

Richard Permann
Fraentalweg 117
8045 Zürich

Tel. ++41 461 32 32
E-Mail: rpermann@tiscalinet.ch



**Übungen und Repetitorium
im Zivilprozessrecht / SS 1995**

Fall Nr. 5
Gruppe: A - E bei
Prof. Dr. I. Meier

Semester: Hörer (Auditor)

5. Fall zur schriftlichen Bearbeitung

Jim McGregor, wohnhaft in Horgen, von Beruf Fussballtrainer, fiel im Frühjahr 1994 ein beträchtliches Vermögen von Fr. 2'500'000.- aus Erbschaft zu. Sein unverhofftes Glück verleitete ihn allzubald zu riskanten Investitionen. Obgleich er in diesen Dingen vollkommen unerfahren war, vertraute er Mick Fleeson, einem Angestellten der Harings Bank mit Sitz in London und einer Niederlassung in Genf bis Ende 1994 einen Betrag von sage und schreibe Fr. 800'000.- an, der ihm versprach, das Geld äusserst gewinnbringend, d.h. mit einem Gewinn von mindestens 20%, anzulegen. Als sich Jim McGregor anfangs 1995 bei Mick Fleeson nach dem Verbleib der Fr. 800'000.- und dem versprochenen Gewinn erkundigte, gestand ihm dieser, dass die Geschäfte widererwarten wegen des schwachen Dollars fehlgeschlagen seien. Er müsse damit rechnen, dass er seiner Einlage verlustig gegangen sei. Das Risiko trage in solchen Fällen nun mal leider der Investor.

Jim McGregor fasste schliesslich den Entschluss gegen die Harings Bank bzw. Mick Fleeson Klage einzuleiten.

1. Frage:

Wo kann/muss Jim McGregor die Klage einleiten? (sachliche/örtliche Zuständigkeit)

Jim McGregor, der sich zu diesem Zeitpunkt noch nicht vertreten liess, stellte alsdann beim zuständigen Gericht folgendes Rechtsbegehren:

„Es sei die Harings Bank, eventualiter Mick Fleeson zu verpflichten, den dem Kläger entstandenen Schaden in voller Höhe, jedenfalls nicht weniger als Fr. 800'000,- zu bezahlen.“

2. Frage:

Wie ist dieses Rechtsbegehren zu beurteilen?

Da McGregor das Verfahren inzwischen einige unvorhergesehene Schwierigkeiten bereitete, liess er sich in der Folge vertreten. Das

zuständige Gericht sprach dem Kläger Fr. 720'000,- zuzüglich Zinsen von Fr. 85'000,- zu. Die Begründung verwies u.a. auf den Umstand, dass der Kläger in diesem Fall zwar ein Anlagerisiko von 10% als Selbstbehalt zu tragen habe, ihm jedoch dafür ein aufgelaufener Zins im üblichen Umfange von Fr. 85'000,- zuzusprechen sei. Mortimer Smith, Rechtsanwalt der beklagten Partei, riet seinen Mandanten, den Entscheid weiterzuziehen. Nachdem sie in den hier in Frage kommenden kantonalen Rechtsmitteln unterlagen, legte er namens seiner Mandanten Berufung beim Bundesgericht ein und rügte den von den Vorinstanzen festgelegten Schadensbetrag.

3. Frage:

Wie ist die Rechtslage? (Bitte gehen Sie auf alle hier angesprochenen Problemkreise ein!)

Variante

Die Parteien (d.h. Jim McGregor und die Harings Bank) schlossen in der Folge über ihre Anwälte einen Vergleich, worin sich die beklagte Partei verpflichtete, dem Kläger Fr. 500'000,- per Saldo aller Ansprüche zu bezahlen. McGregor hatte den Betrag nach zwei Monaten noch immer nicht erhalten und erfuhr zudem, dass sich Mick Fleeson inzwischen auf Singapur in Auslieferungshaft befände und Übernahmegespräche zwischen einer holländischen Bank und der Harings Bank in Gang seien. Erstere liess McGregor auf entsprechende Nachfrage hin wissen, dass sie nicht gewillt sei, diesen Betrag zu bezahlen. Da ihm sein Anwalt schliesslich angesichts der verworrenen Verhältnisse der Harings Bank geraten hatte, mit weiteren rechtlichen Schritten gegen diesen zuzuwarten, liess er, um etwas „Druck“ zu machen, den ehemaligen Rechtsvertreter der beklagten Partei, Mortimer Smith, wohnhaft in Zürich, mit Schreiben vom 10. Mai 1995 wissen, dass er sich mangels anderer Möglichkeiten gezwungen sehe, gegen ihn rechtliche Schritte einzuleiten. Noch gleichentags gelangte dieser ans zuständige Gericht und klagte auf Feststellung, dass die behauptete Forderung gegen ihn nicht bestehe und dass ihm die rechtlichen Schritte zuunrecht angedroht worden seien.

4. Frage:

Wie ist die Rechtslage?

Wichtiger Hinweis: Allfällige materiellrechtliche Fragen sind nicht Gegenstand dieser Fallbearbeitung! Sollte sich für den einen oder anderen Bearbeiter eine andere Zivilprozessordnung aufdrängen, so ist aus Gründen der Praktikabilität die Zürcher Zivilprozessordnung als Ersatz heranzuziehen.

Inhaltsverzeichnis

1.	1. Frage: Wo kann/muss Jim McGregor die Klage einleiten? (sachliche/örtliche Zuständigkeit)	1
1.1.	Klage gegen die Harings Bank	1
1.1.1.	Klage in Genf	1
1.1.1.1.	Internationale Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte	1
1.1.1.1.1.	Internationaler Sachverhalt	1
1.1.1.2.	Örtliche Zuständigkeit	2
1.1.1.2.1.	Zuständigkeitsnorm in einem Bundesgesetz?	2
1.1.1.2.1.1.	Interkantonale Zuständigkeit der Gerichte des Kantons Genf gem. Art. 642 III OR (Aktiengesellschaft)	2
1.1.1.2.1.2.	Interkantonale Zuständigkeit der Gerichte des Kantons Genf gem. Art. 764 II i.V.m. Art. 642 III OR (Kommanditaktiengesellschaft)	3
1.1.1.2.1.3.	Interkantonale Zuständigkeit der Gerichte des Kantons Genf gem. Art. 782 III OR (Gesellschaft mit beschränkter Haftung)	3
1.1.1.2.1.4.	Interkantonale Zuständigkeit der Gerichte des Kantons Genf gem. Art. 837 III OR (Genossenschaft)	3
1.1.1.2.1.5.	Interkantonale Zuständigkeit der Gerichte des Kantons Genf bei Stiftung, Verein oder Korporation	4
1.1.1.2.2.	Anwendungsbereich von Art. 59 I BV	4
1.1.1.2.3.	Anwendung des kantonalen Rechts	4
1.1.1.3.	Sachliche Zuständigkeit	4
1.1.1.4.	Funktionelle Zuständigkeit	5
1.1.2.	Klage in London	5

1.1.2.1.	Internationale Zuständigkeit	5
1.1.2.1.1.	Internationaler Sachverhalt	5
1.1.2.1.2.	Vorrang von völkerrechtlichen Verträgen gem. Art. 1 II IPRG	6
1.1.2.1.3.	Sachlicher Anwendungsbereich des LugÜ	6
1.1.2.1.4.	Streitigkeit gemäss Art. 16 LugÜ	8
1.1.2.1.5.	Versicherungs- oder Verbrauchersache?	8
1.1.3.	Klage in Zürich	9
1.2.	Klage gegen Mick Fleeson	9
1.2.1.	Klage in Genf	9
1.2.2.	Klage in Zürich	9
1.2.3.	Klage in London	9
1.3.	Streitgenossenschaft gem. Art. 6 Nr. 1 LugÜ	10
1.4.	Ergebnis zur 1. Frage	10
2.	2. Frage: Wie ist dieses Rechtsbegehren zu beurteilen?	11
2.1.	Ist das Rechtsbegehren in der vorliegenden Form zulässig?	11
2.2.	Ist es zulässig, das Rechtsbegehren von Jim McGregor zu ändern?	12
3.	3. Frage: Wie ist die Rechtslage?	12
3.1.	Haftungsanspruch gem. Art. 398 II OR	13
3.1.1.	Liegt überhaupt ein Auftrag gem. Art. 394 ff. OR vor?	13
3.1.2.	Verweis auf den Haftungsumfang des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis gem. Art 398 I OR	13
3.1.3.	Schaden	14
3.1.4.	Sorgfaltspflichtverletzung	14
3.1.4.1.	Anlegerschutzprinzip	15
3.1.5.	Schadensberechnung	16
3.1.5.1.	Zinsen für ein Jahr	16
3.1.5.2.	Zinsen für eine längere Zinsperiode	17
3.2.	Haftungsanspruch gem. Art. 41 I i.V.m. Art. 50 OR	17
3.3.	Ergebnis zur 3. Frage	17

4.	4. Frage (Variante): Wie ist die Rechtslage?	17
4.1.	Vorsorgliche Massnahme gem. § 222 ZPO auf Antrag von Jim McGregor	17
4.2.	Arrest gem. Art. 271 SchKG	18
4.3.	Ordentlicher Prozessweg	18
4.4.	Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage von Mortimer Smith gem. § 59 ZPO	19
4.4.1.	Rechtsverhältnis	19
4.4.2.	Feststellungsinteresse	19
4.5.	Begründetheit negativen Feststellungsklage von Mortimer Smith gem. § 59 ZPO	20
4.5.1.	Erledigungsart	20
4.6.	Ergebnis zur 4. Frage	20

Literaturverzeichnis

- AMONN Kurt: Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 5. Aufl., Bern 1993.
- BUCHER Eugen/WIEGAND Wolfgang: Übungen im Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 1991.
- EMCH Urs/RENZ Hugo/BÖSCH Franz: Das Schweizerische Bankgeschäft, 4. Aufl., Thun 1993.
- GAUCH Peter/Aeppli Viktor/Casanova Hugo: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Art. 1-183), 3. Aufl., Zürich 1992.
- GREINER JAMETTI Monique: Überblick zum Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ZBJV 128 (1992) 42 ff.
- GUGGENHEIM Daniel: Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, 3. Aufl. der französischen Ausgaben von 1980 und 1982: Les contrats de la pratique bancaire suisse, Übersetzung und wissenschaftliche Mitwirkung durch Hildegard Stauder, Zürich 1986.
- GUTZWILLER P. Christoph: Der Vermögensverwaltungsvertrag, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 122, Zürich 1989.
- HABSCHEID Walter J.: Der Anspruch auf Zahlung von Verzugszins im Prozess, SJZ 90 (1994) 287 ff.
- HABSCHEID Walther J.: Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Zürich 1990.
- HEINI Anton/KELLER Max/SIEHR Kurt/VISCHER Frank/VOLKEN Paul: Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989, Zürich 1993 [zitiert: IPRG-Kommentar-Bearbeiter].
- HESS Lothar: Die Klageänderung im Zürcherischen Zivilprozess, Diss. ZH, Zürich 1956.
- HOPT Klaus J.: Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, München 1975.
- HÜNERWALD Patrick: Der aussergerichtliche Vergleich, Diss. Sankt Gallen, Bern 1989.
- KEHL Robert: Ist die Änderung des Klagegrundes nach § 127 Ziffer 1 der [alten] zürcherischen ZPO verboten?, in: ZSR 70 (1951) 61 ff.

