

BGer 4A_429/2014 vom 20. Juli 2015

Bundesgericht, 2015-07-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_429_2014

FR: TF 4A_429/2014 du 20 juillet 2015

IT: TF 4A_429/2014 del 20 luglio 2015

Erwägungen

E. 1

Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Für Beschwerden in Zivilsachen gegen Urteile kantonalen Handelsgerichte besteht kein Streitwerterfordernis (Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG i.V.m. Art. 6 ZPO [SR 272]; BGE 139 III 67 E. 1.2 S. 69). Auf die Beschwerde ist - unter Vorbehalt rechtsgenügender Rügen - einzutreten.

E. 2.1

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Mit Blick auf die Begründungspflicht der beschwerdeführenden Partei (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 140 III 115 E. 2 S. 116; 137 III 580 E. 1.3; 135 III 397 E. 1.4). Eine qualifizierte Rügepflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG).

Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 sowie Art. 106 Abs. 2 BGG, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Rechtsverletzung liegt (BGE 140 III 115 E. 2 S. 116).

E. 2.2

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vorinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 140 III 115 E. 2 S. 117; 135 III 397 E. 1.5). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18). Soweit sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur soweit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG), was in der Beschwerde näher darzulegen ist (BGE 133 III 393 E. 3 S. 395). Auf eine Kritik an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die diesen Anforderungen nicht genügt, ist nicht einzutreten (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18; 133 II 249 E. 1.4.3).

E. 2.3

Im Zusammenhang mit ihren Ausführungen zur von der Beschwerdegegnerin beantragten Sicherheitsleistung macht die Beschwerdeführerin im Rahmen einer Noveneingabe geltend, gemäss einem ihr nach dem angefochtenen Urteil zugegangenen Vermögensausweis per 6. Oktober 2014 seien Anteile an zwei Fonds zurückerstattet worden und betrage ihr Kontoguthaben aktuell EUR 594'927.23 und USD 251'294.87 bzw. insgesamt EUR 794'605.32. Damit überstiegen bereits die liquiden Mittel den angeblichen Befreiungsanspruch von USD 994'996.21 bzw. EUR 790'620.75 um EUR 3'984.57. In diesem Umfang sei die Beschwerde daher ohne weiteres gutzuheissen.

Der neu eingereichte Kontoauszug vom 6. Oktober 2014 und der geltend gemachte Verkauf der Fondsanteile datieren aus dem Zeitraum nach Fällung des vorinstanzlichen Urteils. Es handelt sich also um sog. "echte" Noven. Sie konnten im Rahmen der Verfahrensleitung im Hinblick auf die beantragte Sicherstellung einer allfälligen Parteientschädigung zwar vorgebracht und berücksichtigt werden; bei der Beurteilung der Beschwerde haben sie hingegen unbeachtet zu bleiben (Art. 99 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 1 BGG ; BGE 133 IV 342 E. 2.1 S. 344 mit Hinweisen; Urteil 4A_195/2014 vom 27. November 2014 E. 2.2, nicht publ. in: BGE 140 III 602 ; Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4340 Ziff. 4.1.4.3 zu Art. 93 E-BGG).

E. 3

Die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte wie auch die Anwendbarkeit schweizerischen Rechts auf das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien ist zu Recht unbestritten; ebenso, dass sich das kantonale Verfahren, da nach dem 1. Januar 2011 anhängig gemacht, nach der schweizerischen Zivilprozessordnung richtet (Art. 404 Abs. 1 ZPO

e contrario).

E. 4

Umstritten ist, ob sich die Beschwerdegegnerin aufgrund ihrer Inanspruchnahme im US-Verfahren gegenüber der Beschwerdeführerin auf einen Befreiungsanspruch berufen kann. Die Beschwerdeführerin erhebt in diesem Zusammenhang verschiedene Sachverhaltsrügen. In rechtlicher Hinsicht macht sie geltend, die seitens der Liquidatoren des Fairfield Sentry Funds gegen die Beschwerdegegnerin eingeklagte Forderung von USD 1'007'591.10 sei keine Verbindlichkeit im Sinne von Art. 402 Abs. 1 OR , sondern ein Schaden gemäss Art. 402 Abs. 2 OR . Eine Haftung des Auftraggebers setze aber dessen Verschulden voraus, welches vorliegend weder behauptet noch bewiesen sei.

Keine Rüge erhebt die Beschwerdeführerin hinsichtlich der vorinstanzlichen Beurteilung, dass ein Befreiungsanspruch für die im US-Verfahren geltend gemachte Rückforderung unabhängig davon bestehe, dass diese Rückforderung bestritten sei und (noch) Gegenstand des US-Verfahrens bildet. Ebenso äussert sie sich nicht mehr zur vorinstanzlichen Feststellung, der Befreiungsanspruch sei ein Grund für die Errichtung eines Pfandes bzw. es bestehe ein Retentionsrecht an den durch die Beschwerdeführerin bei der Beschwerdegegnerin eingebrachten Vermögenswerten. Darauf ist somit nicht mehr einzugehen.

E. 5

Zu prüfen sind vorerst die von der Beschwerdeführerin erhobenen Sachverhaltsrügen (Art. 8 ZGB i.V.m. Art. 97 Abs. 1 BGG).

