

Prof. A.K. Schnyder

Lizentiat II-Klausur vom 16. Februar 2004,

Privatrecht (Fall OR)

Vorgeschlagene Lösung

1. Frage: Ansprüche von Max (X) gegen Frau Rechtsanwältin Meier (Frau Meier)

A. Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 97 OR (i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR)

1. Zustandekommen und Inhalt des Vertrages

1.1. Konsens

Gemäss Sachverhalt wandte sich X an Frau Meier, die sich bereit erklärte, den Fall zu übernehmen. Die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 1 Abs. 1 OR (Austausch übereinstimmender Willenserklärungen) sind damit erfüllt.

1.2. Inhalt/Qualifikation des Vertrages

Rechtlich kann der Vertrag zwischen X und Frau Meier nach einhelliger Auffassung von Rechtsprechung und Lehre als einfacher Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR qualifiziert werden (vgl. nur BGE 127 III 357, 359; BK-FELLMANN, Art. 394 N 144). Danach ist die Beauftragte verpflichtet, das „übertragene Geschäft“ (Art. 398 Abs. 2 OR) mit Sorgfalt zu erledigen; den Erfolg als solchen schuldet sie aber nicht (– dies im Unterschied zum Werkvertrag).

2. Gültigkeit bzw. Ungültigkeit des Vertrages

Gründe für eine etwaige Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Vertrages sind keine ersichtlich.

3. Wirkungen des Vertrages

3.1. Pflichtenprogramm für Frau Meier

3.1.1. Allgemeines

Als Beauftragte haftet Meier für getreue und sorgfältige Ausführung des Geschäfts (Art. 398 Abs. 2 OR). Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich nach objektiven Kriterien; erforderlich ist die Sorgfalt, die ein gewissenhafter Vertragspartner in der gleichen Lage bei der Besorgung der gleichen Art von Geschäften anzuwenden pflegt. Zu berücksichtigen sind das Berufsrisiko, der Bildungsgrad und die Fachkenntnisse des Beauftragten.

3.1.2. Beizug von Beat Imboden

Die Anwältin hat das Geschäft persönlich zu besorgen, ausgenommen wenn sie zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist oder wenn eine Vertretung übungsgemäss als zulässig betrachtet wird (Art. 398 Abs. 3 OR). Bei unbefugter Übertragung auf einen Dritten haftet der Beauftragte für dessen Handlungen, wie wenn es seine eigenen wären, bei befugter Übertragung nur für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten (Art. 399 Abs. 1 und 2 OR).

Mögliche Punkte
Ziff. 1 u.
2: 4

OR).

Der Substitut ist von der Hilfsperson zu unterscheiden. Meier hat das Geschäft nicht vollständig auf Imboden übertragen und zudem erfolgte der Beizug im Interesse der Beauftragten selbst. Imboden ist deshalb Hilfsperson und nicht Substitut von Meier. Letztere ist verantwortlich für gehörige Erfüllung des Auftrages.

3.2. Vertragsverletzung durch Frau Meier

Es sind im Einzelnen die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch aus Vertrag zu prüfen:

3.2.1. Schaden

Unter Schaden versteht man eine unfreiwillige Vermögenseinbusse, die in einer Verminderung der Aktiven, in einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen kann.

In casu hat X einen Vermögensschaden in der Höhe von CHF 400'000.– (ohne Kosten und Zinsen) erlitten.

3.2.2. Pflichtwidrigkeit/Vertragsverletzung

Der Beauftragte haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des übertragenen Geschäfts (Art. 398 Abs. 1 OR). Er haftet jedoch nicht für den Erfolg seiner Tätigkeit, sondern für das kunstgerechte (*lege artis*) Tätigwerden (Abgrenzung zum Werkvertrag, BGE 127 III 357, 359). „Dabei liegt der Wertungsgrat zwischen vertretbarem und unvertretbarem Vorgehen im Spannungsfeld zwischen der gefahrgeneigten Tätigkeit des Anwalts und seiner obrigkeitlich bekräftigten Fachkunde.“ (BGE 127 III 357, 359 f.) Bestehen für eine Berufsart oder für ein bestimmtes Gewerbe allgemein befolgte Verhaltensregeln oder Usancen, können diese bei der Bestimmung des Sorgfaltsmassstabes beigezogen werden. Bei Rechtsanwältinnen darf insbesondere damit gerechnet werden, dass sie Klienten sachgerecht beraten und diese über die jeweiligen rechtlichen und praktischen Möglichkeiten aufklären.

