

FACHPRÜFUNG PRIVATRECHT II UND III
(Art. 17 Abs. 1 lit. a RSL RW)

Es sind alle Fragen zu bearbeiten. Stichworte gelten nicht als Antworten. Die Anspruchsvoraussetzungen sind nicht global zu bejahen oder zu verneinen, sondern im Einzelnen *anhand des Gesetzes* zu prüfen und zu begründen. Für die Punktevergabe zählen neben der Nennung der gesetzlichen Voraussetzungen und der **Subsumtion** auch die Strukturierung des Textes und die Qualität der Argumentation.

Beachten Sie die relative Gewichtung der Aufgaben durch die Punkteangaben (Zeiteinteilung).

Frage 1

Rita Bucher ist Partnerin in einer grossen Wirtschaftskanzlei und hat in den letzten Jahren lukrative Mandate übernommen. Sie lässt ihr Vermögen durch den unabhängigen Vermögensverwalter Peter Karrer verwalten und hat mit ihm vereinbart, dass er die Verwaltung unter der Anlagestrategie „dynamisch Total-Return“ vornehmen soll. Die Vermögenswerte liegen auf Konten und Depots ihrer Hausbank X. Die Bank hat Rita Bucher die Möglichkeit eingeräumt, Kredite in der Höhe von max. CHF 100'000 aufzunehmen. Die Vereinbarung zwischen der Bank und Frau Bucher enthält keine Angaben über die Rückzahlungsfristen der aufgenommenen Kredite.

Frau Bucher erteilt Herrn Karrer eine mündliche Vollmacht, im Rahmen der Anlagestrategie Wertpapiere, Wertrechte, Geldmarktanlagen, Edelmetalle und Währungen zu kaufen oder zu verkaufen. Um bei der Vermögensanlage genügend Flexibilität zu erhalten, erlaubt ihm Frau Bucher, von ihrer Kreditfazilität bei der Hausbank X Gebrauch zu machen. Frau Bucher informiert ihren Kundenberater an einer Sitzung mündlich über die Herrn Karrer erteilte Vollmacht.

Nachdem sie von einem Klienten erfahren hat, wieviele Retrozessionen Herr Karrer für den Erwerb von Anlagefonds zurückbehält, untersagt sie ihm im Herbst 2013 ausdrücklich den Erwerb von Anlagefonds in ihrem Namen. Am selben Abend teilt sie ihrem Kundenberater im Rahmen eines Kundenanlasses ihrer Hausbank mit, dass sie Anlagefonds für reine „Geldmacherei“ der Finanzdienstleister halte und „am liebsten nichts damit zu tun habe“.

Im Frühling 2014 lässt Frau Bucher ihr altes Sparbüchlein bei ihrer Hausbank auflösen. Sie ist sehr erstaunt, als ihr Kundenberater erklärt, ein Teil des Betrages

werde mit den Ansprüchen der Bank gegen Frau Bucher aus einem Kredit in der Höhe von CHF 50'000 verrechnet. Auf Nachfrage führt der Bankangestellte aus, Herr Karrer habe im Namen von Frau Bucher im letzten Halbjahr regelmässig Fondsanteile erworben. Der letzte Erwerb habe vor zwei Tagen stattgefunden und Herr Karrer habe dafür im Rahmen ihrer Kreditlimite CHF 50'000 bei der Bank aufgenommen. Ein Blick auf ihren Vermögensauszug zeigt Frau Bucher, dass dies effektiv so ist. Mit Verdruss bemerkt sie zudem, dass alle der erworbenen Fondsanteile seit dem Erwerb erheblich an Wert verloren haben.

Frau Bucher ist sehr enttäuscht und bespricht sich sofort mit dem Juniorpartner ihrer Kanzlei. Dieser ist der Auffassung, dass Frau Bucher absolut nichts falsch gemacht habe und sie die Verrechnung der Bank nicht akzeptieren müsse. Zudem könne sie Herrn Karrer für den Wertverlust der Fondsanteile ohne weiteres auf Schadenersatz verklagen.