E. 5.1

Sie bestreitet wie vor Vorinstanz, dass die Beschwerdegegnerin den Beweis für die Identität zwischen der im US-Verfahren eingeklagten Forderung und dem ihr gutgeschriebenen Betrag erbracht habe. Dass die Vorinstanz trotzdem Identität angenommen habe, sei willkürlich und beinhalte eine Beweislastumkehr.

E. 5.1.1

Sie bringt vor, es sei nicht ausgeschlossen, dass es sich um eine Ausschüttung an einen Dritten gehandelt habe. Die Vorinstanz habe sich diesbezüglich beweismässig auf Exhibit A der First Amended Complaint vom 5. Januar 2011 abgestützt, da diese den Auszahlungsbetrag von USD 1'007'591.10 ausweise und zudem zum gleichen Zeitpunkt, zu dem die Beschwerdegegnerin die Fondsanteile an die Fairfield Sentry Ltd. zurückgab. Die Vorinstanz habe damit willkürlich auf die First Amended Complaint vom 5. Januar 2011 abgestellt, obschon diese durch die Second Amended Complaint vom 21. Juli 2012 ersetzt worden sei, welche von ihr mit der Replik ins Recht gelegt wurde. Gemäss Exhibit A der Second Amended Complaint sei der Betrag von USD 1'007'591.10 nicht der Beschwerdegegnerin, sondern der Bank B. _____ USA, New York, gutgeschrieben worden. Demgegenüber weise der Transaktionsbeleg von CITCO die Beschwerdegegnerin als Begünstigte des Rückgabebetrags aus, nicht die Bank B. _____ USA. Zudem stimme der Zeitpunkt, zu dem die Fondsanteile der Beschwerdeführerin gemäss Transaktionsbeleg der Beschwerdegegnerin gehandelt wurden (9. September 2008), nicht mit dem Handelszeitpunkt gemäss Transaktionsbeleg von CITCO (1. Oktober 2008) überein.

E. 5.1.2

Vor Vorinstanz hatte die Beschwerdeführerin ausgeführt, die im US-Verfahren eingeklagte Summe von USD 1'007'591.10 stimme "betragsmässig und in zeitlicher Hinsicht" mit dem Erlös der für sie treuhänderisch vorgenommenen Rückgabe überein. Wenn sie nun vor Bundesgericht die zeitliche Übereinstimmung bestreitet, handelt es sich um eine unzulässige neue Tatsachenbehauptung (Art. 99 Abs. 1 BGG); darauf ist nicht einzutreten.

Mit der Tatsache, dass der Betrag von USD 1'007'591.10 gemäss der Second Amended Complaint vom 21. Juli 2012 der Bank B. _____ USA

, New York , gutgeschrieben wurde, kann sie sodann offensichtlich keine Willkür begründen. Beide Klageversionen enthalten in Exhibit A eine Liste der von Fairfield Sentry Ltd. getätigten Zahlungen mit den Rubriken "Payment Date, "Redemption Payment" und "No. of Shares". In der zweiten Klageversion vom 21. Juli 2012 werden diese ergänzt durch

eine vierte Rubrik "Bank Account To Which Redemption Payment Was Made, Per Shareholder Direction". Erklärend heisst es dazu, soweit solche Rückzahlungen ins Ausland geflossen sein sollten, seien sie über ein von den Anteilseignern bestimmtes Korrespondenzbank-Konto in den USA abgewickelt worden. Entsprechend änderte diese zusätzliche Angabe in der Second Amended Complaint, nach der die Zahlungen an die Bank B. _____ USA, New York, gingen, nichts daran, dass im US-Verfahren davon ausgegangen wurde, die Zahlungen seien der Beschwerdegegnerin zugekommen. Die Zahlungslisten in Exhibit A beider Klageversionen stehen denn auch unter dem Titel "Redemption Payments

Received by Defendants from Sentry..." (Hervorhebung beigefügt). Die Vorinstanz konnte willkürfrei von der Identität zwischen der im US-Verfahren eingeklagten Forderung und dem von der Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin gutgeschriebenen Betrag ausgehen. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz von einer Beweislastumkehr ausgegangen wäre; vielmehr erachtete sie aufgrund der verschiedenen klaren Indizien den der Beschwerdegegnerin obliegenden Beweis als erbracht, weshalb keine Verletzung von Art. 8 ZGB vorliegt (BGE 130 III 591 E. 5.4 mit Hinweisen).

E. 5.2

Sodann macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe vor der Vorinstanz dargetan, dass die Beschwerdegegnerin nicht als indirekte Stellvertreterin für sie gehandelt habe, sondern im Jahr 2000 eigene Fondsanteile auf eigene Rechnung gekauft und sie erst dann an die Beschwerdeführerin weiterverkauft habe, wozu die Vorinstanz keinen Beweis abgenommen habe.

