

### III. Rechtsprechung

#### C. Auftrag

#### 6. Typische Auftragsverhältnisse

C. Müller, M. Mader

#### Inhaltsverzeichnis

- a) Technik
- b) Medizin
- c) Rechtswissenschaft
- d) Finanzen
- e) Weitere Auftragsverhältnisse

#### **\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 78 \*\***

##### a) Technik

- - Urteil des Bundesgerichts 4C.421/2006 vom 4. April 2007

Dieser Entscheid betrifft die *Entschädigung des Architekten*. Das Bundesgericht erinnert daran, dass der *Gesamtarchitektenvertrag* je nach den versprochenen Dienstleistungen sowohl den Bestimmungen des Auftrags, als auch jenen des Werkvertrags unterliegt.<sup>258</sup> Im Gegensatz zum Planungsvertrag und zum Bauleitungsvertrag verpflichtet sich der Architekt in einem

#### **\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 79 \*\***

Gesamtarchitektenvertrag zur Ausführung sämtlicher Dienstleistungen, von der Projektvorbereitung bis zur Bauleitung.<sup>259</sup>

- - Urteil des Bundesgerichts 4A\_122/2007 vom 4. Juli 2007

Dieser Entscheid betrifft ebenfalls einen *Gesamtarchitektenvertrag*. Da das Bundesgericht die Beschwerde in Zivilsachen insbesondere aus prozessrechtlichen Gründen abweist, sind aus dem Entscheid für den Auftrag keine Lehren zu ziehen.<sup>260</sup>

- - Urteil des Bundesgerichts 4A\_147/2007 vom 5. September 2007

Auch in diesem Entscheid geht es um einen *Architekturvertrag*. Wegen mangelnder Substantiierung tritt das Bundesgericht jedoch auf die Beschwerden nicht ein.

- - Urteil des Bundesgerichts 4A\_183/2007 vom 18. September 2007

In diesem Entscheid, welcher das *Architektenhonorar* betrifft, ging es in erster Linie um Fragen der Beweiswürdigung.

- - Urteil des Bundesgerichts 4A\_119/2007 vom 9. Oktober 2007

In diesem Entscheid zum Architekturvertrag war insbesondere die *örtliche Zuständigkeit für die Klage auf Bezahlung des Architektenhonorars* strittig: *"Im vorliegenden Fall hat der Kläger einen rein vertraglichen Anspruch gegen den Eigentümer des Grundstücks eingeklagt, auf das sich die Architekturleistungen beziehen, deren Vergütung er verlangt. Ein dinglicher Bezug der eingeklagten Forderung zum Grundstück ist nicht ersichtlich. Dem Kläger steht nach seinen Vorbringen ausschliesslich gestützt auf die vertragliche Vereinbarung mit den Beklagten eine Forderung für erbrachte Leistungen zu. Dass diese Leistungen mit einem Grundstück einen*

#### **\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 80 \*\***

*Zusammenhang aufweisen, dessen Eigentümer die Beklagten sind, begründet den Wahlgerichtsstand*

nach Art. 19 Abs. 1 lit. c GestG nicht".<sup>261</sup>

- - Urteil des Bundesgerichts 4A\_149/2007 vom 9. Oktober 2007

Auch in diesem Urteil geht es um einen Architekturvertrag. Gegenstand des Auftrags ist die *grobe Schätzung der Kosten* für den Umbau eines Gebäudes sowie die Erstellung eines Vorentwurfs der für die Ausschreibung bestimmten Pläne. Ein solches Auftragsverhältnis verlangt vom Beauftragten, dass er die Kosten des Baus mit einer Präzision von ungefähr 15% abschätzt (SIA-Norm 102, Ausgabe 2003, Ziff. 4.3.1).<sup>262</sup>

- - Urteil des Bundesgerichts 4A\_124/2007 vom 23. November 2007

Wie dies das Bundesgericht bereits in einem früheren Entscheid festgehalten hat,<sup>263</sup> betrifft diese Angelegenheit einen *Gesamtarchitekturvertrag*. In einem solchen Vertrag finden die Bestimmungen des Auftragsrechts Anwendung auf die Haftung des Architekten für eine falsche Einschätzung der Baukosten.<sup>264</sup> Das Bundesgericht erinnert in diesem Zusammenhang an seine in BGE 124 III 423 entwickelte Rechtsprechung bezüglich dem Schicksal des Honorars des Beauftragten im Falle einer Verletzung oder einer fehlerhaften Ausführung des Auftrags:

*"Tout en soulignant que la jurisprudence a été développée de cas en cas, il [das Bundesgericht] a néanmoins précisé que le mandataire a droit à des honoraires, parfois réduits, en dépit d'une exécution défectueuse du mandat. En effet, la rémunération due au mandataire représente une contre-prestation pour les services qu'il rend au mandant, plus précisément pour l'activité diligente qu'il exerce dans l'affaire dont il est chargé. Par conséquent, le mandataire qui ne rend pas les services promis, c'est-à-dire qui demeure inactif ou n'agit pas avec le soin requis, ne peut prétendre à l'entier des honoraires convenus ou à la même rémunération*

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 81 \*\***

*qui serait équitablement due à un mandataire diligent. Cependant, lorsque les effets de l'absence de diligence ont été corrigés et qu'il n'en résulte pas de préjudice pour le mandant, qui se trouve placé dans la même situation qu'en cas d'exécution correcte du mandat, le travail du mandataire doit être honoré (consid. 3b et les références). Ce n'est que dans le cas où l'exécution défectueuse du mandat est assimilable à une totale inexécution, se révélant inutile ou inutilisable, que le mandataire peut perdre son droit à une rémunération. Il en est de même lorsque la rémunération du mandataire est elle-même constitutive du dommage causé par l'exécution défectueuse (même arrêt, consid. 4a). Dans l'arrêt cité, le Tribunal fédéral a encore précisé, qu'en application par analogie de l'art. 397 al. 2 CO, le droit du mandataire à une rémunération ne disparaît pas s'il prend à sa charge le préjudice causé par la mauvaise exécution du mandat (consid. 3c in fine et les auteurs cités)".<sup>265</sup>*

**b) Medizin**

- - BGE 133 III 462 ff.: *"Haftung des Staates für die Tätigkeit von Spitalärzten; Rechtsweg; entgangene Chance. Die Beschwerde in Zivilsachen steht offen gegen in Anwendung von kantonalem öffentlichem Recht ergangene Entscheide über die Verantwortlichkeit des Gemeinwesens für rechtswidrige Handlungen von in öffentlichen Spitälern angestellten Ärzten (Art. 72 Abs. 2 lit. b BGG ; Art. 31 Abs. 1 lit. d BGerR ; E. 2.1). Die Übernahme der Theorie der entgangenen Chance in das schweizerische Recht erscheint mindestens problematisch. Die Ablehnung dieser Theorie stellt insofern keine willkürliche Anwendung des kantonalen Rechts über die Verantwortlichkeit des Staates für medizinische Tätigkeiten dar (E. 3 und 4)".<sup>266</sup>*

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 82 \*\***

Am 22. Dezember 1995, gegen 3 Uhr 30, meldet sich X. in Begleitung seiner Freundin beim Notfalldienst des Freiburger Kantonsspitals. Trotz der Einnahme von sechs Aspirin-tabletten leidet er an heftigem Kopfweg, Übelkeit, Erbrechen und Bauchschmerzen. Ein Assistenzarzt untersucht X. insbesondere im Hinblick auf eine Hirnhautentzündung, stellt jedoch keine entsprechenden Symptome fest. Der Arzt diagnostiziert eine Grippe und führt die heftigen Bauchschmerzen auf die eingenommenen Schmerzmittel zurück. Er verabreicht dem Patienten weitere Schmerzmittel. Gegen 6 Uhr 30 verlässt X. im Einverständnis mit dem Assistenzarzt das Spital. Der Assistenzarzt rät dem Patienten jedoch, im Laufe des Morgens seinen Hausarzt aufzusuchen.

Dreieinhalb Stunden später wird X. erneut notfallmässig im Kantonsspital aufgenommen. Der Patient ist apathisch. Nach einer kurzen Untersuchung stellt ein anderer Arzt eine bakterielle

Hirnhautentzündung fest. X. wird unverzüglich mit Antibiotika behandelt. Trotzdem treten schwere neurologische und Herz-Kreislauf-Komplikationen auf, welche während längerer Zeit Wiederbelebungsmaßnahmen erfordern. Am 28. Dezember 1995 erwacht X. aus dem Koma. Heute leidet er an neurologischen Folgeschäden, welche sich in einer vollständigen beidseitigen Taubheit manifestieren.