- KELLER Max/SYZ Carole: Haftpflichtrecht, Ein Grundriss in Schemen und Tabellen, 3. Aufl. Zürich 1990.
- KROPHOLLER Jan: Europäisches Zivilprozeßrecht, Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen, 4. Aufl., Heidelberg 1993.
- LEUENBERGER Christoph: Dienstleistungsverträge, ZSR 1987 II 26 ff.
- LOOSLI Peter: Die unbezifferte Forderungsklage, unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich, ZH Diss., Zürich 1978 (ZSVR) 24.
- MEIER Isaak: Internationales Zivilprozessrecht, Zürich, 1994 [zitiert: Meier, IZPR].
- MEIER Isaak: *iura novit curia*, Die Verwirklichung dieses Grundsatzes im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1975 [zitiert: Meier, Diss.].
- OFTINGER Karl/STARK Emil. W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995.
- PERSPEKTIVEN: Die monatliche Anlageinformation, herausgegeben von der Coop Bank, Basel Mai 1995.
- SCHNYDER Anton K. in: Gerte Reichelt (Hrsg.) Europäisches Kollisionsrecht, Die Konventionen von Brüssel, Lugano und Rom; Das Lugano-Übereinkommen und seine Auswirkungen auf die Schweiz, S. 65 ff., Frankfurt am Main 1993 [zitiert: Schnyder, LugÜ].
- SCHNYDER Anton K.: Das neue IPR-Gesetz, Eine Einführung in das Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG), 2. Aufl., Zürich 1990 [zitiert: Schnyder, IPRG].
- SCHWANDER Ivo (Hrsg.): Das Lugano-Übereinkommen, mit Beiträgen von G. Broggin, I. Meier, I. Schwander, P. Volken, H. U. Walder, St. Gallen 1990.
- SEETHALER Frank: Der aussergerichtliche Vergleich, Diss. Zürich 1946.
- STORCK Walter: Die «eidgenössische» Feststellungsklage und ihre Formulierung, Schulbeispiel unsres unrationellen Zivilprozesses, SJZ 69/1973 S. 193 ff.
- STRÄULI Hans/MESSMER Georg: Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Schiedsgerichte und Schiedsgutachten von Felix WIGET, 2. Aufl., Zürich 1982.
- VOGEL Oscar: Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1992.
- VISCHER Frank, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. 7 Obligationenrecht - Besondere Vertragsverhältnisse, 1. Halbband, Teilband 3, Basel 1994 [zitiert: SPR-Vischer].
- WALDER Hans Ulrich: Einführung in das internationale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich, 1989 [zitiert: Walder, IZPR].
- WALDER Hans Ulrich: Zivilprozessrecht, 3. Aufl. (früherer Titel: Der neue Zürcher Zivilprozess), Zürich 1983, und Supplement dazu, Zürich 1991 [zitiert: Walder, ZPO].
- WALTER Gerhard: Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, Bern 1995.

ZIEGLER Monika: Haftung der Bank bei der Anlageberatung und Vermögensverwaltung, Diss. Basel 1990.

ZIMMERMANN Salome: Die Haftung der Bank aus Verwaltungsauftrag, in: SJZ 81 (1985) 137 ff.

ZOBL Dieter: Der Vermögensverwaltungsauftrag der Banken unter Berücksichtigung von Interessenkonflikten, in: Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zürich 1988, S. 319 ff.

1. 1. Frage: Wo kann/muss Jim McGregor die Klage einleiten? (sachliche/örtliche Zuständigkeit)
- 1.1. Klage gegen die Harings Bank

Die im vorliegenden Fall zu bearbeitende Problematik enthält Fragestellungen aus mehreren Rechtsgebieten. Der Verfasser wird versuchen, anhand einer Lösung eine Fallbearbeitung in der Form eines Gutachtens zu machen. Es drängt sich bei der vorliegenden Fallkonstellation zunächst die getrennte Bearbeitung des Gerichtsstandes der beiden Beklagten auf. Bei der Einleitung einer Klage vor den Genfer Gerichten müsste das Geld von Jim McGregor auch bei der Harings Bank in Genf einbezahlt worden sein. Hierzu sind allerdings dem Sachverhalt keine Angaben zu entnehmen, ob die Fr. 800'000.- in Genf oder in London einbezahlt worden sind. Es sind also beide Möglichkeiten¹ bei der Falllösung in Betracht zu ziehen.

- 1.1.1. Klage in Genf

Da dem Sachverhalt zu entnehmen ist, dass die Harings Bank über eine Niederlassung in Genf verfügt, ist zunächst einmal mit der internationalen Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte zu beginnen².

- 1.1.1.1. Internationale Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte

Jim McGregor könnte seine Klage vor den Gerichten der Schweiz einleiten, wenn diese Gerichte international zuständig sind. Bei der internationalen Zuständigkeit kommt es darauf an, welche Gerichte eines Staates zuständig sind³, sofern ein internationaler Sachverhalt gegeben ist.

- 1.1.1.1.1. Internationaler Sachverhalt

Dann ist zunächst als Vorfrage der internationalen Zuständigkeit zu klären, ob bei dem vorliegend zu bearbeitenden Fall überhaupt ein internationaler Sachverhalt vorliegt? Was hierunter zu verstehen ist, lässt sich genaugenommen nicht allgemein sagen⁴. Als international wird ein Sachverhalt bezeichnet, der eine qualifizierte Auslandsbeziehung aufweist, die vernünftigerweise Anlass für eine verfahrensrechtliche Kollisionsnorm oder besondere Sachnorm sein könnte⁵. Die Umschreibung des internationalen Sachverhalts ist von zentraler Bedeutung für die Anwendung des internationalen Zivilprozessrechts⁶. Allein die Tatsache, dass es sich um die Niederlassung einer englischen Bank handelt, zeugt

¹ Vgl. die Ausführungen unter Pkt. 1.1.1. ff. und Pkt. 1.1.2. ff.

² Dem Sachverhalt zufolge liegt zwischen den Parteien keine Prorogation (Gerichtsstandsvereinbarung) vor. Folglich sind sämtliche gesetzlichen Gerichtsstände zu prüfen.

³ Meier, IZPR § 9; Habscheid § 15 Rz 175; Vogel Kapitel 4 Rz 8a.

⁴ So explizit Meier, IZPR § 13 Fussn. 1.

⁵ Vgl. Meier, IZPR § 2; IPRG-Kommentar-VOLKEN zu Art. 1 Rz 18 + 24 ff.; Walder, IZPR § 1 Rz. 1; Habscheid § 15 Rz 175.

⁶ Der Begriff *internationales Zivilprozessrecht* ist wenig glücklich und gibt Anlass zu Missverständnissen, so Walder, IZPR § 1 Fussn. 1. Es handelt sich dabei um nationales Recht, das zur Anwendung kommt, Walder, IZPR § 1 Rz 2.

nicht davon, dass es sich um einen internationalen Sachverhalt handelt. Im vorliegenden Fall fehlt es zudem an der qualifizierten Auslandsbeziehung. Also liegt kein internationaler Sachverhalt vor. Und demzufolge ist auf eine etwaige Problematik der internationalen Zuständigkeit in diesem Zusammenhang nicht näher einzugehen.

1.1.1.2. Örtliche Zuständigkeit

Bei der örtlichen Zuständigkeit geht es um die Beantwortung der Frage, welche Gerichte *territorial* für einen Rechtsstreit zuständig sind⁷. Dabei wird zwischen der *interkantonalen* und *kantonalen Zuständigkeit* unterschieden⁸. Interkantonal wird die örtliche Zuständigkeit beantwortet, welche Gerichte eines Kantons für Entscheidungen des Streitfalles zuständig sind. Bei der kantonalen Zuständigkeit wird die Frage beantwortet, welches von mehreren gleichgeordneten Gerichten im Kanton zuständig sind.

1.1.1.2.1. Zuständigkeitsnorm in einem Bundesgesetz?

Es ist vorweg eine mögliche Zuständigkeitsnorm in einem Bundesgesetz zu prüfen. Dann müsste es sich bei der Niederlassung der Harings Bank in Genf um eine gem. dem Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934⁹ (BaG) erlaubten Rechtsform¹⁰ für eine Bank handeln. Diese Frage ist nicht zu beantworten, als sich der Sachverhalt hierzu ausschweigt. Grundsätzlich ist man bei einer Bank frei, was die Wahl der Rechtsform¹¹ anbelangt. Damit sind wiederum sämtliche Alternativen einer möglichen Rechtsform für die interkantonale Zuständigkeit zu prüfen¹².

1.1.1.2.1.1. Interkantonale Zuständigkeit der Gerichte des Kantons Genf gem. Art. 642 III OR (Aktiengesellschaft)

Es ist vorweg zu prüfen, ob durch ein Bundesgesetz, Art. 642 III OR¹³, eine Interkantonale Zuständigkeitsnorm vorhanden sein könnte¹⁴? Art. 642 III OR setzt für den Gerichtsstand der Zweigniederlassung eine weitgehende Selbständigkeit der Geschäftsstelle voraus. Die Zweigniederlassung muss ohne tiefgreifende Veränderungen als unabhängiger Betrieb existieren

⁷ Vgl. Habscheid § 15 Rz 172; Vogel Kapitel 4 Rz 7 ff.

⁸ Vogel Kapitel 4 Rz 7a + 8; Habscheid § 15 Rz 174.

⁹ SR 952.0.

¹⁰Vgl. ART. 3 II lit. b BaG wo ausdrücklich die **Aktiengesellschaft**, **Kommanditaktiengesellschaft** und die **Gesellschaft mit beschränkter Haftung** aufgeführt sind. Auch als **Genossenschaft** zugelassen siehe Art. 12 I BaG. Es existieren Banken auch in der Rechtsform der **Stiftung**, als **Verein** und der **Korporation**, vgl. Emch/Renz/Bösch Kapitel 3.4. mit Beispielen.

¹¹Emch/Renz/Bösch Kapitel 22.1.

