

Philipp Haberbeck

Gedanken zum Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2016 vom 3. Oktober 2016

Das im Beitrag diskutierte, zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2016 vom 3. Oktober 2016 beschäftigt sich mit der Auslegung und Gültigkeit von Pfandklauseln, die von entsprechenden Finanzunternehmen regelmässig in ihren Vertragsdokumenten verwendet werden. Das Urteil ist deshalb besonders interessant, da es einen Bereich betrifft, der in der Tätigkeit von Schweizer Banken und Effekthändlern eine zentrale Rolle spielt.

Beitragsarten: Urteilsbesprechungen

Rechtsgebiete: Sachenrecht; Privatrecht; OR besonderer Teil

Zitiervorschlag: Philipp Haberbeck, Gedanken zum Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2016 vom 3. Oktober 2016, in: Jusletter 9. Januar 2017

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Diskussion zum Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2016 vom 3. Oktober 2016
 - A. Der einschlägige Hintergrund
 - B. Die Kernaussage des Bundesgerichts
 - C. Kritische Beurteilung der Kernaussage des Urteils des Bundesgerichts 4A_81/2016 vom 3. Oktober 2016
- III. Zusammenfassung

I. Einleitung

[Rz 1] Trotz der weitreichenden Umwälzungen, die der schweizerische Finanzplatz seit einigen Jahren erlebt, bleiben insbesondere die in der Schweiz tätigen Banken und Effekthändler¹ ein wichtiger Faktor der schweizerischen Volkswirtschaft.² Entsprechend sind insbesondere Urteile des Bundesgerichts, die sich mit den rechtlichen Bedingungen beschäftigen, unter denen Banken und Effekthändler in der Schweiz ihre Tätigkeit ausüben, von besonderem Interesse, namentlich, wenn sie vom Bundesgericht zur Publikation in der Sammlung der bundesgerichtlichen Leitentscheide vorgesehen sind. Dies ist bezüglich des Bundesgerichtsurteils 4A_81/2016 vom 3. Oktober 2016 (hiernach auch: «der neue Leitentscheid»), das in diesem Beitrag diskutiert werden soll, der Fall.

[Rz 2] Der neue Leitentscheid ist auch deshalb besonders interessant, weil er einen Bereich betrifft, der in der Tätigkeit von Schweizer Banken und Effekthändlern eine zentrale Rolle spielt, nämlich die Auslegung und Gültigkeit von Pfandklauseln, die von entsprechenden Finanzunternehmen regelmässig in ihren Vertragsdokumenten verwendet werden, namentlich in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Depotreglementen und/oder sogenannten «allgemeinen Faustpfandverschreibungen».

[Rz 3] Die weite Verbreitung des Einsatzes von entsprechenden Pfandklauseln durch Schweizer Finanzinstitute lässt sich durch eine einfache Google-Suche verifizieren, bei der man z.B. auf folgende Pfandklauseln stösst:

«Hiermit verpfändet der Unterzeichnende (nachstehend der Pfandgeber genannt) der Swissquote Bank (nachstehend Bank genannt) zur Sicherung sämtlicher Forderungen, die aus im Rahmen ihrer Geschäftsbeziehungen im Zusammenhang mit dem Forderungsgegenstand und ausstehenden, geschuldeten Zinsen, Provisionen, Auslagen, Kosten für Verzichtserklärungen, abgeschlossen oder künftigen Verträgen usw. gegenüber dem Pfandgeber oder seinen Vertretern geltend machen könnte, die Gesamtheit seiner Vermögenswerte, Guthaben, Banknoten und, sofern vorhanden, alle anderen Güter, abgetretene Forderungen und andere Ansprüche sowie Wertschriften jeglicher Art und nicht verbrieft Vermögenswerte (insbesondere Aktienzertifikate, die zu einem späteren Zeitpunkt gedruckt werden), einschliesslich erloschener und zukünftiger Vorzug- und Zusatzrechte (wie etwa Zinsen, Dividenden, Zeichnungsrech-

¹ Wird in diesem Text nur die weibliche oder männliche Form verwendet, ist die andere Form jeweils mitgemeint.

² Siehe etwa die Meldung in der NZZ Nr. 251 vom 27. Oktober 2016, S. 26, «Schweizer Finanzplatz mit hoher Wertschöpfung».

te, Sonderausschüttungen, Gratisaktien usw.), sofern sie sich gegenwärtig oder künftig in direktem oder indirektem Besitz der Bank befinden.»³

«Das Pfandrecht dient der Sicherstellung aller Ansprüche, die der Bank dem (den) Verpfänder(n) und der umstehend aufgeführten Schuldnerschaft gegenüber aus einem beliebigen Rechtsgrunde (Kapitalforderungen, Zinsen, Provisionen, Kosten, Bürgschaftsleistungen etc.) zustehen. Das Pfandrecht deckt auch zukünftige Ansprüche der Bank dem (den) Vertragspartner(n) gegenüber.»⁴

«Die Bank hat an allen Vermögenswerten, die sie jeweils für Rechnung des Kunden bei sich selbst oder anderswo aufbewahrt, für alle ihre jeweils bestehenden oder zukünftigen Ansprüche ein Pfandrecht und bezüglich aller Forderungen (inkl. Forderungen aus Spareinlagen und Hinterlegung) ein Verrechnungsrecht, ohne Rücksicht auf die Fälligkeit oder Währung.»⁵

[Rz 4] Hiernach wird diskutiert, welche Leitplanken für die Gültigkeit und Auslegung von entsprechenden Pfandklauseln das Bundesgericht in seinem neuen, zur Publikation vorgesehenen Leitentscheid aufgestellt hat.⁶

II. Diskussion zum Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2016 vom 3. Oktober 2016

A. Der einschlägige Hintergrund

[Rz 5] Der Hintergrund des neuen Leitentscheids ist interessant, weil er unter Umständen verschiedene in der Schweiz ansässige Finanzinstitute betrifft.

[Rz 6] Dem neuen Leitentscheid liegt, stark vereinfacht ausgedrückt, eine Auseinandersetzung zwischen einer Bank und einem ihrer Kunden zugrunde, die offenbar mit dem grossen US-amerikanischen Betrugsfall betreffend Bernard L. Madoff zusammenhängt.⁷

³ Siehe: http://www.swissquote.ch/sqw-static-resources/pdf/forms/MP_FEUILLET_4_d.pdf. Dieser und alle weiteren in diesem Artikel aufgeführten Links wurden zuletzt besucht am 26. Oktober 2016 bzw. 28. Oktober 2016 (siehe FN 6 unten).

⁴ Siehe: <http://www.valartisbank.li/Download.aspx?mode=doc&id=60pcga5dIPCVKzYyIuKwpw%3D%3D>.