X. reicht gegen den Assistenzarzt, welcher ihn zuerst untersucht hat, Strafklage ein. Gemäss einem ärztlichen Gutachten hat der Arzt die Regeln der ärztlichen Kunst verletzt. Sein Fehler sei jedoch nicht die Ursache der neurologischen Folgeschäden: *"Während die Regeln der ärztlichen Kunst erfordern, dass eine Hirnhautentzündung frühzeitig erkannt wird, damit der Patient unverzüglich behandelt werden kann, steht ebenfalls fest, dass die Krankheit mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Tod und zu neurologischen Folgeschäden führt. Trotz der Tatsache, dass der Patient erst mit 4 bis 5 Stunden Verzögerung mit Antibiotika behandelt wurde, ist es im vorliegenden Fall unmöglich zu sagen, ob eine frühzeitigere Verschreibung von Antibiotika die neurologischen Folgeschäden hätte verhindern können"*<sup>267</sup>.

Ein im strafrechtlichen Beschwerdeverfahren von X. eingereichtes Gegengutachten kommt zum Schluss, dass die durch den ärztlichen

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 83 \*\***

Kunstfehler verursachte Verzögerung in Diagnose und Behandlung der Hirnhautentzündung den Patienten um eine tatsächlich bestehende Heilungschance gebracht hat, indem sie das Risiko von Komplikationen, insbesondere einer Taubheit erhöht hat. Die Strafkammer des Freiburger Kantonsgerichts und das Bundesgericht <sup>268</sup> weisen die gegen den strafrechtlichen Einstellungsbeschluss erhobenen Beschwerden ab.

Im Jahr 2002 reicht X. Verwaltungsklage gegen das Kantonsspital ein und macht einen Schaden von knapp CHF 3 Mio. geltend. Das Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg weist die Klage ab. Es lässt die Frage der Widerrechtlichkeit offen und kommt zum Schluss, dass zwischen der behaupteten widerrechtlichen Handlung und dem vom Patienten erlittenen Schaden ein Kausalzusammenhang nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit erstellt ist, was eine Haftung des Freiburger Spitals ausschliesst.

Gegen dieses Urteil reicht X. eine Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) ein, welche das Bundesgericht von Amtes wegen in eine Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG) umwandelt. <sup>269</sup> In den Augen des Beschwerdeführers hat das Verwaltungsgericht durch die Weigerung, die *perte d'une chance*-Theorie auf seinen Fall anzuwenden, im Sinne von Art. 9BV willkürlich entschieden. Das Bundesgericht verneint dies, indem es zum Schluss kommt, dass das Verwaltungsgericht die Rechtsbegriffe der Kausalität und des Schadens nicht offensichtlich missachtet hat und deshalb das kantonale Recht nicht willkürlich angewandt hat. <sup>270</sup>

Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass die *perte d'une chance*-Theorie mit dem schweizerischen Begriff der natürlichen Kausalität inkompatibel ist. Da eine Tatsache nur dann natürliche Ursache einer Wirkung sein könne, wenn sie diese mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (*"vraisemblance prépondérante"*) ausgelöst hat, könne eine Chance von 25% nicht im rechtlichen Sinne eine haftungsbegründende Ursache einer Schädigung sein. Das Bundesgericht verwirft die Anerkennung der Chance als Element des Vermögens - und damit des Chancenverlusts als

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 84 \*\***

ersetzbarer Vermögensschaden - auch mit dem Argument, dass dies im Widerspruch zur Differenztheorie stünde. <sup>271</sup>

- - BGE 133 III 121 ff.: *"Allgemeine Voraussetzungen der Haftung des Arztes in seiner Eigenschaft als Beauftragter; Verletzung der Regeln der ärztlichen Kunst; Beweislast (E. 3). Aufklärungspflicht des Arztes; Einwilligung des aufgeklärten Patienten und hypothetische Einwilligung (E. 4)".* <sup>272</sup>

In diesem Entscheid erinnert das Bundesgericht an seine zur *Arzthaftpflicht* entwickelten Grundsätze. Als Beauftragter haftet der Arzt für die sorgfältige und getreue Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts (Art. 398 Abs. 2 OR). Auch wenn das Wesen der ärztlichen Kunst für den Arzt darin besteht, den angestrebten Erfolg gestützt auf seine Kenntnisse und Erfahrung zu erzielen, bedeutet dies nicht, dass der Arzt dieses Ziel erreichen muss, denn das Resultat als solches gehört nicht zu seinen Pflichten. Das Mass der ärztlichen Sorgfaltspflicht bestimmt sich nach objektiven Gesichtspunkten. Es

ist unmöglich, diese Anforderungen ein für allemal festzulegen. Sie hängen von den Besonderheiten des Einzelfalls ab, wie der Natur des Eingriffs oder der Behandlung und den damit verbundenen Risiken, dem Ermessensspielraum, der zur Verfügung stehenden Zeit und Mittel, der Ausbildung und der Fähigkeiten des Arztes. Rechtlich bedeutet die Verletzung der Sorgfaltspflicht durch den Arzt - untechnisch auch "Arztfehler" genannt - eine Nicht- bzw. Schlechterfüllung seiner Pflichten als Beauftragter und entspricht, auf vertragsrechtlicher Ebene, dem der ausservertraglichen Haftpflicht eigenen Begriff der Widerrechtlichkeit. Verursacht diese Widerrechtlichkeit einen Schaden und gereicht sie zudem dem Arzt zum Verschulden, so kann der Patient Schadenersatz verlangen (Art. 97 Abs. 1 OR). Wie jeder Beauftragte, insbesondere auch der Anwalt,<sup>273</sup> haftet der Arzt grundsätzlich für jedes Verschulden. Seine Haftung ist nicht auf schweres Verschulden beschränkt.<sup>274</sup> Steht die Verletzung der Regeln

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 85 \*\***

der ärztlichen Kunst fest, so obliegt dem Arzt der Beweis, dass ihn kein Verschulden trifft (Art. 97 Abs. 1 OR).<sup>275</sup>

Die *Regeln der ärztlichen Kunst* sind die von der medizinischen Wissenschaft festgesetzten, allgemein anerkannten und von den Ärzten befolgten Grundsätze.<sup>276</sup> Die Frage, ob ein Arzt seine Sorgfaltspflicht verletzt hat, ist eine Rechtsfrage; die Frage, ob eine allgemein anerkannte Berufsregel besteht, in welchem Zustand sich der Patient befand und wie die ärztliche Behandlung abgelaufen ist, sind Tatfragen.<sup>277</sup> Es obliegt dem Geschädigten, die Verletzung der Regeln der ärztlichen Kunst zu beweisen.<sup>278</sup> Eine durch die Behandlung verursachte, neue gesundheitliche Beeinträchtigung ist vom blossen Ausbleiben des Behandlungserfolgs zu unterscheiden. Zwar kann ein solches Ergebnis nicht an sich schon als Vertragsverletzung qualifiziert werden, da medizinische Behandlungen und Eingriffe in einem gewissen Mass mit Risiken verbunden sind, die auch bei Anwendung aller notwendigen Sorgfalt nicht vermeidbar sind. Soweit die Möglichkeit negativer Auswirkungen der Behandlung aber erkennbar ist, muss der Arzt alle Vorkehrungen treffen, um deren Eintritt zu verhindern. Deren Eintritt begründet sodann eine tatsächliche Vermutung, dass nicht alle gebotenen Vorkehrungen getroffen wurden und somit eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt. Diese Vermutung dient der Beweiserleichterung, hat aber keine Umkehr der Beweislast zur Folge.<sup>279</sup> Die daraus gezogenen Schlüsse gehören grundsätzlich zur Beweiswürdigung, weshalb sie im Berufungsverfahren nicht überprüft werden. Das Bundesgericht hat diese Aussage über das Vorliegen einer solchen Vermutung jedoch in einem späteren, unpublizierten Entscheid dahingehend relativiert, dass sie ausschliesslich die in jenem Entscheid zur Frage stehende Behandlung betreffe und nicht auf eine beliebige Behandlung übertragen werden könne.<sup>280</sup>

Das Erfordernis einer *informierten Einwilligung* durch den Patienten fliesst direkt aus dessen Recht auf seine persönliche Freiheit und auf

