



Article scientifique

Article

2004

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le droit bancaire privé suisse 2003-2004 = Das schweizerische
Bankprivatrecht 2003-2004

Thévenoz, Luc; Zobl, Dieter

How to cite

THÉVENOZ, Luc, ZOBL, Dieter. Le droit bancaire privé suisse 2003-2004 = Das schweizerische Bankprivatrecht 2003-2004. In: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2004, vol. 76, n° 4, p. 329-341.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:4824>

Das schweizerische Bankprivatrecht 2003 – 2004

Le droit bancaire privé suisse 2003 – 2004

Von Dieter Zobl, Professor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und Luc Thévenoz, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève¹

Die vorliegende Zusammenfassung knüpft an die frühere, in SZW 2003 206–220 erschienene Chronik an.

La présente chronique fait suite à celle parue dans RSDA 2003 206–220.

Übersicht/Systematique

- I. Bankverträge/Contrats bancaires
 - A. Konten, Einlagen und Vollmachten/
Comptes, dépôts et procurations
 - B. Anlagen, Vermögensverwaltung/
Placements, gestion de fortune
 - C. Kredite/Crédits
 - D. Erb- und eherechtliche Probleme/
Aspects successoraux et matrimoniaux
- II. Kreditsicherung/Sûretés
 - A. Persönliche Sicherheiten/Sûretés personnelles
 - B. Dingliche Sicherheiten/Sûretés réelles
- III. Zahlungsverkehr/Moyens de paiement
 - A. Wechsel und Check/Effets de change et chèque
 - B. Überweisung und Anweisung/
Virement et assignation
- IV. Zwangsvollstreckung/Exécution forcée
- V. Diverses/Divers

Vorbemerkungen/Remarques préliminaires

In den letzten zwölf Monaten sind einige interessante Entscheide ergangen. Auf einige davon wird im Folgenden kurz hingewiesen:

Die Frage, ob sich eine Bank gestützt auf die durch einen Kunden *übernommenen AGB* mit einer Zahlung an einen nicht berechtigten Empfänger gültig befreit hat, ist Gegenstand des ersten Entscheides (**r37**). Das Bundesgericht hatte eine PIN-Erklärung, nach welcher der Kunde grundsätzlich das Risiko für Auszahlungen wegen missbräuchlicher Verwendung seines PIN-Codes zu tragen hat, zu beurteilen. Das Gericht hat festgestellt, dass sich die Bank nicht gültig befreit hat. Dies deshalb nicht, weil sie es entgegen ihren AGB unterlassen hat, neben der Identifika-

tion des Kunden mittels Karte und PIN-Code auch dessen Unterschrift zu verlangen.

Im Zusammenhang mit dem *Vermögensverwaltungsauftrag* hält das Handelsgericht des Kt. Zürich einmal mehr fest, dass bezüglich der Konkretisierung der gebotenen Sorgfalt die Richtlinien der Schweiz. Bankiervereinigung herangezogen werden können (**r40**). Derselbe Entscheid befasst sich weiterhin mit dem Umfang der vom Kunden erteilten *Vermögensverwaltungsvollmacht*. Von der Vollmacht nicht gedeckt ist etwa die Eröffnung weiterer Konti und deren Alimentierung aus Kontoguthaben des Kunden, die nicht Gegenstand des Vermögensverwaltungsmandates bilden (**r40, r41**).

Mit dem *Treuhandrecht* befasst sich **r39**. Der *Übergang der erworbenen Rechte* vom Treuhänder auf den Treugeber richtet sich nach Art. 401 OR. Im Interbankenverkehr ist hinsichtlich von Treuhandanlagen ein Verrechnungsverzicht zwischen den Banken anzunehmen, weil die widerlegbare Vermutung besteht, es handle sich bei solchen Anlagen um Kundenguthaben (sogen. Fremdvermutung). Im vorliegenden Fall wurde die Vermutung widerlegt, weil die verrechnende Bank aufgrund besonderer Umstände gutgläubig davon ausgehen durfte, dass die von der anderen Bank bei ihr gehaltenen Guthaben Nostropositionen darstellten, was eine Verrechnung zulässt.