Die Vorinstanz nahm keinen Beweis dazu ab, weil sie diese Frage als nicht entscheidend betrachte, da massgeblich die Rückgabe der Anteile in der kritischen Zeitphase gewesen sei. Die Beschwerdeführerin müsste somit rechtsgenügend begründen, weshalb der nicht festgestellte Sachverhalt entscheidend sein soll. Aus ihren schwer nachvollziehbaren Ausführungen ist dies nicht ersichtlich. Auf die Rüge ist deshalb nicht einzutreten.

E. 5.3

Die Beschwerdeführerin behauptet schliesslich, die Vorinstanz habe in willkürlicher Weise den Gegenstand des US-Verfahrens verkannt, was relevant sei, um den geltend gemachten Befreiungsanspruch beurteilen zu können.

E. 5.3.1

Sie rügt, entgegen der Vorinstanz habe der Anspruch gegen die Beschwerdegegnerin im US-Verfahren seinen Ursprung nicht allein in der Rückgabe der Fondsanteile gehabt; Gegenstand der US-Klage sei (vorwiegend) eigenes Fehlverhalten der Beschwerdegegnerin. Die US-Klage hätte die Beschwerdegegnerin somit auch getroffen, wenn sie als direkte Stellvertreterin der betreffenden Kunden aufgetreten wäre. Sie behauptet sodann, Gegenstand des US-Verfahrens sei ein konkursrechtlicher Anspruch. Die Vorinstanz habe in willkürlicher Weise die Natur des Anspruchs falsch interpretiert und sei unter Verweis auf eine einzige Formulierung in der Second Amended Complaint vom 21. Juli 2012 ("Bank B. _____ Switzerland has been unjustly enriched") von bereicherungsrechtlichen Ansprüchen ausgegangen. Nachdem die US-Klage das Ziel verfolge, den Schaden bestehender Anleger auf die Beschwerdegegnerin und ehemalige

Anleger zu verteilen, werde die konkursrechtliche Natur des Anspruchs allzu deutlich. Nebst Konkursrecht stütze sich die Klage auch auf Billigkeitsüberlegungen ("It would offend principles of equity and good conscience to permit Bank B. _____ Switzerland to retain the Redemption Payments received from Sentry").

E. 5.3.2

Die US-Klage bezweckt die Rückerstattung von Zahlungen, die zwischen dem 20. April 2004 und Dezember 2008 für die Rückgabe von Fondsanteilen an Anteilsinhaber ausgerichtet wurden. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb es entscheidungsrelevant sein soll, ob die Rückerstattungsforderung bereicherungs- oder konkursrechtlicher Natur ist und die Beschwerdeführerin legt dies auch nicht rechtsgenügend dar. Auf die Rüge ist nicht einzutreten.

Massgebend ist, dass die Beschwerdegegnerin die auf Anweisung der Beschwerdeführerin erworbenen Fondsanteile wiederum gemäss den Instruktionen der Beschwerdeführerin in der "kritischen" Zeitspanne zurückgab und deshalb mit der US-Klage bedroht ist. Wäre die Rückgabe unterblieben, wäre die Grundlage für die Klage entfallen, gleichzeitig wäre die Beschwerdeführerin - bzw. die Beschwerdegegnerin auf Rechnung der Beschwerdeführerin - im Besitz der nun weitgehend entwerteten Fondsanteile geblieben. Es ist nicht nachvollziehbar, was die Beschwerdeführerin meint mit ihrem Einwand, die US-Klage hätte die Beschwerdegegnerin auch getroffen, wenn sie als direkte Stellvertreterin der betreffenden Kunden aufgetreten wäre. Unklar ist auch, was die Beschwerdeführerin genau geltend machen will mit ihrem Einwand, Gegenstand der US-Klage sei (vorwiegend) eigenes Fehlverhalten der Beschwerdegegnerin. Sie behauptet selber nicht, die US-Klage sei eine Deliktssklage, mit welcher die Liquidatoren des Fairfield Sentry Funds Schadenersatzforderungen aus schuldhaftem Verhalten der Beschwerdegegnerin gegenüber dem Fonds eingeklagt hätten. Das ist denn auch offensichtlich nicht der Fall; vielmehr werden in der Second Amended Complaint vom 21. Juli 2012 (Rz. 75 ff.) durchwegs Rechtstitel aufgeführt gestützt auf die Rückgabe der Fondsanteile während der erwähnten Zeitspanne.

Mit "Fehlverhalten" bezieht sich die Beschwerdeführerin darauf, dass die Beschwerdegegnerin gemäss den Darstellungen in der US-Klage schon vor 2008 Anhaltspunkte für das betrügerische System von Madoff gehabt habe. Sie macht in diesem Zusammenhang wiederholt geltend, die Abklärung des "Gegenpartei-Risikos" in dieser Dauerbeziehung falle in den Risikobereich der Beschwerdegegnerin. Ob (auch) eigenes Fehlverhalten der Beschwerdegegnerin Gegenstand des US-Verfahrens bilde, sei insofern für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens entscheidend, als bei Bejahung dieser Frage ausgeschlossen werden könne, dass die Beschwerdegegnerin "im Interesse und in Erfüllung des Auftrags der Beschwerdeführerin" gehandelt habe. Damit zeigt die Beschwerdeführerin indessen nicht hinreichend auf, inwiefern die Vorinstanz aufgrund der Ausführungen in der US-Klage in tatsächlicher Hinsicht von bestimmten Kenntnissen der Beschwerdegegnerin hätte ausgehen müssen, geschweige denn, weshalb diese eine Unsorgfalt im Verhältnis zur Beschwerdeführerin begründen würden, die für die Beurteilung des konkreten Rechtsstreits relevant wäre. Auch diesbezüglich liegt keine rechtsgenügende Rüge vor.