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 86 \*\***

seine körperliche Unversehrtheit, welche ein absolut geschütztes Rechtsgut ist.<sup>281</sup> Der Arzt, welcher einen Patienten ohne vorgängige Aufklärung und Einwilligung operiert, handelt widerrechtlich und wird haftbar, unabhängig davon, ob sein Verhalten als Verletzung seiner Pflichten als Beauftragter oder als Verletzung eines absoluten Rechts und damit als privatrechtliches Delikt angesehen wird. Die Widerrechtlichkeit eines solchen Verhaltens betrifft den Eingriff als ganzes und damit sämtliche Tätigkeiten, auch jene, welche gemäss den Regeln der ärztlichen Kunst ausgeführt wurden.<sup>282</sup>

Eine Verletzung der körperlichen Integrität wie zum Beispiel ein chirurgischer Eingriff ist widerrechtlich, es sei denn, es liege ein *Rechtfertigungsgrund* vor.<sup>283</sup> Im Bereich der Medizin besteht der Rechtfertigungsgrund meistens in der Einwilligung durch den Patienten. Um wirksam zu sein, muss die Einwilligung informiert sein, was bedeutet, dass der Arzt den Patienten so umfassend aufklären muss, dass dieser seine Einwilligung in Kenntnis aller Umstände gibt.<sup>284</sup>

Die *Aufklärungspflicht* gründet auch auf den vertraglichen Pflichten des Beauftragten. Der Arzt muss den Patienten auf klare und möglichst vollständige Art und Weise über die Diagnose, die Behandlung, die Heilungschancen, die Alternativen zur vorgeschlagenen Behandlung, die Risiken des Eingriffs, u.U. den natürlichen Verlauf der Krankheit und die finanziellen Fragen, insbesondere im Zusammenhang mit Versicherungen, informieren. Grenzen bzw. Ausnahmen zur Aufklärungspflicht des Arztes sind nur in spezifischen Einzelfällen zulässig, zum Beispiel für alltägliche Eingriffe ohne besondere Gefahr, welche die körperliche Integrität nicht bleibend oder dauernd beeinträchtigen, in dem Notstand nahekommenden Notsituationen, oder wenn im Rahmen einer laufenden Operation ein weiterer

Eingriff als offensichtlich notwendig erscheint. Vom Arzt kann auch nicht verlangt werden, dass er einen Patienten, welcher sich bereits einer oder mehrerer ähnlicher Operationen unterzogen hat, im Detail aufklärt. Handelt es sich jedoch bezüglich Ausführung oder Auswirkungen

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 87 \*\***

um einen besonders heiklen Eingriff, hat der Patient Anrecht auf eine klare und vollständige Aufklärung. <sup>285</sup>

Es obliegt dem Arzt zu beweisen, dass er den Patienten genügend aufgeklärt und von diesem die vorgängige, informierte Einwilligung erhalten hat. Liegt keine informierte Einwilligung vor, so gibt die Rechtsprechung dem Arzt die Möglichkeit, die Einrede der *hypothetischen Einwilligung* zu erheben. Der Arzt muss sodann beweisen, dass der Patient der Operation auch dann zugestimmt hätte, wenn er pflichtgemäss informiert worden wäre. Auch hier obliegt die Beweislast dem Arzt, wobei der Patient bei der Erstellung dieses Beweises mithelfen muss, indem er die persönlichen Beweggründe für eine Verweigerung des Eingriffs, namentlich in Kenntnis der Risiken, glaubhaft macht oder wenigstens behauptet. Grundsätzlich ist keine hypothetische Einwilligung anzunehmen in Fällen, in denen Natur und Schwere des eingegangenen Risikos einen erhöhten Informationsbedarf mit sich bringen, welchem der Arzt nicht gerecht wird. In einem solchen Fall ist es in der Tat naheliegend, dass der Patient sich bei vollständiger Aufklärung in einem regelrechten Konflikt bezüglich der zu treffenden Entscheidung befunden und eine Bedenkzeit verlangt hätte. <sup>286</sup>

Das Gericht stützt sich dabei nicht auf das abstrakte Modell eines "vernünftigen Patienten", sondern auf die persönliche und konkrete Situation des betroffenen Patienten. Die objektive Frage, ob sich ein vernünftiger Patient dem Eingriff widersetzt hätte, stellt sich nur, wenn der Patient keine persönlichen Motive anführt, aufgrund derer er die vorgeschlagene Operation abgelehnt hätte. <sup>287</sup>

- - Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 22. Mai 2007, SR.2001.00001

In diesem Urteil macht das Schiedsgericht in Sozialversicherungsstreitigkeiten des Kantons Zürich interessante Ausführungen zur *ärztlichen Dokumentationspflicht*: "*Zwar hat die zivilrechtliche Rechtsprechung selbst nur wenige und nur punktuell Qualitätskriterien für die Dokumentation der*

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 88 \*\***

*ärztlichen Tätigkeit festgelegt [...]. Doch wurden parallel zur Entwicklung der Rechtsprechung (teilweise auch als Reaktion darauf) berufs- bzw. fachgebietsspezifische Dokumentationsstandards entwickelt [...]. Die rechtliche Bedeutung der von Berufs- und Fachverbänden und/oder der Wissenschaft entwickelten und anerkannten Dokumentationsstandards beschränkt sich nun aber nicht darauf, dass deren Nichteinhaltung im Prozess um einen ärztlichen Kunstfehler zum Anlassen genommen werden kann, die Beweisanforderungen für die beweispflichtige Gegenpartei herabzusetzen. Denn wenn die Dokumentationspflicht aus der auftragsrechtlichen Rechenschaftspflicht (Art. 400 Abs. 1 OR ) abgeleitet wird, gehört eine hinreichende Dokumentation zur sorgfältigen Auftragserfüllung (Art. 398 Abs. 2 OR ) und definieren die anerkannten Dokumentationsstandards das Mass, das in Bezug auf diesen Aspekt der Auftragsausführung vom Beauftragten erwartet werden darf (Art. 398 Abs. 1 OR ). Die mangelhafte Dokumentation ist als neben dem im Allgemeinen viel folgenschwereren ärztlichen Kunstfehler ein eigenständiger Tatbestand nicht gehöriger Vertragserfüllung" . <sup>288</sup>*

- - Urteil des Bundesgerichts 9C.43/2007 vom 7. August 2007

Dieses Urteil verneint die Leistungspflicht der obligatorischen Krankenpflegeversicherung für *ärztliche Selbstbehandlungen*.

**c) Rechtswissenschaft**

- - Urteil des Bundesgerichts 4C.398/2006 vom 13. Februar 2007

Ein Rechtsanwalt verpflichtet sich, seinen Klienten zu beraten und gemäss den Grundsätzen der Rechtswissenschaft zu handeln. Das *Prozessrisiko* trägt dagegen der Klient. Der Klient kann dieses Risiko nicht dem Rechtsvertreter überbinden. Der Rechtsanwalt garantiert insbesondere nicht den Erfolg der Überzeugungen, zu denen er gelangt und die er im Prozess für den Klienten vertritt. <sup>289</sup>

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 89 \*\***

- - *Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 14. Februar 2007, AA060051*

Dieser Entscheid betrifft das auf die auftragsrechtliche *Vertretungsvollmacht des Rechtsanwalts* anwendbare Recht: *"Ob Rechtsanwalt Dr. S. [Beauftragter] auf Grund der ihm vom Beschwerdeführer [Auftraggeber] erteilten Vertretungsvollmacht berechtigt war, mit der Beschwerdegegnerin bzw. deren Anwalt eine Vereinbarung über Regelung und Aufrechnung der gegenseitigen Ansprüche zu schliessen und welcher Form eine solche Vereinbarung zu ihrer Rechtsgültigkeit bedarf, ist eine Frage des materiellen Bundesrechts und nicht des kantonalen Prozessrechts"*.<sup>290</sup>

- - *Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts K 105/06 vom 10. Juli 2007*

In diesem Entscheid erinnert das Eidgenössische Versicherungsgericht an die Unterscheidung, die es bei der *Vertretung durch einen Rechtsanwalt* zu treffen gilt, zwischen der internen Beziehung zwischen der Partei und ihrem Rechtsvertreter einerseits, und den Wirkungen nach aussen, d.h. der Vertretungsbefugnis des Rechtsanwalts gegenüber dem Gericht und den anderen Parteien, andererseits. Währenddem die interne Beziehung dem Privatrecht untersteht, werden die Befugnisse nach aussen vom Prozessrecht geregelt (Art. 396 Abs. 3 OR).<sup>291</sup>