¹²„Ist nicht angegeben, welche von mehreren an sich möglichen Sachverhaltsvarianten verwirklicht ist, darf man nicht einfach die bequemste auslesen, vielmehr muss die Rechtslage für alle in Betracht fallenden Möglichkeiten kumulativ geprüft werden.“; so Bucher/Wiegand S. 20 Rz 1.

¹³Art. 642 III OR wurde stets mit Art. 59 BV als vereinbar erklärt (BGE 53 I 127; 62 I 18; 77 I 124; 81 I 57; 90 I 108 E. 2b und 103 II 200 E. 3).

¹⁴So Meier, IZPR § 13 und Vogel Kapitel 4 Rz 8.

können¹⁵. Insbesondere beruht dieser Gerichtsstand auf dem Gedanken, dass, wer nicht nur von seinem Wohn- oder Geschäftssitz aus Geschäfte tätigt, sondern zusätzlich auch von Zweig- oder Nebenniederlassungen an anderen Orten aus, damit kund gibt, dass er sich für diese Geschäfte belangen lässt¹⁶. Diese Voraussetzungen liegen vor. Unter dem Vorbehalt, dass es sich bei der Niederlassung der Harings Bank in Genf um eine Aktiengesellschaft handelt, wären damit die Gerichte des Kantons Genf aufgrund von Art. 642 III OR zuständig.

1.1.1.2.1.2. Interkantonale Zuständigkeit der Gerichte des Kantons Genf gem. Art. 764 II i.V.m. Art. 642 III OR (Kommanditaktiengesellschaft)

Gem. Art. 764 II OR finden die Vorschriften über die Aktiengesellschaft auf die Kommanditaktiengesellschaft entsprechend Anwendung, wenn nicht etwas anderes vorgesehen ist. Es ist im Abschnitt über die Kommanditaktiengesellschaft (Art. 764 ff. OR) nichts anderes vorgesehen, weshalb auf die Ausführungen unter Pkt. 1.1.1.2.1.1. (Aktiengesellschaft) vollumfänglich verwiesen werden kann.

Unter dem Vorbehalt, dass es sich bei der Niederlassung der Harings Bank in Genf um eine Kommanditaktiengesellschaft handelt, wären damit die Gerichte des Kantons Genf aufgrund von Art. 764 II i.V.m. Art. 642 III OR zuständig.

1.1.1.2.1.3. Interkantonale Zuständigkeit der Gerichte des Kantons Genf gem. Art. 782 III OR (Gesellschaft mit beschränkter Haftung)

Art. 782 III OR hat den gleichen Wortlaut wie Art. 642 III OR. Folglich kann auf die Ausführungen unter Pkt. 1.1.1.2.1.1. (Aktiengesellschaft) verwiesen werden kann.

Unter dem Vorbehalt, dass es sich bei der Niederlassung der Harings Bank in Genf um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung handelt, wären damit die Gerichte des Kantons Genf aufgrund von Art. 782 III OR zuständig.

1.1.1.2.1.4. Interkantonale Zuständigkeit der Gerichte des Kantons Genf gem. Art. 837 III OR (Genossenschaft)

Art. 837 III OR enthält ebenfalls den gleichen Wortlaut wie Art. 642 III OR. Folglich findet diese Vorschrift entsprechend Anwendung, weshalb auf die Ausführungen unter Pkt. 1.1.1.2.1.1. (Aktiengesellschaft) verwiesen werden kann.

¹⁵BGE 103 II 201.

¹⁶BGE 101 Ia 43.

Unter dem Vorbehalt, dass es sich bei der Niederlassung der Harings Bank in Genf um eine Genossenschaft handelt, wären damit die Gerichte des Kantons Genf gemäss Art. 837 III OR zuständig.

1.1.1.2.1.5. Interkantonale Zuständigkeit der Gerichte des Kantons Genf bei Stiftung, Verein oder Korporation

Sollte die Harings Bank in der Rechtsform als Stiftung, Verein oder Korporation errichtet worden sein, sind für sie keine bundesgesetzliche Regelungen in Bezug auf den Gerichtsstand ersichtlich.

1.1.1.2.2. Anwendungsbereich von Art. 59 I BV

Gemäss obiger Ausführungen (Pkt. 1.1.1.2.1. ff. + Fussn. 8) ist es auch denkbar, dass die Niederlassung der Harings Bank in Genf in einer Rechtsform errichtet worden ist, für die Art. 59 I BV die interkantonale Zuständigkeit regelt; also Stiftung, Verein oder Korporation. Beim Art. 59 I BV handelt es sich um eine Rechtsnorm, die die kantonalen Justizhoheiten von einander abgrenzt. Es handelt sich nicht um eine Gerichtsstandsnorm¹⁷. Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 59 I BV sind vorderhand Ansprüche obligatorischer Natur. Ohne die materielle Rechtslage zu prüfen, ist evident, dass der zwischen Jim McGregor und der Harings Bank abgeschlossene Vertrag ein obligatorischer Vertrag i.S.v. Art. 398 ff. OR ist. Weiterhin muss es sich um einen aufrechtstehenden, d.h. zahlungsfähigen Schuldner handeln, der in der Schweiz seinen Wohnsitz hat. Diese Voraussetzungen liegen vor. Damit wären die Gerichte des Kantons Genf gem. Art. 59 I BV zuständig, sofern es sich um eine Stiftung, Verein oder Korporation handelt.

1.1.1.2.3. Anwendung des kantonalen Rechts

Vom Bearbeitervermerk vorgegeben, ist die Zürcher Zivilprozessordnung (ZPO) als Ersatz heranzuziehen. Diese statuiert in § 3: „Klagen, welche mit einer geschäftlichen oder beruflichen Niederlassung des Beklagten im Zusammenhang stehen, können am Ort der Niederlassung erhoben werden.“ Der Begriff der Niederlassung wird in einem weiteren Sinne verstanden¹⁸. Also wären die Gerichte am Sitz der Harings Bank in Genf berufen, über den Rechtsstreit, auch gem. dem kantonalen Recht (§ 3 ZPO), zu befinden.

1.1.1.3. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit¹⁹ legt fest, welches erstinstanzliche Gericht zur Entscheidung berufen ist. Die Frage ist also, ob die Klage beim Friedensrichter, beim Bezirksgericht, beim Obergericht oder bei einem Spezialgericht eingeleitet werden muss. Gemäss § 93 ZPO geht dem

¹⁷Vogel Kapitel 4 Rz 34; Walder, ZPO § 7 Rz 9; BGE 101 Ia 41.

¹⁸Vgl. BGE 101 Ia 41.

¹⁹Vogel Kapitel 4 Rz 9; Habscheid § 15 Rz 171 + § 17 Rz 18.

ordentlichen Verfahren das Sühnverfahren vor dem Friedensrichter voraus, soweit nichts anderes bestimmt ist. Danach wäre gem. § 62 I GVG - als besondere gesetzliche Regelung - die Klage beim Handelsgericht anhängig zu machen. Folglich müsste Jim McGregor eine Klage zunächst vor dem Friedensrichter in Genf einleiten.

1.1.1.4. Funktionelle Zuständigkeit

Die funktionelle Zuständigkeit²⁰ beantwortet die Frage, welches Gericht die Prozesssache in einem bestimmten Prozessstadium (Stufe) zu behandeln habe. Die funktionelle Zuständigkeit betrifft die Verteilung der verschiedenen Rechtsschutzaufgaben innerhalb der Gerichte. Also auch die Frage, wo die Klageeinleitung zu erfolgen habe. Die Klageeinleitung erfolgt gem. § 93 ZPO beim Friedensrichter (vgl. die Ausführungen im vorhergehenden Pkt.). Zufälligerweise fällt die sachliche Zuständigkeit mit der funktionellen Zuständigkeit hier zusammen, so dass nach beiden Zuständigkeiten der Friedensrichter berufen ist, als erster über die Prozesssache zu befinden.

1.1.2. Klage in London

Als weiteren Ort, wo Jim McGregor eine Klage einleiten könnte, ist wegen des Sitzes²¹ in London, an die internationale Zuständigkeit der Gerichte Grossbritanniens zu denken.

1.1.2.1. Internationale Zuständigkeit

Jim McGregor könnte seine Klage vor den Gerichten Grossbritanniens einleiten, wenn diese Gerichte international zuständig wären. Es ist bei der internationalen Zuständigkeit zu prüfen, welche Gerichte eines Staates zuständig sind²², sofern ein internationaler Sachverhalt vorliegt.

1.1.2.1.1. Internationaler Sachverhalt

Sofern die Gerichte Grossbritanniens zuständig wären, müsste als erstes ein internationaler Sachverhalt vorliegen. Als international wird ein Sachverhalt bezeichnet, der eine qualifizierte Auslandsbeziehung aufweist, die vernünftigerweise Anlass für eine verfahrensrechtliche Kollisionsnorm oder besondere Sachnorm sein könnte²³. Jim McGregor hat seinen Wohnsitz in Horgen und damit in der Schweiz. Vom Sachverhalt ausgehend hat er Fr. 800'000,- einem Angestellten der Harings Bank anvertraut. Diese Bank hat ihren Hauptsitz in London, also in Grossbritannien. Damit liegt eine Tangierung der schweizerischen

²⁰Vogel Kapitel 4 Rz 11; Habscheid § 15 Rz 173; Walder, ZPO § 7 Rz 2.

²¹Es ist naheliegend davon auszugehen, dass es sich beim Sitz in London um den Hauptsitz der Harings Bank handelt.

²²Meier § 9; Habscheid § 15 Rz 175; Vogel Kapitel 4 Rz 8a; Walter S. 70 zum Begriff.

²³Vgl. Meier, IZPR § 2 IPRG-Kommentar-VOLKEN zu Art. 1 Rz 18 + 24 ff.; Walder, IZPR § 1 Rz. 1; Habscheid § 15 Rz 175. Eine Definition für den internationalen Sachverhalt ist auch im LugÜ nicht enthalten, Greiner ZBJV 128 (1992) 48; Schwander S. 61.

Gerichtsbarkeit und der von Grossbritannien vor. Es kann folglich von einer qualifizierten Auslandsbeziehung ausgegangen werden. Also liegt ein internationaler Sachverhalt vor.

