. Haftung der Bank für ihre ausländische, den Fonds verwaltende Tochtergesellschaft. Anwendbarkeit des ausländischen Rechts. Faktisches Organ (nein). Transparenz (ja).**

Un fonds de placement étranger et son promoteur ont souscrit, sur conseil d'une banque suisse (la banque), des parts d'un fonds de placement des Bahamas (le fonds) géré par la filiale bahamienne de cette banque (la filiale). Action en responsabilité contre la banque fondée sur le prélèvement d'honoraires excessifs et sur une surévaluation de certains actifs. Cet arrêt cantonal fait suite à TF, 4A\_274/2011 du 3 novembre 2011, RSDA 2012, 326 r2.

**1.** Une responsabilité de la banque pour la gestion du fonds est envisageable en qualité d'organe de fait, ou en application du principe de transparence, lequel permet d'assimiler la banque à sa filiale des Bahamas, voire au fonds de placement lui-même. – **2.** Le droit des Bahamas, qui régit cette action en responsabilité, reconnaît que chaque société constitue normalement une entité séparée. Seules des circonstances particulières permettent de percer le voile social. La propriété et le contrôle de la société par une seule et même personne ne suffisent pas. Il faut encore qu'il y ait eu des irrégularités liées à l'utilisation de la structure sociale, elle-même mise à profit pour dissimuler leur existence et/ou les identités de ceux qui en ont été les auteurs. – **3.** En l'espèce, la banque possédait la totalité des actions de management du fonds et avait contractuellement le devoir de gérer les avoirs

de ce dernier. Trois membres de sa direction siégeaient comme administrateurs du fonds, de même que le directeur de sa filiale. – **4.** La notion d'organe de fait, consacrée en droit suisse, n'est pas reconnue aux Bahamas. Une responsabilité de la banque de ce chef est donc exclue. – **5.** Les circonstances dans lesquelles la banque a perçu de façon occulte une rémunération excessive (EUR 139 600, dont EUR 20 000 sont admis par la Cour) en rapport avec la vente d'un actif du fonds «justifie de déroger exceptionnellement à l'indépendance de la personne morale pour rectifier une irrégularité liée à l'utilisation de la structure sociale, comme l'ont parfois reconnu la jurisprudence anglaise et des Bahamas». – **6.** En revanche, il n'y a pas lieu de faire abstraction de l'indépendance de la personne morale en rapport avec l'évaluation des actifs du fonds. En effet, la filiale aux Bahamas a son propre personnel et sa clientèle particulière. Rien ne permet de considérer qu'elle aurait été, dans le cas d'espèce, le jouet de sa société mère à Genève.

*Cour de justice GE, 31 août 2012 (C/9736/2007, ACJC/1206/2012); recours pour application arbitraire du droit étranger rejeté par TF, 4A\_600/2012 du 14 janvier 2013.*

**r10 Conseil en placement [Lehman]. Devoir d'information. Responsabilité (non). – Anlageberatung [Lehman]. Informationspflicht. (Keine) Haftung.**

Action en responsabilité du client contre son conseiller en placement pour avoir passé sous silence l'émetteur et le garant du produit proposé ainsi que le fait que le produit de base vendu par le groupe Lehman Brothers faisait l'objet d'une émission pour un montant total de 100 milliards de dollars (USD).

**1.** Dans un contrat de conseil en placement, le client décide lui-même des opérations à effectuer, après avoir obtenu renseignements et conseils de la banque. – **2.** Les devoirs et la responsabilité du conseiller en placements sont définis par les règles du mandat. Lorsque la banque recommande d'acquérir un titre déterminé, elle doit connaître la situation financière de la société émettrice et ses perspectives d'avenir, ainsi que les avis exprimés par la presse économique et les agences de cotation. – **3.** Le principal risque, qu'encourent les investisseurs dans les produits dits à capital protégé, a trait au crédit lié à l'émetteur. – **4.** *En l'espèce*, rien n'indique que le client, un investisseur averti, ait émis une réserve sur l'identité de l'émetteur. Sa seule préoccupation por-

taut sur la garantie du remboursement intégral du capital. En outre, il n'apparaît pas que les agences de cotation et la presse spécialisée auraient émis des réserves quant à la solvabilité de l'émetteur et garant, le groupe Lehman Brothers, à ce moment-là. De ce fait, l'employé n'avait pas à attirer l'attention de son client sur la personne de l'émetteur et du garant. – **5.** L'importance du montant de la garantie principale n'induit pas une violation du devoir d'information de la banque, le groupe Lehman Brothers bénéficiant d'une bonne notation. Afin de prouver le contraire, il incombe au client d'établir l'impact de l'importance du montant assumé par la société mère sur sa cotation et les réserves qui en découleraient, le cas échéant par une expertise.

*TF, 16 avril 2013, 4A\_624/2012 (I<sup>re</sup> Cour de droit civil, X. SA c. Banque Y. AG).*

**r11 Conseil en placement. Devoir d'information. Responsabilité (non). – Anlageberatung. Informationspflicht. (Keine) Haftung.**

Action en responsabilité du client contre son conseiller en placement pour avoir enfreint son devoir de diligence en lui conseillant et en lui permettant de concentrer des capitaux trop importants sur un seul produit, au moyen d'un crédit lombard presque deux fois supérieur à sa fortune totale.

**1.** Le pouvoir décisionnel du client constitue le principal critère de distinction entre le conseil en placement et le contrat de gestion de fortune. – **2.** Dans un cas de conseil en placement, le devoir de conseil se rapporte à l'opportunité d'effectuer un placement par rapport à la situation personnelle du client. De plus, le conseiller doit s'enquérir du risque que ce dernier est prêt à assumer. Ces exigences quant au devoir d'information sont plus élevées lorsque le mandant ne spéculé pas seulement sur sa fortune, mais avec les crédits de la banque. – **3.** «Si le client veut persister dans sa stratégie alors qu'il a été mis en garde par la banque et/ou qu'il est conscient des risques encourus, la banque n'encourt aucune responsabilité.» La responsabilité de la banque n'est engagée que si le conseil, au moment où il a été donné, était manifestement déraisonnable. – **4.** En l'espèce, il n'a pas été suffisant de constater que l'investissement, par son financement et sa concentration sur un seul produit, comportait objectivement des risques importants, pour en déduire que la banque avait enfreint son devoir de conseil et de renseignement.

TF, 10 décembre 2012, 4A\_444/2012 (I<sup>re</sup> Cour de droit civil, X. Corporation c. Banque Z. SA); GesKR 2013, 135 (résumé d'arrêt); Poda, <www.cdbf.ch/855>.

**r12 Vermögensverwaltungsvertrag. Informationspflichten. (Keine) Haftung. – Mandat de gestion. Devoir d'information. Responsabilité (non).**

Die Bank klagt den nach Kündigung des Verwaltungsauftrages und Liquidierung der Depotwerte zu ihren Gunsten verbliebenen Minussaldo von rund CHF 2 Mio. ein. Der Kunde verlangt widerklageweise Schadenersatz wegen Schlechterfüllung des Vermögensverwaltungsvertrages.

1. Zwischen den Parteien bestand ein Vermögensverwaltungsvertrag. Die Bank hat weder ihre auftragsrechtlichen Pflichten noch ihre Informationspflichten nach Art. 11 BEHG verletzt. – 2. Der Kunde hat die Bank ausdrücklich angewiesen, die als exotisch bezeichneten Aktien zu kaufen. Allein daraus darf zwar noch nicht geschlossen werden, dass er Aufklärung und Beratung seitens der Bank weder wünsche noch benötige. Die Anforderungen an die Aufklärung und Information des Kunden sind unter diesen Umständen aber etwas herabzusetzen. Zu berücksichtigen ist zudem, dass der Kunde mit Börsengeschäften vertraut war. – 3. Von Seiten der Bank wurde der Kunde darauf hingewiesen, dass sie die von ihm gewünschten Titel nicht kenne und dass diese Positionen mit Risiken verbunden seien. Hält der Kunde trotz dieser Warnungen am Kaufauftrag fest, kann er nicht nachträglich die Bank für mit den Aktien erlittene Verluste verantwortlich machen. Hätte er weitere Abklärungen über die der Bank unbekanntes Titel gewünscht, so hätte er dies mitteilen müssen.

BGer, 2. April 2013, 4A\_331/2012 (I. zivilrechtliche Abteilung, A.A. c. Bank X. AG).

**r13 Conseil en placement [Madoff/Luxalpha]. Qualité pour agir en responsabilité. – Anlagerberatung [Madoff/Luxalpha]. Aktivlegitimation zur Schadenersatzklage.**

Action d'un investisseur contre UBS SA pour lui avoir recommandé des parts de Luxalpha SICAV. Action pendante au Luxembourg des liquidateurs de la SICAV contre UBS SA et UBS Luxembourg dépositaire du fonds invoquant la dissimulation de la société sous-dépositaire, Bernard Madoff Investment

Securities. Exception de litispendance soulevée par UBS SA.

1. La litispendance suppose l'identité des parties. Elle n'est réalisée que dans le cas où les deux adversaires sont les mêmes dans les deux procès. Dans le cas d'espèce, l'investisseur estime ne pas être une partie à la procédure au Luxembourg puisqu'il n'est pas représenté personnellement. Cependant, ce dernier étant considéré comme un investisseur aux termes du jugement du 2 avril 2009 du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg et les liquidateurs représentant l'entier des investisseurs et des créanciers de la SICAV, il doit être considéré comme une partie à la procédure étrangère. Les défendeurs sont les mêmes dans les deux procès étant donné que les deux actions sont dirigées contre UBS SA et UBS Luxembourg. De plus, il y a une coïncidence des intérêts puisqu'un jugement qui condamnerait la banque à reconstituer l'entier du patrimoine de la SICAV au Luxembourg aurait aussi un effet à l'égard de l'investisseur. – 2. La litispendance suppose également que les deux demandes en justice aient le même objet et la même cause. L'investisseur et les liquidateurs demandent à ce que la banque soit condamnée à payer la perte de la SICAV dans la banqueroute de Bernard Madoff. De plus, la cause est la même en tant qu'il est fait grief à la banque d'avoir tu aux investisseurs que la gestion des capitaux investis était déléguée à BMIS Bernard Madoff Investment Securities. – 3. La cause est suspendue jusqu'à droit connu sur la compétence du tribunal premier saisi au Luxembourg.

TF, 23 janvier 2013, 4A\_473/2012 (I<sup>re</sup> Cour de droit civil, X. c. Banque Z. SA).

Pour les procédures pendantes au Luxembourg, cf. <www.luxalphainliquidation.lu>.

**r14 Gestion de fortune. Calcul et preuve du dommage. – Vermögensverwaltung. Berechnung und Beweis des Schadens.**

Contrat de gestion de fortune conclu avec un gérant indépendant. Placement de l'entier du capital dans un seul titre.

1. Dans un cas de responsabilité du gérant de fortune, le Tribunal fédéral a admis que le dommage doit être déterminé selon la méthode comparative, c'est-à-dire la comparaison entre le résultat du portefeuille effectivement en cause et celui d'un portefeuille hypothétique constitué et géré conformément au contrat et pendant la même période. Cette méthode permet de tenir compte de la perte, engendrée

par la baisse généralisée des cours pendant la période en cause, qu'un gérant consciencieux aurait subie. – **2.** La preuve du dommage incombe à celui qui en demande réparation. Malgré l'existence d'une preuve facilitée en faveur du lésé, ce dernier doit fournir au juge tous les éléments de fait qui constituent des indices de l'existence du dommage et qui permettent ou facilitent son estimation. Si, dans le procès, le lésé ne satisfait pas entièrement à son devoir de fournir des éléments utiles à l'estimation, l'une des conditions dont dépend l'application de l'art. 42 al. 2 CO n'est pas réalisée, alors même que, le cas échéant, l'existence d'un dommage est certaine. – **3.** En se basant uniquement sur l'exemple de stratégie prudente présenté dans les documents contractuels, le client n'a pas prouvé de manière pertinente le dommage. Son inexpérience dans le domaine financier ne peut excuser l'absence de la présentation d'un portefeuille hypothétique aux fins de la comparaison puisqu'il pouvait et devait se faire conseiller à cette fin.

*TF, 14 décembre 2012, 4A\_481/2012 (I<sup>e</sup> Cour de droit civil, X. c. Z.); de Gottrau, <www.cdbf.ch/857>.*

**r15 Vermögensverwaltungsauftrag. Substantiierung des Schadens. – Gestion de fortune. Allégation du dommage.**

Ein Kunde klagt gegen seine Bank auf Schadenersatz wegen nicht richtiger Erfüllung eines Vermögensverwaltungsvertrages (Auftrag: Hypothekarkreditsumme so anzulegen, dass nach Bezahlung der Kreditzinsen immer noch ein Ertrag/Gewinn verbleibt). Die Klage wird über alle Instanzen wegen mangelnder Substantiierung der Vertragsverletzung sowie des Schadens abgewiesen.