- - *Urteil des Bundesgerichts 4C.44/2006 vom 8. August 2007*

In dieser Angelegenheit geht es um die Haftung des Rechtsanwalts für eine *Verletzung seiner Sorgfaltspflicht* in der Besorgung des Auftrags. Das Bundesgericht teilt die Auffassung der Vorinstanz, wonach ein Anwalt, der im Streitfall die Darstellung eines Klienten vertritt, sich diese nicht persönlich zu Eigen macht und er auch nicht darauf behaftet werden kann.<sup>292</sup>

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 90 \*\***

- - *Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 6. September 2007, BZ\_2007\_20*

Das St. Galler Kantonsgericht äussert sich in diesem Entscheid zur Haftung des Anwalts für den Schaden, der einem Mandanten durch die nicht fristgerechte Einleitung der Klage auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts entstanden ist. Das Kantonsgericht erinnert daran, dass unter dem Titel von Art. 398 Abs. 2 i.V. m. 97 OR nur das *positive Vertragsinteresse* zu ersetzen ist. Der Auftraggeber ist mithin so zu stellen, wie wenn die Vertragsverletzung nicht erfolgt, der Auftrag demnach gehörig (vertragsgerecht) erfüllt worden wäre. Damit fallen als Schadensposten all jene Kosten ausser Betracht, welche auch bei ordnungsgemässer Erfüllung des Auftrags angefallen wären. Dies traf vorliegend auf sämtliche Verfahrenskosten betreffend die Vormerkung der provisorischen Eintragung zu.<sup>293</sup>

Das St. Galler Kantonsgericht äussert sich auch zur *Abgrenzung zwischen Hilfsperson und Substitut* (Art. 398 Abs. 3 OR). Mit Bezug auf die Frage, ob ein Dritter als Hilfsperson oder als Substitut zu qualifizieren ist, was im Hinblick auf die Übertragung der Auftragserfüllung und die Rechtsfolgen bei einem Fehlverhalten von entscheidender Bedeutung ist, wird eine Interessenabwägung vorgenommen, die sich an verschiedenen Kriterien orientiert: *"Als massgebend wird insbesondere erachtet, ob der Dritte selbständig handelt und die Leistung ohne Weisung und Aufsicht des Beauftragten erbringt (sog. technische Selbständigkeit [...]). Als weiteres Kriterium für die Annahme eines Substitutionsverhältnisses wird die wirtschaftliche bzw. rechtliche Selbständigkeit des Substituten genannt, welche als erfüllt betrachtet wird, wenn der Substitut zum Beauftragten in keinem Unterordnungsverhältnis steht [...]. Als entscheidend wird schliesslich erachtet, dass der Substitut völlig in die Verantwortung des Beauftragten einrückt und dessen unmittelbarem Einfluss- und Kontrollbereich faktisch entzogen ist [...]. Damit sich das Haftungsprivileg bei der Substitution rechtfertigen lässt, wird ausserdem verlangt, dass der Beizug des Substituten (auch) im Interesse des Auftraggebers erfolgt [...]"*.<sup>294</sup> In Lehre und Rechtsprechung ist anerkannt, dass eine Substitution übungsgemäss als zulässig betrachtet werden kann (Art. 398 Abs. 3 OR), wenn innerhalb

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 91 \*\***

einer Arztpraxis oder einer Anwaltskanzlei ein anderer Beauftragter im Notfall einspringt.

Schliesslich geht es in diesem Entscheid auch um die *Kürzung bzw. den Verlust des Honoraranspruchs* bei Schlechterfüllung des Auftrags. Die Kürzung bzw. der Verlust kann neben den Anspruch auf Schadenersatz treten: *"Leitgedanke ist dabei, dass das Äquivalenzverhältnis zwischen den Parteien wiederhergestellt werden soll, welches dadurch in Mitleidenschaft gezogen wurde, dass der Beauftragte*

durch sein Verhalten die erfolgreiche Erfüllung des Auftrags (teilweise) vereitelt hat. Wird daher der Nachteil der nicht richtigen Erfüllung der versprochenen Leistung durch den Ersatz des dem Auftraggeber erwachsenen Schadens noch nicht ausreichend wettgemacht, muss die Gegenleistung des Auftraggebers soweit gekürzt werden, bis die durch das Verhalten des Beauftragten ausgelöste Störung des Äquivalenzverhältnisses der auszutauschenden Leistungen beseitigt ist. Als Regel gilt: Soweit das Resultat der Arbeit des unsorgfältigen Beauftragten für den Auftraggeber unbrauchbar ist, schuldet er jenem keine Vergütung [...]. Nach Derendinger richtet sich das Mass der Herabsetzung der Honorarforderung des Beauftragten einzig danach, inwieweit das Leistungsverhalten ein für den Auftraggeber in Anbetracht aller Umstände annehm- und brauchbares Resultat bewirkte. Massgebend ist nach dieser Lehrmeinung also die Brauchbarkeit der Gesamtleistung [...]. Dem widerspricht Gmür. Seiner Auffassung nach hat eine ergebnisorientierte Beurteilung im Rahmen des Auftragsrechts keinen Platz, da es sich beim Auftrag gerade nicht um eine "obligation de résultat" handle. Er hält das Mass der Sorgfaltspflichtverletzung für ausschlaggebend [...].<sup>295</sup>

- - Urteil des Bundesgerichts 4A\_97/2007 vom 10. Oktober 2007

Dieser die Haftung des Rechtsanwalts betreffende Entscheid dreht sich im Wesentlichen um Fragen im Zusammenhang mit einer negativen Schuldanererkennung.

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 92 \*\***

- - Urteil des Bundesgerichts 4C.37/2007 vom 11. Oktober 2007

Dieser Entscheid betrifft Fragen im Zusammenhang mit dem Anwaltshonorar.

- - Urteil des Bundesgerichts 4A\_276/2007 vom 24. Oktober 2007

In diesem Entscheid geht es um die Sorgfaltspflicht des Rechtsanwalts im Zusammenhang mit der Unterbrechung der Verjährung für Schadenersatzansprüche des Klienten gegenüber einer Versicherung.

- - Urteil des Bundesgerichts 5A\_476/2007 vom 2. November 2007

Neben Fragen im Zusammenhang mit der Erhaltung der Konkursforderung und des Kollokationsplans geht es in diesem Verfahren auch um die Bestimmung des Anwaltshonorars: "Das kantonale Recht kann bestimmen, welche Vergütungen der Auftraggeber dem Anwalt für die Prozessführung vor den Gerichten des Kantons schuldet (BGE 117 II 282 E. 4a S. 283 ; [...]). Die Regelungen sind unterschiedlich. Das im Verhältnis zwischen Anwalt und Klient geschuldete Honorar kann betragsmässig den gerichtlich zuerkannten Prozessentschädigung an die obsiegende Partei entsprechen, muss aber nicht [...]. Soweit der Beschwerdeführer seine Honorarforderungen gegen die Z. \_\_\_\_\_ auf bundesgerichtlich zuerkannte Prozessentschädigungen an die obsiegende Partei stützt, kann ihm nicht gefolgt werden. Der dafür massgebende Tarif dient nicht der Bestimmung des Honorars im Verhältnis zwischen Anwalt und Klient".<sup>296</sup>

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 93 \*\***

**d) Finanzen**

- - BGE 133 III 37 ff.: "Endentscheid; anwendbares Recht; Guthabenkonto; Verjährung. Ein Entscheid, mit dem die Einrede der Verjährung gutgeheissen wird, ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 48 Abs. 1 OG (E. 1). Bei Fehlen einer Rechtswahl unterstehen die Beziehungen aus einem Konto-/Depotvertrag zwischen einer Bank mit Sitz in der Schweiz und einem Kunden mit Wohnsitz im Ausland dem schweizerischen Recht (Art. 117 IPRG ; E. 2). Die Verjährung des Rechts auf Rückerstattung der in einem Konto/Depot hinterlegten Guthaben beginnt erst im Zeitpunkt zu laufen, in dem die vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien beendet sind (Bestätigung der Rechtsprechung; E. 3)".<sup>297</sup>