⁵ Siehe: <https://www.credit-suisse.com/media/assets/legal/allgemeine-geschäftsbedingungen-und-depotreglement-pdf-neu-110010.pdf>.

⁶ Der neue Leitentscheid dürfte in der Lehre intensiv kommentiert werden. Per 28. Oktober 2016 sind im Internet (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) bereits die folgenden einschlägigen Beiträge abrufbar (in willkürlicher Reihenfolge): *Martin Rauber*, 4A_81/2016: Faustpfand zur Sicherung einer künftigen Forderung (amtl. Publ.), 24. Oktober 2016 (<http://www.swissblawg.ch/2016/10/4a812016-faustpfand-zur-sicherung-einer.html>); *Célian Hirsch*, Le droit de gage de la banque suite à la faillite de Madoff, in: www.lawinside.ch, 28. Oktober 2016 (<http://www.lawinside.ch/333/>); *Luc Thévenoz*, Clawback Madoff – revirement inexplicable du Tribunal fédéral, 28. Oktober 2016 (<https://www.cdbf.ch/957/#.WBNIxYR17q0>).

⁷ Dass der dem neuen Leitentscheid zugrundeliegende Rechtsstreit mit dem Madoff-Betrugsfall zusammenhängt, geht insbesondere aus der Sachverhaltsbeschreibung unter Buchstabe A.d von 4A_81/2016 hervor. Dort hält das Bundesgericht sinngemäss fest: (i) dass über die Gesellschaft «C» (bei der es sich offenbar um die damalige Bernard L. Madoff Investment LLC handelt) im Dezember 2008 der Konkurs eröffnet wurde; (ii) dass diese Gesellschaft ein sogenanntes «Ponzi-Schneeballsystem» betrieben habe («*chaîne de Ponzi*»); und (iii) dass der Trustee der betreffenden Konkursmasse am 13. Juli 2009 eine Klage gegen den Fonds «Y» eröffnet hat, um insgesamt USD 399 Mio. an Zahlungen zurückzufordern, die während sechs Jahren vor der Konkursöffnung über die Gesellschaft «C» an diesen Fonds «Y» geleistet worden waren. Dies sind eindeutige Hinweise, dass sich der neue Leitentscheid vor dem Hintergrund des Madoff-Betrugsfalls abspielt. Die Website des betreffenden Trustees (www.madofftrustee.com) enthält detaillierte Informationen zu diesem Betrugsfall, z.B. in einer «*Timeline*» (unter «*Facts*»), welche u.a. die vorstehend erwähnten Punkte bestätigen (Konkursöffnung über die Madoff-Gesellschaft im Dezember 2008; Betreiben eines «Ponzi-Schneeballsystems» bzw. – auf Englisch – eines «Ponzi scheme» durch die Konkursitin; Rückforderungsklagen des Trustees gegen diverse Zahlungsempfänger, u.a. gegen Fonds, hinsichtlich eines Zeitraums von maximal sechs Jahren). Auf der Internetseite des Madoff-Trustees lassen sich auch in einer Datenbank (unter

[Rz 7] Etwas spezifischer, aber immer noch stark vereinfachend formuliert⁸, gehörte es zu Madoffs Schneeballsystem, welches sich über Jahrzehnte erstreckte, dass er gewissen Investoren fiktive Gewinne auszahlte. Fiktiv waren diese Gewinne deshalb, weil sich in der Madoff-Untersuchung herausstellte, dass Madoff die bei ihm bzw. seiner Gesellschaft Bernard L. Madoff Investment LLC investierten Gelder nicht gemäss den Konto- bzw. Depotauszügen, die er an seine Kunden abgab, effektiv angelegt hatte, sondern dass sämtliche Depotauszüge fingiert waren. Weiter entstammten an Kunden zurückbezahlte Gelder nicht der Liquidation von durch Madoffs Unternehmen effektiv getätigten Investitionen (die es wie erwähnt nicht gab), sondern stammten schlicht von neu eingesammelten Kundengeldern. Der mit dem Madoff-Fall betraute Konkursverwalter, der auch als «Madoff Trustee» bezeichnet wird, hat es sich u.a. zur Aufgabe gemacht, Auszahlungen fiktiver Gewinne, die während einer gewissen Zeit vor der Eröffnung des Konkurses über Madoffs Gesellschaft erfolgten, auf der Grundlage einer Art US-amerikanischen Pauliana wieder zur Konkursmasse zu ziehen.⁹

[Rz 8] Im vorliegenden Kontext ist hervorzuheben, dass viele von Madoffs Schneeballsystem Geschädigte nicht direkt bei Madoffs Gesellschaft, sondern (über ihre Bank / Effektenhändlerin) in nur schwach regulierten Fonds investiert waren, deren Zweck es war, die von ihren Anlegern eingesammelten Gelder bei Madoffs Unternehmen zu investieren.¹⁰ Entsprechende Fonds, die vom Madoff-Trustee als «feeder funds» bezeichnet werden und ihren Sitz typischerweise in – zumindest im damaligen Zeitraum – schwach regulierten Offshore-Jurisdiktionen wie z.B. die BVI oder Cayman Islands hatten, akzeptierten normalerweise als Kunden nicht einzelne Privatanleger, sondern verlangten, dass Zeichnungen von Fondsanteilen über die Banken / Effektenhändler der Endanleger erfolgten. Solche Banken / Effektenhändler tätigten die betreffenden Investitionen somit treuhänderisch, d.h. zwar im eigenen Namen, aber auf Rechnung ihrer Kunden. Dieses Vorgehen, Zeichnungen von Fondsanteilen und anderen Finanzprodukten nicht im eigenen Namen, sondern über ein Finanzinstitut zu tätigen, ist nicht ungewöhnlich, sondern im Gegenteil weit verbreitet¹¹, insbesondere bei Investitionen in Hedge Funds und Private Equity Fonds.

«Court Filings») sämtliche einschlägigen Gerichtseingaben aufrufen. Sucht man dort nach der am 13. Juli 2009 vom Trustee eingereichten Klage, erfährt man, dass es sich beim betreffenden Fonds «Y» um das Vehikel Kingate Global Fund, Ltd. und/oder Kingate Euro Fund, Ltd. handeln dürfte.

⁸ Über den Madoff-Skandal wurde in den Medien sehr intensiv berichtet (siehe z.B. die in der New York Times betreffend Madoff veröffentlichten Artikel: <http://www.nytimes.com/topic/person/bernard-l-madoff>). Einen guten Überblick bietet die bereits erwähnte «Timeline» (unter «Facts») auf der Website des Madoff-Trustees (vgl. FN 7 oben).