**1.** Die für die Schadensberechnung bei fehlerhafter Vermögensverwaltung massgebenden tatsächlichen Werte (Stand des Vermögens vor und nach der Vertragsverletzung) ergeben sich normalerweise aus den Unterlagen und sind vom Kunden soweit möglich und zumutbar zu substantiieren. Als massgebender Zeitpunkt für den Vermögensstand nach der Vertragsverletzung durfte der Zeitpunkt der Vertragsauflösung bestimmt werden. – **2.** Da der Kunde diese tatsächlichen Werte in seinen Rechtsschriften trotz dafür ausreichender Unterlagen nicht zu belegen vermochte, erübrigte sich die Anordnung einer Expertise zur Feststellung des hypothetischen Wertes seines Vermögens bei richtiger Erfüllung des Vertrages sowie die Edition zusätzlicher Unterlagen. – **3.** Auf-

grund der Verhandlungsmaxime ist es auch in den Anwendungsfällen von Art. 42 Abs. 2 OR nicht Aufgabe des Gerichts, die tatsächlichen Werte des Vermögens vor und nach der Vertragsverletzung durch eigene Recherchen aus den von der Bank eingereichten Unterlagen zu ermitteln. – **4.** Kein Anspruch auf Stufenklage, da die von der Bank vorgelegten Unterlagen zur Substantiierung des Schadenersatzanspruchs ausreichen.

*BGer, 19. Dezember 2012, 4A\_463/2012 (I. zivilrechtliche Abteilung, X. c. Bank A.).*

**r16 Abschluss- und Verwaltungsauftrag. Berechnung Erfolgshonorar. – Honoraire de souscription et de gestion. Calcul de l'honoraire de résultat.**

Im Abschluss- und Verwaltungsauftrag zwischen den jeweiligen Parteien wurde ein Erfolgshonorar im Umfang von 30 bzw. 20% desjenigen Betrages vereinbart, welcher am Ende der festen Anlagedauer von 10 Jahren das für diesen Zeitpunkt prognostizierte Anlageziel übersteigt. Für den vorzeitigen Vertragsrücktritt sahen die Parteien vor, dass die Anlageberaterin ihren Anspruch auf das Erfolgshonorar behält, sofern die oben genannten Voraussetzungen eingetreten sind.

**1.** Beim vorzeitigen Vertragsrücktritt ist nicht nur das Element der Anlagedauer, sondern entsprechend auch dasjenige des Anlageziels herabzusetzen. Der Anlageberaterin steht demnach dann ein Erfolgshonorar zu, wenn das Anlageziel entsprechend der tatsächlichen Anlagedauer *pro rata* erreicht wurde. – **2.** Die Berechnung hat nach folgenden Kriterien zu erfolgen: Für den Beginn der Anlage ist nicht auf das Datum des Vertragsabschlusses, sondern auf den Zeitpunkt der effektiven Anlage abzustellen. Für den Wert der Anlage ist vom Fortführungswert der Anlage per Kündigung auszugehen. Davon sind das investierte Anfangskapital und die prognostizierte Wertzunahme per Stichdatum in Abzug zu bringen (Anlageziel). Die künftigen Rentenbezüge, welche bis zum Ende der Anlage periodisch ausgeschüttet worden wären, dürfen nicht zum Anlageziel hinzugerechnet werden.

*OGer TG, 25. Juli 2012, ZBO.2010.28 und OGer TG, 25. Juli 2012, ZBO.2010.23 (beide Entscheide rechtskräftig); siehe zur Berechnung des Erfolgshonorars auch: BGer, 29. November 2011, 4A\_427/2011 E. 6.2 und 6.4; für weitere Aspekte dieses BGer-Urteils (Herausgabeverzicht auf Retrozessionen bei Finanzanlagen mit Versicherungscharakter) siehe SZW 2012, 336 r25.*

**r17 Kommissionsvertrag. Selbsteintritt. Beweislast. – Commission d'achat. Banque comme contrepartie. Présomption.**

Die Bank verkaufte dem Kunden Aktien der Biber-Holding (die Vorinstanz geht von einem *Execution Only*-Geschäft mit Aufklärung auf Verlangen aus), sechs Monate später wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet. Der Kunde macht eine Treuepflichtverletzung geltend: Die Aktien stammten aus dem Eigenbestand der Bank und diese verfügte über einen Informationsvorsprung hinsichtlich der

finanziellen Lage der Gesellschaft (für das Gewährsverfahren siehe BGer, 2. Februar 2000, 2A.230/1999). Vor Bundesgericht streitig ist die Beweislast für den Verkauf aus dem Eigenbestand.

**1.** Vorinstanz: Verkaufte die Bank Ende Juni 1996 Biber-Holding-Aktien aus dem Eigenbestand, so handelte sie treuwidrig. Sie musste sich nämlich bewusst sein, dass ein erhebliches kursrelevantes Informationsgefälle zwischen ihr und dem Kläger bestand. Hingegen ist nicht erwiesen, dass die Titel aus dem Eigenbestand der Bank stammten. Der Hinweis auf der Wertschriftenabrechnung der Bank, wonach sie die Aktien «aufgrund der Statuten und Usancen der Zürcher Effektenbörse als Selbstkontrahent[in] verkauft» hat, genügt dafür nicht. – **2.** Bundesgericht: Indem sich die Bank in ihrer Wertschriftenabrechnung bezüglich der Ausführung des Auftrages als Selbstkontrahentin bezeichnete, ohne eine andere Person als Verkäuferin zu nennen, löste sie die Vermutung aus, als Kommissionärin im Sinne von Art. 437 i.V.m. Art. 436 Abs. 1 OR aus Eigenbeständen geliefert zu haben. Die Beweislast der Widerlegung dieser Vermutung trägt die Bank. – **3.** Das Bundesgericht weist die Sache unter Hinweis auf die korrekte Beweislastverteilung an die Vorinstanz zurück.

BGer, 21. November 2012, 4A\_295/2012 (I. zivilrechtliche Abteilung, X. c. Bank Z. AG);

BGE 138 III 781; SJ 2013 I, 213 (résumé d'arrêt); SJZ 109/2013, 57;

OGer ZH, 12. April 2012, LB100068, <www.gerichte-zh.ch>;

Fischer, <www.cdbf.ch/854>; *Jurius, Jusletter*, 14. Januar 2013; *Bärtschi, ius.focus* 1/2013, 10; *Arter, AJP* 2013, 937; *NZZ*, 22. Dezember 2012, 30 (Aktien-Herkunft ist zu beweisen).

**r18 Unrechtmässige Verpfändung eines Kontokorrents durch Treuhänder. Sorgfaltspflichten und guter Glaube der Bank. – Engagement irrégulier d'un compte courant par le fiduciaire. Diligence et bonne foi de la banque.**

Die Vermögensverwalterin verpfändet ein auf ihren Namen lautendes, jedoch mit Mitteln der Vermögensverwaltungskunden gespientes Konto, um von der Bank ein Darlehen für eigene Zwecke zu erhalten. Die Kunden verlangen von der Bank die Auszahlung des Kontoguthabens. Die Bank verweigert die Auszahlung unter Hinweis auf ihr Pfandrecht.

**1.** Das Pfandrecht ist gültig zustande gekommen. Die Vereinbarung zwischen der Vermögensverwalterin und den Kunden, von der Verfügungsmacht keinen Gebrauch zu machen, hat lediglich eine Beschränkung des rechtlichen Dürfens, nicht des rechtlichen Könnens zur Folge. – **2.** Auf den guten Glauben der Bank kommt es nicht an, denn die Vermögensverwalterin hatte die Verfügungsmacht über das Konto. Es fehlt daher an einem Rechtsmangel, der durch den guten Glauben geheilt werden müsste.

*Kantonsgericht VS, 16. Dezember 2010, TCV C1 10 83 (rechtskräftig), <www.vs.ch>, auszugsweise abgedruckt in ZBJV 2013, 548.*

### **3. Sonstige Bankverträge – Autres contrats bancaires**

**r19 Mandat de conseil (corporate finance). Rémunération. – Beratungsmandat (corporate finance). Vergütung.**

Contrat de mandat portant sur l'assistance fournie en vue de la recherche de capitaux sans accord sur les modalités de rémunération.

**1.** Dans un contrat de mandat, les parties doivent fixer la rémunération qui est due au mandataire. L'existence d'un accord portant sur la rémunération, lors d'un premier contrat de mandat, ne fixe pas les modalités de rémunération d'un nouveau contrat de mandat, ayant un objet différent, entre les mêmes parties. – **2.** À défaut de convention entre les parties, le juge doit fixer la rémunération suivant des principes généraux. Il doit tenir compte de toutes les circonstances, notamment du genre et de la durée du mandat, du travail accompli, de l'importance et de la difficulté de l'affaire, ainsi que des responsabilités en jeu. – **3.** *In casu*, la Cour de Justice a fixé la rémunération en se fondant sur le temps effectif consacré par la mandataire et sur un tarif horaire des services des spécialistes financiers (375 fr.).

*Cour de justice GE, 11 mai 2012 (C/22757/2008, ACJC/646/2012);*

*recours pour appréciation arbitraire des faits rejeté par TF 4A\_353/2012 du 25 janvier 2013.*

**r20 Subcustodian Agreement. Abführung der Verrechnungssteuer. (Keine) Vertragsverletzung. – Subcustodian Agreement. Prélèvement de l'impôt anticipé. Violation du contrat (non).**

Die Klägerin ist eine ausländische Brokerfirma mit Sitz in Europa. Für die technische Abwicklung der Geschäfte arbeitet sie mit der Bank E. zusammen. Diese wiederum hat für den Handel mit Schweizer Wertschriften gestützt auf ein Subcustodian Agreement die Dienste der Beklagten, einer Bank mit Sitz in der Schweiz, in Anspruch genommen. Die beklagte Bank hat im Rahmen ihrer Tätigkeit einen Anteil von 35% der jeweiligen Bruttodividende an die ESTV abgeführt. Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, die Ablieferung an die ESTV sei zu Unrecht erfolgt.

**1.** Im Subcustodian Agreement gewährleistet die Bank, dass sie kein schweizerisches Recht oder Ausführungsrichtlinien verletzt (*applicable laws or regulations*). Die Bank hat den Anteil der Bruttodividende gestützt auf das SBVg-Zirkular Nr. 6584 betreffend «Quellensteuerregelung bei Couponabrechnungen» an die ESTV abgeführt. Das Zirkular gehört nicht zu den von der EBK/FINMA anerkannten Mindeststandards für die Selbstregulierung. Es beruht aber auf einer langjährigen Praxis und wurde in Zusammenarbeit mit der ESTV erarbeitet. Würde die Bank ein Vorgehen nach dem Zirkular verweigern, würde sie die Nachforderung der unterlassenen Steuerablieferungen und die Strafbarkeit nach Art. 61 lit. c VStG riskieren. Dies liesse sich nicht mit der einwandfreien Geschäftsführung nach Art. 3 Abs. 1 lit. c BankG vereinbaren. Die Bank war mithin an die Einhaltung des SBVg-Zirkulars Nr. 6584 gebunden und das Zirkular fällt unter die Ausführungsrichtlinien (*regulations*), deren Einhaltung die Bank zu gewährleisten hat. Im Ergebnis hat die Bank keine Vertragsverletzung begangen. – **2.** Ein Anspruch der Klägerin aus unerlaubter Handlung und aus ungerechtfertigter Bereicherung ist zu verneinen.

*HGer ZH, 23. August 2012, HG080050 (rechtskräftig), <www.gerichte-zh.ch>.*

## II. Kredite – Crédits

**r21** **Ausbildungskredit. Anwendungsbereich KKG (verneint).** – *Crédit de formation. LCC pas applicable.*

**1.** Mit dem Studium wird, wie bei einem Existenzgründerdarlehen, der Grundstein für eine bestimmte berufliche Laufbahn gelegt. Der mit dem Abschluss eines Kreditvertrags zur Finanzierung

eines Studiums verfolgte Zweck ist daher eher der beruflichen Tätigkeit zuzurechnen. – **2.** Ein Ausbildungskredit wird kaum je überstürzt aufgenommen, es bestehen dafür spezifische Angebote mit vorteilhaften Konditionen, und mit der Unterstellung solcher Kredite unter das KKG werden diese zudem faktisch beinahe verunmöglicht. Gemäss Art. 28 Abs. 4 KKG muss ein Konsumkreditnehmer in der Lage sein, den Kredit innert 36 Monaten zurückzahlen. Aufgrund der durchschnittlichen Dauer eines Studiums wäre eine solche Amortisation in den wenigsten Fällen möglich. Ausbildungskredite unterscheiden sich somit in mehrfacher Hinsicht von den dem KKG zugrundeliegenden Konsumentenschutzgedanken. – **3.** Aus diesen Gründen kam das Bundesgericht im Ergebnis zum Schluss, dass Ausbildungskredite nicht in den Anwendungsbereich des KKG fallen.