1.1.2.1.1.1. Vorrang von völkerrechtlichen Verträgen gem. Art. 1 II IPRG

Es ist fürs erste an das IPRG zu denken, welches für internationale Sachverhalte die direkte und indirekte Zuständigkeit aus der Sicht der Schweiz regelt. Es kommt nur beim Vorliegen eines internationalen Sachverhalts zur Anwendung. Dies ist bei dem vorliegend zu bearbeitenden Sachverhalt der Fall²⁴. Erforderlich ist des weiteren eine Auslandsbeziehung, die für eine Zuständigkeit im Ausland vernünftigerweise in Frage kommt. Diese Auslandsbeziehung kann bejaht werden. Vor der Anwendbarkeit²⁵ des IPRG bleibt noch die Frage zu prüfen, ob bilaterale oder multilaterale Staatsverträge vorhanden sind (Art. 1 II IPRG), denn diese gehen dem IPRG vor. Ein bilateraler Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Grossbritannien ist nicht ersichtlich. Jedoch ist in diesem Zusammenhang an das Lugano-Übereinkommen (LugÜ) vom 16. September 1988 (SR 0275.11) zu denken. Bei diesem Abkommen handelt es sich um einen „völkerrechtlichen Vertrag“²⁶ i.S.v. Art. 1 II IPRG, mit der Folge, dass es dem IPRG vorgeht.

1.1.2.1.3. Sachlicher Anwendungsbereich des LugÜ

Damit ist nunmehr zu prüfen, ob die Gerichte von Grossbritannien nach den Vorschriften des LugÜ international zuständig sind, über das Anliegen von Jim McGregor zu befinden.

Am 16. September 1988 wurde in Lugano zwischen den EU-Mitgliedstaaten und den Staaten der Europäischen Freihandelszone (EFTA) nämlich Finnland, Island, Norwegen, Österreich, Schweden und der Schweiz ein „Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen“ geschlossen, heute kurz das „Lugano-Übereinkommen“ genannt. Für die Schweiz ist dieses Abkommen am 1. Januar 1992 in Kraft getreten²⁷. Es war am 1. Dezember 1993 in folgenden Staaten in Kraft: Finnland, Frankreich, Grossbritannien, Irland, Italien, Luxemburg, Niederlande, Norwegen, Portugal, Schweden und der Schweiz²⁸. Dieses Übereinkommen, lange Zeit auch „Parallel-Übereinkommen“ genannt,

²⁴Vgl. Pkt. 1.1.2.1.1.

²⁵Bei einer Zuständigkeitsfrage, muss in jedem einzelnen Fall stets geprüft werden, ob im Verhältnis zu einem bestimmten Staat ein Abkommen besteht, welches der Regelung des IPRG vorgeht; vgl. Schnyder, IPRG S. 8 und Greiner ZBJV 128 (1992) 46 f.

²⁶IPRG-Kommentar-Volken Art. 1 Rz 63.

²⁷AS 1991 2436.

²⁸Meier, IZPR § 10 Rz 3. Es ist am 1.5.1992 für Grossbritannien in Kraft getreten, vgl. Kropholler Einl Rz 45.

entspricht inhaltlich dem Brüsseler Gerichtsstandsübereinkommen²⁹ (EuGVÜ). Der Weg eines „parallelen“ Übereinkommens wurde gewählt, da den EFTA-Staaten ein Beitritt zum EuGVÜ „Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968“ an einem Gemeinschaftsabkommen nicht offenstand. Mit dem Übereinkommen von Lugano jedoch wird für die betreffenden Staaten im Ergebnis der gleiche Effekt erzielt, wie er durch das EuGVÜ für die Mitgliedstaaten der EU erreicht wurde³⁰. Das Übereinkommen beschränkt sich jedoch im wesentlichen auf Streitigkeiten aus Sachen-, Immaterialgüter-, Vertrags-, Haftpflicht- und Gesellschaftsrecht. Ausgeschlossen sind Steuer- und Zollsachen sowie Personen-, Familien- und Erbrecht, weil in Europa immer noch der alte, scheinbar unüberbrückbare Gegensatz zwischen Wohnsitz- und Heimatprinzip zugrunde liegt.

In seinem zweiten Titel stellt das Lugano-Übereinkommen - im Rahmen seines Anwendungsbereichs - eine **umfassende** und **abschliessende** Zuständigkeitsordnung auf. Geregelt wird damit die sogenannte direkte internationale Zuständigkeit. Darunter versteht man die Voraussetzungen, unter denen die Gerichte und Behörden eines Staates insgesamt im Verhältnis zu anderen Staaten berechtigt und verpflichtet sind, internationale Sachverhalte zur Beurteilung an die Hand zu nehmen. Die meisten Zuständigkeitsbestimmungen des LugÜ setzen aber voraus, dass die beklagte Partei überhaupt Wohnsitz bzw. Sitz, ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit, in irgendeinem der Vertragsstaaten hat. Im Rahmen des Anwendungsbereiches schliesst somit das LugÜ jede andere Rechtsnorm über die direkte Zuständigkeit der Vertragsstaaten in Abgrenzung der Zuständigkeit eines anderen Vertragsstaates im internationalen Verhältnis aus; insbesondere zusätzliche Gerichtszuständigkeiten auf-grund nationalen Rechts³¹. Art. 2 des Übereinkommens enthält denn auch eine generelle Bestimmung über den ordentlichen und allgemeinen Gerichtsstand.

²⁹Schnyder, LugÜ S. 66; Kropholler Einl Rz 49; Meier, IZPR § 12 Rz 1b); Habscheid § 19 Rz 253.

³⁰Die Folge der grossen Übereinstimmungen zwischen dem EuGVÜ und dem LugÜ ist, dass für die Auslegung des LugÜ in aller Regel auf die Kommentierung des EuGVÜ zurückgegriffen werden kann; so Kropholler Einl Rz 49. In Art. 54b LugÜ findet sich eine gesetzliche Regelung zum Verhältnis des LugÜ zum EuGVÜ. Diese Rechtsvorschrift betrifft vor allem die Gerichte der EU-Staaten. Insbesondere sei darauf hingewiesen, dass die Entscheide des EuGH für die Vertragsstaaten des LugÜ nicht verbindlich sind. Es ist nicht einzusehen, warum die EFTA-Staaten akzeptieren sollen, dass ein Organ der EU über die Auslegung des Übereinkommens entscheiden soll; vgl. Kropholler Einl Rz 54 und Schnyder, LugÜ S. 67. Ziel ist aber, dass die Rechtsprechung nach Möglichkeit ausgeglichen von den Vertragsstaaten gestaltet werden soll. Hierzu ist die „Parallelität“ hilfreich. Die einzelnen Vertragsstaaten beider Übereinkommen haben sich verpflichtet, eine einheitliche Auslegung der analogen Texte anzustreben (vgl. Prot. Nr. 2 über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens). Durch dieses Protokoll erlangen folglich die EuGH-Entscheide eine wichtige Rolle für das LugÜ; vgl. Meier, IZPR § 12 Rz 1b).

³¹Vgl. Schwander S. 63.

Das Gesetz ist hier in seinen Zuständigkeitsvorschriften soweit als möglich dem Grundsatz des Beklagtenforums, wie er durch Art. 59 I BV vorgegeben ist, gefolgt. Soweit also das Gesetz selber nicht in seiner wohl zahlreichen Spezialvorschriften ein besonderes Forum zur Verfügung stellt, sind somit die Behörden und Gerichte am Wohnsitz des Beklagten zuständig. Die Zuständigkeitsregeln des Übereinkommens gelten nicht nur für die natürlichen, sondern auch für die juristischen Personen und Gesellschaften. Wo daher das Übereinkommen an sich vom „Wohnsitz“ spricht, meint es damit auch deren Sitz, Art. 53 I LugÜ. Auf den vorliegenden Fall angewendet, ist zunächst einmal positiv festzustellen, dass sowohl die Schweiz als auch Grossbritannien Vertragsstaaten des LugÜ sind. Weiterhin wäre auch der zeitliche Geltungsbereich zu bejahen. Und schliesslich liegt auch eine Rechtsstreitigkeit aus dem Vertragsrecht³² vor. Damit ist die sachliche Anwendbarkeit des LugÜ auf den vorliegenden Fall zu bejahen.

1.1.2.1.4. Streitigkeit gemäss Art. 16 LugÜ

Vorderhand ist mit Art. 16 LugÜ zu beginnen³³. Die in dieser Rechtsnorm aufgeführten ausschliesslichen Zuständigkeiten treffen auf den zu bearbeitenden Fall nicht zu.

1.1.2.1.5. Versicherungs- oder Verbrauchersache?

Als zweite Zuständigkeit ist Art. 7 ff. / 13 ff. LugÜ zu prüfen. Da es sich aber nicht um eine *Versicherungssache* handelt, scheidet diese Zuständigkeit gem. Art. 7 ff. von vornherein ebenfalls aus. Es könnte aber eine Zuständigkeit gem. Art. 7 ff. / 13 ff. LugÜ, *Verbrauchersache* gegeben sein. Es kommt eine Zuständigkeit im Sitzstaat in Frage, wenn es sich um eine Verbrauchersache i.S. dieser Vorschrift handelt. Gemäss Absatz 1 dieser Vorschrift wird der Verbrauchervertrag als ein Vertrag definiert, den eine Person zu einem Zweck abgeschlossen hat, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Person (Verbraucher) zugerechnet werden kann. Es kommt gem. Art. 13 I Nr. 3 1. Alternative LugÜ darauf an, dass es sich um einen Vertrag handeln muss, der die Erbringung einer Dienstleistung zum Gegenstand hat. Die Verbraucherverträge unterliegen dieser Vorschrift aber nur dann, wenn sie hinreichender Bezug zum Wohnsitz des Verbrauchers aufweisen³⁴. Da im vorliegenden Fall Jim McGregor nicht beruflich und auch nicht gewerblich sein Geld angelegt hat, wäre die erste Voraussetzung erfüllt. Durch die Vereinbarung das Geld mit einem Gewinn von mindestens 20% anzulegen, hätten wir eine Vereinbarung über die Erbringung einer Dienstleistung. Da der 4. Abschnitt mit den Regelungen des 3. Abschnittes des LugÜ gesehen werden muss (Art. 7 ff. / 13 ff. LugÜ)³⁵ hätte Jim McGregor gem. Art. 13 I Nr. 3 1. Alternative i.V.m. Art. 8 I Nr. 1 LugÜ die Möglichkeit, die Harings Bank vor

³²Vgl. die Ausführungen unter Pkt. 1.1.1.2.2.

³³Vgl. Meier, IZPR § 13.

³⁴Vgl. Kropholler Art. 13 Rz 9.

³⁵Vgl. Kropholler Art. 13 Rz 1.

den Gerichten des Staates zu verklagen, wo sie ihren Sitz hat. Also wären die Gerichte von Grossbritannien zuständig. Aus dieser Vorschrift kann nicht der Schluss gefolgert werden, dass ein Gericht in London für diesen Rechtsstreit international zuständig wäre. Die örtliche Zuständigkeit ist von der englischen Gesetzgebung zu beantworten. Es ist aber naheliegend, dass es ein Londoner Gericht sein dürfte.