Im Übrigen ist nicht ersichtlich, was ein (früherer) "Ausstieg" aus dem Fonds im Zeitraum zwischen dem 20. April 2004 und Dezember 2008 aufgrund allenfalls vorhandener Indizien betreffend das Betrugsgebäude von Madoff geändert hätte, erfasst die US-Klage doch

sämtliche "Redemption Payments" in dieser Zeitspanne. Von Bedeutung könnte sein, wenn die Beschwerdegegnerin im Rahmen des "Gesamtleistungspakets" beim Kauf der Anteile auf Rechnung der Beschwerdeführerin nicht deren bestimmten Auftrag ausgeführt hätte, sondern im Rahmen des ihr zur Auftragsausführung überlassenen Ermessens eigene Investitionsentscheide (Wahl der Gegenpartei bzw. des Anlageobjekts) getroffen hätte. Wie erwähnt, hielt die Vorinstanz aber willkürfrei und für das Bundesgericht verbindlich fest, die Beschwerdegegnerin habe die Fondsanteile am 15. Februar 2000 auf Anweisung der Beschwerdeführerin erworben. Bestimmte diese beim Kauf den konkreten Kaufgegenstand, kann nicht davon die Rede sein, dass die Beschwerdegegnerin im Rahmen ihres Auftrags das "Gegenparteiisiko" zu tragen hätte. Diesfalls könnte sich höchstens die Frage stellen, ob die Beschwerdegegnerin beim Kaufentscheid der Beschwerdeführerin sorgfaltspflichtwidrig handelte, indem sie trotz einer entsprechenden Verpflichtung und vorhandenen Kenntnissen die Beschwerdeführerin im Jahr 2000 nicht vor dem Kauf warnte bzw. ihr vor dem 20. April 2004 zur Rückgabe riet. Dazu führt die Beschwerdeführerin aber nichts Konkretes aus.

E. 6

Die Beschwerdeführerin rügt eine falsche Anwendung von Art. 402 OR. Sie ist der Auffassung, entgegen der Vorinstanz sei der im US-Verfahren eingeklagte Anspruch nicht unter Art. 402 Abs. 1 OR (Befreiung von "eingegangenen Verbindlichkeiten"), sondern unter Art. 402 Abs. 2 OR (Ersatz "für den aus dem Auftrag erwachsenen Schaden") zu subsumieren. Das Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen für einen Anspruch nach Art. 402 Abs. 2 OR (insbesondere das Verschulden der Auftraggeberin) habe die Beschwerdegegnerin aber nicht behauptet.

E. 6.1

Sie macht geltend, aufgrund der Systematik des Gesetzes sei massgebliches Unterscheidungskriterium die Freiwilligkeit. Von Art. 402 Abs. 1 OR würden nur freiwillige Vermögensverminderungen des Beauftragten erfasst, d.h. diejenigen Vermögensseinbussen, die der Beauftragte gewollt habe, um damit den Auftrag zu erfüllen. Unter den Schaden gemäss Art. 402 Abs. 2 OR fielen dagegen unfreiwillige Vermögensverminderungen. Die Vorinstanz erachte vorliegend die Eingehung der Verbindlichkeit als insoweit freiwillig, als die Beschwerdegegnerin die Fondsanteile in Erfüllung des ihr von der Beschwerdeführerin erteilten Auftrags aus freien Stücken zurückgegeben habe. Dem sei nicht zu folgen. Entscheidend sei, dass nicht das

Rechtsgeschäft, aus welchem die fragliche Verbindlichkeit irgendwann resultieren möge, freiwillig eingegangen sein müsse, sondern die

Vermögensverminderung. Die Rückgabe der Fondsanteile habe jedoch gerade keine Vermögensverminderung zur Folge gehabt. Im Zeitpunkt der Rückgabe seien weder die Aktiven der Beschwerdegegnerin verringert noch ihre Passiven erhöht worden. Erst der Konkurs der Fairfield Sentry Ltd. und die dadurch entstandenen Ansprüche hätten zum drohenden Schaden geführt. Freiwilligkeit setze voraus, dass die eingegangenen Verpflichtungen Gegenstand des Auftrags seien und daher vom Auftraggeber bewusst und gewollt eingegangen werden. Das treffe zu beispielsweise auf Steuerfolgen oder Gewährleistungsansprüche. Ein nicht voraussehbares Ereignis wie der Konkurs einer Gegenpartei und damit verbundene konkursrechtliche Folgen könnten demgegenüber nicht vorrätig und freiwillig übernommen werden. Die Beschwerdeführerin habe mit der

Auftragserteilung keine Verpflichtung übernommen, sich bei Konkurs am Schaden anderer Anleger zu beteiligen. Abgesehen von der Gesetzessystematik erfülle die im US-Verfahren eingeklagte Forderung den von Art. 402 Abs. 1 OR verwendeten Begriff der "eingegangenen Verpflichtung" nicht.