Auskunftsbegehren sind Inhalt mehrerer Entscheide (**r45–r49**). In einem ausländischen *Scheidungsprozess* kann eine Bank nicht gestützt auf eine vorsorgliche Massnahme zur Auskunft nach Art. 170 ZGB verpflichtet werden. Im Weiteren, so das Bundesgericht, sei fraglich, ob einem Dritten – insbesondere einer Bank – im Verfahren nach Art. 170 ZGB überhaupt Passivlegitimation zukomme (**r45**). – Die Bank kann für Auskunftsbegehren der nicht pflichtteilsgeschützten *Erben* eines bloss wirtschaftlich berechtigten Erblassers diese vorab an die formellen Kontoinhaber (Treuhand, Gesellschaftsorgane) verweisen, welche für den wirtschaftlich berechtigten Erblasser die Konten inne haben. Verweigern diese angesprochenen Dritten die Auskunft, so kann sie – gemäss einem Tessiner Entscheid – auch von der Bank erteilt werden (**r46**). – Gegenüber pflichtteilsgeschützten Erben ist die Bank – wenn eine Verletzung des Pflichtteils glaubhaft gemacht werden kann – umfassend zur Auskunft und Rechenschaftsablage über die letzten zehn Jahre vor dem Tode verpflichtet. Dieses Recht umfasst auch die Auskunft über gegründete oder aufgelöste Gesell-

¹ Die Autoren danken M. Grégoire Landry, assistant au Centre de droit bancaire et financier, titulaire du brevet d'avocat, LL.M. in Banking and Finance Law (LSE) und lic. iur. René Peyer, Assistent an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, für ihre Mitarbeit.

schaften bzw. Stiftungen, an denen der Erblasser wirtschaftlich berechtigt war (r47 und r48). – Der Auskunftsanspruch des Liquidators gegenüber Dritten bei einer *amtlichen Liquidation* einer Erbschaft ist Gegenstand des in r49 besprochenen Entscheides. Demzufolge kann der Liquidator seine Auskunftsbegehren nicht auf dem Verfügungswege durchsetzen, und er wird, wie gewöhnliche Auskunftsberechtigte auch, an den Zivilrichter verwiesen, wenn der Dritte Auskünfte verweigert.

Quantitativ ergiebig ist die Rechtsprechung zum *Kreditsicherungsrecht*. So hat das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung bestätigt² und festgehalten, dass der *Zweck einer selbständigen Garantie* in der Deckung eines bestimmten Risikos bestehe. Erkennt die Bank, dass die Garantie zu einem andern Zweck abgerufen wird, so ist sie zur Verweigerung ihrer Leistung verpflichtet (r50). In Bezug auf die *Abgrenzung* zwischen der formfreien kumulativen *Schuldübernahme* und der formbedürftigen *Bürgschaft* hält das Bundesgericht in Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung³ fest, dass nicht allein auf den Wortlaut der Schuldanerkennung abgestellt werden darf. Vielmehr sind auch Umstände ausserhalb der Erklärung zu berücksichtigen. Sofern kein unmittelbares und materielles Eigeninteresse des Interzedenten, sich neben der Hauptschuldnerin selbständig zu verpflichten, vorliegt, ist in der Regel auf Bürgschaft zu schliessen (r52). Weitere Entscheide befassen sich mit Fragen aus dem Bürgschafts- und dem Pfandrecht (vgl. r51, r53–r54, r55–r57).

Zum *Wechsel- und Checkrecht* ergingen verschiedene Entscheide. So ist die Gewährung der provisorischen Rechtsöffnung (Art. 82 Abs. 1 SchKG) gestützt auf einen von einem «Vertreter» unterzeichneten Wechsel willkürlich, wenn sich die behauptete Vollmacht des Vertreters nicht klar aus den Akten ergibt. Die Verweigerung der Rechtsöffnung präjudiziert den Entscheid in der Hauptsache, in casu ob sich der Vertretene aufgrund seines konkludenten Verhaltens die Handlungen des Vertreters anrechnen lassen müsse, in keiner Weise (r58). Gemäss r60 kann sich eine Bank, welche wegen Unsorgfalt einen nicht gedeckten Check honoriert, nicht durch Belastung des Kontos des einlösenden Begünstigten schadlos halten. Dieser ist nicht ungerechtfertigt bereichert.