1.1.3. Klage in Zürich

Nach dem in vorhergehendem Gliederungspunkt gesagten, hätte Jim McGregor auch noch die Möglichkeit, eine Klage vor den Zürcher Gerichten einzuleiten. Art. 13 I Nr. 3 1. Alternative i.V.m. Art. 8 I Nr. 2 LugÜ gewährt ihm die Möglichkeit, vor dem Gericht am Wohnsitz des Klägers („Schwächeren“)³⁶ eine Klage einzuleiten. Er könnte seine Klage vor dem Friedensrichter an seinem Wohnsitz einleiten³⁷.

1.2. Klage gegen Mick Fleeson

Da im Sachverhalt keine Angaben zum Wohnsitz von Mick Fleeson enthalten sind, sind sämtliche in Betracht kommenden Alternativen zu prüfen³⁸. Folglich ist die Prüfung einer Klageeinleitung in Genf, London und Zürich vorzunehmen.

1.2.1. Klage in Genf

Jim McGregor könnte gegen Mick Fleeson eine Klage vor den Gerichten in Genf einleiten, sofern die Interkantonale Zuständigkeit der Genfer Gerichte vorliegt. Eine bundesgesetzliche Gerichtsstandszuweisung ist nicht ersichtlich. Insoweit ist auf Art. 59 I BV zurückzugreifen. Art. 59 I BV grenzt die kantonalen Justizhoheiten gegeneinander ab. Es handelt sich nicht um eine Gerichtsstandsnorm³⁹. Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 59 I BV sind vorderhand Ansprüche obligatorischer Natur. Das ist bereits oben⁴⁰ festgestellt worden. Weiterhin muss es sich um einen aufrechtstehenden, d.h. zahlungsfähigen Schuldner handeln, der in der Schweiz seinen Wohnsitz hat. Diese Voraussetzungen liegen vor. Damit wären die Gerichte des Kantons Genf gem. Art. 59 I BV zuständig, sofern Mick Fleeson seinen Wohnsitz in Genf hätte. Die Klage wäre dann beim Friedensrichter, § 93 ZPO, einzuleiten.

1.2.2. Klage in Zürich

Sollte Mick Fleeson seinen Wohnsitz in Zürich haben, dann könnte Jim McGregor gegen ihn eine Klage beim Friedensrichter einleiten (§ 93 ZPO). Der allgemeine Gerichtsstand ist am Wohnsitz des Beklagten. Klagen sind dort zu erheben, § 2 I S. 1 ZPO. Im übrigen wird auf die Ausführungen zu Pkt. 1.2.1. verwiesen.

³⁶Vgl. Kropholler Art. 8 Rz 1.

³⁷§ 93 ZPO; vgl. auch die Ausführungen unter Pkt. 1.1.1.3.

³⁸Vgl. Fussn. 12.

³⁹Vogel Kapitel 4 Rz 34; Walder, ZPO § 7 Rz 9; BGE 101 Ia 41.

⁴⁰Pkt. 1.1.1.2.2.

1.2.3. Klage in London

Jim McGregor könnte eine Klage vor den Gerichten Grossbritanniens einleiten, weil ein internationaler Sachverhalt vorliegt. Es kann von einer qualifizierten Aulandsbeziehung ausgegangen werden⁴¹ und folglich von einem internationalen Sachverhalt. Die internationale Zuständigkeit der Gerichte von Grossbritannien ist gem. Art. 2 I LugÜ gegeben. Da sich die örtliche Zuständigkeit wiederum nach dem nationalen Recht (englisches Recht) richtet, ist naheliegend davon auszugehen, dass die Londoner Gerichte zuständig sind. Damit könnte Jim McGregor auch vor dem zuständigen Londoner Gericht eine Klage einleiten⁴².

1.3. Streitgenossenschaft gem. Art. 6 Nr. 1 LugÜ

Art. 6 Nr. 1 LugÜ hat den Grundgedanken, Klagen, zwischen denen ein Zusammenhang besteht, vor demselben Gericht zu ermöglichen, damit widersprechende Entscheidungen vermieden werden⁴³. Diese Norm gilt nur für Personen mit Wohnsitz in einem Vertragsstaat. Zwischen den Klageansprüchen muss ausserdem eine Konnexität, d.h. ein gewisser Zusammenhang bestehen⁴⁴. Es wäre damit für Jim McGregor zweckmässig die Harings Bank in Genf nebst Mick Fleeson⁴⁵ als Streitgenossen zu verklagen.

1.4. Ergebnis zur 1. Frage

Gegen die Harings Bank hat Jim McGregor die Wahl eine Klage in Genf, London und Zürich einzuleiten. Ebenfalls hat er die Wahl eine Klage an seinem Wohnsitz, in Genf, Zürich oder London gegen Mick Fleeson einzuleiten. Zweckmässig wäre eine Klageeinleitung vor dem Friedensrichter in Genf mit der Massgabe, die Harings Bank und Mick Fleeson als Streitgenossen zu belangen⁴⁶.

⁴¹Vgl. die Erläuterungen unter Pkt. 1.1.2.1.1.

⁴²Es ist nicht angebracht, eine Prüfung des englischen Zuständigkeitsrechts vorzunehmen. Der Verf. verzichtet auf diese Prüfung, um den Rahmen des Gutachtens nicht zu sprengen.

⁴³Vgl. Kropholler Art. 6 Rz 1.

⁴⁴Kropholler Art. 6 Rz 5 mit zahlreichen Nachweisen.

⁴⁵Es wäre im Hinblick auf eine mögliche spätere Vollstreckung eines für Jim McGregor positiven Urteils zweckmässig, neben Mick Fleeson auch die Harings Bank in Genf zu verklagen, weil davon ausgegangen werden muss, dass die Harings Bank solventer ist als eine natürlichen Person.

⁴⁶Bei so vielen Gerichtsständen, wie im vorliegenden Fall, führt das zu vermehrten Klagemöglichkeiten im Ausland wie in der Schweiz. Damit wird prinzipiell der Kläger begünstigt, dem eine zusätzliche Auswahl an Zuständigkeiten offeriert wird. Diese Tendenz zur prozessualen Begünstigung des Klägers ist rechtspolitisch nicht unbedenklich. Insbesondere führt diese Vielzahl an Gerichtsständen vom «**forum shopping**» zu einem «**forum running**» vgl. Meier § 14 I Rz 4; Greiner ZBJV 128 (1992) 60. Das Problem des «forum running» ist, dass der Gerichtsstand des Erfüllungsortes oft beiden Vertragspartnern oder wenigstens einer Partei die Möglichkeit der Klageerhebung am eigenen Wohnsitz verschafft. Nach Auffassung des EuGH ist das zuerst angerufene Gericht, gestützt auf Art. 21 LugÜ, grundsätzlich auch für die gegensätzliche Klage der anderen Partei, zuständig; EuGH 8.12.1987,

2. 2. Frage: Wie ist dieses Rechtsbegehren zu beurteilen?

Bei dem vorliegenden Rechtsbegehren stellen sich zwei grundsätzliche Fragen: Ist das Rechtsbegehren in der vorliegenden Form zulässig (2.1.)? Ist es zulässig, das Rechtsbegehren von Jim McGregor zu ändern (2.2.)?

2.1. Ist das Rechtsbegehren in der vorliegenden Form zulässig?

Beim Rechtsbegehren wird nach der Dispositionsmaxime im allgemeinen die Bezeichnung der begehrten Entscheidung umschrieben⁴⁷. Damit bezieht sich das Rechtsbegehren vice versa auf den gewünschten Urteilsausspruch (Dispositiv). Es soll vom Kläger so formuliert werden, dass es entsprechend übernommen werden kann⁴⁸. Hier hat Jim McGregor ein sog. *Eventualbegehren*⁴⁹ gestellt. Dabei will der Kläger die Beurteilung des Rechtsstreits für den Fall, dass er mit seinem Hauptbegehren unterliegen sollte. Diese Art der Rechtsbegehren ist zulässig⁵⁰. Sollte das zuständige Gericht die Klage gegen die Harings Bank abweisen, dann will Jim McGregor, dass die Klage noch gegen den zweiten Beklagten, Mick Fleeson, geprüft wird. Darüber hinaus stellt Jim McGregor in das Ermessen des zuständigen Gerichts die Entscheidung über die Höhe des entstandenen Schadens. Grundsätzlich müssen Klagen auf Geldzahlung beziffert sein⁵¹. Von dieser Bezifferung sieht die zürcherische Zivilprozessordnung eine Ausnahme vor, § 107 Ziff. 1 i.V.m. § 61 II ZPO. Demnach könnte Jim McGregor dies bis nach Durchführung des Beweisverfahrens nachholen. Ausserdem ist noch anzumerken, dass mit dem Rechtsbegehren Zinsen in Höhe von 5% seit Rechtshängigkeit geltend gemacht werden könnten (§ 102 I ZPO i.V.m. Art. 104 I OR), also mit Einreichung der Weisung beim zuständigen Gericht. Das heisst, dass neben dem Schaden auch noch Zinsen in einem geänderten

IPRax 1989, S. 139 (Rezension Haimo Schack) Urteil: S. 157; Kropholler Art. 21 Rz 6 ff. Damit besteht die Gefahr, dass sich die Parteien durch möglichst frühe Klageeinleitung den eigenen Wohnsitzgerichtsstand «Heimspiel» zu sichern suchen.

⁴⁷Vgl. Hess S. 39; Vogel Kapitel 7 Rz 4, Habscheid § 31 Rz 381.

⁴⁸Vogel Kapitel 7 Rz 4.

⁴⁹Vogel Kapitel 7 Rz 7.

⁵⁰So ausdrücklich Vogel Kapitel 7 Rz 7.

⁵¹Vgl. BGE 116 II 219 E. 4. Das BGer. vertritt in diesem Entscheid die Rechtsauffassung, dass die Kantone im Grundsatz eine Bezifferung der Forderungsstreitigkeit verlangen können. Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht schrankenlos. Zum einen sollen unbezifferte Forderungsklagen dort zugelassen sein, wo sie das Bundesrecht vorsieht, also z.B. Art. 73 II PatG oder die Festsetzung im Ermessen des Richters steht, Art. 42 II OR. Und zum anderen soll dieser Grundsatz vor allem dort gelten, wo erst durch das Beweisverfahren die Grundlage für die Bezifferung der Forderung festgestellt werden kann. Es ist daher grundsätzlich dem Kläger zu gestatten, die Präzisierung erst nach Abschluss des Beweisverfahrens vorzunehmen. Loosli S. 66, vertritt die gleiche Auffassung, indem er feststellt, dass die Klage nicht nur den Sinn hat einen Ausspruch des Gerichts zu erlangen, sondern der Prozess als Nebeneffekt dem Kläger die Feststellung der Höhe seines Anspruchs ermöglicht. vgl. auch Habscheid § 34 Rz 414.