Die Pflichtwidrigkeit besteht vorliegend in der fehlenden Kenntnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Imboden hat bei der Erstellung einer (wichtigen) Aktennotiz übersehen, dass das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur Verjährungsproblematik geändert hat. Es fragt sich, inwieweit eine Anwältin oder ein Anwalt die höchstrichterliche Rechtsprechung zur sorgfältigen Erfüllung eines Mandates kennen muss. Sicherlich hat der Anwalt die in der Amtlichen Sammlung enthaltenen Entscheide des Bundesgerichts zu kennen. Darüber hinaus muss heute von Anwaltskanzleien verlangt werden, dass sie über Internet verfügen und dieses auch nutzen. Es ist mittlerweile notorisch, dass zumal BGE vor ihrer endgültigen Veröffentlichung häufig publik und namentlich im Internet zugänglich gemacht werden.

Mindestens dann, wenn eine sorgfältig arbeitende Anwältin den fraglichen Entscheid mit Hilfe üblicher Suchkriterien ohne besonderen Aufwand gefunden hätte, stellt das Übersehen der Praxisänderung eine Pflichtverletzung dar.

Evtl. alternativer Standpunkt:

In casu war der betreffende Entscheid im relevanten Zeitraum lediglich ab Internet abrufbar und in der Amtlichen Sammlung noch nicht erschienen. Seit dem Jahr 2000

Mögliche Punkte
Ziff. 3.1.1
u. 3.1.2: 4

wird ein grosser Teil der Entscheide des Bundesgerichts (je nach Kammer bis zu 60% aller Entscheide) auf dem Internet publiziert. Darunter finden sich dann auch Entscheide, die für die BGE-Sammlung vorgesehen sind. In Anbetracht der Fülle dieser publizierten Entscheide und aufgrund der Tatsache, dass die entsprechenden Internetsuchmaschinen eine wirklich zuverlässige Suche noch nicht zulassen, könnte man allenfalls diskutieren (was hier abgelehnt wird), ob die Kenntnis von Interneturteilen in einem Fall wie dem vorliegenden verlangt werden kann.

3.2.3. Adäquater Kausalzusammenhang

Ein Schaden ist dann adäquat verursacht, wenn die Schadensursache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Schaden von der Art des eingetretenen zu bewirken. Das Bundesgericht ist bei der Bejahung der Kausalität grosszügig, so dass nur ganz aussergewöhnliche Kausalverläufe als nicht adäquat zu betrachten sind. Die adäquate Kausalität ist deshalb gegeben.

3.2.4. Verschulden/Zurechenbarkeit

Frau Meier kann sich nicht exkulpieren (vgl. Art. 97 Abs. 1 OR). Sie hätte die Pflicht gehabt, das Memorandum Imbodens zu überprüfen und ihrerseits die objektiv verlangte Sorgfalt walten zu lassen, mit der die bundesgerichtliche Praxisänderung feststellbar gewesen wäre.

Frau Meier kann sich im Besonderen nicht dadurch entlasten, dass Imboden das verhängnisvolle Dokument erstellt hat. Dessen Verletzung der Sorgfaltspflicht ist ihr nach Art. 101 OR zuzurechnen; die von dieser Bestimmung aufgestellten Voraussetzungen für eine Zurechenbarkeit sind erfüllt:

- Stellung als Hilfsperson (s. hiervor)
- Erfüllung einer Schuldpflicht
- Verrichtung als Hilfsperson
- Hypothetische Vorwerfbarkeit gegenüber Meier.

3.2.5. Bemessung des Schadenersatzes

Grundsätzlich volle Haftung (vgl. Art. 99 Abs. 1 OR); etwaige Reduktionsgründe sind nicht ersichtlich.

4. Zwischenergebnis

X hat einen Anspruch auf Schadenersatz gestützt auf Art. 97 i.V.m. 398 Abs. 2 OR gegen Frau Meier.

B. Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 41 Abs. 1 OR (i.V.m. Art. 55 Abs. 1 OR)

Deliktsrechtliche Ansprüche für falsche Beratung oder Auskunftserteilung sind zu verneinen. Keine Schutznorm ersichtlich, die zu Widerrechtlichkeit führen würde. (Eine Schutznorm im Sinne des Haftungsrechts kann wohl auch nicht der Anwaltsgesetzgebung „entnommen“ werden.)

Mögliche Punkte
Ziff. 3.2:
11

Möglicher Punkt: 1

2. Frage: Honorar- bzw. Verrechnungsanspruch von Rechtsanwältin Meier

A. Zustandekommen und Inhalt des Vertrages

Wie bereits vorne ausgeführt wurde, ist zwischen Frau Meier und X ein Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR zustande gekommen. Der Vertrag ist auch gültig.