Der Konto/Depot-Vertrag untersteht sowohl den Regeln der Hinterlegung (Art. 472 ff. OR) als auch jenen des Auftrags. Dieser Vertragstyp zeichnet sich dadurch aus, dass die hinterlegten Vermögenswerte dem Kunden zurückgegeben oder gemäss seinen Anweisungen verwendet werden müssen.<sup>298</sup> Das Bundesgericht bestätigt in diesem Entscheid einmal mehr seine teilweise kritisierte<sup>299</sup> Rechtsprechung<sup>300</sup>, wonach die Rückgabepflicht bei der Vermögensverwaltung bzw. der Hinterlegung von Vermögenswerten zur Verwahrung erst am Ende des Vertragsverhältnisses entsteht. Solange der Vertrag dauert und der Beauftragte bzw. Verwahrer folglich die vertragliche Verwaltungs- bzw. Verwahrungspflicht auszuüben hat, besteht die Rückerstattungspflicht noch nicht, da die Erfüllung der

erwähnten Pflichten einerseits und der Rückerstattungspflicht andererseits sich gegenseitig ausschliessen. Vor seiner Entstehung kann der Rückerstattungsanspruch des Auftraggebers oder Hinterlegers nicht zu verjähren beginnen. Die Verjährung dieses Anspruchs beginnt demnach erst mit der Beendigung des Vertragsverhältnisses infolge gegenseitiger Übereinkunft, Ablaufs der vereinbarten Dauer, Widerrufs oder Kündigung. Die Meinung, dass der Anspruch des Auftraggebers oder Hinterlegers auf Rückerstattung der zur treuhänderischen Verwaltung bzw. Verwahrung übergebenen Vermögenswerte schon mit deren Übergabe entstehe und zu verjähren beginne,

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 94 \*\***

lehnt das Bundesgericht auch wegen ihrer Folgen ab. Wenn die Verjährung ab diesem Zeitpunkt laufen würde, könnte der Beauftragte bzw. Verwahrer die Werte nach Ablauf von zehn Jahren seit der Übergabe in Missachtung der für eine längere Dauer übernommenen Vertragspflichten für sich behalten.<sup>301</sup> Der Umstand, dass der Beauftragte bzw. Verwahrer die ihm übergebenen Vermögenswerte veruntreut, oder dass sie ihm abhanden kommen, bewirkt nicht ohne weiteres die Beendigung des Vertragsverhältnisses.<sup>302</sup> Gemäss dem Bundesgericht rechtfertigt sich die von ihm vertretene Lösung insbesondere für Bankdepots, bei denen der Hinterleger sich nicht selten während längerer Zeit nicht manifestiert.<sup>303</sup>

- - *BGE 133 III 97 ff.: "Börsengesetzliche Informationspflicht des Effektenhändlers; Konto-Depot-Beziehung mit einer Bank (Art. 11 BEGH). Art. 11 BEGH als Doppelnorm: Auswirkungen auf das privatrechtliche Verhältnis zwischen dem Effektenhändler oder der Effektenhändlerin und den Kunden (E. 5 und 6). Umstände, bei deren Vorliegen die Bank über die Konto-/Depot-Beziehung hinaus Verpflichtungen als Anlageberaterin eingeht (E. 7)".*

Die Verhaltensregeln von Art. 11 BEGH sind im Bereich des Vertragsrechts auch dann zu berücksichtigen, wenn der konkrete Vertrag keine entsprechende Vereinbarung oder Bezugnahme enthält.<sup>304</sup> Hinsichtlich der vertragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht der Bank bei der Abwicklung von *Börsengeschäften* für die Kundschaft wird zwischen drei Vertragsbeziehungen unterschieden: die Vermögensverwaltung, die Anlageberatung und die blosser Konto-/Depot-Beziehung.<sup>305</sup>

Führt die Bank nur punktuelle Börsengeschäfte für den Kunden aus, ist sie nicht zu einer generellen Interessenwahrung verpflichtet und muss diesen deshalb in der Regel nur auf sein Verlangen aufklären. *"Das Ausmass der Aufklärungspflicht richtet sich nach den Kenntnissen und dem Stand der Erfahrung des Auftraggebers. Kennt dieser die Risiken der*

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 95 \*\***

*Spekulationstätigkeit, braucht er keine Aufklärung. Ist ohne weiteres ersichtlich, dass der Kunde von den Risiken keine Ahnung hat, muss ihn die Bank darauf hinweisen. Die Anforderungen an ihre Aufklärungspflicht sind jedoch höher, wenn der Auftraggeber nicht nur mit seinem Vermögen, sondern auch mit von der Bank gewährten Krediten spekuliert".*<sup>306</sup>

*"Gemäss der Praxis des Bundesgerichts besteht grundsätzlich keine Beratungspflicht der Bank im Rahmen gezielter Weisungen des Kunden zu kontorelevanten Verfügungen, wenn der Kunde durch die unbedingte Erteilung entsprechender Aufträge oder Weisungen zu erkennen gibt, dass er Aufklärung oder Beratung seitens der Bank weder benötigt noch wünscht. Eine Warnpflicht besteht hier nur in Ausnahmefällen, etwa wenn die Bank bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen muss, dass der Kunde eine bestimmte, mit der Anlage verbundene Gefahr nicht erkannt hat, oder wenn sich in der andauernden Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt hat, aus welchem der Kunde nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten darf".*<sup>307</sup>

Wenn sich wegen einer andauernden Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt hat, aus welchem der Kunde nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten darf, ist für die Tätigkeit der Bank als Anlageberaterin keine formelle Grundlage (ausdrücklich geschlossener Vertrag) notwendig.<sup>308</sup>

- - *Urteil des Bundesgerichts 4C.367/2006 vom 24. Januar 2007*

Dieses Urteil betrifft die *Sorgfaltspflicht der Bank* im Rahmen des Auftrags. Das Obergericht des Kantons Zürich kam zum Schluss, dass die Vorwürfe des Klägers, wonach die Beklagte als Depotbank

mit einem Vermögensverwalter *Churning* betrieben habe, ungenügend substantiiert

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 96 \*\***

seien.<sup>309</sup> Der Kläger äussert sich in seiner Berufungsschrift mit keinem Wort zum Vorwurf der ungenügenden Substanziierung seiner das Klagefundament bildenden Sachbehauptungen. Da das Bundesgericht im Berufungsverfahren an die tatsächlichen Feststellungen der letzten kantonalen Instanz gebunden ist, weist es die Berufung ab.<sup>310</sup>

- - Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 30. Januar 2007, ZF 06 48

Dieses Urteil betrifft die in BGE 132 III 460 entschiedene Frage, ob der Beauftragte Retrozessionen und Finder's Fees an den Auftraggeber erstatten muss.<sup>311</sup> Gestützt auf die jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung ist ein *Verzicht auf die Erstattung von Retrozessionen und Finder's Fees* nur dann gültig, wenn der Auftraggeber über zu erwartende Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert wurde, sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung entsprechend klar hervorgeht und er so hinreichend Kenntnis über die tatsächlich anfallenden Retrozessionen und Finder's Fees erhält.<sup>312</sup>

Das Kantonsgericht Graubünden kommt zum Schluss, dass das Wissen des Auftraggebers über die Grössenordnung der vom Beauftragter eingenommenen Retrozessionen und Finder's Fees gemäss BGE 132 III 460 für einen rechtswirksamen Verzicht auf Rechenschaftslegung und Ablieferung, mit dem die Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR wegbedungen wird, *in casu* nicht genügt:<sup>313</sup> *Die Schätzbarkeit der Höhe der Retrozessionen aufgrund der Grössenordnung des verwalteten Vermögens, des vereinbarten Verwaltungshonorars und der Üblichkeit solcher Einnahmen vermittelte der Berufungsklägerin [Auftraggeberin] keine hinreichend genaue Kenntnis über die tatsächlich anfallenden Retrozessionen und Finder's Fees; denn diese hängen von weiteren Faktoren wie insbesondere der Anzahl getätigter Geschäfte und der Vereinbarung über die*