Rechtsbegehren von Jim McGregor geltend gemacht werden könnten⁵², vorausgesetzt, dass eine solche Änderung des Rechtsbegehrens zulässig ist.

2.2. Ist es zulässig, das Rechtsbegehren von Jim McGregor zu ändern?

Wird das Rechtsbegehren im Laufe des Verfahrens abgeändert, stellt sich die Frage, ob die Klage damit ihre *Identität* verliert und eine Klageänderung vorliegt? Im Kanton Zürich ist die Klageänderung in § 61 I ZPO geregelt. Vom Sachverhalt ausgehend ist die Klage rechtshängig und damit ist die *Änderung der Klage* grundsätzlich ausgeschlossen bzw. nur beschränkt möglich⁵³. Eine Klage setzt sich aus dem Rechtsbegehren und einem geschilderten Lebensvorgang (Lebenssachverhalt) zusammen. Beides zusammen wird als Streitgegenstand bezeichnet⁵⁴. Und die Umschreibung des Streitgegenstandes ist schwierig und umstritten⁵⁵. Nach der h.M. (vgl. Fussn. 56) wird der Streitgegenstand als Rechtsbegehren i.V.m. dem Lebensvorgang definiert. Eine Klageänderung wird angenommen, wenn unter Änderung des Streitgegenstandes, also des Rechtsbegehrens, zusätzlich Zinsen und damit ein höherer Geldbetrag verlangt werden⁵⁶. Da der Streitgegenstand sich auch nach dem Rechtsbegehren orientiert, hätte die Änderung des Rechtsbegehrens auch eine Klageänderung zur Folge. Eine Klageänderung ist gem. § 61 I ZPO zulässig, wenn neben der erwähnten Rechtshängigkeit auch die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts vorliegt. Hiervon kann man ausgehen. Dann besteht auch der „enge Zusammenhang“ mit dem bisherigen Streitgegenstand. Und die Rechtsstellung des Beklagten wird nicht wesentlich beeinträchtigt und das Verfahren auch nicht ungebührlich verzögert. Ganz im Gegenteil; um zu verhindern, dass ein rechtshängiger Prozess auf einer ungenügenden oder unrichtigen Grundlage zu Ende geführt werden müsste, wäre eine Klageänderung angebracht⁵⁷. Eine Änderung des Rechtsbegehrens und damit auch eine Klageänderung wäre anzunehmen, wenn nach der Beweisaufnahme der Schaden im Rechtsbegehren beziffert würde. Demzufolge liegen sämtliche Voraussetzungen für eine Klageänderung i.S.v. § 61 I ZPO vor und mithin wäre es zulässig, das Rechtsbegehren von Jim McGregor zu ändern.

⁵²Der Kläger bestimmt mit seinem Rechtsbegehren, was ihm das Gericht zuspricht. Es darf ihm vor allem nicht mehr zusprechen, als er begehrt *ne eat iudex ultra petita partium*, vgl. Habscheid § 45 Rz 535.

⁵³Vogel Kapitel 8 Rz 3; Hess S. 38; Kehl S. 64; §§ 107 Ziff. 1, 61 I ZPO.

⁵⁴Habscheid § 31 Rz 386; Vogel Kapitel 8 Rz 16.

⁵⁵So ausdrücklich Vogel Kapitel 8 Rz 7. Es würde zu weit führen auf den Streit in der Schweiz über den Streitgegenstand (Identität des Streitgegenstandes) einzugehen. Es sei auf die ausführlichen Darstellungen bei Meier, Diss. S. 25 ff.; Habscheid § 31 und Vogel Kapitel 8 § 38 verwiesen. Mit Vogel, Kapitel 8 Rz 16 ff. und Habscheid § 31 Rz 386 wird von der *Theorie des Lebensvorgangs* als herrschender Theorie in Lehre und Rechtsprechung in der weiteren Fallbearbeitung ausgegangen. Derzufolge wird der Streitgegenstand durch das Rechtsbegehren in Verbindung mit dem behaupteten Lebensvorgang bestimmt. Vgl. auch § 253 II Ziff. 2 DZPO und Habscheid SJZ 90 (1994) 288 ff.

⁵⁶Habscheid § 34 Rz 415; Hess S. 36.

⁵⁷Sträuli/Messmer § 61 Rz 1.

3. 3. Frage: Wie ist die Rechtslage?

Das Bundesgericht wird die Berufung von Mortimer Smith gutheissen, wenn der Entscheid des zuständigen Gerichts materiell rechtswidrig war.

3.1. Haftungsanspruch gem. Art. 398 II OR

Jim McGregor könnte gegen die beklagte Partei einen Haftungsanspruch gem. Art. 398 II OR haben, sofern zwischen den Parteien überhaupt ein Auftrag gem. Art. 394 ff. OR zustandegekommen ist⁵⁸.

3.1.1. Liegt überhaupt ein Auftrag gem. Art. 394 ff. OR vor?

Ein Auftrag gem. Art. 394 ff. OR liegt vor, wenn zwischen den Vertragsparteien eine vertragliche Übernahme der Geschäftsbesorgung oder Dienstleistung durch den Beauftragten im Interesse und nach dem Willen des Auftraggebers abgeschlossen worden ist⁵⁹. Hier hat der Kläger der beklagten Partei Fr. 800'000,- übergeben, mit der Massgabe, es für ihn anzulegen. Damit hat sich die beklagte Partei bereit erklärt, für den Kläger Geld anzulegen, also eine Dienstleistung vorzunehmen. Da es sich um eine Geldanlage bei einer Bank handelt, handelt es sich um einen sog. *Bankvertrag*. Im schweizerischen Recht ist aber ein *Bankvertrag* gesetzlich nicht normiert⁶⁰. Die wohl h.M.⁶¹ qualifiziert den Bankvertrag als Auftrag i.S.v. Art. 394 ff. OR. Hierunter werden sämtliche Arbeits- und Dienstleistungsverträge subsumiert, die keinem gesetzlichen Typus entsprechen. Die praktische Bedeutung des Auftragsrechts ist damit sehr gross, weil es als Sammelbecken fungiert⁶². Folglich ist von einem wirksam abgeschlossenen Auftrag gem. Art 394 ff. OR auszugehen.

3.1.2. Verweis auf den Haftungsumfang des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis gem. Art. 398 I OR

Gemäss Art. 398 I OR haftet der Beauftragte im allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis. Diese Norm verweist damit auf den Sorgfaltsmassstab, der für Arbeitnehmer beim

⁵⁸Verhältnis zur Haftung aus Delikt Art. 41 ff. OR: Vertragliche und ausservertragliche Schadenersatzansprüche schliessen sich nicht aus, können aber - soweit es sich um dieselben Schadenposten handelt - nicht kumulativ verlangt werden, vgl. Keller/Syz S. 7. Das heisst der Geschädigte kann den Schaden nicht doppelt ersetzt verlangen. Aber sehr wohl kann eine Anspruchskonkurrenz einer vertraglichen Haftung mit der ausservertraglichen Haftung bestehen, mit der Folge, dass der Richter «iura novit curia» im Falle der Anspruchskonkurrenz auch den anderen Anspruch prüfen muss: vgl. Gauch/Schluep N 2915; Oftinger/Stark § 13 N 43 m.w.N.; Gauch/Aeppli/ Casanova Vorb Art. 41 ff. S. 83.

⁵⁹Vgl. Honsell § 23 Rz I 1; Guhl/Merz/Druey § 49 I.

⁶⁰Guggenheim S. 9 ff.

⁶¹Honsell § 23 I 2; Guggenheim S. 19; Zimmermann SJZ 81 (1985) 138; BK-Fellmann zu Art. 398 N 430; a.M. Leuenberger ZSR 1987 II 57, der die meisten Bankverträge nicht dem Auftragsrecht unterstellen möchte.

⁶²Honsell § 23 Rz I 2.

Arbeitsvertrag gilt (Art. 321a I, 321e OR). Das ist eine Haftung für jedwedes Verschulden⁶³. Gem. Art. 321e II OR haftet der Arbeitnehmer, folglich der Beauftragte, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden⁶⁴.

3.1.3. Schaden

Damit überhaupt eine Haftung geprüft werden kann, muss ein Schaden vorliegen. Denn sowohl die vertragliche als auch die ausservertragliche Haftung benötigen als weitere Voraussetzung die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals *Schaden*⁶⁵. Allgemein wird Schaden definiert als ungewollte Verminderung des Reinvermögens, d.h. in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn. Also der Differenz zwischen dem tatsächlichen Stand und dem Stand, den das Vermögen des Geschädigten ohne das schädigende Ereignis hätte⁶⁶. Die Jim McGregor widerfahrene Vermögenseinbusse beläuft sich auf insgesamt Fr. 800'000,-, nebst dem versprochenen Gewinn von 20% (= Fr. 160'000,-), also auf insgesamt Fr. 960'000,-. Er hat nicht nur eine Vermehrung der Passiven zu verzeichnen, sondern auch noch den (Verlust eines versprochenen) entgangenen Gewinns. Also liegt ein Schaden vor.

3.1.4. Sorgfaltspflichtverletzung

Aus dem Auftragsrecht (Art. 398 II OR) ergibt sich der Grundsatz, dass Banken im Rahmen all der erlaubten und gebotenen Geschäfte sorgfältig handeln müssen. Sorgfältig bedeutet, dass die Bank bei der Vornahme der Geschäfte für ihren Mandanten nach bestem Wissen und Gewissen handeln muss. Es gilt im Auftragsrecht ein objektiver Sorgfaltsmassstab, der besagt, dass der Mandant davon ausgehen kann, dass die Bank als Spezialistin über die erforderlichen Fachkenntnisse verfügen muss und demzufolge ihre Mandanten so beraten muss, wie es nach allgemeiner Tendenz bei Vermögensanlagen im massgebenden Zeitpunkt unter Berücksichtigung der Zielsetzungen des Mandaten von einer sorgfältig handelnden Bank hätte erwartet werden können⁶⁷. Sie muss insbesondere bei Übernahme des Auftrags über die durchschnittlichen Fähigkeiten einer Bank im Besitz sein⁶⁸. Ein sorgfältiges Handeln der Bank heisst nicht, dass die Bank jeden Misserfolg übernehmen muss und dadurch sämtliche

⁶³Honsell § 23 Rz IV 2. Er kritisiert in diesem Zusammenhang den Gesetzgeber, der eine Pauschalverweisung auf den Arbeitsvertrag vorgenommen hat, weil keine Differenzierung zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Geschäftsbesorgung vorgenommen wurde.