⁹ Diese Bemühungen des Madoff-Trustees werden auf seiner Website (www.madofftrustee.com/) unter «Avoidance Actions» erläutert.

¹⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016, insbesondere A.b.

¹¹ Auch aufgrund des «nicht-körperlichen» oder mediatisierten Transfers von Wertrechten handeln Banken und Effektenhändler beim Kauf/Verkauf und der Verwahrung von Wertrechten häufig treuhänderisch als sogenannte «nominees», also im eigenen Namen, aber auf Rechnung ihrer Kunden. In den zum Teil mehrschichtigen Ketten zwischen Anlegern und zentralen Verwahrungsstellen taucht die Identität der Endkunden bzw. wirtschaftlich Berechtigten bei den Zwischenverwahrungsstellen und/oder den zentralen Verwahrungsstellen häufig nicht auf. Siehe zur Nominee-Stellung von Banken und Effektenhändlern z.B. die Botschaft zum Bucheffektengesetz sowie zum Haager Wertpapierübereinkommen vom 15. November 2006 (BBl 2006 9315 ff.; hiernach: «Botschaft-BEG»), S. 9341 («In mediatisierten Verwahrungssystemen sind Identität und Anspruch einer Kontoinhaberin oder eines Kontoinhabers ausschliesslich der Verwahrungsstelle bekannt, welche das entsprechende Effektenkonto führt.»), sowie den Geschäftsbericht 2015 der Swiss Life («Als Nominees können in- und ausländische Banken und Effektenhändler sowie deren Hilfsgesellschaften im Aktienbuch eingetragen werden, falls sie Aktien der Swiss Life Holding auf Rechnung wirtschaftlich berechtigter Aktionäre aufbewahren.»), gefunden auf: <http://www.geschaeftsbericht2015.swisslife.com/reports/swisslife/annual/2015/gb/German/106010/kapitalstruktur.html>. Siehe auch zu den Verwahrungspyramiden etwa die Botschaft-BEG, S. 9321 («Im einfachsten Fall besteht eine solche Verwahrungspyramide aus drei Ebenen (Anleger – Verwahrungsstelle – zentrale Verwahrungsstelle). Vor allem im grenzüberschreitenden Verhältnis sind zwi-

[Rz 9] Aus Sicht der Konkursmasse des Madoff-Unternehmens sieht die Kette der damaligen direkten und indirekten Madoff-Kunden somit unter Umständen folgendermassen aus: direkte Madoff-Kunden waren die vorstehend erwähnten «feeder funds», indirekte Madoff-Kunden die Banken und Effekthändler, die ihrerseits nicht auf eigene Rechnung, sondern treuhänderisch für ihre Kunden (die Endanleger) in den «feeder funds» investiert waren.

[Rz 10] Vor obigem Hintergrund ist nachvollziehbar, warum der Madoff-Trustee seine Rückforderungsklagen in den USA nicht nur gegen die erwähnten «feeder funds», sondern auch gegen die in diesen Fonds investierten Banken und Effekthändler richtete¹², u.a. gegen diverse in der Schweiz ansässige Institute, z.B. – um nur einige, willkürlich ausgewählte Beispiele zu nennen – die UBS AG¹³, Bank Syz SA (früher: Banque Syz & Co SA)¹⁴, Barclays Bank (Suisse) SA¹⁵, Bank Julius Bär & Co. AG¹⁶ und die Banque Cantonale Vaudoise^{17, 18}.

[Rz 11] Es ist nachvollziehbar, dass von entsprechenden Klagen betroffene Finanzinstitute zumindest Überlegungen anstellten, wie sie sich an den Kunden, auf deren Rechnung sie die vorstehend umschriebenen Madoff-Investitionen getätigt hatten, schadlos halten könnten. In diesem Zusammenhang dürfte das dem neuen Leitentscheid zugrunde liegende Vorgehen einer Sperre von Kundenguthaben zwecks Sicherstellung eines allfälligen Befreiungsanspruchs von der Bank gegen ihren Kunden¹⁹ kein Einzelfall gewesen sein.²⁰

[Rz 12] Im hier besprochenen Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2016 vom 3. Oktober 2016 hat sich der betroffene Bankkunde (Kläger), der über die beklagte Bank in einem Madoff «feeder fund» investiert war, auf dem Rechtsweg gegen die Blockierung seiner von der Beklagten verwahrten Vermögenswerte gewehrt. Diese Blockierung hatte die Beklagte damit begründet, sich gegen eine allfällige Rückforderung («claw back») im Zusammenhang mit der fiduziarisch vorgenommenen Investition in den Madoff «feeder fund» absichern zu wollen.²¹

schen der Verwahrungsstelle, die für den Anleger das Depotkonto führt, und der zentralen Verwahrungsstelle an der Spitze der Pyramide weitere Verwahrungsstellen eingeschaltet, wie z.B. eine oder mehrere Unterverwahrungsstellen oder internationale zentrale Verwahrungsstellen. Hier kann eine Verwahrungspyramide ohne weiteres vier, fünf oder mehr Ebenen umfassen.»).

¹² Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016, insbesondere A.d.

¹³ Fallnummern gemäss Datenbank des Madoff-Trustees: 10-04285 und 10-05311.

¹⁴ Fallnummer gemäss Datenbank des Madoff-Trustees: 11-02149.

¹⁵ Fallnummer gemäss Datenbank des Madoff-Trustees: 11-02569.

¹⁶ Fallnummer gemäss Datenbank des Madoff-Trustees: 11-02922.

¹⁷ Fallnummer gemäss Datenbank des Madoff-Trustees: 12-01694.

¹⁸ Die Bank im hier besprochenen Urteil war vom Madoff-Trustee offenbar noch nicht eingeklagt worden, von diesem aber immerhin vorgewarnt worden, dass er auch sie einklagen werde, falls er mit seiner gegen den «feeder fund» gerichteten Rückforderungsklage nicht erfolgreich sein sollte (siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016 E. 2.4.1).

¹⁹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016, insbesondere B.a.

²⁰ Siehe etwa den Artikel von *Monica Fahmy* «Schweizer Banken im Sog der Madoff-Affäre» vom 26. November 2010, zu finden auf: <http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Schweizer-Banken-im-Sog-der-MadoffAffaere/story/10978269>, in dem es u.a. heisst: «Die Konten hunderter Kunden in und ausserhalb der Schweiz wurden gesperrt, sagt Paolo Bernasconi, Anwalt und Professor für Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen».

²¹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016, insbesondere B.a. Der einschlägige eventuelle Rückforderungsanspruch gegen die Bank sowie der «spiegelbildliche» eventuelle Befreiungsanspruch der Bank gegen ihren Kunden werden im Zusammenhang mit der z.T. kritischen Diskussion des neuen Leitentscheids näher erläutert (siehe II.C).