E. 6.2.1

Nach Art. 400 Abs. 1 OR hat der Beauftragte auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten. Der Beauftragte soll durch den Auftrag - abgesehen von einem allfälligen Honorar - weder gewinnen noch verlieren (BGE 138 III 755 E. 4.2 S. 759, 137 E. 5.3.1; 132 III 460 E. 4.1 S. 464). Da der Beauftragte durch seine Tätigkeit im Interesse des Auftraggebers keinen Vermögensverlust erleiden soll, hat er (unabhängig von einem Anspruch auf Vergütung der geleisteten Arbeit) das Recht, vom Auftraggeber Ersatz der Auslagen und Verwendungen sowie Befreiung von den eingegangenen Verbindlichkeiten zu fordern (Walter Fellmann, Berner Kommentar, 1992, N. 118 zu Art. 394 OR). Ebenso wie der Auftraggeber jederzeit Ablieferung der vom Beauftragten erhaltenen und erworbenen Vermögenswerte verlangen kann, muss der ungedeckte Beauftragte Befreiung von den tatsächlich eingegangenen Verbindlichkeiten fordern können (Georg Gautschi, Berner Kommentar, 3. Aufl. 1971, N. 18a zu Art. 402 OR).

Hierzu sieht Art. 402 Abs. 1 OR vor, dass der Auftraggeber dem Beauftragten die in richtiger Auftragsausführung gemachten "Auslagen und Verwendungen" ("les avances et frais", "le anticipazioni e le spese") zu ersetzen und ihn von den "eingegangenen Verbindlichkeiten" ("des obligations par lui contractées", "dalle assunte obbligazioni") zu befreien hat. Er haftet dem Beauftragten ausserdem für den aus dem Auftrag erwachsenen Schaden, soweit er nicht zu beweisen vermag, dass dieser ohne sein Verschulden entstanden ist (Art. 402 Abs. 2 OR).

Bei der Kommission besteht nach Art. 431 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 425 Abs. 2 OR ein dem Auftragsrecht entsprechender Anspruch auf Verwendungsersatz und auf Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten (Christian Lenz/Andreas von Planta, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N. 2 ff. zu Art. 431 OR ; Andreas von Planta/Marie Flegbo-Berney, in: Commentaire romand, Code des obligations I, 2. Aufl. 2012, N. 2 ff. zu Art. 431 OR).

E. 6.2.2

Welche Verminderung der Aktiven oder Erhöhung der Passiven dem Beauftragten nach Art. 402 Abs. 1 OR einen Anspruch gegenüber dem Auftraggeber auf Auslagen- und Verwendungsersatz bzw. auf Befreiung von Verbindlichkeiten verschafft, ist im Einzelnen umstritten. Kontrovers ist insbesondere die Abgrenzung zum Schadenersatzanspruch nach Art. 402 Abs. 2 OR , der ein Verschulden des Auftraggebers voraussetzt.

In der Lehre wird einerseits gestützt auf den Wortlaut ("obligations par lui contractées") die Auffassung vertreten, Art. 402 Abs. 1 OR erfasse nur Ansprüche aus Rechtsgeschäft ("nés d'un acte juridique"), nicht jedoch Ansprüche gegen den Beauftragten aus Delikt oder ungerechtfertigter Bereicherung (Franz Werro, Le mandat et ses effets, 1993, S. 233 Rz. 681; derselbe, in: Commentaire romand, Code des obligations I, 2. Aufl. 2012, N. 10 zu Art. 402 OR ; Pierre Tercier/Pascal G. Favre, Les contrats spéciaux, 4. Aufl. 2009, S. 786 Rz. 5235). Nach anderer Auffassung kommen weitergehend zum Beispiel auch

Gewährleistungsansprüche (aus dem Verkauf von Kommissionsgütern), Verpflichtungen aus Haftpflichtansprüchen Dritter im Rahmen einer Gefährdungshaftung (Walter Fellmann, a.a.O., N. 89 zu Art. 402 OR) oder Steuerverpflichtungen (Georg Gautschi, Berner Kommentar, 3. Aufl. 1971, N. 15a zu Art. 402 OR) in Betracht.

Allgemein wird festgehalten, Auslagen und Verwendungen bzw. eingegangene Verbindlichkeiten seien freiwillige, Schäden dagegen nicht gewollte Vermögenseinbussen (Fellmann, a.a.O., N. 19 und N. 22 zu Art. 402 OR ; Rolf H. Weber, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N. 3 i.V.m. N. 8 zu Art. 402 OR ; Eugen Bucher, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 1988, S. 232 f.; Gautschi, a.a.O., N. 10b zu Art. 402 OR ; Josef Hofstetter, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/6, 2. Aufl. 2000, S. 85 i.V.m. S. 88; Andreas von Tuhr/Hans Peter, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl. 1979, S. 130 und 132; Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, 2. Aufl. 1936, N. 5 zu Art. 402 OR). Dennoch könne es auch Situationen geben, in denen sich die Begriffe "Auslagen" und "Schaden" überschneiden (Hofstetter, a.a.O., S. 85 unter Hinweis auf BGE 59 II 245 ; vgl. auch von Tuhr/Peter, a.a.O., S. 132; Oser/Schönenberger, a.a.O., N. 5 zu Art. 402 OR).