⁶⁴SPR-Vischer § 9 II 1.

⁶⁵Vgl. Ziegler S. 91 (Art. 97 OR).

⁶⁶BGE 104 II 199; Gauch/Schlupe Rz 2624; Ziegler S. 91; BK-Fellmann N 332 zu Art. 398 OR; Gutzwiller S. 70.

⁶⁷Vgl. Gutzwiller S. 70.

⁶⁸BK-Fellmann N 355 zu Art. 398 OR; BGE 115 II 64 E. 3; Honsell § 23 Rz IV 2. Nach der Rechtsprechung ist in concreto zu prüfen, ob der Beauftragte tatsächlich den Anforderungen eines tüchtigen Berufsangehörigen genügt. vgl. BGE 89 II 239; 77 II 367.

Kursverluste zu tragen hätte⁶⁹. Sorgfältig bedeutet auch nicht, dass die Bank für die unbedingte Sicherheit der Titel einstehen muss⁷⁰. Wie mit Gewinnen muss der Mandant auch mit Verlusten rechnen; das Wertpapiergeschäft hat nämlich einen spekulativen Charakter⁷¹. Nach dieser Vorschrift wird aber **kein konkreter Erfolg** geschuldet⁷².

Folglich ist im vorliegenden Fall zu prüfen, ob bei der beklagten Partei die von einem berufsmässig handelnden Anlageberater geforderte Sorgfalt angewendet wurde⁷³. Es fehlt an der erforderlichen Sorgfalt von Mick Fleeson, denn das Versprechen, das anvertraute Geld mit einem Gewinn von mindestens 20% anzulegen, würde von einem tüchtigen/gewissenhaften Anlageberater nicht gemacht. Eine solch hohe Rendite ist nur mit äusserst spekulativen Anlageschäften zu erreichen. Bei Jim McGregor handelt es sich um einen in Anlagegeschäften unerfahrenen Mann, der der versprochene Rendite von mindestens 20% leichtfertig Glauben schenkte. Es muss daher das Verhalten von Mick Fleeson als sorgfaltswidrig eingestuft werden⁷⁴.

Dieses Verhalten wird über Art. 55 II ZGB auch der Harings Bank zugerechnet.

3.1.4.1. Anlegerschutzprinzip

Klaus Hopt⁷⁵ hat für das deutsche Recht aus diversen gesetzlichen Rechtsnormen das sog. *Anlegerschutzprinzip* entwickelt, das besagt, dass die Bank verpflichtet ist, einen Entscheid dahingehend zu fällen, der den Kunden besser schützt⁷⁶. Es ist sicherlich mit dem Anlegerschutzprinzip

⁶⁹Vgl. Zimmermann SJZ 81 (1985) 141.

⁷⁰Vgl. BGE 53 II 343: „Materiell müsste übrigens die Schadenersatzpflicht des Klägers, in Übereinstimmung mit der Vorinstanz, verneint werden, da Direktor Uehlinger ein auch nur leichtes Verschulden - das grundsätzlich zur Haftbarmachung der Bank für die schädigenden Folgen der Raterteilung aus Vertrag oder nach Art. 41 OR genügen würde - nicht zur Last gelegt werden kann. Die Verpflichtung des Bankvereins, dem Beklagten eine gute Kapitalanlage anzuraten, konnte nicht die Bedeutung haben, dass jener seinem Klienten etwa schlechthin für die unbedingte Sicherheit der empfohlenen Titel zu haften hätte, sondern erschöpfte sich darin, die von einem Sachverständigen zu erwartende Kenntnis und Sorgfalt anzubieten.“

⁷¹BGE 101 II 124.

⁷²So explizit Guggenheim S. 69 f. m.w.N.

⁷³Vgl. BK-Fellmann N 429 ff. zu Art. 398 OR.

⁷⁴Im Sachverhalt ist die Rede von der „beklagten Partei“. Es kann mit einer sachverhaltsnahen Auslegung davon ausgegangen werden, dass es sich sowohl um die Harings Bank als juristische Person und um Mick Fleeson (als verantwortlich handelnde *natürliche Person* handelt, vgl. die Ausführungen oben unter Pkt. 1.4. (Ergebnis zu Frage 1 S. 10 des Gutachtens). Und über die Haftung von Art. 55 II ZGB ist die Harings Bank und über Art 55 III ZGB Mick Fleeson persönlich verantwortlich.

⁷⁵Hopt S. 288.

⁷⁶Das Anlegerschutzprinzip hat in der Schweiz Anhänger gefunden. Zobl S. 329 und Zimmermann SJZ (1985) 138. So meint Zobl dieses Rechtsprinzip liesse sich wohl auch für die Schweiz konstruieren Zobl a.a.O.

nicht vereinbar, wenn eine Bank Geldanlagen tätigt, um eine Performance von mindestens 20% zu erreichen.

Das Versprechen einer Rendite von 20% verstösst gegen das Anlegerschutzprinzip, weil die Erreichung einer solchen Rendite nur durch gewagte Spekulationen erreicht werden kann.

3.1.5. Schadensberechnung

Diffizil ist, wie so oft in den Fällen mit Anlageverlusten, eine Richtlinie für den entstandenen Schaden aufzustellen. Unter der Schadensberechnung ist die zahlenmässige Feststellung der Höhe eines Schadens der geltend gemacht wird⁷⁷, zu verstehen. Ziegler⁷⁸ kann keine allgemeinverbindliche Methode empfehlen, sondern stellt vielmehr auf den Einzelfall ab, um den Betrag festzustellen, der als Schaden qualifiziert werden kann. Es ist nach ihrer Auffassung grundsätzlich der gegenwärtig überblickbare Schaden zu ersetzen, bei dem auch der entgangene Gewinn berücksichtigt werden muss (S. 95). Gutzwiller⁷⁹ stellt in diesem Zusammenhang auf das *Erfüllungsinteresse* ab. Nach seiner Meinung soll die Berechnung des Schadens auf der Wiederherstellung des Zustands beruhen, der bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt eingetreten wäre. M. E. ist aus beiden Meinungen die Berechnung des Schadens mit Einzelfallbetrachtung vorzunehmen, unter Beachtung der oben behandelten Problematik zur *Sorgfaltspflichtverletzung*. Durch die Unerfahrenheit von Jim McGregor hat sich dieser dazu verleiten lassen, sein Geld mit äusserst spekulativen Gewinnaussichten bei der Harings Bank anzulegen. **Eine sorgfältig handelnde Bank (bzw. deren Angestellter) verspricht keine Rendite von 20%!** Der objektive Sorgfaltsmassstaab ist hierdurch verletzt worden, weil ein tüchtiger/gewissenhafter Anlageberater Jim McGregor über Verlustrisiken bei solch hoher Gewinnerwartung aufgeklärt hätte bzw. zu solch einer Geldanlage gar nicht erst geraten hätte. Beides ist nicht geschehen. Damit wurde auf Seiten der beklagten Seite entgegen der allgemeinen Tendenz, das Anlagevermögen zu erhalten und zusätzlich einen Gewinn zu erwirtschaften, verstossen, was schwergewichtig bei der Schadensberechnung berücksichtigt werden muss. Dies erscheint m.E. als die zentrale Prämisse bei sorgfältigen Geldanlagen. Da die Harings Bank nicht für den konkreten Erfolg vollumfänglich einstehen muss, erscheint auch eine Schadensübernahme von 10% durch den Kläger angemessen.

3.1.5.1. Zinsen für ein Jahr

Fr. 800'000,- lassen sich jedoch nicht risikofrei zu einem Zinssatz von 10,625% p.a. erwirtschaften (entspricht den Zinsen in Höhe von Fr. 85'000,- per annum für die Anlagesumme von Fr. 800'000,-). Es ist m.E. bei der zugesprochenen üblichen Verzinsung bei der Vorinstanz ein zu

⁷⁷Ziegler S. 93.

⁷⁸Ziegler S. 93; ebenso Gutzwiller S. 71.

⁷⁹Gutzwiller S. 70.

hoher Zinsbetrag dem Kläger zugesprochen worden. M.E. ist von einem Zinssatz in der Grössenordnung von ca. 5% auszugehen⁸⁰.

Also würde das Bundesgericht dem Kläger Fr. 40'000,- als Zinsen zusprechen. Die gesamte Schadensberechnung würde Fr. 720'000,- (Anlagesumme minus 10% Selbstbehalt) nebst entgangenen marktüblichen Zinsen in Höhe von Fr. 40'000,- ergeben.

3.1.5.2. Zinsen für eine längere Zinsperiode

Sofern es sich bei den zugesprochenen Zinsen in Höhe von Fr. 85'000,- um eine längere Zinsperiode als ein Jahr handelt, ist für eine Stellungnahme, mangels näherer Angaben, kein Raum. Nach den obigen Ausführungen haftet folglich die beklagte Partei gem. Art 398 II OR.

3.2. Haftungsanspruch gem. Art. 41 I i.V.m. Art. 50 OR

Der Tatbestand einer unerlaubten Handlung setzt neben dem Schaden voraus, dass die Schädigung von Jim McGregor an seinem Vermögen widerrechtlich erfolgte. Ein Rechtfertigungsgrund ist nicht ersichtlich, weshalb das Vorgehen vom Mick Fleeson als widerrechtlich eingestuft werden kann. Die Handlung war adäquat kausal und die beklagte Partei handelte mit Verschulden, da dies nach dem Sachverhalt nicht zweifelhaft ist. Also hat Jim McGregor gegen die beklagte Partei auch einen Haftungsanspruch gem. Art. 41 I i.V.m. Art. 50 OR.

3.3. Ergebnis zur 3. Frage

Jim McGregor hat neben einem vertraglichen Haftungsanspruch aus Art. 398 II OR einen deliktischen gem. Art. 41 I OR. Beide Ansprüche stehen zu einander in Anspruchskonkurrenz. Das Bundesgericht wird demzufolge die Berufung der beklagten Partei teilweise gutheissen und nur die zu zahlenden Zinsen auf Fr. 40'000,- reduzieren. Der Schadensbetrag bleibt unverändert bei Fr. 720'000,-⁸¹.

4. 4. Frage (Variante): Wie ist die Rechtslage?