1.1. Hat Herr Karrer die Fondsanteile für Frau Bucher rechtsgültig erworben?

[9 Punkte]

1.2. Darf die Bank die Forderung von Frau Bucher aus der Auflösung des Sparbüchleins teilweise verrechnen? Gehen Sie bei der Beantwortung der Frage davon aus, dass Frau Bucher die Fondsanteile effektiv erworben hat.

[10 Punkte]

1.3. Hat Frau Bucher einen Anspruch auf Schadenersatz gegenüber Herrn Karrer? Gehen Sie bei der Beantwortung der Frage davon aus, dass Frau Bucher die Fondsanteile effektiv erworben hat. Ihr Vermögen ist dabei kleiner, als wenn Herr Karrer die Anteile nicht erworben hätte.

[10 Punkte]

1.4. Neuer Sachverhalt: Frau Bucher hat dem Kundenberater ihrer Hausbank X anlässlich des Kundenanlasses ausdrücklich mitgeteilt, dass sich die Vollmacht von Herrn Karrer ab sofort nicht mehr auf den Erwerb von Anlagefonds erstrecke. Die Anwälte der Hausbank stellen sich auf den Standpunkt, diese mündliche Aussage sei nie erfolgt.

Wer trägt die Beweislast für diesen Umstand?

[2 Punkte]

Pro memoria: **Begründen Sie alle Ihre Antworten anhand des Gesetzes.** Antworten, die ohne Bezugnahme auf die einschlägigen Gesetzesbestimmungen erfolgen, werden nicht honoriert, selbst wenn sie im Ergebnis zutreffen sollten.

Frage 2

Rita Bucher ist aufgrund eines internationalen Schiedsgerichtsfalls während mehrerer Monate immer wieder beruflich im Ausland. Nach ihren negativen Erfahrungen mit Herrn Karrer bittet sie ihren Mann, Karl Bucher, ein Auge auf Herrn Karrer zu halten. Sie erteilt ihm eine entsprechende Vollmacht über ihr gesamtes Vermögen.

Nach dem erfolgreichen Abschluss des Gerichtsfalls feiert Frau Bucher mit ihren Klienten. Sie unterschätzt dabei die Wirkung der angebotenen Cocktails und fällt unglücklich über ein Balkongeländer. Der Sturz bewirkt eine Kopfverletzung und Rita Bucher wird durch die Ärzte in einem künstlichen Koma gehalten. Die Ärzte gehen immerhin davon aus, dass Frau Bucher nach rund einer Woche aus dem Koma geholt werden kann.

Ihr Mann (Karl Bucher) ist verzweifelt. Zu allem Unglück kommen noch seine Probleme mit Herrn Karrer hinzu, zu dem er nie ein besonders gutes Verhältnis hatte. Dieser sagt, er akzeptiere es nicht, dass Herr Bucher ihm weiterhin Weisungen erteile. Er könne überhaupt nicht mehr beurteilen, ob Frau Bucher mit diesen Weisungen einverstanden wäre. Weiter stösst Herr Bucher auch bei der Organisation des geplanten Rehaaufenthalts seiner Ehefrau in einer teuren Privatklinik an seine Grenzen. Er sieht sich veranlasst, die Kosten mit einem Kredit zu finanzieren. Damit ihm die Bank den Kredit gewährt, will er ihr eine Liegenschaft verpfänden, die Frau Bucher von ihrer Grosstante geerbt hat. Schliesslich hat Frau Wunderlich, die Nachbarin der Buchers, Kenntnis von Frau Buchers Zustand erhalten. Sie traut Herrn Bucher gestützt auf einen langjährigen Heckenstreit nicht über den Weg und ist der Auffassung, hier müsse doch jemand „zum Rechten schauen“.

