

LÖSUNGSSKIZZE

1.1. Rechtsgültiger Erwerb der Fondsanteile?

Damit Karrer mit Rechtswirkung für Bucher Fondsanteile kaufen konnte, mussten die Voraussetzungen für eine gültige Stellvertretung vorliegen. Gemäss **Art. 32 Abs. 1 OR** wird der Vertretene und nicht der Vertreter aus einem Vertrag berechtigt und verpflichtet, wenn der Vertreter zur Vertretung befugt ist und im Namen des Vertretenen den Vertrag abschliesst. Der Sachverhalt enthält keine Hinweise auf einen Mangel im Vertretungsverhältnis: Bucher hat Karrer zunächst die Ermächtigung zum Kauf von Fondsanteilen erteilt (Vertretungsmacht) und es ist – mangels anderen Hinweisen – davon auszugehen, dass Karrer im Namen Buchers gehandelt hat und dass er urteilsfähig war. Weiter ist diese Art Geschäft nicht vertretungsfeindlich. Schliesslich kann eine Vollmacht auch mündlich erteilt werden (vgl. Art. 11 Abs. 1 OR).

Im Herbst hat Bucher Karrer allerdings ausdrücklich untersagt, weiterhin Fondsanteile für sie zu erwerben. Gemäss **Art. 34 Abs. 1 OR** kann eine durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung jederzeit beschränkt oder widerrufen werden. Also konnte Bucher Karrer rechtsgültig untersagen, weiterhin Fondsanteile in ihrem Namen zu erwerben.

Hinweis: Die Weisung, fortan keine Fondsanteile mehr zu erwerben, ist eine inhaltliche Präzisierung des Grundverhältnisses, das seinerseits ein Auftragsverhältnis ist (Art. 394 ff. OR). Diese Weisung bedeutet keinen (teilweisen) Widerruf des Auftrags i.S.v. Art. 404 OR; der Auftrag zur Vermögensverwaltung bleibt nach wie vor bestehen; vorbehaltlich einer anderslautenden Weisung Buchers und im Rahmen der vereinbarten Anlagestrategie entscheidet Karrer als Vermögensverwalter, welche Anlagen im Einzelnen getätigt werden. Die Qualifikation der Weisung Buchers als "teilweiser Widerruf" schadet aber nicht, solange man sieht, dass es für die Frage des rechtsgültigen Erwerb auf das Stellvertretungsrecht ankommt (siehe hingegen den Hinweis bei Frage 2.1).

Gemäss Sachverhalt hat Frau Bucher die Hausbank (Bank X) über die Vollmacht von Karrer informiert. Damit wurde die Vollmacht im Sinne von Art. 34 Abs. 3 OR ausdrücklich kundgegeben und sie umfasste ursprünglich auch den Kauf von Fondsanteilen. Gemäss **Art. 34 Abs. 3 OR** hat der Vertretene, der die Vollmacht ausdrücklich oder tatsächlich kundgegeben hat, deren gänzlichen oder teilweisen Widerruf gutgläubigen Dritten nur dann entgegenhalten, wenn er ihnen auch diesen Widerruf mitgeteilt hat. Gemäss Sachverhalt hat Bucher ihrem Kundenberater anlässlich eines Kundenanlasses mitgeteilt, dass sie Anlagefonds "für reine Geldmacherei" halte und "am liebsten damit nichts zu tun habe". Fraglich ist, ob darin die Mitteilung eines Widerrufs im Sinne von Art. 34 Abs. 3 OR liegt. Diese Frage beantwortet sich nach den **Vertrauensprinzip**. Danach sind Willenserklärungen so ausulegen, wie sie vom Empfänger nach Treu und Glauben verstanden wurden und verstanden werden durften. Vorliegend sprechen die Umstände (Kundenanlass) und die wenig präzisen Äusserungen von Bucher gegen die Annahme, dass der Kundenberater die Äusserung als Beschränkung der Vollmacht verstehen konnte. Der Kundenberater kann sich deshalb auf seinen guten Glauben darauf berufen, dass die

Vollmacht trotz des (internen) Widerrufs nach wie vor vollumfänglich Geltung beansprucht.

Dies gilt umso mehr, als gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB der gute Glaube vermutet wird. Zwar kann man sich gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht auf den guten Glauben berufen, wenn man bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen verlangt werden kann, nicht gutgläubig sein kann. Wenn aber – wie vorliegend – der Kundenberater die Äusserung von Bucher nicht als Beschränkung der Vollmacht verstanden hat und auch nicht so verstehen musste, so fehlte es ihm auch nicht an der nötigen Aufmerksamkeit, um die Berufung auf den guten Glauben zu verhindern. Im Ergebnis hat also Karrer die Fondsanteile für Bucher rechtsgültig erworben.