B. Die Kernaussage des Bundesgerichts

[Rz 13] Das Bundesgericht fasst in seinem neuen Leitentscheid zuerst allgemein die Erscheinungsformen sowie die Voraussetzungen der gültigen Errichtung von Faustpfändern zusammen.²² In diesem Zusammenhang hält es u.a. fest, dass es sich bei der zwingend schriftlichen Faustpfandverschreibung, welche der Verpfändung einer nicht in einem Wertpapier verbrieften Forderung zugrunde liegt²³, um einen Innominatkontrakt handelt, dessen Gültigkeit von folgenden kumulativen konstitutiven Elementen abhängt:

1. Der Verpfänder muss seinem Willen Ausdruck verleihen, das betreffende Faustpfand errichten zu wollen;
2. die Parteien müssen den Pfandgegenstand bezeichnen; und
3. die Parteien müssen die durch das Faustpfand zu sichernde Forderung(en) bezeichnen.²⁴

[Rz 14] Der neue Leitentscheid beschäftigt sich vertieft mit der dritten der oben aufgeführten Voraussetzungen, also dem Erfordernis, dass die Parteien die durch das Faustpfand zu sichernde Forderung(en) in ausreichender Weise bestimmen müssen.

[Rz 15] Auf einen älteren Bundesgerichtsentscheid und gewisse Lehrmeinungen verweisend, hält das Bundesgericht in seinem neuen Leitentscheid diesbezüglich zunächst allgemein fest, dass die durch das Faustpfand zu sichernden Forderungen im Moment der Pfandbestellung zumindest ausreichend bestimmbar sein müssen.²⁵ In einem zweiten Schritt diskutiert das Bundesgericht, wie diese Voraussetzung der Bestimmbarkeit mit Blick auf zukünftige Eventualforderungen («*créances futures éventuelles*»), insbesondere von Banken gegen deren Kunden, zu definieren ist. Auch in dieser Hinsicht verweist das Bundesgericht auf früher von ihm gefällte Urteile, insbesondere auf seinen Leitentscheid BGE 108 II 47, und wiederholt, dass die Bestimmbarkeit einer zukünftigen Eventualforderung dann gegeben ist, wenn die Vertragsparteien im Zeitpunkt der Pfandbestellung mit der Entstehung dieser Forderung vernünftigerweise rechnen mussten.²⁶

[Rz 16] Im oben erwähnten BGE 108 II 47 hatte das Bundesgericht die relevante Aussage mit Bezug auf eine typischerweise sehr weit gefasste Pfandklausel folgendermassen formuliert:

«Die vorliegende Pfandklausel geht jedoch weit über die Sicherung eines Darlehensverhältnisses mit wechselndem Umfang hinaus und will nach ihrem Wortlaut alle nur denkbaren gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen der Bank gegen ihren Kunden einschliessen. [...] [Das Bundesgericht] hat eine entsprechende Pfandklausel nur insoweit als gültig angesehen, als unter noch erlaufenden Verbindlichkeiten solche verstanden würden, an deren Begründung in der Zukunft die Kontrahenten bei Abschluss des Pfandvertrags vernünftigerweise hätten denken können und müssen, mit andern Worten solche Verbindlichkeiten, deren Eingehung in den Bereich der bereits bestehenden oder doch in Aussicht genommenen geschäftlichen Beziehungen zwischen den Kontrahenten falle.»²⁷

²² Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016 E. 2.1–2.3.

²³ Vgl. Art. 900 Abs. 1 und auch Abs. 3 Zivilgesetzbuch (ZGB): «[Absatz 1] Zur Verpfändung einer Forderung, für die keine Urkunde oder nur ein Schuldschein besteht, bedarf es der schriftlichen Abfassung des Pfandvertrages und gegebenenfalls der Übergabe des Schuldscheines. [Absatz 2] Der Pfandgläubiger und der Verpfänder können den Schuldner von der Pfandbestellung benachrichtigen. [Absatz 3] Zur Verpfändung anderer Rechte bedarf es neben einem schriftlichen Pfandvertrag der Beobachtung der Form, die für die Übertragung vorgesehen ist.»

²⁴ Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016 E. 2.2.

²⁵ Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016 E. 2.2.1.

²⁶ Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016 E. 2.2.2.

²⁷ BGE 108 II 47 E. 2 S. 49 (Hervorhebung zusätzlich).

[Rz 17] Im neuen Leitentscheid umschreibt das Bundesgericht den von ihm gesetzten einschlägigen Prüfungsstandard sinngemäss auf zwei Arten:

1. Damit eine durch das Pfand zu sichernde Forderung der Bank gegen ihren Kunden noch als ausreichend bestimmbar qualifiziert, muss diese Forderung erstens eindeutig aus der Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und ihrem Kunden hervorgehen; zweitens mussten die Parteien im Moment der Pfandbestellung mit der Entstehung der zu sichernden Forderung vernünftigerweise rechnen können.²⁸
2. Wichtig ist, dass der Pfandbesteller (Bankkunde) akzeptiert hat, entsprechende Forderungen der Bank durch sein Pfand zu sichern, was voraussetzt, dass im Moment der Pfandbestellung die Entstehung entsprechender Forderungen vorhersehbar war.²⁹

[Rz 18] Auf der Grundlage dieses abstrakt definierten Prüfungsstandards beurteilte das Bundesgericht sodann sinngemäss, ob in casu der betreffende Bankkunde im Zeitpunkt der Unterzeichnung der einschlägigen Bankformulare, insbesondere eines «*general deed of pledge and assignment*»³⁰, mit der Entstehung bzw. Geltendmachung der im neuen Leitentscheid relevanten Befreiungsansprüche der Bank vernünftigerweise rechnen musste. Mit anderen Worten beurteilte und entschied das Bundesgericht, ob der Bankkunde damit rechnen musste, dass er seine bei der Bank deponierten Vermögenswerte auch für einen gegen ihn gerichteten potentiellen Schadloshaltungs- bzw. Befreiungsanspruch der Bank verpfändet, der sich dergestalt aus einer Investition in einen risikoreichen Fonds ergibt, dass die Bank aufgrund eines Betrugsfalles als fuziuarischer Investor von einem Dritten oder dem Fonds möglicherweise ins Recht gefasst wird.