Frau Bucher erwacht nach rund einer Woche wieder völlig gesund aus dem Koma. Sie erkennt jedoch ihren Ehemann nicht wieder. Das gibt Karl Bucher, der unter dem intensiven Arbeitsleben seiner Ehefrau immer schon gelitten hat, den Rest. Er setzt sich in die Karibik ab und schliesst sich einer Kommune an. Um einen grösseren Imageschaden abzuwenden, bemüht sich Frau Bucher sofort um die Scheidung. Sie ist froh, dass Karl Bucher und sie bei Eheschluss vertraglich die Gütertrennung vereinbart haben. Sie als vermögendere Ehegattin hat das Schriftstück allerdings nicht unterzeichnet. Schriftliche Verträge müssen ihrer Auffassung nach lediglich durch jene Partei unterzeichnet werden, die sich effektiv bindet. Dies sei ganz klar nur Herr Bucher gewesen, da er immer viel weniger verdient habe als sie.

2.1. Kann Karl Bucher Herrn Karrer auch während der Zeit, in der Frau Bucher im Koma liegt, gestützt auf die Vollmacht, die sie ihm erteilt hat, Weisungen über die Verwaltung ihres Vermögens erteilen? Gehen Sie bei der Beantwortung der Frage davon aus, dass Herr Karrer auch während des Komas von Frau Bucher befugt ist, ihr Vermögen zu verwalten.

[10 Punkte]

2.2. Die Bank will die Liegenschaft von Frau Bucher nicht als Pfand für den Kredit zur Finanzierung des Klinikaufenthalts annehmen.

2.2.1. Darf Herr Bucher die Liegenschaft von Frau Bucher verpfänden, um ihren Klinikaufenthalt zu finanzieren? Gehen Sie bei der Beantwortung der Frage davon aus, dass sich Herr Bucher dafür *nicht* auf die Vollmacht stützen kann, die ihm seine Frau vor ihrem Unfall erteilt hat.

[6 Punkte]

2.2.2. Hätte das Ehepaar Bucher Vorkehrungen treffen können, um die Situation für Karl Bucher zu vereinfachen?

[1 Punkt]

2.3. Kann sich Frau Wunderlich an eine bestimmte Stelle wenden, um ihren Sorgen über die Vertretung von Frau Bucher durch deren Mann Ausdruck zu verleihen? (Kurzantwort)

[2 Punkte]

2.4 Welchen Anspruch hat Rita Bucher gegen ihren Mann, wenn dieser während ihres Komas den Goldschmuck verkauft hat, den sie von ihrer Grosstante geerbt hat? Kreuzen Sie den oder die zutreffenden Punkte an (x aus 4). Herr Bucher hat den Schmuck im Namen von Frau Bucher, jedoch unter seinem eigentlichen Wert verkauft. Er weigert sich, den Erlös an Frau Bucher weiterzugeben.

Anspruch auf Schadenersatz gestützt auf Art. 41 OR

Anspruch auf Schadenersatz gestützt auf Art. 97 OR

Anspruch gestützt auf Art. 423 OR

Anspruch gestützt auf Art. 62 OR

Hinweis: Die Punkte werden nur für die exakt richtige Antwort vergeben. **Kreuzen Sie die zutreffende(n) Aussage(n) auf dem Blatt im Anhang an.**

[2 Punkte]

2.5. Kann sich Frau Bucher bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung im Rahmen der Scheidung erfolgreich auf die vertraglich vereinbarte Gütertrennung berufen?

[3 Punkte]

2.6. Wie wäre das Vermögen des Ehepaars Bucher zu teilen, wenn der Vertrag, unter dem das Ehepaar Bucher die Gütertrennung vereinbarte, nicht gültig zustande gekommen ist? (Kurzantwort!)

[2 Punkte]

- 2.7. Neuer Sachverhalt: Das Koma von Frau Bucher erweist sich leider wider Erwarten als dauerhaft. Herr Bucher fühlt sich überfordert und ist nicht mehr länger bereit, Entscheidungen für Frau Bucher zu treffen. Welche Behörde ist zuständig und welche Massnahme wird sie anordnen?