*BGer, 26. Februar 2013, 4A\_575/2012 (I. zivilrechtliche Abteilung, X. c. Bank Y.);*

*BGE 139 III 201; Schreier, ZBJV 2013, 521;*

*Fischer, <www.cdbf.ch/871>; Jurius, Jusletter, 18. März 2013; Bolli, ius.focus 4/2013, 8; Ceregato, ius.focus 4/2013, 19; Der Bund, 16. März 2013, 13 (Bundesgericht erschliesst Studierenden eine neue Geldquelle); NZZ, 18. März 2013, 9 (Ausbildungsdarlehen ist kein Konsumkredit).*

**r22** **Konsumkreditvertrag als Schuldanererkennung. Nichtigkeit.** – *Crédit à la consommation comme reconnaissance de dette. Nullité.*

Vertrag über einen Kredit von CHF 80 500 als provisorischer Rechtsöffnungstitel. Umstritten ist die Vollstreckbarkeit dieses Titels vor dem Hintergrund einer allfälligen Umgehung des Konsumkreditgesetzes (KKG, SR 221.214.1).

**1.** Angesichts der konkreten Umstände (Kettenverschuldung, knapp durchschnittliche Einkommensverhältnisse, Migrationshintergrund) handelt es sich um einen geradezu typischen Fall, auf den das Konsumkreditgesetz nach seiner Stossrichtung gemünzt ist. Eine Umgehung von Art. 7 Abs. 1 lit. e KKG (Obergrenze für Konsumkredite von CHF 80 000) ist somit glaubhaft gemacht, weshalb das KKG auf den vorliegenden Kreditvertrag zur Anwendung kommt. – **2.** Die Nichtigkeit eines Vertrags ist vom Rechtsöffnungsrichter zu beachten. Der vorliegende Kreditvertrag enthält keine Ergebnisse einer Kreditfähigkeitsprüfung (Art. 9 Abs. 2 lit. j und Art. 28 KKG). Allein dadurch ist glaubhaft gemacht,

dass ein nichtiger Vertrag vorliegt und die Rechtsöffnung ist somit zu verweigern. Die Sanktionsfolge dieser offenbar fehlenden Kreditfähigkeitsprüfung (Art. 15 oder 32 KKG) wird im ordentlichen Prozess zu klären sein.

*OGer BE*, 28. Januar 2013, ZK 12/706 (rechtskräftig), <www.justice.be.ch>.

**r23 Darlehensvertrag. Insichgeschäft. Novation.** – *Prêt de consommation. Contrat avec soi-même. Novation.*

Darlehensgewährung durch eine Aktiengesellschaft. Abtretung des Darlehens durch ein einzelzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied an sich selbst. Konkurs der Aktiengesellschaft. Novation des Darlehens. Das Verwaltungsratsmitglied fordert die Rückzahlung des Darlehens. Die Darlehensnehmerin wendet ein, das Verwaltungsratsmitglied habe die ursprüngliche Forderung nicht gültig erworben.

1. Das Kontrahieren eines Vertreters mit sich selbst ist grundsätzlich unzulässig. Die Ungültigkeitsfolge betrifft bei der Zession nicht nur das Verpflichtungsgeschäft, sondern auch den Verfügungs- bzw. Abtretungsvertrag. – 2. Eine wirksame Neuerung setzt den Bestand der Forderung voraus, auf der sie beruht. Da das Verwaltungsratsmitglied nie Gläubiger einer Darlehensrückforderung geworden ist, bleibt der Neuerungsvertrag mangels zu novierender Forderung ohne Wirkung.

*BGer*, 22. Mai 2012, 4A\_604/2011 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. c. B.);

*Bärtschi, ius.focus* 7/2012, 6.

**r24 Darlehensvertrag. Insichgeschäft.** – *Prêt de consommation. Contrat avec soi-même.*

Bei der entgeltlichen Abtretung einer Forderung zwischen zwei Gesellschaften gewährte die Zedentin der Zessionarin ein pfandgesichertes Darlehen, welches die Forderung der Zedentin auf Bezahlung des Entgelts für die Abtretung ersetzte. Bei diesen Rechtsgeschäften handelten jeweils dieselben Personen als Vertreter sowohl der einen als auch der anderen Vertragspartei. Das Bundesgericht bestätigt die Ungültigkeit dieser Insichgeschäfte.

1. Bei der entgeltlichen Abtretung einer Forderung steht dem Entgelt im Nominalbetrag eine mit dem Inkassorisiko belastete Forderung gegenüber. Hingegen führt die Übergabe eines Schuldbriefes als Pfand zur objektiven Sicherung der Darlehensforde-

rung. Bereits insoweit kann die Gefahr der Benachteiligung einer der vertretenen Gesellschaften nicht ausgeschlossen werden. Ob sich das Geschäft tatsächlich ungünstig auswirken wird, ist nicht massgebend. – 2. Befindet sich ein Verwaltungsrat in einem Interessenkonflikt, weil er die Interessen beider Vertragsparteien wahren muss, kann er andere Verwaltungsräte nicht zu einem Insichgeschäft ermächtigen oder solche Geschäfte nachträglich genehmigen. Ein solcher Interessenkonflikt liegt bereits vor, wenn ein Verwaltungsrat der einen Vertragspartei in den Verwaltungsrat der anderen Vertragspartei gewählt wird. Ob der neugewählte Verwaltungsrat bereits in irgendeiner Art und Weise tätig geworden ist, spielt für den Interessenkonflikt keine Rolle. – 3. Dass die handelnden Vertreter überzeugt sind, berechnete Interessen wahrzunehmen, kann mithin für die Gültigkeit des Insichgeschäfts nicht genügen.

*BGer*, 3. Dezember 2012, 4A\_360/2012 (I. zivilrechtliche Abteilung, Generalbau X. AG c. Y. AG);

*GesKR* 2013, 133; *Bärtschi, ius.focus* 3/2013, 7 f.

### III. Kreditsicherung – Sûretés

#### 1. Persönliche Sicherheiten – Sûretés personnelles

**r25 Bürgschaft. Wirkung des Verrechnungsverzichts des Hauptschuldners.** – *Cautionnement. Renonciation du débiteur principal à la compensation. Effet pour la caution.*

1. In analoger Anwendung von Art. 502 Abs. 2 OR kann der Bürge die Einrede gemäss Art. 121 OR auch erheben, wenn der Hauptschuldner gegenüber dem Gläubiger auf sein Recht zur Verrechnung verzichtet hat. – 2. Der Bürge kann sich jedoch nicht auf Art. 502 Abs. 2 OR berufen, wenn er im Zeitpunkt der Eingehung der Bürgschaft wusste, dass der Hauptschuldner gegenüber dem Gläubiger auf die Verrechnung verzichtet hat. – 3. Sofern der Hauptschuldner jedoch nach dem Abschluss des Bürgschaftsvertrags und ohne Zustimmung des Bürgen auf die Verrechnung verzichtet, ist dem Bürgen ein Leistungsverweigerungsrecht zuzugestehen. – 4. Art. 492 Abs. 4 OR verbietet dem Bürgen nicht, für eine Schuld einzustehen, für die der Hauptschuldner auf Einwendungen oder Einreden verzichtet hat. Der Verrechnungsverzicht des Hauptschuldners unterliegt nicht den Formerfordernissen von Art. 493 Abs. 2 OR. – 5. Im Entscheid-

fall wusste der Bürge als einziger Verwaltungsrat der (nunmehr konkursiten) Hauptschuldnerin bei Eingehung der solidarischen Bürgschaft, dass die Hauptschuldnerin auf ihren Verrechnungsanspruch verzichtet hat. Deshalb kann er der Bank keine auf Schadenersatz gerichtete Verrechnungsforderungen der Hauptschuldnerin entgegenhalten.

*BGer*, 2. Mai 2012, 4A\_678/2011 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. c. Bank X.);  
*BGE* 138 III 453; *SJ* 2013 I, 97 (extraits);  
*Pichonnaz*, *SJZ* 2013, 193 f.; *Tercier/Favre*, *SJZ* 2013, 285; *Binkert*, *ius.focus* 8/2012, 9.

**r26** Abgrenzung Schuldübernahme und Bürgschaft. – *Distinction entre reprise de dette et cautionnement.*

Kaufvertrag über Aktien mit folgender Klausel: «Die für die Käuferin unterzeichnenden X und Z sind zur Erfüllung dieses Vertrages nicht nur als Organe der Käuferin, sondern auch persönlich verpflichtet.» Kumulative Schuldübernahme oder formungültige Bürgschaft?

1. Die kumulative Schuldübernahme setzt voraus, dass der Übernehmer die Verpflichtung des Schuldners zu seiner eigenen macht sowie ein ausgesprochenes und für die Gegenpartei erkennbares Eigeninteresse an der Erfüllung dieser Verpflichtung hat oder aus der Erfüllung persönlich einen Vorteil zieht. Darin, dass bei der Bürgschaft ein solches Eigeninteresse fehlt, liegt denn auch der Grund, dass sie einer besonderen Formvorschrift unterstellt wurde, womit das Eigeninteresse ein zentrales Unterscheidungsmerkmal darstellt. – 2. Hingegen genügt es nicht, dass der Übernehmer nur irgendeinen undefinierten Vorteil daraus zieht, dass er zugunsten des Hauptschuldners eintritt. Auch dem in der Regel uneigennützig handelnden Bürgen können aus der Bürgschaft Vorteile erwachsen. Zu denken ist etwa an das Wohlwollen des Schuldners, für den die Bürgschaft eingegangen wird. – 3. Die Vorinstanz hat ein Eigeninteresse zu Recht bejaht, da der Beschwerdeführer und sein Mitkäufer durch den Aktienkauf ihrem Ziel, die Rolle der Hauptaktionäre der B-Gruppe zu übernehmen, einen Schritt näher gekommen sind.

*BGer*, 26. Oktober 2012, 4A\_235/2012 (I. zivilrechtliche Abteilung, X. c. Ya. und Y.b.);  
*Bärtschi*, *ius.focus* 12/2012, 7 f.

**r27** Bankgarantie. Rechtsmissbräuchliches Verhalten der garantierenden Bank als Voraussetzung eines Zahlungsverbots im Rahmen vorsorglicher Massnahmen. – *Garantie bancaire. Comportement abusif de la banque comme condition préalable d'une interdiction de paiement par mesures provisionnelles.*

Geplantes Leasinggeschäft mit Bankgarantie. Garantieabruf durch die Begünstigte, obwohl das Leasinggeschäft nicht zustande kam. Auftraggeberin verlangt mittels provisorischer Massnahme, der Garantin sei die Garantiezahlung zu verbieten.

1. Bei Bankgarantien kann ein Zahlungsverbot (super)provisorisch nur erlassen werden, sofern glaubhaft erscheint, dass die Abrufung offensichtlich rechtsmissbräuchlich ist oder wäre. – 2. Vorliegend hat die Begünstigte (liechtensteinische Bank) eine formell korrekte Zahlungsaufforderung an die Garantin (Schweizer Bank) gerichtet. Aufgrund der Akten war zwar ein Zusammenhang zwischen der Bankgarantie und dem nicht zustande gekommenen Leasinggeschäft denkbar, ein Wissen der beteiligten Banken über ein allfälliges rechtsverletzendes Verhalten in diesem Zusammenhang wurde von der Auftraggeberin (Klägerin) jedoch in keiner Weise glaubhaft gemacht. Aus den eingereichten Formularen der garantierenden Bank war nicht ersichtlich, dass diese Kenntnis über das Leasinggeschäft hatte. Allein der Verweis auf die Gesetzgebung eines Landes oder das Verhalten einer Person stellen keinen Anhaltspunkt für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten dar. – 3. Die Begehren um Erlass einer superprovisorischen bzw. vorsorglichen Massnahme wurden abgelehnt.

*HGer ZH*, 6. Januar 2012, HE110670 (rechtskräftig), <[www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch)>, *ZR* 111/2012, 193.

**2. Dingliche Sicherheiten – Sûretés réelles**

**r28** Sicherungsübereignung eines Schuldbriefs. Umfang der Pfandsicherung. – *Transfert d'une cédula hypothécaire à fin de sûreté. Etendue de la garantie.*

Der Bank wurde von ihren Hypothekarschuldner ein Namensschuldbrief als Sicherung zu Eigentum übertragen. Wegen ausgebliebener Rückzahlung des Kredits verlangt die Bank in der angehobenen Betreuung gestützt auf den Schuldbrief die provisorische Rechtsöffnung.

1. Bei der Sicherungsübereignung eines Schuldbriefs können Gläubiger und Schuldner vertraglich vereinbaren, dass der Gläubiger die gesamte Schuldbriefforderung einziehen darf und erst danach einen Überschuss abrechnen muss. An die Klarheit einer solchen für den Schuldner nachteiligen Vereinbarung sind hohe Anforderungen zu stellen, da das System der Sicherungsübereignung kompliziert und intransparent ist. – 2. Vorliegend erfüllt die angerufene Ziffer der Sicherungsabrede diese Voraussetzung nicht, weil darin die Ermächtigung zum Einzug der Titelforderung mit den Kündigungsmodalitäten verknüpft wird, ohne die Herausgabepflicht betreffend Überschuss zu erwähnen. – 3. Die Bank erhält lediglich für den effektiv noch geschuldeten Betrag aus dem Grundverhältnis Rechtsöffnung. Zudem wird nur für den laufenden Zins, jedoch nicht für drei verfallene Jahreszinsen, Rechtsöffnung erteilt. Die Voraussetzungen für eine weitergehende Vereinbarung gestützt auf aArt. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB wurden vorliegend nicht dargetan. – 4. Frage nach dem Übergangsrecht offen gelassen, jedoch ausdrücklicher Hinweis auf die Lehrmeinung *Stahelin*, wonach das neue Verbot des rückwirkenden Zinslaufes (nArt. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) als gesetzliche Bestimmung gemäss Art. 26 Abs. 2 SchlT ZGB auch für die vor dem 1. Januar 2012 errichteten oder begebenen Schuldbriefe gilt.