E. 6.2.3

Diese Abgrenzungsschwierigkeiten waren bereits bei der Vorbereitung des Gesetzgebungsverfahrens thematisiert worden. In der Expertenkommission zur Revision des Obligationenrechts hatte Burckhardt vorgeschlagen, dem (heutigen) Art. 402 einen Absatz 3 anzufügen wie folgt:

"Auch wenn er [der Auftraggeber] diesen Beweis leistet [gemeint: den Beweis des fehlenden Verschuldens], kann ihm nach richterlichem Ermessen dennoch ganzer oder teilweiser Ersatz eines Schadens auferlegt werden, der durch eine vom Beauftragten zum Zwecke der Ausführung des Auftrags vorgenommene vorwurfsfrei als zweckdienlich erachtete Handlung von erhöhter Gefahr begünstigt wurde." (Protokoll der Expertenkommission 1904, S. 45 f. und Zusammenstellung der Anträge und Anregungen zum VE 1905 S. 46).

Der Vorschlag wurde nicht aufgenommen, ohne dass sich den Materialien weitere Anhaltspunkte entnehmen liessen. Burckhardt begründete seinen Vorschlag an einem Vortrag vor dem Schweizerischen Juristenverein unter Hinweis auf die unterschiedlichen Regelungen dieses historisch umstrittenen Problems in den Gesetzgebungen unserer Nachbarländer. Er war der Meinung, die schweizerische Lösung, die nur zwischen Aufwendungen und Schadenersatz bei Verschulden unterscheidet, lasse berechnete Ansprüche unberücksichtigt. Sie sei nur erklärbar im Hinblick auf die sonst resultierenden Abgrenzungsschwierigkeiten. Zwar sei man sich einig über die negative Abgrenzung, dass an eine allgemeine Haftung für jeden aus Anlass des Auftrags irgendwie zufällig erlittenen Schaden nicht zu denken sei. Schwierig sei dagegen die positive Begrenzung: Solle Haftung nur eintreten, wenn der Schaden unmittelbar aus auftragsgemäsem Handeln und durch das aufgetragene Geschäft entstand, nicht aber lediglich bei Gelegenheit der Ausführung des Auftrags? Oder solle man eine Haftung annehmen, wenn der Schaden seinen Grund im bestimmten Inhalt des Auftrags hatte, jedoch eine Haftung verneinen, wenn er daraus resultierte, dass der Beauftragte "bei freier Marschroute" den Auftrag in bestimmter Weise ausführte, während er ihn auch anders hätte ausführen können? (Carl Christoph Burckhardt, Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das

Schadenersatzrecht, ZSR 44/1903 S. 508).

E. 6.2.4

Das Bundesgericht hat sich namentlich in BGE 59 II 245 zum Verhältnis zwischen Verwendungs- und Schadenersatz gemäss Art. 402 Abs. 1 bzw. Abs. 2 i.V.m. Art. 431 Abs. 1 OR geäußert. Es ging in diesem Verfahren um die Frage, ob die Kommittentin der beauftragten Bank einen Kursverlust auf einem Devisenbestand in Britischen Pfund zu ersetzen habe, die Letztere im Zusammenhang mit dem ihr erteilten Auftrag (Kauf von englischen Goldsovereigns) als indirekte Stellvertreterin erlitten hatte. Es stellte fest, Verwendung sei ein freiwilliger, Schaden ein unfreiwilliger Vermögensverlust. Die Unterscheidung sei wichtig, da der Beauftragte Ersatz des Schadens nur unter der Voraussetzung verlangen könne, dass der Auftraggeber den Schaden verschuldet habe. Im von der Bank erlittenen Kursverlust auf den im Hinblick auf den Wertschriftenerwerb angeschafften Britischen Pfund (infolge eines Entscheids der Bank von England) könne zunächst ein Schaden erblickt werden (E. 5 S. 253 f.); ein Anspruch der Kommissionärin gestützt auf Art. 402 Abs. 2 OR bestehe aber nicht, weil es an einem Verschulden der Kommittentin fehle (E. 5 S. 256 a.E.). Das Bundesgericht erwog sodann aber, der Unterschied zwischen Schaden und Aufwendungen sei nun freilich nicht scharf: "Wer im Interesse eines andern eine Sache bewusstermassen einer Gefahr aussetzt, hat im Falle der Verwirklichung der Gefahr den Verlust gewollt". Daher liege die Annahme näher, dass es sich beim Kursverlust auf den im Hinblick auf die Auftragsausführung beschafften Britischen Pfund nicht um einen Schaden der Kommissionärin, sondern um eine Verwendung handle, die sie "zum Zwecke der Ausführung des Auftrages" gemacht habe, wobei der Bank ein unsorgfältiges Vorgehen vorzuwerfen sei, indem sie die Pfund über das Wochenende stehen liess, anstatt diese glattzustellen (E. 6 S. 256 f.).