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 97 \*\***

*Höhe derartiger Entschädigungen an den Vermögensverwalter durch Dritte ab. Über die Höhe der konkreten Einnahmen des Berufungsbeklagten [Beauftragten] hatte die Berufungsklägerin keine Kenntnis. Der Berufungsbeklagte durfte nach Treu und Glauben aus dem blossen Stillschweigen der Berufungsklägerin nicht ableiten, er sei von der Rechenschaftsablegung und Ablieferung der ihm im Rahmen der Verwaltung des Vermögens der Berufungsklägerin von Dritten bezahlten Retrozessionen und ähnlichen Einnahmen befreit, zumal ihn eine Informationspflicht trifft. Angesichts der Bedeutung der Rechenschaftspflicht für den fremdnützigen Auftrag hätte es vielmehr dem Berufungsbeklagten obliegen, die Berufungsklägerin über die konkret anfallenden Retrozessionen und Finder's Fees in Kenntnis zu setzen. Ohne ausdrückliche und eindeutige Verzichtserklärung der Berufungsklägerin auf Rechenschaftsablegung und Ablieferung hätte sich der Berufungsbeklagte zumindest vergewissern müssen, ob die Auftraggeberin ihm die im Rahmen der Vermögensverwaltung anfallenden Einnahmen als zusätzliche Entschädigung für seine Tätigkeit in Kenntnis der konkreten Vereinbarung mit den Banken über deren Höhe sowie der mutmasslichen Häufigkeit der entschädigungspflichtigen Transaktionen überlassen wollte. Aus dem blossen Stillschweigen der Berufungsklägerin durfte der Berufungsbeklagte nicht auf einen Verzicht der Berufungsklägerin schliessen. Der Auftragsgeber muss wissen, worauf er verzichtet".*<sup>314</sup>

- - Urteil des Bundesgerichts 4C.425/2005 vom 2. Februar 2007

Dieses Urteil betrifft den *Vermögensverwaltungsvertrag*. Da die Berufungsschrift die Begründungsanforderungen über weite Strecken missachtet, tritt das Bundesgericht auf die meisten Rügen nicht ein.

- - Urteil des Bundesgerichts 4C.205/2006 vom 21. Februar 2007

Wie BGE 133 II 97<sup>315</sup> betrifft auch dieses Urteil die Haftung einer Bank im Rahmen von Börsengeschäften, vorliegend im Zusammenhang mit einem *Kontokorrentvertrag*. Das Bundesgericht erinnert daran, dass Gegenstand

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 98 \*\***

und Ausmass der Informationspflicht von der Natur der durch die Bank erbrachten Dienstleistungen und von den Umständen des Einzelfalls abhängen, insbesondere von der Erfahrung und den Kenntnissen des Kunden. Die Informationspflichten der Bank gründen in der auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 398 Abs. 2 OR), im Vertrauensprinzip (Art. 2ZGB) und in Art. 11 BEGH. Allgemein dient die Informationspflicht der redlichen Wahrung von Drittinteressen. Sie besteht sowohl in vorvertraglichen als auch in vertraglichen Beziehungen. Im vorvertraglichen Stadium begründet die Verletzung der Informationspflicht eine Haftung der Bank für *culpa in contrahendo*. Wird die Informationspflicht vor Abschluss des strittigen Vertrages verletzt und wird dieser Vertrag schliesslich abgeschlossen, absorbiert die vertragliche die vorvertragliche Haftung. <sup>316</sup>

Die Bank muss den Klienten immer dann wahrheitsgetreu und vollständig informieren, wenn dieser Informationen und Ratschläge erbittet, welche üblicherweise von der zuständigen Bank erteilt werden. Darüber hinaus besteht eine spezielle Informationspflicht, wenn die Bank dem Klienten - sogar spontan - gewisse Vermögensdispositionen, namentlich Kapitalanlagen, empfiehlt. Die von der Bank erteilte Auskunft muss richtig, verständlich, aufgrund der verfügbaren Informationen, präzise und umfassend erteilt werden. Je nach den konkreten Umständen haftet die Bank für die Folgen einer objektiv falschen Auskunft nur dann, wenn der Ratschlag im Zeitpunkt seiner Erteilung offensichtlich unvernünftig war. Der Spekulant muss wissen, dass er sich nicht blindlings auf einen Ratschlag bezüglich eines unsicheren und zukünftigen Ereignisses verlassen kann; grundsätzlich trägt er selber das Risiko, falls er den Ratschlag der Bank befolgt. <sup>317</sup>

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 99 \*\***

- - Urteil des Bundesgerichts 4C.385/2006 vom 2. April 2007

Dieses Urteil bestätigt die Rechtsprechung von BGE 133 III 97. <sup>318</sup> Vorliegend verneint das Bundesgericht eine Verletzung der durch die Rechtsprechung erarbeiteten Grundsätze und bejaht das Vorliegen einer Ausnahmesituation, welche eine spezielle *Warnpflicht zulasten der Bank* begründet. Dadurch, dass die Kunden der Bank 1000 Aktien der gleichen Gesellschaft kauften, versechsfachten sie den Anteil dieser Position in ihrem Portefeuille. Diese übermässige Konzentration der Anlagen der Kunden auf einer einzigen Gesellschaft stellt ein grosses Risiko dar, auf welches die Bank ihre Kunden hätte aufmerksam machen müssen. <sup>319</sup>

- - Urteil des Bundesgerichts 4C.397/2006 vom 5. Juni 2007

Dieser Entscheid bestätigt die in BGE 133 III 37<sup>320</sup> veröffentlichte Rechtsprechung, wonach eine Bank in ihrer *Vertragsbeziehung zu einem Kontoinhaber* grundsätzlich nach den Bestimmungen über den Auftrag (Art. 398 Abs. 2 OR) haftet. Das Bundesgericht präzisiert in diesem Urteil, dass die Haftung der Bank nicht weiter gehen kann, wenn eine solche vertragliche Beziehung fehlt. <sup>321</sup>

- - Urteil des Bundesgerichts 4A\_34/2007 vom 26. Juli 2007

Dieses Urteil betrifft die Honorarforderung eines Beauftragten, welcher als *Experte des Bankensektors* den Auftrag bekam, die finanzielle Situation des Auftraggebers zu sanieren. Da der Entscheid insbesondere Auslegungsfragen im Zusammenhang mit abgegebenen Willenserklärungen behandelt, lassen sich daraus keine allgemeine Lehren für den Auftrag ziehen.

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 100 \*\***

- - Urteil des Bundesgerichts 4A\_223/2007 vom 30. August 2007

Auch in diesem Entscheid geht es um einen *Vermögensverwaltungsvertrag*. Das Bundesgericht erinnert daran, dass es zu den Sorgfaltspflichten eines Vermögensverwalters gehört, ein Risikoprofil seiner Kundschaft zu erstellen und bei seinen Anlageentscheiden zu berücksichtigen. Das Risikoprofil ist auch bei der Ermittlung des Inhalts des Vermögensverwaltungsauftrags zu berücksichtigen. <sup>322</sup>

- - Urteil des Bundesgerichts 5C.8/2007 vom 10. September 2007

Erben stellen gegenüber einer Bank, bei welcher der Erblasser ein Konto und ein Wertschriftendepot hatte, ein *Auskunftsbegehren* über sämtliche Vorgänge und Verhältnisse bis zum Tod des Erblassers. Aus dem Wesen der Universalsukzession im Sinne von Art. 560ZGB folgt, dass nicht nur sämtliche Vermögensrechte, sondern insbesondere auch die vertraglichen Auskunftsansprüche auf die Erben übergehen, soweit sie nicht höchstpersönliche Rechte des Erblassers beschlagen, wobei diese Ansprüche jedem einzelnen Erben zustehen. <sup>323</sup> Um das Vorliegen einer Auskunftspflicht feststellen zu

können, erinnert das Bundesgericht daran, dass bei Überweisungen von einem Konto auf eine Drittbank keine direkte Vertragsbeziehung zwischen dem Überweiser und der Empfängerbank besteht.<sup>324</sup> Zwischen einer kontoführenden Bank und einem Einzahlenden besteht jedenfalls dort ein Vertragsverhältnis, wo dieser nicht auf Weisung des Begünstigten handelt. Umso mehr muss von einem Auftragsverhältnis zwischen der einzahlenden Person und der Bank ausgegangen werden, wenn der Kontoinhaber nicht in Erfüllung einer Schuldpflicht, sondern aus freien Stücken begünstigt werden soll. Bei solchen Transaktionen ist die Bank nicht Gehilfin des Kontoinhabers; vielmehr wird sie im Interesse des Einzahlenden tätig und verwendet das Geld gemäss dessen Weisungen im Rahmen eines Einzelauftragsverhältnisses. Verpflichtet sich die Bank bei solchen Vorgängen mit der Entgegennahme des Geldes, dieses entsprechend den Weisungen des Auftraggebers zu verwenden, ist sie diesem