*OGer BE*, 17. Januar 2013, ZK 12/663 (rechtskräftig), <[www.justice.be.ch](http://www.justice.be.ch)>;

*Hill*, *ius.focus* 5/2013, 5.

#### IV. Zahlungsverkehr – Moyens de paiement

##### **r29** Irrtümliche Überweisung auf Klientenkonto einer Anwaltskanzlei. Rückforderungsanspruch. – *Virement par erreur sur le compte clients d'une étude d'avocats. Prétention en restitution.*

Irrtümliche Überweisung auf das Klientenkonto einer Anwaltskanzlei. Die Kanzlei schreibt den Betrag einem Klienten gut. Streitig ist unter anderem, ob der Überweisenden (einer Bank, bei der die Anwaltskanzlei über weitere Konten verfügt) ein Rückforderungsanspruch in Gestalt einer Verrechnungseinwendung gegenüber der Kanzlei zusteht.

1. Im gleichen Augenblick, in dem die Gutschrift der «Irrläufer» auf dem Konto der Anwaltskanzlei erfolgt, entstand wegen des fehlenden Rechtsgrundes

der Verfügung eine Bereicherungsforderung der Überweisenden. – 2. Die Kanzlei kann sich nicht erfolgreich auf die Einwendung der nicht mehr vorhandenen Bereicherung (Art. 64 OR) berufen. Sie hat nicht nachgewiesen, dass sie sich vor der Anzeige über den «Irrläufer» der Zahlung mittels Weiterleitung an einen Klienten entäussert hat. – 3. Die Gegenseitigkeit der Forderungen und damit die Verrechnungseinwendung ist auch nach der Umwandlung der Anwaltskanzlei von einer Kollektivgesellschaft in eine Aktiengesellschaft gegeben. Einschlägig ist Art. 181 OR. Die Bereicherungsschuld der Anwaltskanzlei gehört zu den Passiven und geht ohne weiteres auf die Anwalts-AG über.

*OGer ZH*, 27. Februar 2012, NE100021 (rechtskräftig), <[www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch)>.

##### **r30** Internationale Kettenüberweisung. Direktanspruch gegen die Empfängerbank. Anwendung australischen Rechts. – *Virement international. Action directe contre la banque du destinataire. Application du droit australien.*

Eine australische Gesellschaft (Klägerin) überwies USD 5 Millionen von ihrem Konto bei einer australischen Bank auf ein Konto bei einer schweizerischen Bank (Beklagte). Dabei wurde sie Opfer eines Betrügers. Die Gesellschaft verlangt Schadenersatz von der Schweizer Bank wegen Verletzung von Sorgfaltspflichten bei der Gutschrift.

1. Der vertragliche Anspruch, der dem Überweisenden gegenüber der Empfängerbank nach schweizerischem Recht zuerkannt wird (Direktanspruch), ergibt sich aus dem Verhältnis des Überweisenden zur Erstbank. – 2. Da es im Ergebnis keine Rolle spielte, wurde vom Bundesgericht weiterhin offen gelassen, auf welche Anspruchsgrundlage sich der Direktanspruch nach schweizerischem Recht stützt (Art. 399 Abs. 3 OR, Art. 112 OR bzw. unmittelbar auf die rechtliche Wertung der Interessen der am Überweisungsverhältnis beteiligten Parteien). – 3. Bei der Anspruchs begründung durch Interessenwertung muss das Schutzbedürfnis des Überweisenden (z.B. gegenüber Fehlleistungen der Banken) allseits erkennbar sein. Dies ist im internationalen Verhältnis nur der Fall, wenn die Wertungen der involvierten Rechtsordnungen übereinstimmen, wobei wieder der Vereinbarung zwischen dem Überweisenden und der Erstbank massgebende Bedeutung zukommt. – 4. Da sowohl die Klägerin als auch die Erstbank ihren Sitz in Australien haben, richten sich

ihre vertraglichen Beziehungen nach australischem Recht. Dass die streitige Überweisung auf ein Konto einer Bank mit Sitz in der Schweiz erfolgte, ändert daran nichts. Die akzessorische Anknüpfung eines allfälligen Direktanspruchs und dessen Verjährung an den Vertrag zwischen der Klägerin und der Erstbank und die daraus folgende Anwendung von australischem Recht durch die Vorinstanz sind somit nicht zu beanstanden.

*BGer*, 28. Mai 2013, 4A\_10/2013 (I. zivilrechtliche Abteilung, X. Ltd. c. Y. Bank (Schweiz) AG).

## V. Rechenschaftsablegung, Retrozessionen und Auskünfte – Reddition de compte, rétrocessions et renseignements

### **r31 Vermögensverwaltung. Retrozessionen. Herausgabepflicht der Bank. – Gestion de fortune. Rétrocessions. Obligation de reddition de la banque.**

1. Die Offenlegung und Herausgabe von Retrozessionen aus dem Vertrieb von Anlagefonds und strukturierten Produkten gilt auch für vermögensverwaltende Banken. (Bestätigung Urteil OGer ZH vom 13. Januar 2012, SZW 2012, 337 r26). Sie gilt zudem für Retrozessionszahlungen zwischen Konzerngesellschaften. – 2. Das Bundesgerichtsurteil 6B\_223/2010 vom 13. Januar 2011 (SZW 2011, 384 f. r14) ist kein Grundsatzentscheid bezüglich des Herausgabeanspruchs gemäss Art. 400 Abs. 1 OR. – 3. Für die Herausgabepflicht ist massgebend, ob die an die Beauftragte (Bank) gezahlten Bestandesspflgekommissionen die Besorgnis begründen, die Bank könnte möglicherweise die Interessen des Kunden nicht ausreichend wahrnehmen. Die Zahlungen für die erfolgreiche Platzierung bestimmter Finanzprodukte im Rahmen eines bestehenden Vermögensverwaltungsmandates führen zu einem Zielkonflikt mit der Verpflichtung der Bank zur umfassenden Interessenwahrung gegenüber dem Kunden. Die Problematik des Interessenkonflikts stellt sich bei konzerneigenen Produkten eher noch verschärft. – 4. Die fraglichen Vergütungen sind der Bank nur zugeflossen, weil es ihr aufgrund ihres Vermögensverwaltungsmandats möglich war, entsprechende Anlageentscheide selbständig zu treffen. Damit stehen sie in einem inneren Zusammenhang mit der Auftrags-

ausführung, weshalb sie unter die Herausgabepflicht fallen.

*BGer*, 30. Oktober 2012, 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 (I. zivilrechtliche Abteilung, Bank X. AG c. A. und A. c. Bank X. AG);

*BGE* 138 III 755; *SJ* 2013 I, 217;

*OGer ZH*, 13. Januar 2012, LB090076, <www.gerichte-zh.ch> (SZW 2012, 337 r26);

*Jurius*, *Jusletter*, 5. November 2012; *Fischer*, <www.cdbf.ch/841>;

*Mathys/Roberto*, *Jusletter*, 19. November 2012 (zur Verjährung); *Nobel*, *Jusletter*, 19. November 2012; *Zellweger-Gutknecht*, *Digitaler Rechtsprechungskommentar (weblaw)*, 28. November 2012;

*Arpagaus/Feuerstein*, *ius.focus* 11/2012, 13; *Schaller*, *Jusletter*, 3. Dezember 2012 (zur Verjährung);

*Schubarth*, *Jusletter*, 17. Dezember 2012 (Bedeutung für das Konzernstrafrecht); *Bahar*, <www.cdbf.ch/850>;

*Bahar*, *CapLaw* 2012, 52; *Galliano/Molo*, *PJA* 2012, 1766; *Arter*, *AJP* 2013, 122; *Tercier/Favre*, *SJZ* 2013, 287; *Roth*, *Jusletter*, 11. Februar 2013;

*Bazzani/Romerio*, *GesKR* 2013, 49 (zur Verjährung); *Kuhn/Schlumpf*, *ZBJV* 2013, 436; *Neuman/von der Crone*, *SZW* 2013, 101; *Schären*, *GesKR* 2013, 126; *Bänninger*, *Jusletter*, 10. Juni 2013 (zur Verjährung);

*Pichonnaz/Werro/Hurni*, *PJA* 2013, 887 (zur Verjährung); *NZZ*, 2. November 2012, 12, 35 (Präzisierte Praxis zur Retrozession; Mehr Transparenz für Bankkunden);

*FINMA* Mitteilung 41 (2012), 26. November 2012 (Aufsichtsrechtliche Massnahmen – Retrozessionen); *NZZ*, 30. November 2012, 31 (Banken stehen riesige Forderungen ins Haus).

**r32 Convention d'apporteur d'affaires. Commissions et rétrocessions. Transparence. Reprise cumulative de dette. – Kundenvermittlungsvertrag. Kommissionen und Vertriebsentschädigungen. Transparenz. Kumulative Schuldübernahme.**

**Convention d'apporteur d'affaires. Commissions et rétrocessions. Transparence. Reprise cumulative de dette. – Kundenvermittlungsvertrag. Kommissionen und Vertriebsentschädigungen. Transparenz. Kumulative Schuldübernahme.**

Convention d'apporteur d'affaires, soumise au droit suisse, conclue entre une société des Bahamas (demandresse) et une banque genevoise (défenderesses). Deuxième convention conclue entre la demandresse et un fonds de placement du groupe auquel appartient la défenderesse. Demande de rétrocession des commissions d'entrée et de sortie reçues par le fonds de placement d'un autre fonds.

1. La banque ne répond pas solidairement des dettes du fonds selon la théorie de la confusion des sphères (ATF 137 III 550). En effet, les deux sociétés appartiennent certes au même groupe, mais leurs raisons sociales ne prêtent pas à confusion et leurs

sièges se trouvent dans des pays différents. – 2. La reprise cumulative de dette n'est pas régie par le droit applicable au contrat principal, mais par le droit du pays où le débiteur qui reprend la dette a sa résidence habituelle ou son établissement. – 3. Dans une reprise cumulative de dette, le tiers se constitue débiteur aux côtés du débiteur principal. Une telle reprise peut découler d'une convention entre le débiteur principal et le tiers en faveur du créancier, ou d'une convention entre le tiers et le créancier. Dans le cas d'espèce, rien n'indique que la banque se soit engagée envers le fonds ou envers la demanderesse à reprendre cumulativement les obligations découlant de la seconde convention.

TF, 8 novembre 2012, 4A\_455/2012 (I<sup>ère</sup> Cour de droit civil, Banque A.X. SA c. Y. SA);

SJ 2013 I, 332 (résumé d'arrêt); Schaub, *ius.focus* 1/2013, 12.

**r33 Churning. Retrozessionen. Strafverfahren auch gegen die kontoführende Bank. – Barattage. Rétrocessions. Procédure pénale aussi contre la banque dépositaire.**

Mittels fortlaufender Auftragserteilung erzielten drei Devisenhändler Kommissionen, die monatlich rund 10% des durchschnittlichen Grundkapitals der Kunden beanspruchten (*Churning*). Die Kommissionen stammten ganz massgeblich aus Rückvergütungen der kontoführenden Bank. Verurteilung der Devisenhändler wegen gewerbmässigen Wuchers, gewerbmässigen Betrugs und ungetreuer Geschäftsbesorgung. Einleitung eines Strafverfahrens gegen die kontoführende Bank auf Einziehung der erzielten Gebühren.

1. Mit Blick auf den Betrugstatbestand der Arglist: Die Kunden konnten hinter der Formulierung «die L. AG hat Anspruch auf eine marktübliche Rückvergütung durch die Bank [bzw. den Broker], über deren Konten die Devisentransaktionen (*Roundturn*) getätigt werden», nicht vermuten, dass ihr Kapital derart oft gehandelt würde. Die Beschuldigten sind arglistig vorgegangen, weil sie die Kunden darüber nicht in Kenntnis setzten. Sie gaben vor, transparent über die anfallenden Gebühren zu informieren, verschwiegen aber den entscheidenden Umstand. – 2. Einleitung eines Strafverfahrens gegen die kontoführende Bank (nur in der Presse referiert): Die kontoführende Bank schloss mit der Staatsanwaltschaft Zürich einen Vergleich und bezahlte einen ho-

hen sechsstelligen Betrag. Das Verfahren wurde eingestellt.

BZG Bülach, 22. November 2012, DG120018 (nicht rechtskräftig, Beschwerde beim Bundesgericht hängig), nicht publiziert;

Schweizer Bank, Juni 2013, 34 f. (Kickback-Vergehen werden zur Straftat).