Auch gestützt auf Art. 36 OR ergibt sich vorliegend keine andere Beurteilung. Gemäss Art. 36 Abs. 2 OR wird der Vollmachtgeber, der den Bevollmächtigten nicht zur Rückgabe der Vollmacht anhält, den gutgläubigen Dritten zu Schadenersatz verantwortlich. Damit Art. 36 OR aber überhaupt zur Anwendung kommen kann, muss der Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten eine Vollmachtsurkunde ausgestellt haben und den Bevollmächtigten nicht zur Rückgabe angehalten haben. Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht gegeben. Frau Bucher hat Herrn Karrer mündlich bevollmächtigt und die Vollmacht auch der Bank nur mündlich mitgeteilt. Art. 36 OR kommt somit nicht zur Anwendung.

1.2. Verrechnung durch die Bank

Die Verrechnung im Sinne von **Art. 120 Abs. 1 OR** setzt voraus, dass zwei Personen einander Geldsummen oder andere Leistungen schulden (**Existenz zweier Forderungen**), die ihrem Gegenstande nach **gleichartig** sind. Weiter müssen die Forderungen **fällig** sein, wobei es gemäss herrschender Lehre genügt, dass die **Verrechnungsforderung fällig** ist. Nicht ausdrücklich im Gesetz genannt ist eine weitere Voraussetzung der Verrechnung, die **Klagbarkeit** der Verrechnungsforderung. Zudem darf die Verrechnung weder durch **Gesetz** (Art. 125 OR) noch durch **Vertrag** (Art. 126 OR) **ausgeschlossen** sein.

Vorliegend schulden Bucher und die Bank einander Geld (Existenz zweier Forderungen, die gleichartig sind). Allerdings sind nicht beide Forderungen **fällig**. Insbesondere ist die Forderung der Bank nicht fällig. Gemäss **Art. 75 Abs. 1 OR** ist eine Forderung nur dann sofort fällig, wenn weder durch Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses etwas anderes bestimmt ist. Vorliegend wurde der Zeitpunkt der Rückzahlung des Kredits nicht vereinbart; es besteht diesbezüglich eine Vertragslücke. Diese wird in erster Linie mit dispositivem Gesetzesrecht gefüllt. Art. 318 OR bestimmt, dass ein Darlehen, für dessen Rückzahlung weder ein bestimmter Termin noch eine Kündigungsfrist noch der Verfall auf beliebige Aufforderung hin vereinbart wurde, innerhalb von sechs Wochen von der ersten Aufforderung an zurückzuzahlen ist. Da gemäss Sachverhalt die Kreditgewährung erst vor zwei Tagen erfolgte, ist die Rückzahlung noch nicht fällig. Daher kann die Bank nicht erfolgreich die Verrechnung erklären.

Hinsichtlich der weiteren Voraussetzungen ist anzumerken, dass vorliegend die Klagbarkeit gegeben wäre (weder eine verjährte Forderung noch eine Naturalobligation) und der Sachverhalt keinen Hinweis auf einen vertraglichen Ausschluss der Verrechnung enthält. Hingegen würde gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Verrechnung mit einem Sparkonto unter das Verrechnungsverbot von Art. 125 Ziff. 1 OR fallen.¹ Die Verrechnung wäre der Bank also auch aus diesem Grund verwehrt.

Hinweis: Die Kenntnis der (umstrittenen) Qualifikation des Sparhefts als *depositum irregulare* (Art. 481 OR) und deren Relevanz für die Anwendung von Art. 125 Ziff. 1 OR wurde nicht vorausgesetzt. Es genügt für den Erhalt der vollen Punktzahl die allgemeine Erwähnung, dass keine vertraglichen oder gesetzlichen Verrechnungshindernisse vorliegen dürfen.

1.3 Schadenersatzanspruch von Bucher gegen Karrer

a) Anspruchsgrundlage: Art. 397 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR

Als Anspruchsgrundlage steht eine **Vertragsverletzung** mit Schadensfolge im Vordergrund. Unstreitig besteht zwischen Bucher und Karrer eine Vereinbarung mit dem Inhalt, dass Karrer für Bucher deren Vermögen verwaltet. Der Sachverhalt enthält keine Hinweise auf allfällige Konsens- oder Gültigkeitsmängel, so dass von einem **gültigen Vertrag** auszugehen ist.

Vertragliche Schadenersatzansprüche richten sich gemeinhin nach **Art. 97 Abs. 1 OR**, sofern die Bestimmungen des Besonderen Teils nicht etwas anderes vorsehen.

Die vorliegende Vertragsbeziehung ist als Auftrag im Sinne von **Art. 394 Abs. 1 OR** zu qualifizieren. Gemäss dieser Norm verpflichtet sich der Beauftragte durch die Annahme eines Auftrags, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen.