[4 Punkte]

Frage 3

Nach ihrer Genesung will Rita Bucher auch mit Peter Karrer reinen Tisch machen. Es stört sie insbesondere, dass Herr Karrer für die Aufnahme von Anlagefonds in ihr Portfolio Zahlungen von Dritten erhalten hat (sog. Retrozessionen), nachdem sie sich im Herbst 2013 gerade wegen dieser Retrozessionen ausdrücklich gegen den Erwerb weiterer Anlagefonds ausgesprochen hatte. Rita Bucher will die zurückbehaltenen Retrozessionen von Herrn Karrer herausverlangen – immerhin geht es um CHF 18'000.-, die ihr zustehen. Sie weiss, dass Herr Karrer ihre Gespräche jeweils handschriftlich protokolliert hat, so auch das Gespräch, in welchem die Anpassung der Konditionen zur Vermögensverwaltung besprochen wurden.

- 3.1. Was für einen Anspruch hat Frau Bucher gegen Herrn Karrer in Bezug auf die zurückbehaltenen Retrozessionen? Kreuzen Sie den oder die zutreffenden Punkte an (x aus 6). Nehmen Sie für Ihre Antwort den nachfolgenden Auszug aus BGE 132 III 460 ff. zur Hilfe. Gehen Sie dabei davon aus, dass Frau Bucher effektiv einen Anspruch auf die zurückbehaltenen Drittzahlungen hat.

- Anspruch aus unerlaubter Handlung
- Anspruch aus culpa in contrahendo
- Anspruch aus Vertrag
- Anspruch auf Schadenersatz gestützt auf Art. 41 OR
- Anspruch auf Schadenersatz gestützt auf Art. 97 OR
- Anspruch auf Erfüllung

Hinweis: Die Punkte werden nur für die exakt richtige Antwort vergeben. **Kreuzen Sie die zutreffenden Aussagen auf dem Blatt im Anhang an.**

[4 Punkte]

Auszug aus BGE 132 III 460 ff.

Sachverhalt (vereinfacht): **A** liess sein Vermögen durch den Vermögensverwalter **B** verwalten. **B** erhielt von den Banken **X**, **Y** und **Z** eine Vergütung, wenn er **A** bestimmte Finanzprodukte ins Depot legte. **B** informierte **A** nicht über diese Drittvergütungen (Retrozessionen) und gab sie ihm auch nicht weiter. Er stellte sich auf den Standpunkt, dass sie nicht **B**, sondern ihm selbst zustünden.

Aus den Erwägungen: [...] 4.1 Auf den Vermögensverwaltungsvertrag finden die auftragsrechtlichen Regeln Anwendung (BGE 124 III 155 E. 2b S. 161; BGE 115 II 62 E. 1; Urteil 4C.97/1997 vom 29. Oktober 1997, E. 3a, publ. in: SJ 1998 S. 200). Nach Art. 400 Abs. 1 OR ist der Beauftragte schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grund zugekommen ist, zu erstatten. Die Ablieferungspflicht betrifft nicht nur diejenigen Vermögenswerte, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, sondern auch indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen. [...] Retrozessionen - und wohl regelmässig auch Finder's Fees, sofern der Beauftragte dem Auftraggeber im Rahmen des Vertrags geraten hat, die zur Verwaltung überlassenen Vermögenswerte bei einer bestimmten Bank (neu) zu deponieren (a.M. offenbar DE CAPITANI, Retrozessionen an externe Vermögensverwalter, Festschrift Jean-Paul Chappuis, Zürich 1998, S. 29 Ziff. 13) - werden dem Beauftragten ausgerichtet, weil er im Rahmen des Auftrags bestimmte Verwaltungshandlungen vornimmt oder veranlasst; sie fallen im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens an und unterliegen der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR (vgl. EMCH/ RENZ/ARPAGAU, a.a.O., N. 1694 S. 554; JÖRG/ARTER, Herausgabe- und Rechenschaftspflicht des unabhängigen Vermögensverwalters, Der Schweizer Treuhänder 2004, S. 297 f.; HESS, a.a.O., S. 1432; WATTER, Über die Pflichten der Bank bei externer Vermögensverwaltung, AJP 1998 S. 1177 Rn. 27).