**r34 Margin Trading. Rechenschaftsablegung (Art. 400 OR). Interne Dokumente. – Margin Trading. Reddition de compte (art. 400 CO). Documents internes.**

Vier *Margin Calls* seitens der Bank innerhalb von zwei Monaten. Die Kundin verlangt Rechenschaft über die Berechnungsgrundlage für die *Margin Calls* sowie weitere Dokumente. Die Bank weigert sich: Sämtliche Begehren betreffen interne Dokumente.

1. Die Rechenschaftspflicht soll die Kontrolle über die Tätigkeiten des Beauftragten ermöglichen. Demgegenüber garantiert die Herausgabepflicht die Einhaltung der Treuepflicht. Aus dieser unterschiedlichen Zielsetzung ergibt sich, dass die Herausgabe- und Rechenschaftspflicht nicht in jedem Fall gleich weit reichen. – 2. *Interne Dokumente*, wie zum Beispiel Krankengeschichten oder Aufzeichnungen über Kundenbesuche und -kontakte, unterliegen grundsätzlich nicht der Herausgabepflicht. Sie können jedoch unter die Rechenschaftspflicht fallen, sofern ihr Inhalt für die Kontrolle über die Tätigkeit des Beauftragten relevant ist. Deren Inhalt muss diesfalls dem Auftraggeber in geeigneter Form zur Kenntnis gebracht werden. *Rein interne Dokumente*, wie zum Beispiel nie versandte Vertragsentwürfe, welche für die Überprüfung der vertragsgemässen Ausführung des Auftrags durch den Beauftragten ohnehin nicht relevant sind, unterliegen hingegen auch nicht der Rechenschaftspflicht. – 3. Unterliegt ein internes Dokument grundsätzlich der Rechenschaftspflicht, ist zur Bestimmung der konkreten Form der Rechenschaftsablegung gegenüber dem Auftraggeber eine Interessenabwägung mit den Geheimhaltungsinteressen des Beauftragten vorzunehmen. Den berechtigten Interessen des Beauftragten kann beispielsweise dadurch Rechnung getragen werden, dass ein Dokument in einem konkreten Fall nur auszugsweise vorzulegen ist. – 4. Das Bundesgericht bejahte, wie bereits die Vorinstanz, die Rechenschaftspflicht der Bank für Telefonaufzeichnungen und -protokolle zwischen den Angestellten der beiden Parteien, be-

züglich des Nachweises der Kennzahlen, auf die sich die Bank für ihre vier *Margin Calls* bezogen hatte, bezüglich der ihr als Sicherheit dienenden Vermögenspositionen in der einschlägigen Zeitperiode und bezüglich einer detaillierten Schlussabrechnung. Vom Bundesgericht unbeanstandet, erachtete die Vorinstanz als geeignete Form der Kenntnisnahme die Vorlage dieser internen Dokumente zur Einsichtnahme und Anfertigung von Kopien oder die direkte Aushändigung von Kopien.

*BGer*, 19. November 2012, 4A\_13/2012 (I. zivilrechtliche Abteilung, *Bank X. AG c. Y. Ltd.*); *BGE* 139 III 49; *Schreier*, *ZBJV* 2013, 377 (Auszüge); *AppGer BS*, 4. November 2011, AZ.2010.19 (SZW 2012, 339 f. r31);

*Jurius*, *Jusletter*, 14. Januar 2013; *de Vos Burchart*, <[www.cdbf.ch/861](http://www.cdbf.ch/861)>; *Zellweger-Gutknecht*, *Digitaler Rechtsprechungskommentar (weblaw)*, 22. Januar 2013; *Langer*, *Digitaler Rechtsprechungskommentar (weblaw)*, 25. Januar 2013; *Ceregato/von Rütte*, *ius.focus* 1/2013, 19; *Egger*, *ius.focus* 2/2013, 14; *NZZ*, 11. Januar 2013, 28 (*Rechenschaft auch über interne Papiere*); *Schweizer Bank*, 15. Februar 2013, 43 f. (*Banker müssen die Karten aufdecken*).

**r35 Reddition de compte (art. 400 CO). Mesures provisionnelles (non). «Cas clair» (art. 257 CPC, non).** – *Rechenschaftsablegung (Art. 400 OR). (Keine) Durchsetzung mittels vorsorglicher Massnahme. «Klare Rechtslage» (Art. 257 ZPO, verneint).*

1. Sur le principe, le juge ne peut pas ordonner, dans le cadre provisionnel, une mesure qui, de par sa nature, implique un jugement définitif de la prétention à protéger. – 2. Le droit à l'information et à la reddition de compte fondée sur le contrat de mandat est un droit accessoire indépendant, qui peut faire l'objet d'une action en exécution. – 3. Il n'est pas insoutenable d'appliquer à la reddition de compte de l'art. 400 al. 1 CO le même raisonnement que celui tenu par la jurisprudence pour le droit à la consultation des comptes de la SA, c'est-à-dire un droit qui ne peut pas être exercé par la voie de mesures provisionnelles. – 4. Le droit d'information invoqué par le demandeur ayant ici un caractère partiellement contractuel et partiellement successoral, il ne s'agit pas d'un «cas clair» justifiant l'application de la procédure sommaire (art. 257 CPC).

*TF*, 9 octobre 2012, 4A\_288/2012 (*I<sup>re</sup> Cour de droit civil, A.X. c. Banque A. SA, Banque B. SA, C.*); *ATF* 138 III 728; *de Vos Burchart*, <[www.cdbf.ch/848](http://www.cdbf.ch/848)>.

**r36 Rechenschaftsablegung (Art. 400 OR). Edition bei umstrittener Vertragsqualifikation (verneint).** – *Reddition de compte (art. 400 CO). Production de pièces lorsque la qualification des rapports contractuels est controversée (non).*

Als die bei der Bank (Beklagten) geführten Konten und Depots aufgrund von Börsentransaktionen beträchtliche Verluste erlitten, machten die Kontoinhaberinnen (Klägerinnen) Schadenersatzansprüche gegen die Beklagte gerichtlich geltend und verlangten die Edition verschiedener Unterlagen sowie eine Zeugeneinvernahme vor dem zweiten Schriftenwechsel.

1. Der materiell-rechtliche, selbständig einklagbare Anspruch auf Rechenschaftsablegung gemäss Art. 400 Abs. 1 OR kann nicht mittels prozessualer Anträge durchgesetzt werden. Dafür ist ein (eigener) Prozess im ordentlichen Verfahren notwendig. – 2. Die Beurteilung eines auftragsrechtlichen Auskunfts- und Herausgabeanspruchs erfordert die Qualifikation des Vertragsverhältnisses, welches zwischen den Parteien jedoch umstritten ist. Deshalb kann vorliegend erst im materiellen Endentscheid (nach zweifachem Schriftenwechsel und allfälligem Beweisverfahren) über Bestand und Umfang eines allfälligen Auskunfts- und Herausgabeanspruch der Klägerinnen befunden werden. – 3. Vorliegend kann zudem nicht eine Stufenklage angenommen werden, da die Klägerinnen ihre Forderung bereits beziffert haben und der materiell-rechtliche Auskunftsanspruch gemäss deren Angaben dazu dienen soll, die Mandatsführung der Beklagten (wohl in anderen Bereichen als den bereits geltend gemachten Schadenersatzanspruch betreffend) zu überprüfen. – 4. Das Bundesgericht qualifizierte den Beschluss des Handelsgerichts Zürich vom 27. Juli 2012 auf Beschwerde hin als Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG, da den Klägerinnen lediglich die vorgezogene Edition verweigert und somit nicht materiell über ihre Informations- und Auskunftsansprüche entschieden wurde. Nichteintreten mangels Nachweis der Eintretensvoraussetzungen. Keine Stellungnahme zu den materiellen Erwägungen der Vorinstanz.

HGer ZH, 27. Juli 2012, HG100325 (nicht publiziert);

Nichteintreten auf Beschwerde: BGer, 7. Februar 2013, 4A\_517/2012.

**r37 Auskunft gestützt auf das Datenschutzgesetz (DSG). Persönlichkeitsrechte. Sachliche Zuständigkeit. – Renseignements fondés sur la loi sur la protection des données personnelles (LPD). Droits de la personnalité. Compétence ratione materiae.**

Der Kläger beantragte, die Beklagte (eine Bank) sei gestützt auf das Datenschutzgesetz (DSG) zu verpflichten, ihm Auskunft über ihn betreffende bankinterne Personendaten zu geben.

1. Aufgrund des bundesgerichtlichen Grundsatzes, dass ein Streit über die Verletzung von Persönlichkeitsrechten nicht vermögensrechtlicher Natur ist, ist allgemein zu schliessen, dass alle derartigen Klagen, die keine finanziellen Begehren enthalten, nicht vermögensrechtlicher Natur sind und somit keinen Streitwert haben. – 2. Somit war das gestützt auf Art. 6 ZPO angerufene Handelsgericht mangels Erfüllung des Streitwerterfordernisses von mind. CHF 30'000 für den geltend gemachten Anspruch nicht zuständig.

HGer ZH, 1. Februar 2012, HE120048 (rechtskräftig), ZR 111/2012, 184;

Schmid, SJZ 2013. 36.

**r38 Edition Bankunterlagen. Vorsorgliche Beweisabnahme. – Production de documents bancaires. Preuve à futur.**

Eine Bank klagt gegen ihren Kunden auf Rückzahlung der nach Verwertung von Wertschriften noch ausstehenden Kreditsumme (rund CHF 22,5 Mio.). Dieser verlangt die Edition diverser Unterlagen als vorsorgliche Beweisabnahme (Art. 158 ZPO) vor Einreichung seiner Klageantwort.

1. Ein schutzwürdiges Interesse zur vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b zweiter Halbsatz ZPO ist gegeben, wenn mit der vorsorglichen Beweisführung die Beweis- und Prozessausichten abgeklärt werden sollen, um aussichtslose Prozesse zu vermeiden (so explizit die Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006, 7315). Unklar ist jedoch, ob der Gesetzgeber diese Möglichkeit auch in einem bereits eingeleiteten Verfahren wahren wollte. – 2. Geht es dem Beklagten nicht um die Vermeidung des Prozesses (etwa durch Klageanerkennung und Verzicht auf

die Widerklage je nach Ausgang des Beweisverfahrens), droht ihm durch die Verweigerung der vorsorglichen Beweisabnahme jedenfalls kein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 93 BGG. Nichteintreten auf die Beschwerde durch das Bundesgericht.

BGer, 13. Mai 2013, 4A\_719/2012 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. c. Bank X. AG).

**r39 Reddition de compte. Héritiers. Légitimation passive du gérant de fortune. – Rechenschaftsablegung. Erben. Passivlégitimation des Vermögensverwalters.**

Action des héritiers réservataires contre l'employé de la banque chargé de la gestion du compte du défunt.

1. Le droit à la reddition de compte subsiste après la fin du mandat et il se transmet aux héritiers du mandant. En matière bancaire, le droit aux renseignements s'étend à tous les faits permettant de déterminer si la mandataire a exécuté le contrat de mandat avec la diligence nécessaire et s'il s'est tenu aux instructions. De ce fait, le mandataire doit, notamment, présenter un compte détaillé, accompagné de pièces justificatives. – 2. Le droit de l'héritier à obtenir des informations peut avoir un fondement contractuel ou successoral. Cependant, la légitimation pour faire valoir ce droit relève du droit successoral. En outre, lorsque les informations requises portent sur des avoirs dont le défunt n'est que l'ayant droit économique, l'héritier se prévaut d'un droit successoral. – 3. L'action en reddition de comptes ne peut être dirigée directement contre le gestionnaire du compte que lorsque les faits qui lui sont reprochés n'entrent pas dans le cadre du mandat confié à la banque. En l'espèce, les héritiers auraient dû prouver l'existence d'un mandat personnel en faveur du gestionnaire dépassant le cadre de ses activités en tant qu'employé des établissements financiers concernés pour que l'on puisse retenir sa légitimation passive.

Cour de Justice GE, 11 janvier 2013 (C/12237/2003, ACJC/56/2013);

recours déclaré irrecevable par TF 4A\_96/2013 du 8 avril 2013. Voir aussi ATF 138 III 728 consid. 3.5 (r35).

**r40 Auskunftsrechte von Erben. Internationale Zuständigkeit. – Droit d'information des héritiers. Compétence internationale.**

Nach dem Tod ihrer Eltern in Brasilien klagte die eine Tochter gegen ihre Schwester sowie gegen eine schweizerische Bank auf Auskunft über diverse Konto- und Depotbeziehungen, Offshore-Gesellschaften und einzelne Transaktionen sowie auf Herausgabe diverser Unterlagen. Weiter stellte die Klägerin auch diverse erbrechtliche Anträge.