Hat der Auftraggeber für die Besorgung des übertragenen Geschäfts eine Vorschrift gegeben, so darf gemäss **Art. 397 Abs. 1 OR** der Beauftragte nur insofern davon abweichen, als nach den Umständen die Einholung der Erlaubnis nicht tunlich und überdies anzunehmen ist, der Auftraggeber würde sie bei Kenntnis der Sachlage erteilt haben. Ist der Beauftragte, ohne dass diese Voraussetzungen zutreffen, zum Nachteil des Auftraggebers von dessen Vorschriften abgewichen, so gilt der Auftrag gemäss **Art. 397 Abs. 1 OR** nur dann als erfüllt, wenn der Beauftragte den daraus erwachsenen Nachteil auf sich nimmt.

Vorliegend hat Bucher Karrer die klare Anweisung gegeben, dass er keine Anlagefonds erwerben soll. Karrer durfte gemäss Art. 397 Abs. 1 OR davon nicht abweichen. Der Sachverhalt enthält keine Hinweise, wonach Karrer die aus der vorschriftswidrigen Auftragsausführung erwachsenen Nachteile auf sich nimmt. Art.

¹ BGE 100 II 153.

397 Abs. 2 OR kommt daher nicht zu Anwendung. Im Ergebnis hat Karrer seine Verpflichtung gemäss Art. 397 Abs. 1 OR verletzt.

Mithin steht fest, dass Karrer seine auftragsrechtlichen Pflichten verletzt hat. Die auftragsrechtlichen Bestimmungen enthalten keine weiteren Bestimmungen hinsichtlich einer Schadenersatzforderung. Daher richten sich die Voraussetzungen für eine Schadenersatzklage im Weiteren nach Art. **97 Abs. 1 OR**.

Hinweis: Gemäss Art. 398 Abs. 2 OR haftet der Beauftragte dem Auftraggeber für die getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts. Diese Bestimmung regelt die *allgemeine* Sorgfaltspflicht des Beauftragten. Sie kommt angesichts der spezielleren Bestimmung in Art. 397 Abs. 1 OR im vorliegenden Fall nicht zu Anwendung.

b) Anspruchsvoraussetzungen im Einzelnen

Gemäss Art. 97 Abs. 1 OR haftet der Schuldner für den Schaden, der daraus entsteht, dass die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt wird, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt. Voraussetzung für die Schadenersatzklage ist mithin die Vertragsverletzung, der Schaden, der adäquate Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden, sowie das Verschulden seitens von Karrer. Letzteres wird vermutet.

Dass eine Vertragsverletzung vorliegt, wurde bereits festgestellt. Karrer hat sich weisungswidrig verhalten und hat damit Art. 397 Abs. 1 OR verletzt.

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist ein Schaden eine unfreiwillige Vermögensverminderung, der in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen kann. Er entspricht der Differenz zwischen dem gegenwertigen Vermögensstand und demjenigen Stand, den das Vermögen der Gläubigerin ohne die Leistungsstörung gehabt hätte. Gemäss Sachverhalt ist das Vermögen von Frau Bucher kleiner, als es ohne den Erwerb der Fondsanteile gewesen wäre. Also erleidet Bucher einen Schaden in Form einer Verminderung der Aktiven.

Die Vertragsverletzung muss sodann *conditio sine qua non* für den Schaden sein. Dies kann hier ohne Weiteres bejaht werden. Notwendig ist darüber hinaus, dass die Vertragsverletzung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Schaden in der Art des eingetretenen herbeizuführen (adäquater Kausalzusammenhang). Die Adäquanz bildet in Fällen ungetreuer Vermögensverwaltung in der Praxis Schwierigkeiten. Vorliegend ist aber dem Sachverhalt zu entnehmen, dass das Vermögen von Frau Bucher kleiner ist, als es ohne die Vertragsverletzung von Karrer gewesen wäre. Also ist auch der adäquate Kausalzusammenhang zu bejahen.

Für das Verschulden ist notwendig, dass Karrer sein Verhalten subjektiv und objektiv vorwerfbar ist. Vorliegend bestehen keine Hinweise dafür, dass Karrer nicht urteilsfähig war. Auch weicht sein Verhalten klar vom Durchschnittsverhalten ab. Es liegt ein Verschuldensgrad der Absicht vor. Da zudem gemäss Art. 97 Abs. 1 OR das Verschulden zu vermuten ist, wird sich Karrer nicht entlasten können.

Im Ergebnis hat Bucher einen Schadenersatz gegenüber Karrer gestützt auf Art. 397 Abs. 1 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR.

Hinweis: Da ein Vertragsanspruch besteht, waren andere mögliche Anspruchsgrundlagen nicht zu prüfen. Insbesondere würde Art. 41 OR nicht zum Ziel führen, da Bucher einen reinen Vermögensschaden erleidet und es daher gemäss der herrschenden objektiven Widerrechtlichkeitstheorie an der Widerrechtlichkeit fehlt. Art. 397 Abs. 1 OR statuiert eine Vertragspflicht und ist keine Schutznorm. Auch die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag ist nicht zielführend. Erstens besteht hier ein Auftragsverhältnis, zweitens gewährt Art. 423 OR primär einen Anspruch auf Gewinnherausgabe, und ein solcher ist vorliegend nicht vorhanden (das Vermögen wurde durch die Vertragsverletzung vermindert, nicht erhöht).