B. Pflicht zur Leistung einer Vergütung als Vertragswirkung

Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 OR). Im Gegenzug hat der Auftraggeber eine Vergütung zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist (Art. 394 Abs. 3 OR). Aus dem Sachverhalt geht nicht hervor, ob eine Vergütung verabredet worden ist; sie ist aber zweifellos üblich (BGE 126 II 249).

X schuldet dem Grundsatz nach die Vergütung, wenn und sobald der Auftrag ausgeführt ist. Vorher steht ihm die Einrede aus Art. 82 OR zu.

Umstritten ist in Lehre und Rechtsprechung, ob dem Honoraranspruch der Beauftragten die anspruchsbeschränkende Einrede der nicht oder nicht gehörigen Erfüllung entgegengehalten werden kann – ob also eine unsorgfältige Vertragsausführung nicht nur zur Geltendmachung von Schadenersatz, sondern auch zum Wegfall bzw. zur Reduktion des Honorars führe. Die neuere Lehre differenziert: Statt jeden Honoraranspruch bei Schlechterfüllung abzulehnen, will sie dem Auftraggeber – analog zu Art. 205 und Art. 368 Abs. 2 OR – ein Minderungsrecht zugestehen, wenn der Auftrag nicht pflichtgemäss ausgeführt worden ist. Tendenziell schliesst sich heute das Bundesgericht dieser Auffassung an. Danach ist ein (Teil-)Honorar geschuldet, insoweit der Auftrag vertragskonform erfüllt worden ist. Handelt es sich jedoch um eine „exécution du mandat si défectueuse qu'elle doit être assimilée à une totale inexécution“ (BGE 124 III 423, 427), ist mit anderen Worten die Leistung gänzlich unbrauchbar, ist ein Wegfall des Honoraranspruchs gerechtfertigt (vgl. auch BGER vom 11. Februar 2000, 4C.408/1999, E. 3.b). Eine solche Rechtsfolge mag im vorliegenden Fall resultieren, da nicht ersichtlich ist, welche „vertragskonforme“ Leistung Frau Meier erbracht haben könnte. Zumindest müsste aber ihr Honorar erheblich gekürzt werden.

C. Etwaige Verrechnung

Wird Frau Meier ein reduziertes Honorar zugestanden, stellt sich die Frage nach einer Verrechnung der Schadenersatzforderung des X mit dem Honoraranspruch bzw. umgekehrt. Die durch Art. 120 OR stipulierten Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt:

- Gegenseitigkeit der Forderungen
- Gleichartigkeit der Schulden
- Durchsetzbarkeit der Verrechnungsforderung (Klagbarkeit, Einredefreiheit und Fälligkeit)
- kein Verrechnungsverbot.

Mögliche Punkte für 2. Frage: **6**

3. Frage: Anspruch von Frau Meier gegenüber der Bank ABC AG aus Bürgschaft

A. Zustandekommen und Inhalt des Vertrages

Gemäss Sachverhalt hat sich die Bank ABC AG gegenüber Frau Meier verpflichtet, für etwaige Honorarschulden von X bis zu einem Betrag von CHF 60'000.– einzustehen. Somit ist zwischen Frau Meier und der Bank ABC AG ein Konsens über die *essentialia negotii* des Bürgschaftsvertrages im Sinne von Art. 492 Abs. 1 OR erzielt worden. In casu handelt es sich um eine einfache Bürgschaft nach Art. 495 Abs. 1 OR.

Die Erklärung der Bank stellt insbesondere keinen Garantievertrag nach Art. 111 OR dar. Die versprochene Zahlungsverpflichtung ist akzessorisch zur Hauptschuld („Honorarschulden bis zu einem Betrag von CHF 60'000. –“). Bezüglich des Formerfordernisses (Art. 493 Abs. 1 OR) kann davon ausgegangen werden, dass dieses beachtet worden ist – zumal es sich bei der Bank und bei Frau Meier um geschäftskundige Personen handelt.

B. Wirkungen/Durchsetzung des Vertrages

Der Bürgschaftsvertrag gibt Meier das Recht, von der Bank Zahlung der ausstehenden Honorarforderung zu verlangen, wenn die Belangbarkeitsvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. Art. 495 Abs. 1 OR). Letzteres ist vorliegend nicht gegeben, so dass der Bank die Einrede der Vorausklage zusteht.

Sodann kann und muss der Bürge seinerseits sämtliche Einreden erheben, die dem Hauptschuldner zustehen (Art. 502 OR). Insbesondere kann der Bürge die Zahlung verweigern, solange dem Hauptschuldner die Möglichkeit einer Verrechnung offen steht (Art. 121 OR).

Mögliche
Punkte
für 3.
Frage: 4

Total Punkte: 30