3.2. Im Hinblick auf den Rechtsstreit, der sich zwischen Frau Bucher und Herr Karrer anbahnt, wäre es für Frau Bucher sehr hilfreich, wenn sie wüsste, was genau Herr Karrer in seinen Gesprächsnotizen vermerkt hat.

Welche Ansprüche hat Frau Bucher diesbezüglich gegenüber Herrn Karrer und gestützt auf welche Rechtsgrundlage? Nehmen Sie für Ihre Antwort den Auszug aus BGE 139 III 49 ff. unten zur Hilfe.

[4 Punkte]

Auszug aus BGE 139 III 49 ff.

Sachverhalt (vereinfacht): A beauftragte die Bank B, Finanzprodukte auf seine Rechnung aber in eigenem Namen von Dritten zu erwerben. Aufgrund diverser Unstimmigkeiten verlangt A von B die Edition von Berechnungen, Telefonnotizen und Gesprächsprotokollen.

4.1.3 Der Umfang der Rechenschaftspflicht ist beschränkt auf Belange des Auftragsverhältnisses, wobei der Beauftragte den Auftraggeber vollständig und wahrheitsgetreu zu informieren und ihm alle Dokumente vorzulegen hat, die sich auf die im Interesse des Auftraggebers besorgten Geschäfte beziehen (Urteil C.59/1980 vom 17. Juni 1980 E. 2 [nach ZR: E. 1], in: ZR 80/1981 S. 73). Die Herausgabepflicht umfasst alles, was dem Beauftragten in Ausführung des Mandats vom Auftraggeber ausgehändigt worden oder von Dritten zugekommen ist (BGE 122 IV 322 E. 3c/aa S. 328). Ausgenommen sind rein interne Dokumente wie vorbereitende Studien, Notizen, Entwürfe, Materialsammlungen und eigene Buchhaltungen (BGE 122 IV 322 E. 3c/aa S. 328). Die Beschwerdeführerin stützt sich auf eine Lehrmeinung, wonach die Rechenschaftspflicht als komplementäres Informationsrecht nicht weiter gehen könne als die Herausgabepflicht und insofern denselben Beschränkungen unterliege (STEFAN HAFNER, Die Rechenschaftspflicht des Beauftragten - Ein Beitrag zum Informationsrecht im Auftragsvertrag, 2007, S. 128, 307). Dieser Auffassung ist nicht zuzustimmen. [...] So können etwa Aufzeichnungen über Kundenbesuche und -kontakte Gegenstand der Rechenschaftspflicht bilden, obwohl solche (internen) Aufzeichnungen grundsätzlich nicht der Herausgabepflicht unterliegen (vgl. Urteil 5A_171/2009 vom 15. Oktober 2009 E. 3.5). Dies ergibt sich aus dem Zweck der Rechenschaftspflicht. [...] Es ist somit zu differenzieren zwischen (der Herausgabepflicht nicht unterliegenden) internen Dokumenten, deren Inhalt dem Auftraggeber in geeigneter Form zur Kenntnis gebracht werden muss, um diesem überhaupt die Kontrolle über die Tätigkeiten des Beauftragten zu ermöglichen, und rein internen Dokumenten wie z.B. nie versandten Vertragsentwürfen, welche für die Überprüfung der vertragsgemässen Ausführung des Auftrags durch den Beauftragten ohnehin nicht relevant sind.

3.3 Herr Karrer vertritt die Ansicht, die Retrozessionen stünden ihm zu. Auch der Friedensrichter kann ihn nicht umstimmen. Nun hat Rita Bucher genug und beschreitet den Gerichtsweg.