1.4. Beweislast

Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.

Vorliegend leitet Bucher aus ihrer mündlich mitgeteilten Beschränkung der Vollmacht das Recht ab, dass für sie durch den Kauf der Anlagefonds

sie durch den Kauf der Anlagefonds nicht Anlagefonds nicht rechtsgültig erworben wurden. Sie ist für das Vorhandensein der Beschränkung der Vollmacht beweispflichtig.

FRAGE 2

2.1. Weisungsbefugnis des Ehegatten

Gemäss Sachverhalt hat Frau Bucher ihren Ehemann damit beauftragt, "ein Auge auf Herrn Karrer zu werfen"; sie hat ihn zudem mit einer Vollmacht über ihr gesamtes Vermögen ausgestattet. Es handelt sich um einen Auftrag i.S.v. **Art. 394 OR** (vgl. auch Art. 168, 195 ZGB), verbunden mit einer rechtsgeschäftlichen Ermächtigung i.S.v. **Art. 32 Abs. 1 OR**. Der Sachverhalt enthält keine Hinweise auf einen Konsens- oder Gültigkeitsmangel des Auftragsverhältnisses oder einen Gültigkeitsmangel im Stellvertretungsverhältnis. Mithin ist davon auszugehen, dass ein gültiges Auftragsverhältnis und eine rechtsgültige Ermächtigung vorliegt.

Gemäss **Art. 35 Abs. 1 OR** erlischt die durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung mit dem Verlust der entsprechenden Handlungsfähigkeit des Vertretenen, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäftes hervorgeht.

Handlungsfähig ist, wer volljährig und urteilsfähig ist (**Art. 13 ZGB**). Volljährig ist, wer das 18. Lebensjahr zurückgelegt hat (**Art. 14 ZGB**). Urteilsfähig ist, wer nicht wegen seines Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln (**Art. 16 ZGB**).

Frau Bucher ist zweifellos volljährig. Indessen liegt sie seit mehreren Wochen im künstlichen Koma. Ihr fehlt es daher an der Urteilsfähigkeit im Sinne des Gesetzes. Also fehlt ihr auch die Handlungsfähigkeit nach Art. 12 ZGB.

Der Sachverhalt enthält keine Hinweise darauf, dass Frau Bucher und ihr Ehemann vereinbart hätten, dass die Ermächtigung auch für den Fall einer später eintretenden Handlungsunfähigkeit von Frau Bucher gelten soll (anders bei Herrn Karrer, siehe Sachverhalt). Der Fortbestand der Ermächtigung gestützt auf Vereinbarung fällt damit ausser Betracht. Hingegen kann sich der Fortbestand der Ermächtigung auch aus der Natur des Geschäfts ergeben. Wann dies der Fall ist, ist durch Auslegung zu ermitteln, wobei hierfür auch die allgemeinen Bestimmungen über das hier anwendbare Auftragsrecht herangezogen werden können.

Gemäss **Art. 405 Abs. 1 OR** erlischt das Auftragsverhältnis, sofern nicht das Gegenteil vereinbart wurde, mit dem Verlust der entsprechenden Handlungsfähigkeit des Auftraggebers. Wie bereits festgehalten wurde, enthält der Sachverhalt keinen Hinweis auf eine entsprechende Vereinbarung. Also ist auch das Auftragsverhältnis erloschen. Eine Ausnahme besteht im Falle von **Art. 405 Abs. 2 OR**: Falls das Erlöschen des Auftrags die Interessen des Auftraggebers gefährdet, so ist der Beauftragte verpflichtet, für die Fortführung des Geschäfts zu sorgen, bis der Auftraggeber, sein Erbe oder sein Vertreter in der Lage ist, es selber zu tun.

Vorliegend steht fest, dass Karrer sich in der Vergangenheit weisungswidrig verhalten hat. Also kann festgehalten werden, dass eine fehlende Aufsicht über Karrer die Interessen von Frau Bucher gefährden könnten. Daher ist Herr Bucher verpflichtet, übergangsmässig die Fortführung seines Auftrags zu sorgen und Karrer weiterhin Weisungen zu erteilen. In diesem Umfang gilt das Auftragsverhältnis weiter.

In demselben Umfang mit Blick auf die Natur des Geschäfts auch von einem Fortbestand der vertretungsrechtlichen Ermächtigung gemäss Art. 35 Abs. OR auszugehen.

Hinweis: Die Weisung, fortan keine Fondsgeschäfte mehr zu tätigen, hat nicht den Widerruf des Auftrags (Vermögensverwaltung) zur Folge, sondern ist eine Weisung der Auftraggeberin über die inhaltliche Ausgestaltung des bestehenden Auftragsverhältnisses (siehe den Hinweis bei Frage 1.1). Die Geschäftsführung ohne Auftrag kommt mithin nicht zur Anwendung. Eine Haftung gestützt auf Art. 41 OR entfällt, weil es sich um einen reinen Vermögensschaden handelt.