**1.** Klarstellung der Tragweite des Bundesgerichts-urteils 5C.291/2006 vom 30. Mai 2008 in derselben Sache (SZW 2009, 287 r32): Die darin festgestellte Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte gemäss Art. 88 IPRG bezieht sich einzig auf die Beurteilung der Informationsansprüche. Die Vorinstanz wird deshalb angewiesen, die Unzuständigkeitseinrede für die übrigen eingeklagten, mehrheitlich erbrechtlichen Ansprüche zu prüfen. – **2.** Die Bank (als Beauftragte) hat der Klägerin (als Erbin des Auftraggebers) gestützt auf schweizerisches Auftragsrecht in dem Umfang Auskunft zu erteilen, wie die Pflicht gegenüber dem Erblasser bestanden hat. Der Beauftragte hat den Auftraggeber allgemein über alles zu informieren, was für ihn von Bedeutung sein kann. Gestützt auf schweizerisches Auftragsrecht besteht jedoch kein Auskunftsrecht bezüglich Vermögenswerten, an denen der Erblasser bloss wirtschaftlich berechtigt war. Bestätigung der Rechtsprechung (BGE 136 III 461, SZW 2011, 391 r33).

*BGer*, 17. Dezember 2012, 5A\_136/2012 und 5A\_137/2012 (II. zivilrechtliche Abteilung, X. und Z. Bank AG c. W.);

*Binder*, *ius.focus* 3/2013, 4;

zu Punkt 1 siehe *OGer ZH*, 8. März 2013, LB130005 (nicht rechtskräftig, Beschwerde beim Bundesgericht hängig), <[www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch)>.

**r41** **Auskunftsrechte von Erben. Erblasser als wirtschaftlich Berechtigter. Anwendung französischen Rechts. – Droit d'information des héritiers. De cuius comme ayant droit économique. Application du droit français.**

Aus dem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts vom 13. September 2010 (5A\_638/2009, SZW 2011, 391 r34) ergibt sich, dass ein allfälliger Auskunftsanspruch der Alleinerbin (Klägerin) gegenüber einem schweizerischen Finanzinstitut (Beklagte) bezüglich Vermögenswerten, an denen ihre Eltern wirtschaftlich berechtigt waren, auf Erbrecht gründet und vorliegend nach französischem Recht zu beurteilen ist.

**1.** Die Klägerin hat als pflichtteilsgeschützte Erbin gestützt auf Art. 10 CC-FR und Art. 11 CPC-FR einen erbrechtlichen Auskunftsanspruch gegenüber der Beklagten betreffend Vermögenswerte, an denen ihre Eltern wirtschaftlich berechtigt waren. – **2.** Ein allfälliger Verweigerungsgrund ist nach schweizerischem Recht zu beurteilen. Die Beklagte kann sich nicht auf Geheimhaltungspflichten gegenüber Drittkunden berufen, weil der Anspruch des pflichtteilsberechtigten Erben auf Prüfung von lebzeitigen Zuwendungen des Erblassers bezüglich allfälliger Herabsetzbarkeit nicht durch Geheimhaltungspflichten vereitelt werden darf. – **3.** Gutheissung der geltend gemachten Informationsansprüche, da die Alleinerbin ausreichend glaubhaft machte, dass bei der Beklagten abgewickelte Zahlungsvorgänge für ihre Pflichtteilsrechte von Bedeutung sind.

*AppGer BS*, 12. Juni 2012, AZ.2008.18 (rechtskräftig), nicht publiziert.

## VI. Ausservertragliche Haftung – Responsabilité extracontractuelle

**r42** **Aktienrechtliche Verantwortlichkeit [Swiss-air]. – Responsabilité des administrateurs [Swiss-air].**

Verantwortlichkeitsklage des SAir-Liquidators gegen zehn ehemalige VR-Mitglieder. Der Vorwurf lautet, die VR-Mitglieder hätten durch die entschädigungslose Überführung der Roscor Inc. von der SAirGroup in die SAirLines einen Schaden von rund CHF 280 Mio. verursacht. Die SAirLines sei schon damals überschuldet gewesen. Das Aktivum «Roscor Inc.» mit einem Wert von rund CHF 333 Mio. sei auf diese Weise aus der Bilanz der SAirGroup verschwunden, ohne dass im Gegenzug das Aktivum «SAirLines» einen entsprechenden Wertzuwachs erfahren hätte. Das Bundesgericht ist dem Entscheid der Vorinstanz gefolgt und hat die Klage abgewiesen. Die Begründung der Vorinstanz lautete wie folgt:

**1.** Die SAirLines war weder vor noch nach der Transaktion überschuldet. Insofern handelte es sich bei der Transaktion lediglich um eine konzerninterne Vermögensverschiebung, die keine Pflichtwidrigkeit beinhaltet. – **2.** Selbst unter Annahme einer allfälligen Überschuldung der SAirLines zum relevanten Zeitpunkt hätte keine Pflichtverletzung vorgelegen. Die Überschuldung wäre durch die Transaktion be-

hoben worden, womit auch ein Gegenwert vorhanden gewesen wäre. Überdies hätte sich für den Konzern ein mittelbarer Vorteil dadurch ergeben, dass die SAirLines durch den Aktivenzufluss von einem Insolvenzverfahren bewahrt worden wäre, das bei einer Fortdauer der Überschuldung gedroht hätte. – 3. Selbst für den «schlechtesten Fall», dass eine Überschuldung der SAirLines durch die Transaktion nicht behoben, sondern nur (deutlich) verringert worden wäre, hätte die eminent wichtige Weiterexistenz der SAirLines jedenfalls am Stichtag gesichert werden können. Der Konkurs der SAirLines mit weitreichenden Folgen für den Konzern wäre dadurch verhindert worden. Auch dies war ein vertretbarer Geschäftsentscheid, in dem keine Pflichtwidrigkeit liegt.

*BGer*, 11. Juli 2012, 4A\_410/2011 (I. zivilrechtliche Abteilung, SAirGroup in Nachlassliquidation c. diverse Beklagte);

*Jurius*, *Jusletter*, 16. Juli 2012; *Sethe/Andreotti*, *SJZ* 2012, 518; *GesKR* 2012, 464; *Hochstrasser*, *ius.focus* 8/2012, 10; *Der Bund*, 14. Juli 2012, 11 (*Ex-Swissair-Chefs erhalten Geld*).

### **r43** Aktienrechtliche Verantwortlichkeit [Swissair]. – *Responsabilité des administrateurs* [Swissair].

Die SAirGroup in Nachlassliquidation erhebt gegen ehemalige Verwaltungsräte aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage. Der Vorwurf lautet, dass eine am 22./24. Januar 2001 im Rahmen einer Rekapitalisierungsvereinbarung beschlossene Zahlung an die belgische Tochtergesellschaft Sabena SA insofern als pflichtwidrig zu betrachten ist, als aufgrund der damaligen finanziellen Situation der gesamten SAirGroup der Entscheid zur Rekapitalisierung der Sabena SA unhaltbar und unvernünftig gewesen sei. Die Klage lautet auf EUR 150 Mio. Das Obergericht weist die Klage ab.

1. Die Klägerin hat bei der vorliegenden Zahlung keinen Schaden erlitten, da sie mit einer Gegenleistung in Form von Partizipationsscheinen abgegolten wurde. – 2. Zudem war der Entscheid des Verwaltungsrates, die Sabena SA zu rekapitalisieren, nicht pflichtwidrig: Bei der Beurteilung des Entscheids müssen die gesamten damals vorliegenden Umstände berücksichtigt werden, die den Beklagten nur einen eingeschränkten Handlungsspielraum belassen. Zur zeitlichen Dringlichkeit und der schwierigen Lage des gesamten Konzerns kam eine Reihe von Sach-

zwängen hinzu. So hatte der Verwaltungsrat aufgrund eines «Term Sheet» objektiv begründeten Anlass zur Annahme, zur Unterstützung der Sabena SA verpflichtet zu sein. Sodann wäre ein Konkurs der Sabena SA keine vernünftige Option gewesen, da man in einem solchen Fall mit diversen Ansprüchen Dritter (u.a. des belgischen Staates als Mehrheitsaktionär der Sabena SA) konfrontiert worden wäre und überdies beträchtliche Risiken von Reputationsverlusten und die Gefahr von politischen Negativfolgen bestanden haben. Schliesslich ging der Verwaltungsrat mit guten Gründen davon aus, dass die Sabena SA auch tatsächlich hätte saniert werden können.

*OGer ZH*, 25. März 2013, LB090080 (rechtskräftig), <[www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch)>;

*NZZ*, 25. April 2013, 17 (*Die Führungscrew der konkursiten SAirGroup ist nicht haftbar*); *Tages-Anzeiger*, 25. April 2013, 36 (*Neue Pleite im Swissair-Prozess*); *NZZ*, 30. Mai 2013, 29 (*Der Swissair-Liquidator lässt von einer Klage ab*).

### **r44** Abgrenzung Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR und Verantwortlichkeit für Handlungen eines Organs einer juristischen Person. Rechtsmissbräuchlichkeit einer offenkundig rein schikanösen Betreibung. – *Délimitation de la responsabilité de l'employeur selon art. 55 CO et la responsabilité pour des actes d'un organe d'une personne morale. Caractère abusif d'une poursuite simplement vexatoire.*

Eine Bankkundin betreibt unter anderem den Verwaltungsratspräsidenten ihrer Bank wegen einer angeblichen Schadenersatzforderung über rund CHF 8,8 Mio. Der Verwaltungsratspräsident soll als Geschäftsherr im Zusammenhang mit der Meldung einer geldwäschereverdächtigen Überweisung auf das Konto der Kundin sowie im Zusammenhang mit ihrer darauf folgenden Verurteilung zur Rückerstattung an die überweisende Bank haftbar sein.

1. Organe geben dem Willen der juristischen Person Ausdruck (Art. 55 Abs. 1 ZGB). Demgegenüber zieht ein Geschäftsführer gemäss Art. 55 OR untergeordnete Hilfspersonen zur Verwirklichung seines eigenen Willens bei. Das Organ ist somit keine Hilfsperson der juristischen Person im Sinne von Art. 55 OR, umgekehrt ist aber auch die juristische Person nicht Hilfsperson der Organe. – 2. Ein Verwaltungsratspräsident haftet, selbst wenn er als Geschäftsherr im Sinne von Art. 55 OR zu qualifizieren ist, nicht ohne weiteres für sämtliche in den Hierarchiestufen der Bank vorgefallenen Pflichtverletzungen. – 3. Vorliegend wurde der betriebene Verwaltungsratspräsident erst mehrere Jahre nach den massgeblichen Vorgängen Organ der Bank, weshalb sowohl eine Organhaftung (Art. 55 Abs. 3 ZGB, Art. 754 OR) als auch eine Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR) offensichtlich ausgeschlossen sind. – 4. Mangels plausibler Hinweise auf eine Forderung gegen den Verwaltungsratspräsidenten ist offensichtlich von einer Schikanebetreibung auszugehen. Da die Bankkundin damit sachfremde Zwecke verfolgt (Druckausübung auf die Bank), die mit der Zwangsvollstreckung offensichtlich nichts zu tun haben, ist die Betreibung wegen Rechtsmissbrauchs nichtig.

*OGer ZH*, 23. Oktober 2012, PS120160, <[www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch)>, ZR 111/2012, 236;  
*Nichteintreten auf Beschwerde: BGer*, 7. November 2012, 5A\_800/2012;  
*Güngerich/Buri, ius.focus* 11/2012, 19.

## VII. Gerichtsstand, Verfahren und Zwangsvollstreckung – For, procédure, exécution forcée

### 1. Gerichtsstand – For

#### **r45** Zuständigkeit Handelsgericht. Vermögensverwaltung. – *Compétence du tribunal de commerce. Gestion de fortune.*

Die Kundin eines Vermögensverwalters (im Handelsregister eingetragene Einzelirma) klagt vor Handelsgericht auf Schadenersatz wegen *Churning*. Umstritten ist die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts.

1. Betrifft die Streitigkeit die geschäftliche Tätigkeit der im Handelsregister eingetragenen Partei, so kann – sofern die Beschwerde ans Bundesgericht offen steht, also insbesondere der entsprechende Streitwert erreicht ist – auch ein Konsument oder eine Konsumentin die Streitigkeit vor Handelsgericht tragen. Diese Option der Konsumentinnen und Konsumenten war vom Gesetzgeber klar gewollt und wurde in Art. 6 Abs. 3 ZPO deutlich zum Ausdruck gebracht. – 2. Demgegenüber steht einer im Handelsregister eingetragenen Partei die Wahl des ordentlichen Gerichts mit doppeltem Instanzenzug in den Kantonen mit Handelsgericht nicht offen. – 3. Das Klägerwahlrecht der nicht im Handelsregister eingetragenen Partei gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO führt somit zu einer Ausdehnung der sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte auf Konsumentenstreitigkeiten. Demnach hatte die Kundin die Wahl, ihren im Handelsregister eingetragenen Vermögensverwalter vor dem Handelsgericht einzuklagen.

*BGer*, 29. Oktober 2012, 4A\_210/2012 (*I. zivilrechtliche Abteilung, X. c. Y.*);  
*BGE* 138 III 694; *Hurni, ZBJV* 2012, 989;  
*Altherr, ius.focus* 6/2013, 23; *Schmid, SJZ* 2013, 35 f.; *NZZ*, 8. November 2012, 16 (*Klägerwahlrecht für Konsumenten*).