3.3.1. Wie lautet ihr vollständiges Begehren an das zuständige Gericht?

[4 Punkte]

3.3.2. In welchem Verfahren wird das Gericht über ihr Begehren befinden?

[2 Punkte]

3.3.3. Nennen Sie kurz die möglichen Rechtsmittel vor zweiter und dritter Instanz.

[4 Punkte]

3.4 Schliesslich erinnert sich Rita Bucher, dass sie Herrn Karrer kurz vor ihrem Unfall gebeten hatte, von einem gemeinsamen Bekannten ein Bild des Künstlers Jeff Matsuda für sie zu erwerben. Dies hatte Herr Karrer auch getan und Frau Bucher hatte ihm den Kaufpreis überwiesen. Nun vereinbarten die beiden, dass Frau Bucher das Bild bei Herrn Karrer abholt. Frau Karrer verstaut es in der Einfahrt der Villa Karrer im Kofferraum ihres Jaguars. Als sie den Zündschlüssel dreht, rührt sich der Wagen nicht. Alle Lichter sind aus, die Batterien sind leer. Frau Bucher entscheidet sich, ein Taxi zu bestellen und den Wagen bei Karrer abholen zu lassen. Sie übergibt ihm das Bild vorübergehend zur Aufbewahrung. Karrer, der am nächsten Tag einen Kundenanlass bei sich zuhause durchführt, fragt Frau Bucher, ob sie ihm das Bild leihweise zum Aufhängen in seinem Salon überlassen würde. Frau Bucher ist einverstanden. Anlässlich des Kundenanlasses sieht Karrers wichtigster Kunde, Silvio Baumberger, das Bild und ist begeistert. Er fragt Karrer nach dem Kaufpreis, den dieser bezahlt habe, und bietet ihm denselben Preis an. Einem Kunden wie ihm könne man das doch nicht verwehren! Karrer, der sich als Eigentümer ausgegeben hatte und es nicht wagt, Baumberger zu widersprechen, willigt ein. Am nächsten Tag wird das Bild abgeholt. Als Frau Bucher sich zwei Wochen später wegen der Übergabe des Bildes meldet, fliegt die Sache auf.

3.4.1. Kann Bucher das Bild von Baumberger herausverlangen?

[9 Punkte]

3.4.2. Welche Ansprüche hat Bucher gegen Karrer? Erwähnen Sie lediglich die möglichen Anspruchsgrundlagen (unter Angabe der einschlägigen Rechtsnormen), ohne den Sachverhalt unter die einschlägigen Bestimmungen zu subsumieren.

[3 Punkte]

Anhang

2.4 Welchen Anspruch hat Rita Bucher gegen ihren Mann, wenn dieser während ihres Komas den Goldschmuck verkauft hat, den sie von ihrer Grosstante geerbt hat? Kreuzen Sie den oder die zutreffenden Punkte an (x aus 4). Herr Bucher hat den Schmuck im Namen von Frau Bucher, jedoch unter seinem eigentlichen Wert verkauft. Er weigert sich, den Erlös an Frau Bucher weiterzugeben.

- Anspruch auf Schadenersatz gestützt auf Art. 41 OR
- Anspruch auf Schadenersatz gestützt auf Art. 97 OR
- Anspruch gestützt auf Art. 423 OR
- Anspruch gestützt auf Art. 62 OR

Hinweis: Die Punkte werden nur für die exakt richtige Antwort vergeben.

3.1. Was für einen Anspruch hat Frau Bucher gegen Herrn Karrer in Bezug auf die zurückbehaltenen Retrozessionen? Kreuzen Sie den oder die zutreffenden Punkte an (x aus 6). Nehmen Sie für Ihre Antwort den nachfolgenden Auszug aus BGE 132 III 460 ff. zur Hilfe. Gehen Sie dabei davon aus, dass Frau Bucher effektiv einen Anspruch auf die zurückbehaltenen Drittzahlungen hat.

- Anspruch aus unerlaubter Handlung
- Anspruch aus culpa in contrahendo
- Anspruch aus Vertrag
- Anspruch auf Schadenersatz gestützt auf Art. 41 OR
- Anspruch auf Schadenersatz gestützt auf Art. 97 OR
- Anspruch auf Erfüllung

Hinweis: Die Punkte werden nur für die exakt richtige Antwort vergeben.

ENDE DER PRÜFUNG