2.2. Verpfändung der Liegenschaft

2.2.1. Ordentliche oder ausserordentliche Vermögensverwaltung

Die Liegenschaft, die Herr Bucher verpfänden will, befindet sich im **Eigentum von Frau Bucher**. Dies gilt unabhängig davon, ob zwischen den Eheleuten die Errungenschaftsbeteiligung oder die Gütertrennung gilt. Herr Bucher kann die Liegenschaft somit nur in (gültiger) Vertretung seiner Frau verpfänden. Gemäss Fragestellung darf er sich für die Vertretung von Frau Bucher nicht auf die vertragliche Vollmacht berufen. Es stellt sich daher die Frage, ob er die Verpfändung der Liegenschaft gestützt auf eine Vollmacht aus dem Gesetz vornehmen kann.

Gemäss **Art. 374 ZGB** hat, wer als Ehegatte mit einer Person, die urteilsunfähig wird, einen gemeinsamen Haushalt führt und persönlich Beistand leistet, von Gesetzes wegen ein Vertretungsrecht, wenn **weder ein Vorsorgeauftrag noch eine Beistandschaft** besteht. Das Vertretungsrecht umfasst gemäss Art. 374 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB die **ordentliche Verwaltung** des Einkommens und der übrigen Vermögenswerte. Für Rechtshandlungen im Rahmen der **ausserordentlichen Vermögensverwaltung** muss der Ehegatte hingegen die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde einholen.

Der Sachverhalt enthält keinen Hinweis, wonach die Behörden über das Koma von Frau Bucher informiert worden wären. Es ist daher davon auszugehen, dass für Frau Bucher keine Beistandschaft errichtet wurde. Die Fragestellung gibt auch keinen Hinweis auf das Vorliegen eines Vorsorgeauftrags. Herr Bucher kann seine Frau somit gestützt auf Art. 374 ZGB vertreten, solange er nur Handlungen vornimmt, die sich unter Abs. 2 dieser Bestimmung subsumieren lassen.

Es stellt sich die Frage, ob die **Verpfändung der Liegenschaft** von Frau Bucher von der **ordentlichen Verwaltung** erfasst wird oder nicht. Generell zählen zur ordentlichen Verwaltung jene Geschäfte, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nötig und zweckmässig sind, um das Vermögen zu erhalten und zu mehren, und von relativ geringer Bedeutung, d.h. ohne besonderes Risiko für den urteilsunfähigen Ehegatten sind. Nur was eine Handlung von relativ geringer Tragweite ist, zählt zur ordentlichen Verwaltung. Was darüber hinausgeht, zählt zur ausserordentlichen Verwaltung und wird von Art. 374 Abs. 3 erfasst. Darunter fallen auf jeden Fall auch die in Art. 416 ZGB aufgezählten Geschäfte, soweit sie die Vermögensverwaltung betreffen. Gemäss Art. 416 Abs. 1 Ziff. 4 zählen zu den Geschäften, die der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde bedürfen, der Erwerb, die Veräusserung, Verpfändung und **andere dingliche Belastung von Grundstücken**. Die Verpfändung der Liegenschaft gilt somit nicht als ordentliche Verwaltung nach Art. 374 ZGB und Herr Bucher muss die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde einholen (Art. 374 Abs. 3 ZGB).

Hinweis: Art. 166 ZGB ist hier nicht anwendbar. Diese Bestimmung setzt ein *Gemeinschaftsgeschäft* voraus und die Rechtsfolge ist die *solidarische* Haftung beider Ehegatten. Beim vorliegenden Geschäft wird aber einzig Frau Bucher als Alleineigentümerin der (zur Verpfändung stehenden) Liegenschaft verpflichtet.

2.2.2 Vorkehren

Herr und Frau Bucher hätten einen Vorsorgeauftrag im Sinne von Art. 360 ZGB abschliessen können.

2.3. Sorgenvolle Frau Wunderlich

Gemäss **Art. 443 Abs. 1 ZGB** kann jede Person „der Erwachsenenschutzbehörde Meldung erstatten, wenn eine Person hilfsbedürftig erscheint“. Frau Bucher befindet sich im Koma und wird nach Auffassung Frau Wunderlich durch ihren Ehemann nicht ausreichend betreut. Sie erscheint nach der Wahrnehmung von Frau Wunderlich als hilfsbedürftig. Frau Wunderlich darf deshalb Meldung an die Erwachsenen-

schutzbehörde erstatten. Diese wird ihre Zuständigkeit von Amtes wegen prüfen (Art. 444 Abs. 1 ZGB) und auch den Sachverhalt von Amtes wegen erforschen (Art. 446 Abs. 1 ZGB).