#### **r46** Verbrauchergerichtsstand gemäss LugÜ. – *For au domicile du consommateur selon la Convention de Lugano.*

1. Der Bankkunde mit Wohnsitz in Deutschland trägt die Beweislast für diejenigen Tatsachen, auf die er seinen mit den teilzwingenden Zuständigkeitsvorschriften bei Verbrauchersachen (Art. 15 ff. LugÜ) begründeten Einwand gegen die ansonsten gültige Gerichtsvereinbarung stützt. – 2. Der Verbrauchergerichtsstand nach Art. 15 Ziff. 1 lit. c LugÜ setzt voraus, dass die Ausübung der beruflichen bzw. gewerblichen Tätigkeit im Wohnsitzstaat des Verbrauchers oder die Ausrichtung einer solchen Tätigkeit auf diesen Staat dem jeweiligen Vertragsschluss vorausgegangen sein muss. – 3. Weder das Betreiben eines Off-Shore-Geschäfts noch die Führung von DM-Konten qualifizieren für sich allein als Ausrichtung auf Deutschland im Sinne von Art. 15 Ziff. 1 lit. c LugÜ. Ebenso wenig begründet die Empfehlung der Bank durch Verwandte eine solche Ausrichtung. – 4. Vorliegend ist keine gezielte Ausrichtung der Bankgeschäfte zum Beispiel mittels Werbung, anderweitiger absatzfördernder Marketingaktivitäten oder Vertriebsformen auf Deutschland im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (1994) ersichtlich oder behauptet. Die in den AGB enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung ist somit vorliegend gültig und begründet die Zuständigkeit der Zürcher Gerichte.

*BGer*, 6. Mai 2013, 4A\_27/2013 (*I. zivilrechtliche Abteilung, A. c. Bank X. London*);  
*zur Publikation vorgesehen*;  
*Fischer*, <[www.cdbf.ch/885](http://www.cdbf.ch/885)>.

#### **r47** Schiedsvereinbarung. Vermögensverwaltung. – *Convention d'arbitrage. Gestion de fortune.*

1. Bei der Prüfung des Zustandekommens und der Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung kommt dem staatlichen Gericht lediglich eine beschränkte Kognition zu (Bestätigung der Rechtsprechung). Eine Schiedsvereinbarung ist mithin bereits dann zu beachten, wenn die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts auf den ersten Blick derogiert erscheint. – 2. Diese beschränkte Kognition des staatlichen Richters betrifft auch die Beurteilung der inhaltlichen Tragweite der Schiedsvereinbarung. Dabei ist dem Anliegen der Parteien Rechnung zu tragen, die Streitsache durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen. – 3. Wenn im Rahmen eines Vertrags über die Errichtung einer Stiftung die Schiedsgerichtsklausel offen formuliert wird («alle sich aus oder im Zusammenhang mit dem vorliegenden Vertrag ergebenden Streitigkeiten»), so ist davon auszugehen, dass die Parteien mutmasslich auch andere Streitigkeiten, die sich auf das Vermögen der Stiftung beziehen, der ausschliesslichen Zuständigkeit des Schiedsgerichts zuweisen wollten.

*BGer*, 6. August 2012, 4A\_119/2012 (*I. zivilrechtliche Abteilung, X. AG c. Y.*);  
*BGE* 138 III 681; *Dutoit, JdT* 2013 II, 138 (*résumé d'arrêt*); *Közl, ZBJV* 2012, 995;  
*Conrad Hari*, <[www.cdbf.ch/843](http://www.cdbf.ch/843)>; *Mráz, ius.focus* 11/2012, 21.

**r48 Verbrauchereigenschaft. Schiedsvereinbarung. Wertpapierdienstleistungen. – Consommateur. Convention d'arbitrage. Négoce de valeurs mobilières.**

1. Wer Bank- und Börsengeschäfte zur Pflege seines eigenen Vermögens tätigt, gilt nach deutscher Rechtsprechung als Verbraucher. Schiedsvereinbarungen in Verträgen zwischen einem ausländischen Broker und einem in Deutschland wohnhaften Verbraucher, welche die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen zum Gegenstand haben, müssen nach dem (zeitlich) anwendbaren deutschen Kollisionsrecht die strengen Formvorschriften von § 1031 V ZPO erfüllen, ansonsten sind sie unwirksam. – 2. Aufgrund der vorliegend formnichtigen Schiedsvereinbarungen ist der internationale Verbraucherrichterstand an den staatlichen Gerichten in Deutschland begründet.

BGH, 25. Januar 2011, XI ZR 350/08, WM 12/2011, 548.

## 2. Verfahren – Procédure

**r49 Verfahren vor FINMA: Parteistellung und Akteneinsicht. Erstattung des eingezogenen Gewinns an die Geschädigten (Art. 35 Abs. 6 FINMAG). – Procédure devant la FINMA: qualité de partie et accès au dossier. Dévolution à la victime du gain illicite confisqué (Art. 35 al. 6 LFINMA).**

Ein Bankkunde (Beschwerdeführer) erhebt bei der FINMA Anzeige gegen eine Bank mit Sitz in der Schweiz: Deren Tochtergesellschaft mit Sitz in den Bahamas sei eine faktische Geschäftsniederlassung. Die Bank verfüge nicht über die Bewilligung der FINMA. Der Kunde verlangt Parteistellung und Akteneinsicht.

1. Keine Parteistellung allein aus der Tatsache, dass der Anzeiger Anleger oder Kunde der betreffenden Bank ist. Vielmehr sind ein glaubhafter Nachweis einer konkreten Gefährdung oder Verletzung der Anlegerrechte und ein daraus resultierendes eigenes, unmittelbares schutzwürdiges Interesse an aufsichtsrechtlicher Untersuchung/bestimmter Massnahme erforderlich. – 2. Die Finanzmarktaufsicht dient zwar auch dem Einlegerschutz, sie bleibt aber eine öffentlich-rechtliche, wirtschaftspolizeiliche Aufgabe. Aus Art. 31 FINMAG kann somit kein Rechtsanspruch namentlich der Anleger oder Gläubiger auf ein Tätigwerden der FINMA abgeleitet werden. – 3. Anleger haben keine öffentlich-rechtliche Forderung auf Rückerstattung der von einem Finanzinstitut ohne Bewilligung entgegengenommenen Gelder. Hingegen besteht die Möglichkeit, ihre privatrechtlichen Forderungen gegen das Finanzinstitut in einem allfälligen von der FINMA angeordneten Liquidationsverfahren einzugeben. Die aufsichtsrechtliche Tätigkeit der FINMA verbessert mithin höchstens die Rah-

menbedingungen, um die zivilrechtlichen Forderungen durchzusetzen. – 4. Auch aus Art. 35 FINMAG kann der Beschwerdeführer nichts für sich ableiten: Die Einziehung hat rein verwaltungsrechtlichen Charakter und die Rückerstattung an Geschädigte (Abs. 6) begründet ebenfalls keine öffentlich-rechtliche Forderung des allenfalls geschädigten Anlegers. Die Rückerstattung an Geschädigte (Abs. 6) dient nicht der Beurteilung strittiger Zivilansprüche, sondern setzt vielmehr voraus, dass unbestrittene oder liquide zivilrechtliche Forderungen bestehen, dient also bloss der Durchsetzung liquider zivilrechtlicher Forderungen. Die Forderung des Beschwerdeführers war nach den unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz jedoch längst verjährt, womit eine Rückerstattung vorliegend nicht in Frage kam.

BGer, 9. Mai 2013, 2C\_119/2013 (II. öffentlich-rechtliche Abteilung, X. c. Eidgenössische Finanzmarktaufsicht);

zur Publikation vorgesehen;

Sauerwein, <[www.cdbf.ch/883](http://www.cdbf.ch/883)>; NZZ, 7. Juni 2013, 13 (Die Finma ersetzt nicht den Zivilrichter).

**r50 Edition von Bankunterlagen. Geheimhaltungspflicht der Bank. – Ordonnance de production de documents bancaires. Interdiction d'informer le client.**

Eine Bank erhebt Beschwerde gegen eine Editionsverfügung, welche ihr untersagte, während einer bestimmten Frist die Kontoinhaber bzw. die Verfügungsberechtigten über den Erlass der Verfügung zu orientieren.

1. Gegen die Editionsaufrufung an sich steht der Bank grundsätzlich kein Rechtsmittel zu. Zulässig ist jedoch die Einsprache gegen die Durchsuchung sowie die versiegelte Einreichung der Unterlagen gemäss Art. 50 Abs. 3 VStrR. – 2. Zulässig ist hingegen die Beschwerde gegen die auferlegte Geheimhaltungspflicht. Werden durch eine strafprozessuale Informationssperre verfassungsmässige Individualrechte tangiert, müssen die Eingriffsvoraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt sein. – 3. Vorliegend sind diese Eingriffsvoraussetzungen erfüllt: Notwendige und zeitlich limitierte Informationssperren gegenüber Banken bedürfen keiner formell-gesetzlichen Grundlage, vielmehr genügt der im VStrR vorgesehene allgemeine Untersuchungsgrundsatz. Das öffentliche Interesse an einer ungestörten und lückenlosen Aufklärung von Straftaten ist offensichtlich. Die zeitlich auf lediglich etwas mehr als zwei

Monate begrenzte Informationssperre ist geeignet, eine potentielle Kollusion zu verhindern und stellt im Vergleich zur sofortigen Beschlagnahme eine mildere Massnahme dar. Sie ist daher als verhältnismässig anzusehen.

*BStrGer*, 6. Dezember 2012, BV.2012.14 (*Bank A. c. Eidgenössische Zollverwaltung*), kein Weiterzug.

**r51 Bankkundengeheimnis. Entsiegelung von Bankunterlagen. Beschwerdelegitimation. – Secret bancaire. Ouverture de documents bancaires scellés. Qualité pour recourir.**

Im Rahmen eines Strafverfahrens gegen einen Rechtsanwalt erhebt eine Bank Beschwerde gegen den Entsiegelungsentscheid betreffend von ihr edierte Bankunterlagen.

1. Das Bankkundengeheimnis steht gesetzeskonformen Untersuchungsmassnahmen zur Aufklärung von Straftaten nicht entgegen. Die Bank ist grundsätzlich nicht legitimiert, allfällige Geheimnisinteressen von Dritten (z.B. Anwaltsgeheimnis), insbesondere Bankkunden und deren Klienten, in ihrem eigenen Namen geltend zu machen. – 2. Darüber hinaus kann das Berufsgeheimnis eines Anwalts, der im untersuchten Sachzusammenhang selber beschuldigt ist, einer Entsiegelung bzw. Beschlagnahme auch materiell nicht entgegengehalten werden. Dies gilt auch gegenüber Substituten des Anwaltes und gegenüber dessen «Hilfspersonen». – 3. Die betroffenen Inhaber von edierten Gegenständen und Aufzeichnungen haben im Entsiegelungsverfahren die prozessuale Obliegenheit, jene Gegenstände zu benennen, die ihrer Ansicht nach der Geheimhaltung unterliegen oder offensichtlich keinen Sachzusammenhang mit der Strafuntersuchung aufweisen. Dies gilt besonders, wenn sie die Versiegelung von umfangreichen bzw. komplexen Dokumenten oder Dateien verlangt haben.

*BGer*, 26. Februar 2013, 1B\_547/2012 (*I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Bank A. und Bank B. c. Staatsanwaltschaft für Wirtschaftsstraffälle und Organisierte Kriminalität des Kantons Thurgau*).

**r52 Gestion d'un compte sous séquestre pénal. Qualité pour recourir. – Verwaltung eines beschlagnahmten Kontos. Aktivlegitimation.**

Le titulaire d'un compte sous séquestre pénal souhaite investir des liquidités dans une obligation d'une banque. Refus du ministère public d'autoriser l'utilisation des liquidités du compte sous séquestre.

1. Seul le titulaire du compte a la qualité pour recourir contre une décision en rapport avec un compte bancaire sous séquestre. – 2. La gestion d'un compte sous séquestre doit se faire dans le respect des règles émanant de l'ordonnance sur le placement des valeurs patrimoniales séquestrées (OPI; RS 312.057) et des principes que la jurisprudence en a dégagés. Les valeurs patrimoniales doivent être placées en vue d'être conservées. Par conséquent, la valeur réelle du capital doit être maintenue et un rendement doit être obtenu. Des placements spéculatifs sont incompatibles avec ce but. En outre, il convient de soustraire le patrimoine aux aléas de la bourse et du marché.

*TPF*, 30 janvier 2013, BB.2012.146 (*A. AG c. Ministère public de la Confédération*); recours déclaré irrecevable par TF 1B\_44/2013 du 12 février 2013.

### 3. Zwangsvollstreckung – Exécution forcée

**r53 Reconnaissance de dette. Cautionnement. Poursuite contre la caution – Schuldanererkennung. Bürgschaft. Betreibung gegen den Bürgen.**

Requête de mainlevée provisoire de la banque à l'encontre de la caution suite à la faillite de la débitrice principale.