[Rz 19] Das Bundesgericht verneint im hier besprochenen Urteil obige Frage. Es vertritt in seinem neuen Leitentscheid die Auffassung, dass der einschlägige, von der Bank geltend gemachte potentielle Schadloshaltungsanspruch im Zeitpunkt der vertraglichen Pfandbestellung nicht vorhersehbar war.³¹ Das Bundesgericht hält in diesem Zusammenhang fest, dass ein von einem Dritten geltend gemachter Rückforderungsanspruch oder eine andere, sich aus einem Betrug ergebende Klage nicht in die Kategorie voraussehbarer eventueller Befreiungsansprüche falle.³² Nach hier vertretener Auffassung handelt es sich hierbei um die eigentliche Kernaussage des betreffenden Urteils, die hiernach kritisch diskutiert werden soll.

²⁸ Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016 E. 2.2.2 («*Autrement dit, il est nécessaire que ces créances découlent clairement des rapports d'affaires entre la banque et le client – connexité avec le rapport de base – et que les parties aient pu ou dû raisonnablement penser, lors de la conclusion du contrat constitutif de gage, qu'elles pourraient prendre naissance.*»).

²⁹ Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016 E. 2.2.2 («*Il importe en effet que le constituant du gage ait accepté de garantir de telles créances, ce qui présuppose qu'au moment de conclure le contrat constitutif de gage, lesdites créances aient été prévisibles [...].*»).

³⁰ Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016, A.a.

³¹ Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016 E. 2.4.2.

³² Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016 E. 2.4.2 («*Lorsque la banque intimée soutient que son acte de gage et cession général est formulé de manière large, pour se prémunir contre tout risque lié à des investissements risqués, des scandales financiers et faillites retentissants ayant déjà eu lieu par le passé, elle méconnaît que la créance future éventuelle à garantir doit être prévisible au moment de la conclusion du contrat et que l'action révocatoire d'un tiers ou autre action à la suite d'une fraude n'entre pas dans cette catégorie.*»).

C. Kritische Beurteilung der Kernaussage des Urteils des Bundesgerichts 4A_81/2016 vom 3. Oktober 2016

[Rz 20] Aus der komprimierten Sachverhaltsdarstellung des Bundesgerichts geht hervor, dass sich der mit dem neuen Leitentscheid letztinstanzlich entschiedene Rechtsstreit im Rahmen einer typischen Bankbeziehung abgespielt hat. Der einschlägige Bankkunde erteilte der betreffenden Bank bei Konto- und Depotöffnung insbesondere einen Vermögensverwaltungsauftrag mit dem Anlageprofil, seine Vermögenswerte in Hedge Funds zu investieren.³³ Diesbezüglich unterzeichnete der Bankkunde die typischerweise bei der Eröffnung einer Geschäftsbeziehung von Schweizer Banken und Effektenhändlern verwendeten Formulare, insbesondere Allgemeine Geschäftsbedingungen, ein Depotreglement sowie eine allgemeine Faustpfandverschreibung.³⁴ Wie es ebenfalls branchenüblich ist, verpfändete der Bankkunde mit der einschlägigen Faustpfandverschreibung sämtliche bei der Bank deponierten Vermögenswerte³⁵, und der Sicherungsumfang der Faustpfandverschreibung war, entsprechend den weiter oben in der Einleitung aufgeführten Beispielen, typischerweise dahingehend weit gefasst, dass mit dem betreffenden Faustpfand sämtliche aktuellen und zukünftigen Ansprüche der Bank gegen ihren Kunden gesichert werden sollen³⁶.

[Rz 21] Der Befreiungs- oder Schadloshaltungsanspruch, der im hier besprochenen Urteil von der Bank gegen ihren Kunden geltend gemacht wurde, bestand wie bereits erwähnt darin, dass die Bank befürchtete, vom Madoff-Trustee oder vom betreffenden Madoff «feeder fund» mit einer Rückforderungsklage belangt zu werden. Zum besseren Verständnis der nachfolgenden Diskussion ist kurz auf diese potentielle Rückforderungsklage näher einzugehen (in einer leicht vereinfachten Version des dem neuen Leitentscheid zugrundeliegenden Sachverhalts).

[Rz 22] Wie vorstehend erläutert, war die betreffende Bank treuhänderische Investorin in einem Madoff «feeder fund», also in einem Fonds, der die von Investoren eingesammelten Gelder praktisch ausschliesslich bei Madoff investierte. Die Bank hatte die Anteile dieses Fonds treuhänderisch gezeichnet, somit zwar im eigenen Namen, aber auf Risiko und Rechnung ihres Kunden. Wie dem neuen Leitentscheid zu entnehmen ist, gab die Bank – zugunsten ihres Kunden – im April 2004, also weniger als sechs Jahre vor dem Madoff-Konkurs – ihre Fondsanteile am betreffenden Madoff «feeder fund» zurück, mit einem Gewinn.³⁷ Diesen Gewinn – abzüglich ihrer Kommission und der Stempelsteuer – schrieb die Bank ihrem Kunden gut.³⁸ Da der betreffende Madoff «feeder fund» wie erwähnt seine Gelder praktisch ausschliesslich bei Madoff anlegte, wurde die Zahlung der im April 2004 zurückgegebenen Fondsanteile indirekt (also – aus Sicht des betreffenden Bankkunden – über seine Bank sowie den «feeder fund») von Madoffs Gesell-

³³ Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016, A.a («*Le même jour, A. _____ a confié à la banque un mandat de gestion discrétionnaire et un mandat de gestion spécifique pour les investissements dans des fonds à risque en relation avec ce compte.*»).

³⁴ Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016, A.a.

³⁵ Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016, A.a («*A. _____ a également signé pour le compte en question un acte de gage et cession général (general deed of pledge and assignment). La demanderesse y déclare concéder un droit de gage et de nantissement à la banque sur tous les titres, livrets d'épargne et de dépôt.*»).

³⁶ Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016, A.a («*Aux termes de ce contrat constitutif de gage, A. _____ déclare en particulier accorder à la défenderesse un droit de gage et de nantissement en garantie de toutes les dettes et obligations, présentes ou futures découlant de leurs relations d'affaires que la Banque a ou pourrait avoir à l'avenir avec (A. _____).*»).

³⁷ Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016, A.b.