2.4. Schmuckverkauf

Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 Abs. 1 OR).

Hingegen besteht kein Anspruch aus Art. 41 OR. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung schliessen sich Vorteilsherausgabe und Schadenersatzanspruch gegenseitig aus.²

Hinweis: Falls zusätzlich Art. 41 OR angekreuzt wurde, wird diese Antwort akzeptiert, da auf der Bachelorstufe die Kenntnis der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu diesem Punkt nicht vorausgesetzt wird. Hingegen *musste* man Art. 423 Abs. 1 OR ankreuzen.

2.5 Güterrechtliche Auseinandersetzung

Nein, Frau Bucher kann sich nicht erfolgreich auf die Gütertrennung berufen. Gemäss **Art. 181 ZGB** unterstehen die Ehegatten den Vorschriften über die Errungenschaftsbeteiligung, sofern sie nicht durch *Ehevertrag* etwas anderes vereinbaren oder der ausserordentliche Güterstand eingetreten ist. Die Voraussetzungen für den Abschluss eines Ehevertrages sind in Art. 182 ff. ZGB geregelt. Gemäss **Art. 184 ZGB** muss der Ehevertrag öffentlich beurkundet werden und von den vertragschliessenden Personen sowie gegebenenfalls vom gesetzlichen Vertreter unterzeichnet werden. Vorliegend *fehlt* die Unterschrift von Frau Bucher. Zudem ist davon auszugehen, dass ein solcher Ehevertrag auch nicht notariell beurkundet ist. Also wurde die Gütertrennung nicht gültig vereinbart.

2.6. Güterstand

Falls der Ehevertrag nicht gültig zustande gekommen ist, gilt gemäss **Art. 181 ZGB** zwischen den Ehegatten der ordentliche Güterstand der **Errungenschaftsbeteiligung (Art. 196 ff. ZGB)**. Das Eigengut des Ehemannes bzw. der Ehefrau verbleibt bei der Auflösung des Güterstands in deren Eigentum (**Art. 205 ZGB**). Was vom Gesamtwert der Errungenschaft, einschliesslich der hinzugerechneten Vermögenswerte und der Ersatzforderungen, nach Abzug der auf ihr lastenden Schulden verbleibt, bildet den Vorschlag (**Art. 210 ZGB**). Gemäss Gesetz steht jedem Ehegatten oder seinen Erben die Hälfte des Vorschlages des andern zu (**Art. 215 ZGB**).

² BGE 97 II 178.

2.7. Andauerndes Koma

Zuständig ist die **Erwachsenenschutzbehörde**. Diese ordnet gestützt auf Art. 389 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB eine Massnahme an, wenn bei Urteilsunfähigkeit der hilfsbedürftigen Person keine oder keine ausreichende eigene Vorsorge getroffen worden ist und die Massnahmen von Gesetzes wegen nicht genügen.

Vorliegend hat Frau Bucher keinen Vorsorgeauftrag erteilt und die Vertretung durch ihren gesetzlichen Vertreter (Herr Bucher, Art. 374 ZGB) genügt nicht, weil Herr Bucher diese Vertretung nicht wahrnehmen will und kann.

Gemäss **Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB** ordnet die Erwachsenenschutzbehörde eine **Beistandschaft** an, wenn eine volljährige Person wegen einer geistigen Behinderung, einer psychischen Störung oder eines ähnlichen in der Person liegenden Schwächezustandes ihre Angelegenheiten nur teilweise oder gar nicht besorgen kann. Frau Bucher liegt im Koma und der Zustand ist nicht nur vorübergehend. Sie befindet sich deshalb in einem Schwächezustand und kann ihre Angelegenheiten nicht eigenständig besorgen. Zudem ist ihr Ehemann gemäss eigener Einschätzung nicht mehr in der Lage, sie zu vertreten (vgl. **Art. 390 Abs. 2 ZGB**). Die Erwachsenenschutzbehörde hat daher eine Beistandschaft (Art. 393 ff. ZGB) zu errichten. Sie wird die Beistandschaft als **umfassende Beistandschaft** ausgestalten (**Art. 398 ZGB**).

FRAGE 3

3.1. Herausgabeanspruch

Der Herausgabeanspruch ist ein vertraglicher Erfüllungsanspruch.

3.2. Herausgabe- oder Rechenschaftspflicht

Aus BGE 139 III 49 ist zu folgern, dass Herr Karrer Frau Bucher gestützt auf Art. **400 Abs. 1 OR** jederzeit *Rechenschaft* über seine Geschäftsführung ablegen und alles *erstatten*, „was ihm infolge derselben aus irgend einem Grunde zugekommen ist. Art. 400 Abs. 1 OR statuiert mithin eine Rechenschafts- und eine Herausgabepflicht. Das Bundesgericht hat im besagten BGE festgehalten, dass der Gegenstand der Rechenschaftspflicht und der Gegenstand der Herausgabepflicht nicht deckungsgleich sind.