Beim unentgeltlichen Auftrag hat das Bundesgericht zudem dem Beauftragten in analoger Anwendung von Art. 422 Abs. 1 OR (Geschäftsführung ohne Auftrag) auch im Rahmen von Art. 402 Abs. 2 OR - entgegen dem Wortlaut dieser Norm - Schadenersatz ohne Verschulden des Auftraggebers zugesprochen (BGE 48 II 487 ff. betr. Körperverletzung des Beauftragten bei der Verfolgung von Dieben; BGE 61 II 95 ff. betr. Sturz beim Schütteln eines Birnbaums). Es erkannte einen Wertungswiderspruch und damit ein Versehen des Gesetzgebers, wenn bei der fremdnützigen Geschäftsführung ohne Auftrag eine Kausalhaftung besteht, beim unentgeltlichen und damit altruistischen Auftrag hingegen eine blossе Verschuldenshaftung des Auftraggebers (BGE 48 II 487 E. 3).

Ein weiterer Entscheid betraf die Pflichten des Auftraggebers gegenüber dem Beauftragten, der in Erfüllung des Auftrags einen Garantievertrag (Art. 111 OR) abschloss und vom Vertragspartner in Anspruch genommen wurde. Das Bundesgericht erwog, die Befreiung des Beauftragten von der Schadenersatzpflicht aus einem Vertrag zu Lasten eines Dritten zähle zu den Verpflichtungen des Auftraggebers nach Art. 402 Abs. 1 OR (BGE 120 II 34 E. 6d). Die vertragliche Schadenersatzpflicht wurde demnach als "eingegangene Verbindlichkeit" des Beauftragten im Sinne dieser Bestimmung betrachtet, für die ihm ein Befreiungsanspruch zusteht.

E. 6.2.5

Unabhängig von der Unterscheidung zwischen den beiden Absätzen von Art. 402 OR besteht kein Anspruch des Beauftragten, wenn er den Auftrag sorgfaltswidrig ausgeführt hat (BGE 110 II 283 E. 3a S. 286; 59 II 245 E. 5 S. 253; Urteile 4A_424/2014 vom 4.

Februar 2015 E. 2; 4C.199/2004 vom 11. Januar 2005 E. 10.3.2.1).

Im Übrigen ist Art. 402 OR - wie auch Art. 431 OR - dispositiver Natur; die Ansprüche des Beauftragten dürfen demnach eingeschränkt oder erweitert werden (Fellmann, a.a.O., N. 59 und N. 175 zu Art. 402 OR ; Weber, a.a.O., N. 16 zu Art. 402 OR ; Tercier/Favre, a.a.O., S. 784 Rz. 5227; Hofstetter, a.a.O., S. 87; Lenz/von Planta, a.a.O., N. 9 zu Art. 431 OR ; von Planta/Flegbo-Berney, a.a.O., N. 10 zu Art. 431 OR ; Urteil 4C.17/2003 vom 28. Januar 2004 E. 3.3.1). Entsprechend sind allfällige einzelvertragliche Regelungen zu beachten.

E. 6.3

Nach den Feststellungen der Vorinstanz umfassten die Vertragspflichten der beauftragten Bank nach der zwischen den Parteien abgeschlossenen Vereinbarung das treuhänderische Erwerben, das anschliessende Halten sowie die Rückgabe der Anteile am Fairfield Sentry Fund in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung. Auf den Treuhandvertrag sind die auftragsrechtlichen Bestimmungen (Art. 394 ff. OR) anwendbar (BGE 112 III 90 E. 4a; 99 II 396 E. 6 S. 397). Die Rückgabe der Fondsanteile gegen Entschädigung in eigenem Namen und auf Rechnung der Beschwerdeführerin als isolierter Vorgang stellt eine Verkaufskommission (Art. 425 OR) dar.

Die Beschwerdegegnerin war als Treuhänderin verpflichtet, die erhaltenen Vermögenswerte - so insbesondere die auf Weisung der Beschwerdeführerin erworbenen Anteile am Fairfield Sentry Fund - zu verwahren und von ihren Rechten daran nur im vereinbarten Rahmen Gebrauch zu machen (vgl. BGE 119 II 326 E. 2b; 99 II 393 E. 6 S. 396 f.; 85 II 97 E. 1; Urteile 4A_474/2014 vom 9. Juli 2015 E. 5.1; 5A_189/2010 vom 12. Mai 2010 E. 4.1). Die Beschwerdegegnerin verwaltete die übertragenen Vermögenswerte nicht etwa selbständig, sondern sie hatte die Fondsanteile lediglich treuhänderisch für die Beschwerdeführerin zu halten, bis diese ihr die Anweisung erteilen würde, die Anteile in eigenem Namen, aber auf Rechnung der Beschwerdeführerin zu verkaufen.