³⁸ Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016, A.b.

schaft geleistet. Wie weiter oben erläutert wurde, waren sämtliche Anlagetätigkeiten von Madoffs Gesellschaft fingiert, und alle Zahlungen an Investoren (wie z.B. an «feeder funds») wurden mit von anderen Madoff-Kunden stammenden umgeschichteten Geldern geleistet. Da der Madoff-Trustee wie erwähnt anstrebt, sämtliche Auszahlungen fiktiver Gewinne, die bis spätestens sechs Jahre vor der Eröffnung des Konkurses über Madoffs Gesellschaft erfolgten, auf der Grundlage einer Art US-amerikanischen Pauliana wieder zur Konkursmasse zu ziehen, sind nicht nur Direktinvestoren, wie u.a. Madoff «feeder funds», sondern auch Banken und Effekthändler, die nur treuhänderisch indirekt (über «feeder funds») bei Madoff Gelder angelegt hatten, mit Rückforderungsklagen des Madoff-Trustees eingedeckt worden. Der potentielle, gegen ihren Kunden gerichtete Schadloshaltungs- bzw. Befreiungsanspruch der einschlägigen Bank besteht also darin, dass die Bank – in ihrer Eigenschaft als treuhänderische Investorin in einem Madoff «feeder fund» – auf Betreiben des Madoff-Trustees oder dem «feeder fund» zu einer Rückzahlung der im April 2004 zugunsten des einschlägigen Kunden erfolgten Gewinngutschrift bzw. Auszahlung des vermeintlichen Rückgabewerts der Fondsanteile verurteilt werden könnte.

[Rz 23] Wie weiter oben erwähnt, besteht die Kernaussage des Bundesgerichts im neuen Leitscheid darin, dass nicht nur konkret der oben umschriebene potentielle Befreiungsanspruch, sondern allgemein der von einem Dritten geltend gemachte Rückforderungsanspruch oder eine andere, sich aus einem Betrug ergebende Klage nicht in die Kategorie voraussehbarer eventueller Befreiungsansprüche falle (Hervorhebung zusätzlich):

*«Lorsque la banque intimée soutient que son acte de gage et cession général est formulé de manière large, pour se prémunir contre tout risque lié à des investissements risqués, des scandales financiers et faillites retentissants ayant déjà eu lieu par le passé, elle méconnaît que **la créance future éventuelle à garantir doit être prévisible au moment de la conclusion du contrat et que l'action révocatoire d'un tiers ou autre action à la suite d'une fraude n'entre pas dans cette catégorie.**»³⁹*

[Rz 24] Nach hier vertretener Auffassung kann man sich mit guten Gründen fragen, ob diese Schlussfolgerung richtig ist, zumindest in ihrer Allgemeinheit.

[Rz 25] Wenn eine Bank oder ein Effekthändler treuhänderisch für eine Kundin eine Investition tätigt, z.B. Fondsanteile oder ein strukturiertes Produkt erwirbt, dann setzt dies voraus und wird von den Vertragsparteien auch so verstanden, dass die mit der Investition verbundenen Risiken ausschliesslich die Kundin, nicht aber das treuhänderisch tätige Institut treffen sollen. Nach dem Verständnis der Parteien soll sich somit das mit einer Investition verbundene Risiko dahingehend ausschliesslich bei der Kundin manifestieren, dass der Treuhänder sozusagen als reines Durchlaufvehikel⁴⁰ fungiert und wirtschaftlich betrachtet aus der fiduziarisch getätigten Investition, abzüglich seiner Vergütung, keine Vor-, aber auch keine Nachteile erleidet. Um in diesem Sinne aufgrund ihrer treuhänderischen Tätigkeit nicht exponiert zu sein, lassen sich treuhänderisch tätige Banken und Effekthändler von ihren Kunden, in deren Interesse sie fiduziarisch tätig werden, u.a. weitgefaste Faustpfandverschreibungen ausstellen. Die erwähnte Interessenlage der Parteien spricht nach hier vertretener Auffassung dafür, die bewusst weit gefassten Faustpfandverschreibungen der Banken und Effekthändler extensiv auszulegen, um

³⁹ Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016 E. 2.4.2.

⁴⁰ Vgl. BGE 139 II 404 E. 9.7.4 S. 440 («Eine weitere Einschränkung ist vorzunehmen, wenn die Corporation die Einkünfte als Nominee, Vermögensverwalter oder Treuhänder entgegennimmt und sie als reines Durchlaufvehikel angesehen werden muss [...]).»).

dem erwähnten Verständnis der Parteien, dass das treuhänderisch tätige Institut aufgrund seiner entsprechenden Tätigkeit finanziell nicht exponiert sein soll, zum Durchbruch zu verhelfen.

[Rz 26] Auch der dispositive⁴¹ Art. 402 Abs. 1 Obligationenrecht (OR)⁴² reflektiert die vorstehend erwähnte Interessenlage, dass ein im Interesse des Auftraggebers tätiger Treuhänder aus seinem fiduziarischen Engagement keinen finanziellen Nachteil erleiden, sondern für Auslagen und eingegangene Verpflichtungen einen gegen den Auftraggeber gerichteten Befreiungsanspruch besitzen soll.⁴³

[Rz 27] Wird wie im hier besprochenen Bundesgerichtsurteil die Gültigkeit einer umfassend formulierten Pfandvereinbarung verneint, kann dies für die treuhänderisch tätige Bank⁴⁴ zur Folge haben, dass sie im Ergebnis die negativen finanziellen Folgen einer im Interesse des Kunden getätigten Investition zu tragen hat. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die Bank ihren Befreiungsanspruch nicht erfolgreich vollstrecken kann, z.B. dann, wenn es sich bei der Bankkundin – so wie im neuen Leiturtel 4A_81/2015⁴⁵ – um eine Sitzgesellschaft handelt, die üblicherweise nicht über nennenswerte Aktiven verfügt.

[Rz 28] Das Bundesgericht stellt in seinem neuen Leiturtel richtigerweise sinngemäss darauf ab, ob sich der Bankkunde im Zeitpunkt der Pfandbestellung – d.h. (im Falle von nicht in Wertschriften verurkundeten Forderungen) bei Unterzeichnung des Pfandvertrages – tatsächlich oder normativ⁴⁶ damit einverstanden erklärt hat, dass seine betreffenden Vermögenswerte einen bestimmten, gegen ihn gerichteten Anspruch der Bank sichern sollen.⁴⁷ Dass sich der Kunde im hier diskutierten neuen Leitentscheid bei Unterzeichnung des *«general deed of pledge and assignment»* nicht tatsächlich überlegt hat, seine Bank könnte aufgrund von Investitionen in Hedge Funds irgendwann mit einem entsprechenden Rückforderungsanspruch konfrontiert werden, ist naheliegend. Dies ist aber auch nicht nötig, ist es doch wie erwähnt ausreichend, dass der nach dem Vertrauensprinzip ermittelte hypothetische⁴⁸ Parteiwille zu einem Einschluss eines entsprechenden Befreiungsanspruchs führt.

[Rz 29] Nach hier vertretener Auffassung sind Konstellationen denkbar, in denen der hypothetische Wille redlicher⁴⁹ und am Wesen und Zweck des einschlägigen Vertragstypus orientier-

⁴¹ Siehe etwa Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016 E. 2.4.1.