1. La reconnaissance de la dette principale est nécessaire pour requérir la mainlevée provisoire (art. 82 LP). – 2. Dans un cas de poursuite contre la caution, la collocation de la créance garantie, dans la faillite de la débitrice principale, ne vaut pas reconnaissance de dette au sens de la LP. En effet, il ne suffit pas que la masse reconnaisse intégralement la créance de la banque. – 3. Le TF renvoie l'affaire aux magistrats cantonaux afin de compléter leurs constatations et de statuer à nouveau sur ce point.

*TF*, 23 janvier 2013, 5A\_450/2012 (*II<sup>e</sup> Cour de droit civil, Banque X. SA c. Y*).

**r54 Vorbezug BVG-Guthaben. Pfändungsschutz. – Insaisissabilité des avoirs LPP.**

Verkauf des Grundstücks, das teilweise mittels BVG-Vorbezug finanziert wurde. Unwiderrufliches Zahlungsverprechen der Käufer-Bank auf Rückzahlung des Vorbezugs zugunsten der Pensionskasse. Insolvenz der Grundstückverkäuferin. Überweisung des Vorbezugs an die Konkursmasse seitens der Käufer-Bank. Beschwerde seitens der Grundstückverkäuferin.

1. Wird die Konkursmasse durch eine freiwillige Zahlung (mutmasslich) ungerechtfertigt bereichert, so kann dies nur mittels Klage und nicht mittels betreibungsrechtlicher Beschwerde geltend gemacht werden. – 2. Ein Vorbezug von BVG-Guthaben zum Erwerb von Wohneigentum verliert den Pfändungsschutz gemäss Art. 92 Abs. 1 Ziff. 10 SchKG, solange der Betrag nicht wieder an die Pensionskasse zurückbezahlt worden ist. Unpfändbar und damit im Konkursfall ausserhalb der Konkursmasse stehend werden diese Gelder damit erst wieder mit der erwähnten Rückzahlung an die Pensionskasse. Da *in casu* die Konkursverwaltung die Zahlung nicht von einer Vorsorgeeinrichtung, sondern von der Käufer-Bank erhalten hat, kann sie nicht in Konflikt mit Art. 92 Abs. 1 Ziff. 10 SchKG geraten sein.

*Obergericht AG als obere betriebsrechtliche Aufsichtsbehörde, 25. Juli 2011, KBE.2011.13 (rechtskräftig), nicht publiziert, auszugsweise abgedruckt in BLSchK 2012, 183.*

**r55 Verarrestierung Bucheffekten. Depotführende Bank ist Verwahrungsstelle im Sinne von Art. 14 BEG. – Séquestre de titres intermédiaires. Banque teneur de compte comme dépositaire au sens de l'art. 14 LTI.**

1. Nach Art. 272 Abs. 1 SchKG kann der Arrest am Betreuungsort und alternativ am Ort, wo Vermögensgegenstände des Arrestschuldners liegen, verlangt und bewilligt werden. – 2. Es ist davon auszugehen, dass der Lageort von Bucheffekten auch als Voraussetzung für die Arrestlegung analog zu Art. 14 BEG bestimmt werden muss. Soweit im Zusammenhang mit der gerichtlichen Anordnung von Arresten der Lageort eine Rolle spielt, liegt dieser bei der Verwahrungsstelle, die das Effektenkonto führt. Das ist in der Regel ein Bankdepot, welches auch Depotwerte enthalten kann, die nicht Bucheffekten darstellen.

*OGer ZH, 14. März 2013, PS130022 (rechtskräftig), <www.gerichte-zh.ch>.*

**r56 Séquestre d'avoirs bancaires. Lien suffisant avec la Suisse. Crédit documentaire. – Verarrestierung von Bankguthaben. Genügender Bezug zur Schweiz. Dokumentenakkreditiv.**

Affrètement par une société française (F) d'un bateau appartenant à une société des Bahamas (B). Séquestre par B des avoirs de F auprès d'une banque en

Suisse. Séquestre annulé faute d'un lien suffisant avec la Suisse.

1. Un séquestre international (art. 271 al. 1 ch. 4 LP) exige que la créance ait un lien suffisant avec la Suisse. Ce lien peut être établi par différents points de rattachement tels que le lieu d'exécution en Suisse de la prestation du créancier séquestrant ou de celle du débiteur séquestré ou l'activité commerciale du débiteur en Suisse. – 2. La notification d'un crédit documentaire par une banque suisse fonde-t-elle un lien suffisant? Selon certains auteurs, l'intervention en qualité de simple banque notificatrice ne suffit pas pour retenir une activité commerciale, étant donné qu'elle n'implique ni relation d'assignation avec le bénéficiaire du crédit, ni participation aux modalités de paiement. Cependant, lorsqu'une banque suisse joue un rôle actif dans un crédit documentaire servant à garantir le paiement des prestations découlant d'un contrat, voire à financer ce contrat, le débiteur partie à ce contrat déploie une activité commerciale en Suisse. – 3. En l'espèce, l'exécution du contrat d'affrètement n'a pas lieu en Suisse, mais aux USA. En effet, la banque suisse n'a ni confirmé, ni notifié l'accréditif et ses services rendus sont étrangers aux rapports contractuels liant les parties. Le virement de fonds du compte de F auprès de la banque suisse au compte de la banque émettrice à New York rend seulement vraisemblable la présence de biens en Suisse, ce qui ne constitue pas un lien suffisant avec la Suisse.

*TF, 2 novembre 2012, 5A\_222/2012 (II<sup>e</sup> Cour de droit civil, A. Ltd c. B. SA); de Gottrau, <www.cdbf.ch/853>; Güngerich/Buri, ius.focus 1/2013, 25.*

**r57 Verarrestierung von Bankguthaben. Einsprache. Kostenregelung. – Séquestre d'avoirs bancaires. Opposition. Frais et dépens.**

Verarrestierung von Bankguthaben in der Schweiz. Umstritten sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Rechtsmittelverfahren gegen Arresteinspracheentscheide.

1. Die einheitliche Festsetzung der Gebühren in SchKG-Summarysachen gemäss Art. 16 SchKG stellt eine *lex specialis* zu Art. 96 ZPO (Tarifhoheit der Kantone) dar. Mit der Festsetzung der zweitinstanzlichen Gerichtsgebühr in Anwendung des kantonalen Rechts hat die Vorinstanz somit den Grundsatz des Vorrangs von eidgenössischem vor kantonalem Recht (Art. 49 BV) verletzt. Anwendbar sind vielmehr die Tarife gemäss Gebührenverordnung SchKG. – 2. Ob für die Festsetzung des Streitwertes gemäss Art. 91 ZPO in Arrestsachen generell die Höhe der zu sichernden Forderungen oder der Schätzwert des Arrestgegenstandes massgebend ist, wurde vom Bundesgericht offen gelassen. Bei Verarrestierung von Bankguthaben ist es dann nicht unhaltbar, den Streitwert nach der Höhe der Arrestforderung zu bestimmen, wenn der Wert der Bankguthaben nicht bekannt ist, was dem Regelfall ent-

spricht, weil die Bank den Zwangsvollstreckungsbehörden erst nach rechtskräftiger Erledigung der Arresteinsprache Auskunft über die Höhe der verarrestierten Guthaben geben muss.

*BGer*, 13. März 2013, 5A\_492/2012 und 5A\_493/2012 (II. zivilrechtliche Abteilung, X. und Z. c. Y. Limited);  
BGE 139 III 195;

*Güngerich/Buri, ius.focus* 5/2013, 25.

**r58 Verarrestierung von Bankguthaben. Ausländerarrest trotz Spezialdomizil in der Schweiz. – Séquestre d'avoires bancaires. Domicile à l'étranger malgré un domicile spécial en Suisse.**

1. Nach der Mehrheitsmeinung in der Lehre ist der Ausländerarrest nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG ausgeschlossen, wenn ein Spezialdomizil in der Schweiz im Sinne von Art. 50 Abs. 2 SchKG vorliegt, da Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG darauf abzielt, einen Betreibungsstand in der Schweiz zu schaffen, wenn und soweit hier kein anderer (ordentlicher oder besonderer) Betreibungs-ort gegeben ist. – 2. Nach dem Bundesgericht ist die Mehrheitsmeinung der Lehre plausibel, aber nicht zwingend. Hingegen spricht beispielsweise der Sicherungsgedanke des (Ausländer-) Arrests für dessen Zulassung auch bei bestehendem Spezialdomizil. Da für beide Sichtweisen gute Gründe sprechen, ist keine willkürlich. Das Bundesgericht schützte also im Ergebnis die Ansicht der Vorinstanz, dass vorliegend der Ausländerarrest trotz vereinbartem Spezialdomizil zulässig ist.

*BGer*, 19. Dezember 2012, 5A\_622/2012 (II. zivilrechtliche Abteilung, X. c. Y. AG).

**r59 Verarrestierung von Bankguthaben. Provisorischer Pfändungsanschluss. – Séquestre d'avoires bancaires. Participation provisoire à la saisie.**

Die fehlende Schuldneridentität schliesst den provisorischen Pfändungsausschluss gemäss Art. 281 SchKG am gleichen (bereits verarrestierten) Vermögen nicht aus. Der provisorische Pfändungsanschluss setzt lediglich die Pfändung von verarrestiertem Gut voraus. Die Frage, in welche Betreibung gegen verschiedene Schuldner das gepfändete Arrestgut gehört, wird im Widerspruchsverfahren gelöst.

*BGer*, 14. August 2012, 5A\_219/2012 (II. zivilrechtliche Abteilung, X. c. Y.);

*Güngerich/Buri, ius.focus* 10/2012, 21.

## VIII. Diverses/Divers

**r60 Entlöhnung von Bankangestellten (Trader). Gratifikation. – Rémunération d'un collaborateur (trader). Gratification.**

Ein Wertschriftenhändler einer Bank kündigte sein Arbeitsverhältnis und klagte, nachdem er seinen Fixlohn sowie den Cash-Anteil des Bonus (rund CHF 2 Mio.) erhalten hatte, gegen die Bank auf Auszahlung des aufgeschobenen Bonusanteils (rund CHF 1,6 Mio.).

1. Vorliegend ist beim aufgeschobenen Bonusanteil von einer Gratifikation auszugehen, da es für dessen Bemessung keine Formel gab und dieser demnach reine Ermessenssache und vom Willen der Arbeitgeberin abhängig war. Dass der Bonus in gewissem Masse auch vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses abhängig gemacht wurde, schliesst die Qualifikation als Gratifikation nicht aus. – 2. Sobald der eigentliche Lohn, wie vorliegend, ein Mass erreicht, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleistet bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, kann die Höhe der Gratifikation im Verhältnis zum Lohn kein tragbares Kriterium mehr sein, um über den Lohncharakter der Sondervergütung zu entscheiden. Unter dieser Voraussetzung ist das Verhältnis der Höhe dieser Sondervergütung zum Fixlohn ohne Bedeutung (Präzisierung der Rechtsprechung). Dementsprechend hatte der Wertschriftenhändler keinen Anspruch auf die Auszahlung des aufgeschobenen Bonusanteils.

*BGer*, 26. Februar 2013, 4A\_520/2012 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. c. Bank X.);

BGE 139 III 155;

*Felber, SJZ* 2013, 262;

*Lienhard, ius.focus* 5/2013, 9; *NZZ*, 4. April 2013, 26, 27 (Wenn zwei Millionen Jahresvergütung nicht reichen; Lohnbestandteil oder Gratifikation? – Qualifikation der Manager-Boni).

**r61 Sonderprüfung betreffend Kauf von Aktien einer Bank. – Contrôle spécial suite à l'achat des actions d'une banque.**

Ein Unternehmen kauft Aktien einer Bank. Ein Aktionär verlangt gerichtlich eine Sonderprüfung gemäss Art. 697b OR, weil sich der Erwerb der Aktien der Bank sowohl für die Gesellschaft als auch für ihn finanziell nachteilig ausgewirkt habe. Grund: Der Unternehmenswert der Bank habe im Zeitpunkt des Aktienkaufs weniger als CHF 50 Mio. betragen, weshalb die Aktien zu einem überhöhten Preis gekauft worden seien.

1. Nichteintreten. Die Verwirkungsfrist zur gerichtlichen Geltendmachung der Sonderprüfung gemäss Art. 697b Abs. 1 OR (drei Monate) ist unbenutzt verstrichen. Zudem hätte der Kläger sowieso kein gültiges Rechtsschutzinteresse an der Sonderprüfung gehabt (Ausübung von Aktionärsrechten), da die Frist zur Erhebung der Verantwortlichkeitsklage von sechs Monaten nach Décharge-Erteilung gemäss Art. 758 Abs. 2 OR ebenfalls ungenutzt verstrichen war. – 2. Die Klage wäre ohnehin abzuweisen, da ein Schaden gemäss Art. 697b Abs. 2 OR nicht glaubhaft gemacht wurde. Es wurde nämlich nicht glaubhaft gemacht, dass der Wert der Bank im Zeitpunkt des Aktienkaufs unter CHF 50 Mio. lag.

*HGer ZH*, 27. Dezember 2012, HE120283 (rechtskräftig), *ZR* 112/2013, 3.