Nach der abgeschlossenen Vereinbarung war demnach die vertragliche Leistung der Beschwerdegegnerin - nach dem erfolgten Erwerb auf Anweisung der Beschwerdeführerin hin - auf das treuhänderische Halten und den instruktionsgemässen Verkauf bzw. die Rückgabe der fraglichen Anteile am Fairfield Sentry Fund auf Rechnung der Beschwerdeführerin beschränkt. Aufgrund der vorinstanzlichen Feststellungen besteht nach Treu und Glauben kein Zweifel daran, dass auch der Verkauf bzw. die Rückgabe der Anteile im September/Oktober 2008 auf Rechnung und Gefahr der Beschwerdeführerin erfolgte; sie allein trug das Risiko dieses Ausführungsgeschäfts (vgl. zum Erfüllungsrisiko des Kommittenten allgemein Lenz/von Planta, a.a.O., N. 4 zu Art. 425 OR ; zum Risiko des Kunden bei treuhänderischen Bankgeschäften Daniel A. Guggenheim/Anath Guggenheim, *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, 5. Aufl. 2014, S. 597 Rz. 1873; vgl. auch Thomas Staehelin, *Die Treuhandanlage*, 1973, S. 52, wonach bei der Treuhandanlage wesentlich ist, dass das Interesse am Geschäft allein beim Treugeber liegt, wobei dieser Interessenverteilung auch die die Treuhandanlage qualifizierende vollumfängliche Übernahme aller Risiken sowie des ausschliesslichen Nutzens durch den Treugeber entspreche). Nicht nur allfällige Wertsteigerungen oder -verluste des Treuguts in Form der Fondsanteile während der Haltedauer gingen zugunsten bzw. zulasten der Beschwerdeführerin, sondern auch das Risiko aus dem instruktionsgemäss durchgeführten Verkaufs- bzw. Rückgabegeschäft war allein von ihr zu tragen. Die Beschwerdegegnerin war lediglich zum weisungsgemässen Abschluss und zur treuhänderischen Abwicklung des

Ausführungsgeschäfts mit der Fairfield Sentry Ltd. - und damit unter anderem zur Herausgabe des erzielten Erlöses - verpflichtet (vgl. Karsten Schmidt, Die Kommission: Treuhand am Rechtsverhältnis, in: FS Medicus, Köln 2009, S. 472, wonach sich das Handeln des Kommissionärs für Rechnung des Kommittenten nicht im Abschluss des Vertrags im eigenen Namen für fremde Rechnung erschöpft: vielmehr beherrsche der Treuhandcharakter das ganze Kommissionsverhältnis, begleite das Ausführungsgeschäft und folge ihm bezüglich der rechtsgeschäftlichen Folgen; vgl. auch derselbe, Handelsrecht, Unternehmensrecht I, 6. Aufl., Köln 2014, S. 1001 f. § 31 I Rz. 12).

Das Risiko, dass der Wert der - kurz vor der Konkurseröffnung - zurückgegebenen Fondsanteile infolge betrügerischer Handlungen bereits im Zeitpunkt der Rückgabe gegen Null strebte, wie von der Vorinstanz festgestellt, war daher nach der vertraglichen Vereinbarung von der Beschwerdeführerin zu tragen. Dass die (annähernde) Wertlosigkeit im Rückgabezeitpunkt noch nicht festgestellt und aus diesem Grund eine (zu hohe) Rücknahmesumme ausbezahlt worden war, vermag an diesem Umstand nichts zu ändern. Wie die Beschwerdegegnerin im Falle einer früheren Aufdeckung des Betrugsfalls lediglich den allenfalls noch erhältlichen (tieferen) Erlös an die Beschwerdeführerin hätte herausgeben müssen, hat sie eine nachträgliche Rückforderung des Erlöses durch ihre Vertragspartnerin bzw. deren Liquidatoren lediglich auf Rechnung der Beschwerdeführerin zu leisten, die ihr die Anweisung zur Durchführung dieses Rechtsgeschäfts erteilt hat. Der Anspruch der Beschwerdegegnerin auf Befreiung von dem im US-Verfahren gegen sie geltend gemachten Rückforderungsanspruch folgt demnach unmittelbar aus der vertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien, das fragliche Geschäft auf Rechnung der Beschwerdeführerin durchzuführen (in diesem Sinne bereits das Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs BGHZ 8, 222 E. IV.1. S. 228 f., wonach sich eine Erstattungspflicht des Kommittenten für Schadenersatzleistungen des Kommissionärs an Dritte, die sich notwendig aus der Abwicklung des Geschäfts ergeben und mit ihm untrennbar verbunden sind, bereits aus dem Wesen des Kommissionsverhältnisses ergibt, ohne dass es der Heranziehung des Gesichtspunkts des Aufwendungsersatzes bedarf).

Steht der Beschwerdegegnerin nach der mit der Beschwerdeführerin abgeschlossenen Vereinbarung ein vertraglicher Befreiungsanspruch zu, kann die Frage offenbleiben, ob sich ein entsprechender Anspruch auch auf die allgemeine auftragsrechtliche Bestimmung von Art. 402 OR stützen liesse.

E. 6.4

Die Vorinstanz ging somit zu Recht davon aus, dass der Beschwerdegegnerin ein Befreiungsanspruch zusteht. Nachdem das Pfandrecht an den Bankkonten der Beschwerdeführerin vor Bundesgericht nicht mehr bestritten ist und die vorhandenen Guthaben den Befreiungsanspruch nicht zu decken vermögen, ist die Beschwerde demnach abzuweisen.

E. 7

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.