⁴² Art. 402 OR lautet: *«[Absatz 1] Der Auftraggeber ist schuldig, dem Beauftragten die Auslagen und Verwendungen, die dieser in richtiger Ausführung des Auftrages gemacht hat, samt Zinsen zu ersetzen und ihn von den eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien. [Absatz 2] Er haftet dem Beauftragten für den aus dem Auftrage erwachsenen Schaden, soweit er nicht zu beweisen vermag, dass der Schaden ohne sein Verschulden entstanden ist.»*.

⁴³ Beispiele für die Auslegung von Art. 402 Abs. 1 OR finden sich etwa in BGE 130 III 462 E. 5.1 S. 468 f., 120 II 34 E. 6d S. 35, 113 III 26 E. 3c S. 32 f., 88 II 162 E. 4 S. 169, 46 II 440, insbesondere S. 444.

⁴⁴ Effektenhändler sind mitgemeint, auch wenn dies nicht jedes Mal ausdrücklich erwähnt wird.

⁴⁵ Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016, A.a.

⁴⁶ Also die im Lichte der Umstände nach Treu und Glauben ausgelegte Willenserklärung des Kunden (siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016 E. 2.4.2: *«Ni la volonté réelle et commune, ni la volonté objective, ni même une volonté hypothétique des parties à cet égard ne peuvent être envisagées pour justifier une telle extension du droit de gage.»*).

⁴⁷ Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2015 vom 22. März 2016 E. 2.2.2 (*«Il importe en effet que le constituant du gage ait accepté de garantir de telles créances [...]. Il peut donc s'avérer nécessaire de devoir interpréter la volonté des parties.»*).

⁴⁸ Vgl. etwa BGE 131 III 467 E. 1.2 S. 470 (*«Auch diese Frage ist grundsätzlich nach dem Vertrauensprinzip zu beantworten, indem der mutmassliche bzw. hypothetische Parteiwille ermittelt wird, sofern nicht ein diesbezüglicher tatsächlicher Parteiwille nachgewiesen werden kann.»*).

⁴⁹ Vgl. etwa BGE 123 III 292 E. 3 S. 301 (*«Im übrigen fällt das Ergebnis nicht anders aus, wenn ein hypothetischer Parteiwille auch auf Seiten des Übervorteilers berücksichtigt wird, sofern dieser Wille richtigerweise an einem normativen,*

ter⁵⁰ Vertragspartner dahingehend zu bestimmen ist, dass sie die Befreiung und pfandmässige Sicherung der Bank von entsprechenden «claw back»-Ansprüchen vereinbart hätten, wenn sie die Möglichkeit entsprechender Ansprüche im Zeitpunkt der Pfandbestellung erkannt hätten. Ein solches Ergebnis ist – im Sinne eines hypothetischen Beispiels zu Illustrationszwecken – z.B. dann denk- und vertretbar, wenn der Bankkunde nicht nur mit Anlagen in Hedge Funds erfahren, sondern selbst ein Hedge Fund Manager ist, und wenn er der Bank darüber hinaus – ohne jede Beratungsleistung seitens der Bank – hinsichtlich der für ihn fiduziarisch als Nominee⁵¹ zu tätigen Investitionen in Hedge Funds Einzelaufträge erteilt hat. Nach hier vertretener Auffassung kann es bei der Auslegung einer umfassend formulierten Pfandklausel, welche die Bank nach ihrem Sinn und Zweck für sämtliche aktuellen und zukünftigen Forderungen irgendwelcher Art, die sich aus der betreffenden Geschäftsbeziehung ergeben und gegen den Kunden richten könnten, sicherstellen soll, nicht dem an solchen Vertragspartnern ausgerichteten hypothetischen Parteiwillen entsprechen, dass die ausschliesslich fiduziarisch und auf einer Execution-only-Basis tätige Bank und nicht ihr Kunde im Falle von Madoff-mässigen «claw back»-Ansprüchen den potentiellen finanziellen Schaden erleiden und mit Blick auf einen solchen potentiellen Schaden durch die Pfandabrede nicht sichergestellt sein soll. Noch deutlicher wäre eine solche hypothetische Situation z.B. dann, wenn zusätzlich zu den genannten Sachverhaltselementen in der einschlägigen Fondsdokumentation darauf hingewiesen worden wäre, dass der Fonds oder Dritte unter Umständen gegen die Fondsinvestoren entsprechende Rückforderungsansprüche geltend machen könnten.

[Rz 30] Vor obigem Hintergrund wird hier die Auffassung vertreten, dass die vom Bundesgericht im neuen Leitentscheid formulierte Schlussfolgerung, der von einem Dritten geltend gemachte Rückforderungsanspruch oder eine andere, sich aus einem Betrug ergebende Klage falle per se nicht in die Kategorie im Rahmen einer Pfandklausel voraussehbarer eventueller Befreiungsansprüche, zumindest in ihrer Allgemeinheit nicht zwingend erscheint.⁵²

[Rz 31] Abschliessend drängt sich der Hinweis auf, dass Banken und Effektenhändlern nach der jetzt erfolgten Publikation dieses neuen Leitentscheids zu empfehlen ist, die Formulierung ihrer einschlägigen Pfandklauseln (falls noch nicht geschehen) zu überprüfen. Es scheint, vorsichtig formuliert, zumindest möglich, dass bei einer Pfandklausel, die explizit das Risiko Madoff-

an redlichen Vertragspartnern angelegten Massstab und nicht an den subjektiven Vorstellungen des Wucherers orientiert wird [...].»); Urteil des Bundesgerichts 4C.156/2006 vom 17. August 2006 E. 3.3 («Zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens stellt ein Teil der Lehre darauf ab, was vernünftige und redliche, also nach Treu und Glauben handelnde Parteien gewollt und daher vereinbart hätten, wenn ihnen die Nichtigkeit eines Vertragsteils bewusst gewesen wäre [...]. Nach einer anderen Meinung ist dagegen zunächst möglichst individuell zu prüfen, was die konkreten Parteien gewollt hätten [...]. Nur wenn überzeugende Anhaltspunkte für eine individuelle Konkretisierung fehlen, soll auf den normativen oder objektiven Willen der redlich handelnden Vertragspartner zurückgegriffen werden [...]. Beide Lösungsansätze nähern sich im Ergebnis an, wenn auch bei der Bestimmung des objektiven Willens redlicher Vertragspartner nicht von Idealparteien und abstrakten Vernunftmenschen, sondern von den konkreten Vertragsparteien ausgegangen wird und sämtliche Umstände, welche die Eigenart des betreffenden Vertrages ausmachen, beachtet werden [...].»).