So können gemäss E. 4.1.3 Aufzeichnungen über Kundenkontakte Gegenstand der **Rechenschaftspflicht** bilden, obwohl solche (internen) Aufzeichnungen grundsätzlich nicht der **Herausgabepflicht** unterliegen. Dies ist dann der Fall, wenn diese internen Dokumente geeignet sind, der Auftraggeberin die Kontrolle über die Tätigkeit des Beauftragten zu ermöglichen. Wird dies bejaht, so sind die Dokumente gestützt auf die Rechenschaftspflicht der Auftraggeberin zwar nicht (im Original) herausgegeben, sie müssen ihr aber *in geeigneter* Form zur Kenntnis gebracht werden.

Frau Bucher kann argumentieren, dass sie Einsicht in die Gesprächsprotokolle benötigt, um zu kontrollieren, ob Herr Karrer ihre Weisung bezüglich der Anpassung der Konditionen zur Vermögensverwaltung effektiv vermerkt hat. Sie kann deshalb gestützt auf die auftragsrechtliche **Rechenschaftspflicht** von Herrn Karrer verlangen, dass ihr dieser die internen Aufzeichnungen in **geeigneter Form** zur Kenntnis bringt. Diese Ermöglichung der Kenntnisnahme ist von einer (einfachen) Herausgabe zu unterscheiden – denn eine Herausgabepflicht wird gerade für die hier relevanten Dokumente verneint. Hingegen kann die geeignete Form beispielsweise darin bestehen, dass Herr Karrer die Notizen **in Kopie** zur Verfügung stellt, oder dass er Einsicht in die Dokumente samt Kopiermöglichkeit gewährt.

3.3. Verfahren

3.3.1. Rechtsbegehren

Rita Bucher verlangt von Herrn Karrer die einbehaltenen Retrozessionen in der Höhe von CHF 18'000.- heraus. Dabei handelt es sich um einen Erfüllungsanspruch aus Vertrag (vgl. 3.1), geltend zu machen in Form einer Leistungsklage auf Zahlung einer Geldforderung. Auch der damit verbundene Anspruch auf Rechenschaftsablegung (vgl. 3.2) ist Inhalt einer Leistungsklage, die den Beklagten zu einem Tätigwerden verpflichtet. Schliesslich ist ein Antrag betreffend die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu stellen. Insgesamt könnte Rita Bucher Begehren an das zuständige Gericht wie folgt lauten:

1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 18'000.- an erhaltenen und zurückbehaltenen Retrozessionen zu bezahlen, jeweils zuzüglich Zins seit dem jeweiligen Valutatag des Erhalts der einzelnen Rückvergütungen.
2. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin in geeigneter Form Rechenschaft über den Inhalt des Protokolls über das Gespräch betreffend Änderung der Instruktionen zum Vermögensverwaltungsvertrag abzulegen, unter Strafandrohung im Unterlassungsfall i.S.v. Art. 292 StGB.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

3.3.2. Verfahren

Zu beurteilen ist eine Leistungsklage über CHF 18'000.- zuzüglich Zinsen, verbunden mit einer Klage auf auftragsrechtliche Rechenschaftsablegung und Edition von Unterlagen. Dabei handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit mit einem Streitwert von unter CHF 30'000 (**Art. 91 Abs. 1 ZPO**), die gemäss **Art. 243 Abs. 1 ZPO** im vereinfachten Verfahren zu behandeln ist.

3.3.3. Rechtsmittel

Beim Entscheid über Rita Buchers Anspruch wird es sich um einen erstinstanzlichen Endentscheid handeln. Der Streitwert beträgt CHF 18'000 (Art. 91 Abs. 1 ZPO, vgl.

3.3.2). Das ordentliche Rechtsmittel vor 2. Instanz ist folglich gemäss **Art. 308 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 308 Abs. 2 ZPO** die Berufung.

Vor 3. Instanz, d.h. vor Bundesgericht scheidet die Beschwerde in zivilrechtlichen Angelegenheiten als ordentliches Rechtsmittel aufgrund des zu geringen Streitwertes aus (unter CHF 30'000; **Art. 51 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 51 Abs. 3 i.V.m. Art. 72 Abs. 1 i.V.m. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG**). Eine Ausnahme i.S.v. **Art. 74 Abs. 2 BGG** liegt nicht auf der Hand. Möglich wäre theoretisch eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss **Art. 113 BGG**.

3.4. Verkauf des Matsuda

3.4.1. Ansprüche von Bucher gegen Baumberger

Zu prüfen ist, ob Bucher gegen Baumberger einen Herausgabeanspruch aus Eigentum hat (**Art. 641 Abs. 2 ZGB**, Vindikation). Dies ist dann der Fall, wenn Bucher am Bild Eigentum erworben und dieses nicht zwischenzeitlich verloren hat.