Verletzt eine Bank trotz hinreichender Verdachtsmomente bei *Überweisungsaufträgen* ihre Sorgfaltspflicht, so hat die Leistung an einen Nichtberechtigten keine befreiende Wirkung (r61).

Mehrere referierte Entscheide beschlagen das *Zwangsvollstreckungsrecht*. So hält das Bundesgericht fest, dass die *Auskunftspflicht der Bank im Arrestverfahren* nicht auch eine rückwirkende Offenlegung allfälliger Kundenbeziehungen erfasst (r63). Im Weiteren wurde entschieden, dass die *Betreibung auf Sicherheitsleistung* i.S.v. Art. 38 Abs. 1 SchKG nicht auf die Stellung von Sicherheiten in Geld (pignus irregulare, Hinterlegung sicherheitshalber) beschränkt ist; vielmehr kann die Betreibung z.B. auch auf die Errichtung eines Pfandrechtes an Aktien oder auf die Stellung einer Bankgarantie gerichtet sein (r65).

I. Bankverträge/Contrats bancaires

A. Konten, Einlagen und Vollmachten/ Comptes, dépôts et procurations

r37 Privatkonto. Legitimationsprüfung. Sorgfaltspflicht der Bank.

Compte privé. Examen de la légitimation. Devoir de diligence de la banque.

1. Wenn AGB gültig übernommen und damit Vertragsinhalt werden, sind sie nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. 2. Zur Beurteilung stand eine von der Bank vorformulierte und vom Kontoinhaber unterzeichnete PIN-Erklärung mit folgendem Wortlaut: «Der Unterzeichnete hat davon Kenntnis, dass bei Vorlegen der M-Kontokarte und der Eingabe der von ihm gewählten persönlichen Identifikations-Nummer Bezüge vom entsprechenden Konto ohne weiteren Identitätsnachweis möglich sind. Bei Bezügen unter Fr. 10 000.– wird keine Unterschrift des Kunden (...) verlangt. Die Bank behält sich aber das Recht vor, den Identitätsnachweis und/oder eine Unterschrift zu verlangen. (...)». Die Bank tätigte eine Auszahlung über Fr. 10 000.– ohne Unterschrift des (nicht) berechtigten Empfängers. 3. Die in den AGB enthaltene Erklärung ist nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie der Kontoinhaber sie auffassen durfte und kann i.c. nur dahingehend verstanden werden, dass bei Bezügen über Fr. 10 000.– trotz Vorweisens der Kontokarte und der Eingabe des PIN-Codes eine Unterschrift erforderlich ist. Indem die Bank keine Unterschrift verlangte, hatte die Zahlung an den nicht berechtigten Empfänger keine befreiende Wirkung.

² BGE 122 III 321; SZW 4/1997, r 39.

³ BGE 111 II 276; BGE 113 II 434; BGE 125 III 305.

BGer, 17.2.2004 (I. Zivilabteilung, A. c. B. Bank): 4C.6/2004; SJZ 100 (2004) 216 f.; Landry, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 166 du 30.3.2004.

r38 Gemeinschaftskonto. Innenverhältnis. Unge-rechtfertigte Bereicherung (Art. 62 OR).

Compte-joint. Rapports internes. Enrichissement illégitime (art. 62 CO).