4.1. Vorsorgliche Massnahme gem. § 222 ZPO auf Antrag von Jim McGregor

⁸⁰Es sind durch spekulative Börsengeschäfte natürlich auch mehr Prozente zu erwirtschaften. Aber wie der vorliegende Fall zeigt, kann man sein Geld auch vollständig verlieren. Bei dem Zinssatz handelt es sich um eine rein subjektive Wertungsfrage, die auch anders ausfallen könnte! Es werden zur Zeit für eine typische Kassenobligation einer schweizerischen Grossbank ca. 5% bezahlt. Das Festgeld ist noch schlechter bezahlt (max. 3 1/8% p.a.); vgl.: Perspektiven, Die monatliche Anlageinformation 5/95 der Coop Bank S. 12 und 13 mit Datum vom 10.05.95. Eine sichere Geldanlage zu einem Zinssatz von 10,625% ist zur Zeit m.W. nicht erhältlich.

⁸¹Vorausgesetzt, es handelt sich bei der Entscheidung der Vorinstanz um die Zinsberechnung für ein Jahr. Anderenfalls muss wohl davon ausgegangen werden, dass die Berufung vollumfänglich abgewiesen wird.

Da dem Sachverhalt zu entnehmen ist, dass sich die holländische Bank weigert die Fr. 500'000,- bei einer erfolgten Übernahme zu bezahlen, erhebt sich die Frage, welche prozessrechtlichen Möglichkeiten Jim McGregor zur Verfügung stehen, um seinen Anspruch zu sichern, bzw. durchzusetzen. Zu denken ist an den Antrag auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme gem. § 222 Ziff. 2 ZPO. Bei einer vorsorglichen Massnahme wird im allgemeinen die Anordnung des Gerichts verstanden, mit denen einer Partei vor dem ordentlichen Prozess vorläufiger Rechtsschutz gewährt werden soll⁸². Das Befehlsverfahren gem. § 202 Ziff. 2 ZPO soll dazu dienen, bei liquiden Verhältnissen schnell zu einem Sachurteil zu gelangen. Materie dieses Verfahrens können nur Begehren auf Tun, Unterlassung und Rechtsgestaltung sein. Dagegen scheidet ein Begehren auf Geldzahlung aus⁸³. Damit wäre ein Verfahren gem. § 202 Ziff. 2 ZPO im vorliegenden Fall unzulässig. Zu denken ist weiterhin an ein Verfahren gem. § 202 Ziff. 3 ZPO. Dieses Verfahren ist vorgesehen: «zur Abwehr eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, besonders durch Veränderung des bestehenden Zustandes, falls diese Voraussetzungen glaubhaft gemacht werden und der Prozess noch nicht rechtshängig ist.» Jim McGregor droht der nicht leicht wiedergutzumachende Schaden, dass durch die Übernahme der Harings Bank durch eine holländische Bank, seine Forderung aus dem aussergerichtlichen Vergleich untergehen könnte. Es wird der bestehende Zustand allerdings nicht verändert. Die Harings Bank bleibt nach wie vor aus dem Vergleich verpflichtet. Es ändern sich lediglich die Eigentumsverhältnisse, die aber Verpflichtung zur Zahlung weiterhin fortbestehen lassen. Die juristische Person „Harings Bank“ hat den Vergleich wirksam abgeschlossen und ist daraus, auch im Falle einer Übernahme, verpflichtet. Damit wäre die Voraussetzung *Veränderung des bestehenden Zustands* nicht gegeben. Folglich wären die Voraussetzungen für eine vorsorgliche Massnahme (§ 222 Ziff. 3 ZPO) ebenfalls nicht erfüllt⁸⁴.

4.2. Arrest gem. Art. 271 SchKG

Jim McGregor könnte gegen die Harings Bank einen Arrest beantragen, sofern eine Forderung besteht, die auf dem Betreibungswege vollstreckbar ist. Es geht da vor allem um einen auf Geldzahlung oder auf Sicherheitsleistung gerichteten Anspruch⁸⁵. Dann müsste ein in dieser Vorschrift aufgeführter Arrestgrund vorliegen. Dies ist jedoch nicht der Fall, so dass auch die Voraussetzungen für den Erlass eines Arrestes nicht gegeben sind.

4.3. Ordentlicher Prozessweg

⁸²Vogel Kapitel 12 Rz 190.

⁸³So ausdrücklich Vogel Kapitel 12 Rz 175.

⁸⁴Vogel Kapitel 12 Rz 201 hält den Erlass einer Leistungsmassnahme zur vorläufigen Vollstreckung von Ansprüchen auf Geldzahlung für unzulässig. Hierfür führt er die h.M., ohne Nachweise zu zitieren.

⁸⁵Amonn § 51 Rz 3.

Jim McGregor kann gegen die Harings Bank den Zahlungsanspruch aus dem aussergerichtlichen Vergleich auf dem ordentlichen Prozessweg geltend machen. Er kann die Harings Bank auf Erfüllung verklagen und hat ein dreifaches Wahlrecht gem. Art. 107 OR:

- a) Klage auf Erfüllung nebst Schadenersatz,
 - b) Klage auf Ersatz des Erfüllungsinteresses unter Verzicht auf die Erfüllung selber, endlich
 - c) kann er vom Verträge zurücktreten.
- 4.4. Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage von Mortimer Smith gem. § 59 ZPO

Kann Mortimer Smith gegen Jim McGregor eine negative Feststellungsklage anheben? Dann müssten die Voraussetzungen gem. § 59 ZPO vorliegen. Als erste Voraussetzung ist zu klären, ob die Feststellungsklage überhaupt die richtige Klageart ist? Mit der Feststellungsklage erstrebt der Kläger die gerichtliche Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde. Dies ist die Legaldefinition, die sich aus § 59 ZPO entnehmen lässt. Im ersten Fall wird von einer *positiven* und im zweiten Fall von einer *negativen Feststellungsklage* gesprochen⁸⁶. Mit der vorliegenden Klage möchte Mortimer Smith vom zuständigen Gericht festgestellt haben, dass zwischen ihm und Jim McGregor keine Forderung bestehe. Damit richtet sich das Klagebegehren auf die Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses. Also handelt es sich um eine *negative Feststellungsklage*.

4.4.1. Rechtsverhältnis

Damit die Klage von Mortimer Smith überhaupt zulässig ist, muss zwischen ihm und Jim McGregor ein Rechtsverhältnis i.S.v. § 59 ZPO vorliegen. Ein Rechtsverhältnis i.S.v. § 59 ZPO wird umschrieben als die Herrschaft der Rechtsnormen über einen konkreten Tatbestand als Rechtsfolge dieses Tatbestandes entstandenes rechtliches Verhältnis einer Person zu einer anderen Person oder zu einem Sachgut. Folglich muss es sich um den Bestand oder Inhalt und Umfang von Rechten oder Pflichten handeln, die durch ein Urteil festgelegt bzw. abgegrenzt werden sollen⁸⁷. Mortimer Smith begehrt die Feststellung, dass zwischen ihm und Jim McGregor kein rechtsgültiger Vergleich, also kein wirksames Rechtsverhältnis besteht. Also liegt diese Voraussetzung vor.

4.4.2. Feststellungsinteresse

⁸⁶Vgl. Habscheid § 29 Rz 346, Walder, ZPO § 24 Rz 3. Bei der negativen Feststellungsklage wird eine Umkehr der Parteirollen ausgelöst. Dem Beklagten obliegt die Behauptungs- und Beweislast hinsichtlich der rechtsbegründenden Tatsachen, währenddem der Beklagte die rechtshindernden- und -aufhebenden Tatsachen vortragen muss; BGE 84 III 154; Sträuli/Messmer § 59 Rz 8.

⁸⁷Habscheid § 29 Rz 350; Vogel Kapitel 7 Rz 23; Storck SJZ 69/1973 S. 194; BGE 80 II 365 E. 3.

Er müsste an der negativen Feststellungsklage auch ein Feststellungsinteresse haben. Ein Feststellungsinteresse ist zu bejahen, wenn nach vernünftigem Ermessen eine gerichtliche Feststellung erforderlich ist, um eine Ungewissheit zu beseitigen, durch die der Kläger in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit behindert ist⁸⁸. Insbesondere wenn eine Unmöglichkeit der Behebung der Ungewissheit auf andere Weise, insbesondere nicht durch Leistungs- oder Gestaltungsklage erreicht werden kann. Mortimer Smith droht die Inanspruchnahme in Höhe von Fr. 500'00,-, weshalb er in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit behindert ist. Es liegt eine Ungewissheit vor und die Klarstellung kann nicht mit einer Leistungs- oder Gestaltungsklage herbeigeführt werden. Damit ist das Feststellungsinteresse zu bejahen und mithin die Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage.

4.5. Begründetheit der negativen Feststellungsklage von Mortimer Smith gem. § 59 ZPO

Die negative Feststellungsklage von Mortimer Smith ist nur dann begründet, wenn er nicht aus dem zwischen Jim McGregor und der Harings Bank aussergerichtlich abgeschlossenen Vergleich in Anspruch genommen werden kann. Da er als Parteivertreter der Harings Bank diese aussergerichtlich vertreten hat (Art. 396 III OR), handelte er nicht im eigenen Namen. Er hat den Vergleich im Namen der Harings Bank abgeschlossen. Es sind im Sachverhalt keine Anhaltspunkte ersichtlich, die einen Rückschluss darauf zuliessen, dass auch Mortimer Smith rechtsverbindlich für die Erfüllung des Vergleichs eintreten wollte. An einen Vergleich sind somit nur die beteiligten Parteien gebunden, also Jim McGregor und die Harings Bank⁸⁹. Damit wäre die negative Feststellungsklage begründet.

4.5.1. Erledigungsart

Folglich wird das zuständige Gericht zum Ergebnis kommen, die negative Feststellungsklage sei begründet und in seinem Dispositiv schreiben: „In Gutheissung der Klage wird festgestellt, dass gegen Mortimer Smith, aus dem zwischen Jim McGregor und der Harings Bank abgeschlossenen aussergerichtlichen Vergleich, keine Forderung bestehe“.

4.6. Ergebnis zur 4. Frage

Jim McGregor muss seinen Zahlungsanspruch aus dem aussergerichtlichen Vergleich auf dem ordentlichen Prozessweg geltend machen.

⁸⁸Vgl. Vogel Kapitel 7 Rz 23; Sträuli/Messmer § 59 Rz 5; BGE 96 II 131 E. 2 m.w.N.

⁸⁹Vgl. Seethaler S. 34; ein deutsches Rechtssprichwort lautet, zitiert nach Hünerwald S. 75: „Wollen sich vergleichen zwei Mann, was geht das den dritten an“.

Mortimer Smith wird sich erfolgreich mit einer zulässigen und begründeten negativen Feststellungsklage an das zuständige Gericht wenden, um aus dem aussergerichtlichen Vergleich nicht in Anspruch genommen zu werden.

1. Juni 1995

Richard Permann

P.S. Die Arbeit wurde bewertet mit genügend bis gute Arbeit.

HA3.DOC