⁵⁰ Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts A_380/2011 vom 5. März 2012 E. 5.1.3 («Ist ein lückenhafter Vertrag zu ergänzen, so hat der Richter – falls dispositive Gesetzesbestimmungen fehlen – zu ermitteln, was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten. Bei der Feststellung dieses hypothetischen Parteiwillens hat er sich am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des Vertrages zu orientieren [...].»).

⁵¹ Vgl. FN 11 und 40 oben.

⁵² In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass das Bundesgericht in seinem Urteil 4A_540/2015 vom 1. April 2016 in einer sehr ähnlich gelagerten, ebenfalls Madoff-bezogenen Angelegenheit die hier diskutierte Frage genau umgekehrt beantwortet hat, also dahingehend, dass ein entsprechender Befreiungsanspruch von einer typischerweise weit formulierten Pfandklausel erfasst sei (siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_540/2015 E. 2.3, insbesondere 2.3.3 *in fine*).

mässiger Rückforderungsansprüche erwähnt, das Bundesgericht in einer ähnlich gelagerten Streit-sache zu einer anderen Schlussfolgerung käme.

III. Zusammenfassung

[Rz 32] Der in diesem Artikel diskutierte, zur Publikation vorgesehene Bundesgerichtsentscheid 4A_81/2016 ist deshalb besonders interessant, weil er einen Bereich betrifft, der in der Tätigkeit von Schweizer Banken und Effektenhändlern eine zentrale Rolle spielt, nämlich die Auslegung und Gültigkeit von Pfandklauseln, die von entsprechenden Finanzunternehmen regelmässig in ihren Vertragsdokumenten verwendet werden.

[Rz 33] Dem neuen Leitentscheid liegt eine Auseinandersetzung zwischen einer Bank und einem ihrer Kunden zugrunde, die mit dem grossen US-amerikanischen Betrugsfall betreffend Bernard L. Madoff zusammenhängt.

[Rz 34] Im über das Madoff-Unternehmen eröffneten Konkursverfahren strebt der Madoff-Trustee an, sämtliche Auszahlungen fiktiver Gewinne, die bis spätestens sechs Jahre vor der Eröffnung des Konkurses über Madoffs Gesellschaft erfolgten, auf der Grundlage einer Art US-amerikanischen Pauliana wieder zur Konkursmasse zu ziehen. Im Rahmen dieser Bemühungen sind nicht nur Direktinvestoren, wie u.a. Madoff «feeder funds», sondern auch Banken und Effektenhändler, die nur treuhänderisch indirekt (über «feeder funds») bei Madoff Gelder angelegt hatten, mit Rückforderungsklagen des Madoff-Trustees eingedeckt worden. Der potentielle, gegen ihren Kunden gerichtete Schadloshaltungs- bzw. Befreiungsanspruch der Bank im hier diskutierten Urteil besteht darin, dass die Bank – in ihrer Eigenschaft als treuhänderische Investorin in einem Madoff «feeder fund» – auf Betreiben des Madoff-Trustees oder dem «feeder fund» zu einer Rückzahlung der vor Eröffnung des Madoff-Konkurses zugunsten ihres Kunden erfolgten Gewinngutschrift bzw. Auszahlung des vermeintlichen Rückgabewerts der Fondsanteile verurteilt werden könnte.

[Rz 35] Auf der Grundlage von allgemein-theoretischen Ausführungen über die Auslegung von Pfandklauseln beurteilte das Bundesgericht im hier diskutierten Urteil sinngemäss, ob der betreffende Bankkunde im Zeitpunkt der Unterzeichnung der einschlägigen Bankformulare, insbesondere eines «*general deed of pledge and assignment*», mit der Entstehung bzw. Geltendmachung des vorstehend erwähnten potentiellen Befreiungsanspruchs der Bank vernünftigerweise rechnen musste. Mit anderen Worten beurteilte und entschied das Bundesgericht, ob der Bankkunde damit rechnen musste, dass er seine bei der Bank deponierten Vermögenswerte auch für einen gegen ihn gerichteten potentiellen Schadloshaltungsanspruch der Bank verpfändet, der sich der-gestalt aus einer Investition in einen risikoreichen Fonds ergibt, dass die Bank aufgrund eines Betrugsfalles als fiduziarischer Investor von einem Dritten oder dem Fonds ins Recht gefasst werden könnte.

[Rz 36] Das Bundesgericht verneint im hier besprochenen Urteil obige Frage. Es vertritt in seinem neuen Leitentscheid die Auffassung, dass der einschlägige, von der Bank geltend gemachte potentielle Schadloshaltungsanspruch im Zeitpunkt der vertraglichen Pfandbestellung nicht vorhersehbar war. Das Bundesgericht hält in diesem Zusammenhang fest, dass ein von einem Dritten geltend gemachter Rückforderungsanspruch oder eine andere, sich aus einem Betrug ergebende Klage im Kontext einer Pfandklausel nicht in die Kategorie voraussehbarer eventueller Befreiungsansprüche falle.

[Rz 37] In diesem Beitrag wird die Auffassung dargelegt, dass obige Schlussfolgerung des Bundesgerichts zumindest in ihrer Allgemeinheit nicht zwingend erscheint. Diesbezüglich wird insbesondere diskutiert, dass es auch nach Auffassung des Bundesgerichts bei der Auslegung einer Pfandklausel ausreichend ist, dass der nach dem Vertrauensprinzip ermittelte hypothetische Parteiwille zum Einschluss des fraglichen Befreiungsanspruchs führt. Nach hier vertretener Auffassung sind Konstellationen denkbar, in denen der hypothetische Wille redlicher und am Wesen und Zweck des einschlägigen Vertragstypus orientierter Vertragsparteien dahingehend zu bestimmen ist, dass sie die Befreiung und pfandmässige Sicherung der Bank von entsprechenden Madoff-mässigen «claw back-» Ansprüchen vereinbart hätten, wenn sie die Möglichkeit entsprechender Ansprüche im Zeitpunkt der Pfandbestellung erkannt hätten.

[Rz 38] Abschliessend drängt sich der Hinweis auf, dass Banken und Effektenhändlern nach der jetzt erfolgten Publikation dieses neuen Leitentscheids zu empfehlen ist, die Formulierung ihrer einschlägigen Pfandklauseln (falls noch nicht geschehen) zu überprüfen. Es scheint, vorsichtig formuliert, zumindest möglich, dass bei einer Pfandklausel, die explizit das Risiko Madoff-mässiger Rückforderungsansprüche erwähnt, das Bundesgericht in einer ähnlich gelagerten Streitsache zu einer anderen Schlussfolgerung käme.

Lic. iur. utr. PHILIPP H. HABERBECK ist Rechtsanwalt in Zürich (www.haberbeck.ch).