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 101 \*\***

beschränkt auf die betreffende Transaktion rechenschafts- und auskunftspflichtig (Art. 400 Abs. 1 OR).<sup>325</sup>

- - Urteil des Bundesgerichts 4A\_301/2007 vom 31. Oktober 2007

In dieser Angelegenheit standen die Parteien einerseits in einem Kontokorrentverhältnis (Innominatvertrag) und andererseits in einem *Girovertrag*. Gibt ein Kunde einer Bank den Auftrag, seinen Zahlungsverkehr auszuführen, indem die Bank an seiner Stelle Überweisungen vor- und entgegen nimmt und die gegenseitigen Forderungen verrechnet, so schliesst der Kunde stillschweigend einen separaten Vertrag, Girovertrag genannt, der den Regeln des Auftrags untersteht. Die mit der Ausführung eines Zahlungsauftrags betraute Bank muss demnach die Weisungen des Klienten mit Sorgfalt und Treue (Art. 398 Abs. 2 OR) umsetzen, namentlich indem sie die Legitimation der Person, welche sich als Auftraggeber ausgibt, überprüft. Dagegen muss sich die Bank grundsätzlich nicht um das Rechtsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Begünstigten kümmern, zumal sie normalerweise keine genügende Kenntnis von den Absichten und den Verfügungen des Auftraggebers hat.<sup>326</sup> Das Bundesgericht verweist anschliessend auf seine jüngste Rechtsprechung in BGE 133 III 97 bezüglich der Informationspflicht der Bank.<sup>327</sup>

Im Zusammenhang mit dem E-Banking beinhalte die Sorgfaltspflicht der Bank, die Kunden auf die Risiken der Übertragung von Daten via Internet zu informieren. In diesem Fall gehe es darum, das Wissensdefizit des Klienten bezüglich der technischen Belange und die damit zusammenhängenden Risiken auszugleichen.<sup>328</sup> Da der vorliegende Fall die Übersendung per Post von schriftlichen Anweisungen betrifft und jedermann die diesbezüglichen Risiken kennt, verneint das Bundesgericht eine solche Aufklärungspflicht.<sup>329</sup>

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 102 \*\***

**e) Weitere Auftragsverhältnisse**

- - Urteil des Bundesgerichts 4A\_83/2007 vom 30. Juli 2007

In diesem Entscheid geht es um dem Auftrag unterstehende Dienstleistungen im Zusammenhang mit einem *Beherbergungsvertrag*.

- - Urteil des Bundesgerichts 4A\_139/2007 vom 13. August 2007

Im Zentrum dieser Angelegenheit steht ein *Ausbildungsvertrag*, welcher ebenfalls Auftragsrecht untersteht.

- - Urteil des Bundesgerichts 4A\_227/2007 vom 26. September 2007

Ein selbständiger Taxichauffeur ist Opfer eines Autounfalls. Im Rahmen seiner selbständigen Tätigkeit führte der Taxichauffeur lukrative Personentransporte für einen Auftraggeber durch. Das Genfer Kantonsgericht analysiert den Verlust dieser Aufträge als *perte d'une chance*<sup>330</sup> und entschädigt diesen nach Massgabe der Wahrscheinlichkeit, mit welcher sich die verlorene Chance konkretisiert hätte. Aufgrund der Tatsache, dass der Taxichauffeur als einziger über ein Luxusauto verfügte und der englischen Sprache mächtig war, kam das Kantonsgericht zum Schluss, dass die verlorene Chance vernünftigerweise auf 66% der entgangenen Aufträge geschätzt werden kann.

Der Auftraggeber kritisiert vor Bundesgericht die Anwendung der *perte d'une chance*-Theorie. Das Bundesgericht erinnert zuerst daran, dass diese für Fälle entwickelt wurde, in denen der natürliche

Kausalzusammenhang zwischen dem fehlerhaften Verhalten und dem Schaden unsicher ist: Ein Arzt hat beispielsweise zu spät einen Patienten richtig behandelt, wobei die rechtzeitige Behandlung den Patienten vielleicht gerettet hätte; ein Anwalt unterlässt es, rechtzeitig eine Beschwerde einzureichen, welche vielleicht von Erfolg gekrönt gewesen wäre. In solchen Fällen ist das Endziel - Überleben des Patienten, Gewinn des Prozesses - unsicher, so dass es unmöglich ist, den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 103 \*\***

dem fehlerhaften Verhalten und der Tatsache, dass das Endziel nicht erreicht werden konnte, zu beweisen. Um die Schwierigkeiten des unsicheren Kausalzusammenhangs zu überwinden und eine Alles-oder-Nichts-Lösung zu verhindern, die daraus resultiert, dass der Kausalzusammenhang nur als gegeben oder nicht gegeben erachtet werden kann, betrachtet die *perte d'une chance*-Theorie als ersetzbaren Schaden den Verlust von messbaren Chancen, einen Erfolg zu erzielen oder einen Verlust zu vermeiden. Der Schaden entspricht also der Wahrscheinlichkeit, mit welcher der Geschädigte den Erfolg erzielt oder den Verlust vermieden hätte.<sup>331</sup>

Das Bundesgericht verweist anschliessend auf BGE 133 III 462,<sup>332</sup> in welchem es die Einführung der *perte d'une chance*-Theorie im Schweizer Recht jedenfalls als problematisch erachtet hat.<sup>333</sup> Entgegen den eigenen Ausführungen des Genfer Kantonsgerichts, ist das Bundesgericht jedoch vorliegend der Ansicht, dass dieses die *perte d'une chance*-Theorie nicht angewendet habe. Die Vorinstanz habe nicht die Wahrscheinlichkeit, dass der Kläger einen bestimmten Gewinn erziele, als Schaden betrachtet. Sie habe dagegen als erwiesen erachtet, dass der Kläger durch den Unfall daran gehindert wurde, einen Gewinn zu erzielen. Einzig der Umfang dieses entgangenen Gewinns, d.h. der Umfang des erlittenen Schadens im klassischen Sinne und nicht in jenem der *perte d'une chance*, sei unsicher gewesen.<sup>334</sup>

• - Urteil des Bundesgerichts 4C.3/2007 vom 12. November 2007

Dieser zur Publikation vorgesehene Entscheid<sup>335</sup> betrifft die *Sorgfaltspflicht des Steuerberaters* und insbesondere die Frage, ob ein Auftraggeber eine Steuerbusse gegenüber dem Beauftragten als Schaden geltend machen kann: *"Allgemein gilt, dass eine Busse den Gebüssten durch eine Vermögensverminderung bestrafen soll. Wie jede Strafe ist auch die Busse höchstpersönlicher Natur, woraus folgt, dass eine vertragliche Vereinbarung, welche einen Dritten verpflichtet, die Busse ganz oder teilweise zu*

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 104 \*\***

*bezahlen, widerrechtlich im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR ist ( BGE 85 II 71 E. 4 S. 76 ff.). Mit der höchstpersönlichen Natur der Busse ist auch nicht vereinbar, dass der Gebüsste bezüglich der durch sie erlittenen Vermögensverminderung von einem Dritten wegen einer Vertragsverletzung Schadenersatz zugesprochen erhält ( BGE 115 II 72 E. 3b S. 75 ). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind auch Steuerbussen als echte Strafen zu qualifizieren ( BGE 116 IV 262 E. 3b/aa S. 266 f.; [...]). In Bezug auf die privatrechtliche Ersatzfähigkeit von Steuerbussen muss daher grundsätzlich dasselbe gelten wie für gewöhnliche Bussen [...].*

*In der Lehre wird jedoch angenommen, bei Steuerbussen würden sich in bestimmten Fallkonstellationen Ausnahmen aufdrängen. Eine solche sei zuzulassen, wenn durch ein privatrechtliches Fehlverhalten eines Beraters, insbesondere eines Steuerberaters, dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit genommen wird, mittels rechtzeitiger Selbstanzeige eine Strafmilderung zu erlangen [...]. Weiter wird die Meinung vertreten, wenn und soweit ein Steuerpflichtiger eine Steuerbusse ohne eigenes Verschulden als Folge eines Fehlverhaltens eines Dritten zu bezahlen habe, liege keine höchstpersönliche Strafe und damit ein ersatzfähiger Schaden vor [...]. Dies treffe zu, wenn ein Steuerberater in Verletzung seiner vertraglichen Haupt- und Nebenpflicht den beratenen Steuerpflichtigen nicht über bestimmte steuerrechtliche Pflichten aufkläre und dieser deswegen ein Steuerdelikt begehe [...].*