Bucher *war* Eigentümerin des Bildes, als sie dieses Karrer leihweise überlassen hat. Gemäss **Art. 714 Abs. 1 ZGB** bedarf es zur Übertragung des Fahrniseigentums des Übergangs des Besitzers auf den Erwerber. Gemäss **Art. 922 Abs. 1 ZGB** wird der Besitz unter anderem durch die Übergabe der Sache selbst übertragen. Geschieht die Übergabe unter Abwesenden, so ist sie mit der Übergabe der Sache an den Empfänger oder dessen Stellvertreter vollzogen (**Art. 923 ZGB**).

Vorliegend hat Karrer als Stellvertreter und Beauftragter von Bucher das Bild erworben und es für sie in Empfang genommen. Mit dem Vollzug der Übergabe an Karrer wurde Bucher mittelbare selbstständige Besitzerin und sie hat das Eigentum am Matsuda erworben.

Fraglich ist, ob Bucher ihr Eigentum verloren hat, weil in der Zwischenzeit Baumberger gültig Eigentum erworben hat.

Gemäss **Art. 714 Abs. 1 ZGB** bedarf es zur Übertragung des Fahrniseigentums des Übergangs des Besitzers auf den Erwerber. Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt, denn Baumberger hat das Bild bei Karrer abgeholt.

Gemäss **Art. 714 Abs. 2 ZGB** wird, wer in gutem Glauben eine bewegliche Sache zu Eigentum übertragen erhält, auch wenn der Veräusserer zur Eigentumsübertragung nicht befugt ist, deren Eigentümer, sobald er nach den Besitzesregeln im Besitze der Sache geschützt ist.

Vorliegend hat Baumberger das Bild zu Eigentum übertragen erhalten, obwohl Karrer nicht zur Eigentumsübertragung befugt war. Der gute Glaube Baumbergers wird vermutet (**Art. 3 Abs. 1 ZGB**). Da das Bild zudem in Karrers Salon hing und Karrer im versicherte, er sei Eigentümer, kann ihm auch nicht vorgeworfen werden, er hätte bei genügender Aufmerksamkeit erkennen können, dass Karrer nicht Eigentümer ist (**Art. 3 Abs. 2 ZGB**). Also hat Baumberger Eigentum am Bild erworben, sofern er nach den Besitzesregeln im Besitze der Sache geschützt ist.

Gemäss **Art. 933 ZGB** ist, wer eine bewegliche Sache in gutem Glauben zu Eigentum oder zu einem beschränkten dinglichen Recht übertragen erhält, in seinem Erwerb auch dann zu schützen, wenn sie dem Veräusserer ohne jede Ermächtigung zur Übertragung anvertraut worden war.

Vorliegend erhielt Karrer das Bild leihweise von Bucher (**Art. 305 OR**). Fahrnisgegenstände, die einem anderen zur Gebrauchsleihe überlassen werden, **gelten als anvertraut** im Sinne von Art. 933 ZGB. Baumbergers guter Glaube wird vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB, siehe auch oben). Also ist Baumberger in seinem Erwerb zu schützen, auch wenn Karrer zum Verkauf nicht ermächtigt war.

Da die Voraussetzungen für den Besitzschutz nach Art. 933 ZGB erfüllt sind, hat Baumberger gestützt auf Art. 714 Abs. 2 ZGB gültig Eigentum erworben. Also hat Bucher ihr Eigentum verloren und hat keinen Herausgabeanspruch gegen Baumberger gestützt auf Eigentum.

3.4.2. Ansprüche von Bucher gegen Karrer

Zwischen Bucher und Karrer besteht ein Gebrauchsleihevertrag (Art. 305 ff. OR). Konsens- oder Gültigkeitsmängel sind aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich. Gemäss Art. 305 OR ist der Entlehner verpflichtet, die Sache nach dem gemachten Gebrauche dem Verleiher zurückzugeben.

Vorliegend hat Karrer das Bild verkauft. Er ist daher nicht mehr in der Lage, seine Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrages zu erfüllen. Also hat er den Vertrag verletzt. Die Bestimmungen über die Gebrauchsleihe enthalten keine besonderen Bestimmungen über Schadenersatzansprüche bei Vertragsverletzung. Also richten sich diese Ansprüche nach Art. 97 Abs. 1 OR.

Folglich hat Bucher gegen Karrer einen **Anspruch auf Schadenersatz** gestützt auf **Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 305 OR**.

Da Bucher auch Eigentümerin des Bildes war, als sie dieses Karrer anvertraut hat, hat Karrer Bucher in ihren Eigentumsrechten geschädigt. Eigentum ist ein absolut geschütztes Rechtsgut im Sinne von Art. 41 OR. Also steht Bucher grundsätzlich auch ein **Anspruch auf Schadenersatz** gegen Karrer gestützt auf **Art. 41 OR** zu.

Hingegen steht Bucher gegen Karrer *kein* Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (**Art. 62 OR**) zu. Denn nach herrschender Lehre und Rechtsprechung verdrängt der vertragliche Anspruch den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.