*Bei der letztgenannten Konstellation liegt eine für die Bestrafung kausale Verletzung vertraglicher Aufklärungspflichten vor. Anders verhält es sich jedoch, wenn der Steuerpflichtige für sein eigenes Verschulden bestraft wurde, weil er - entsprechend dem Grundsatz, dass eine Person bezüglich ihr bekannter Risiken keine Aufklärung bedarf ( BGE 133 II 97 E. 7.1.1, S. 102 ) - das Steuerdelikt auch ohne die Aufklärung des Beraters bzw. trotz dessen Tätigwerdens hätte erkennen und vermeiden müssen. In solchen Fällen ist eine Busse höchstpersönlicher Natur. Diese könnte nur verneint werden, wenn einem Steuerpflichtigen eine Busse auferlegt wird, obwohl ihm aufgrund der vertraglich*

vereinbarten Beratung kein eigenes Verschulden anzurechnen ist. Die Verhängung einer solchen verschuldensunabhängigen Strafe sollte jedoch nach geltendem Recht ausgeschlossen sein, da das strafrechtliche Verschuldensprinzip grundsätzlich auch für Steuerstrafen gilt [...].

**\*\* Müller / Mader: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2007, Seite 105 \*\***

Die im vorliegenden Verfahren umstrittenen Steuerbussen sind den Eheleuten A. \_\_\_\_\_ und der Klägerin aufgrund ihres eigenen Verschuldens in der Form von Vorsatz bzw. Eventualvorsatz auferlegt worden, wobei auch nach den Feststellungen des Handelsgerichts berücksichtigt wurde, dass die gebüssten Personen von der Beklagten beraten bzw. vertreten wurden. Damit sind die Bussen verschuldensabhängig ausgesprochen worden, weshalb sie als höchstpersönliche Strafen und damit als zivilrechtlich nicht ersatzfähige Vermögensverminderungen zu qualifizieren sind. Daran vermag nichts zu ändern, dass das Handelsgericht das Verschulden der Gebüssten anders bewertete als die Steuerbehörden. Zwar ist gemäss Art. 53 Abs. 2 OR das strafrechtliche Erkenntnis mit Bezug auf die Beurteilung der Schuld und die Bestimmung des Schadens für den Zivilrichter nicht verbindlich. Diese Regelung bezieht sich jedoch nur auf die Beurteilung des zivilrechtlich ersatzfähigen Schadens und erfasst damit die höchstpersönliche Strafe nicht. Es stand dem Handelsgericht daher nicht zu, die Höhe der Bussen zu überprüfen und diese faktisch zu reduzieren, indem es deren teilweise Bezahlung durch die Beklagte anordnete. Andernfalls wäre die Rechtskraft der Strafurteile in Frage gestellt [...] Das Handelsgericht hat daher Bundesrecht verletzt, wenn es annahm, die der vorliegenden Klage zu Grunde liegenden Steuerbussen seien zivilrechtlich ersatzfähig. Demnach können auch die Kosten, welche in den durch das Verschulden der Gebüssten verursachten Strafsteuerverfahren anfielen, nicht als ersatzfähiger Schaden qualifiziert werden [...].<sup>336</sup>

258 BGE 114 II 53 E. 2b, S. 55 f.

259 E. 4.1.

260 E. 4.1.

261 E. 3.8.

262 E. 2.

263 Nicht publizierte E. 4 von BGE 129 III 738 .

264 BGE 127 III 543 E. 2a, S. 545; 119 II 249 E. 3b, S. 251 ff.

265 E. 6.1.1. Die von der Gegenpartei eingereichte Beschwerde in Zivilsachen ist mit Urteil des Bundesgerichts 4A\_118/2007 vom 23. November 2007 ebenfalls abgewiesen worden.

266 Für eine Kritik der vom Bundesgericht gegen die Anerkennung der Theorie der entgangenen Chancen im schweizerischen Recht angeführten Argumente, siehe Müller, Perte d'une chance (cf. S. 131).

267 E. A.b. des Urteils des Bundesgerichts 4A\_61/2007 vom 13. Juni 2007.

268 Entscheid des Bundesgerichts 1P.383/1999 vom 30. September 1999.

269 E. 2.1.

270 E. 4.4.3.

271 E. 4.4.3.

272 Siehe bereits Müller/Mader, 60.

273 BGE 117 II 563 E. 2a, S. 566 f.

274 BGE 115 Ib 175 E. 2b, S. 180 ff; 113 II 429 E. 3a, S. 431 ff.

275 E. 3.1, S. 124.

276 BGE 108 II 59 E. 1, S. 61; 64 II 200 E. 4a, S. 205.

277 E. 3.1, S. 124.

278 BGE 120 Ib 411 E. 4, S. 414; 115 Ib 175 E. 2b, S. 181.

279 BGE 117 II 256 E. 2b, S. 258.

280 E. 3.1, S. 125.

- 281 BGE 117 Ib 197 E. 2a, S. 200; 113 Ib 420 E. 2, S. 423 f.; 112 II 118 E. 5e, S. 127 f.
- 282 E. 4.1.1, S. 128.
- 283 BGE 117 Ib 197 E. 2, S. 200 ff.
- 284 E. 4.1.1, S. 128 f.
- 285 E. 4.1.2, S. 129.
- 286 E. 4.1.3, S. 129 f.
- 287 E. 4.1.3, S. 129 f.
- 288 E. 3.5.3.
- 289 E. 3; BGE 127 III 357 E. 1b, S. 359.
- 290 E. 1.
- 291 E. 2.1.
- 292 E. 2.
- 293 E. 2b.
- 294 E. 2c/aa.
- 295 E. 3a.
- 296 E. 4.2.2.
- 297 Siehe bereits Müller/Mader, 60.
- 298 E. 3.1, S. 40 f.
- 299 Koller, Basler Kommentar, Art. 475OR N 11 ff.; Tercier, Contrats, N 5822.
- 300 BGE 91 II 442 E. 5b, S. 451.
- 301 BGE 91 II 442 E. 5b, S. 452.
- 302 E. 3.2, S. 41 f.; siehe auch BGE 91 II 442 E. 5c, S. 452.
- 303 E. 3.2, S. 41 f.
- 304 E. 5.2, S. 99 f.
- 305 E. 7.1, S. 102.
- 306 E. 7.1.1, S. 102 f.
- 307 E. 7.1.1, S. 102 f. Siehe auch Urteil 4C.20/2005 vom 21. Februar 2006, kommentiert in: Müller/Mader, 54 ff.
- 308 E. 7.2, S. 103 f.
- 309 E. 2.1.
- 310 E. 4.
- 311 Zu BGE 132 III 460, siehe Müller/Mader, 52 ff. Für die diesbezügliche Lehre, siehe Müller/Mader, 90 ff.
- 312 BGE 132 III 460 E. 4.2, S. 465 f., und E. 4.5, S. 468 f.
- 313 E. 3b/bb.
- 314 E. 3b/bb. Siehe auch Roth, 75.
- 315 Siehe S. 93 f.
- 316 E. 3.2.
- 317 E. 3.4.1.
- 318 Siehe S. 93 f. Siehe auch das Urteil 4P.277/2006 vom 2. April 2007, in welchem das Bundesgericht in der gleichen Angelegenheit eine staatsrechtliche Beschwerde abweist, soweit

es darauf eintritt.

319 E. 5.2.

320 Siehe S. 92 f.

321 E. 4.

322 E. 6.2.3.

323 E. 2.5.

324 E. 2.2. Siehe auch BGE 121 III 310 E. 3a, S. 312 f.

325 E. 2.6.

326 Siehe auch BGE 124 III 253 E. 3c, S. 257.

327 Siehe S. 93 f.

328 E. 2.4.

329 E. 2.5.

330 Zu diesem Begriff, siehe Müller, Perte d'une chance, 862 ff.

331 E. 3.5.3.

332 Siehe S. 81 ff.

333 Für eine Kritik dieses Urteils, siehe Müller, Perte d'une chance, 862 ff.

334 E. 3.5.3.

335 Inzwischen publiziert als BGE 134 III 59 .

336 E. 2.3.2 bis 2.4

---

© Staempfli Verlag AG Bern - 2008