1. Bei der Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 OR) ist nur passivlegitimiert, wer ohne gültigen Rechtsgrund direkt aus dem Vermögen des Ansprechers bereichert ist. Von der Rückforderungsklage ausgeschlossen sind Leistungen, welche der Beklagte gutgläubig von einem Dritten mit gültiger Causa erhalten hat. Dies gilt auch dann, wenn die Zahlungsmittel dem Dritten grundlos aus dem Vermögen des Klägers zugekommen sind. Die Auffassung, wonach mittels des Bereicherungsrechts unbillige rechtliche Ergebnisse generell korrigiert werden könnten, ist abzulehnen. 2. Im Drei-Personen-Verhältnis, insbesondere im Anweisungsverhältnis, ist der Anweisungsempfänger durch die Leistung in Erfüllung eines ungültigen Deckungsverhältnisses bei gültigem Valutaverhältnis nicht bereichert. Ungerechtfertigt bereichert ist allein der Anweisende, weil er durch die Leistung des Angewiesenen von seiner Schuld beim Anweisungsempfänger befreit wird. 3. Das solidarische Forderungsrecht über das Gemeinschaftskonto gegenüber der kontoführenden Bank beschlägt nur das Verhältnis der Kontoberechtigten zur Bank (Aussenverhältnis). Davon unabhängig ist die Frage nach der internen Berechtigung am jeweiligen Kontoguthaben. Der Umstand, dass ein Dritter eine Zahlung, mit welcher er eine Verbindlichkeit eines kontoberechtigten Gesellschafters erfüllt, auf das Oder-Konto (compte-joint) der einfachen Gesellschaft leistet, führt nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des anderen Mitkontoinhabers.

BGer, 2.7.2003 (I. Zivilabteilung, A. c. X. AG): 4C.79/2002.

**B. Anlagen, Vermögensverwaltung/
Placements, gestion de fortune**

r39 Fiduziarische Anlage. Legalzession (Art. 401 OR). Einrede der Verrechnung (Art. 169 OR). Gutgläubigkeit.

Placements fiduciaires. Cession légale (art. 401 CO). Compensation (art. 169 CO). Bonne foi.

1. Forderungsrechte, die der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers in eigenem Namen gegen Dritte erworben hat, gehen auf den Auftraggeber über, sobald dieser seinerseits allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist (Art. 401

Abs. 1 OR). Dies gilt auch im Treuhandverhältnis. Hat demnach der Fiduziant seine Verpflichtungen aus dem Treuhandverhältnis erfüllt, so geht die durch den Fiduziar gegen den Dritten erworbene Forderung auf ihn über. 2. Für diese Legalzession finden die Regeln über die rechtsgeschäftliche Zession (Art. 164 ff. OR) entsprechende Anwendung. Nach der Notifikation der Abtretung bzw. Legalzession kann der Dritte mit befreiender Wirkung nur noch an den Fiduzianten leisten (Art. 167 OR). Gemäss Art. 169 Abs. 1 OR bleiben dem Dritten alle Einreden aus dem Schuldverhältnis zum Fiduziar auch dem Fiduzianten gegenüber erhalten. Zu diesen Einreden gehört auch das Recht zur Verrechnung mit der Gegenforderung gegen den Fiduziar, sofern der Dritte in gutem Glauben den Treuhandcharakter der Forderung nicht kannte oder kennen musste. 3. In casu musste die beklagte Bank trotz mehrjähriger Geschäftsbeziehung mit der Klägerin (Fiduziarin) nicht davon ausgehen, dass es sich bei den auf den Namen des Fiduziars lautenden Guthaben um solche aus Treuhandverhältnissen handelt. Sie durfte daher im Konkurs der Fiduziarin ihre Forderungen verrechnen.

BGer, 2.3.2004 (I. Zivilabteilung, A. SA c. B. S.A.M., 4C.123/1997); BGE 130 III 312; Thévenoz, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 191 du 6.5.2004.

r40 Anzuwendende Sorgfalt bei der Vermögensverwaltung (Art. 398 OR). Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung für die Ausübung von Vermögensverwaltungsaufträgen.

Diligence dans la gestion de fortune (art. 398 CO). Directives de l'Association suisse des banquiers concernant le mandat de gestion de fortune.

1. Der Vermögensverwaltungsvertrag ist dadurch gekennzeichnet, dass der Vermögensverwalter die wirtschaftliche und technische Verwaltung von Kundenvermögen übernimmt, wobei er selbständig Anlageentscheide trifft. Zum Vertragsinhalt gehört auch die dauernde Überwachung des anvertrauten Vermögens. Die Haftung des Vermögensverwalters richtet sich nach Auftragsrecht (Art. 398 Abs. 2 OR). 2. Lässt sich ein übereinstimmender wirklicher Wille der Vertragsparteien nicht feststellen, so ist gestützt auf das Vertrauensprinzip danach zu fragen, wie die Erklärungen der Parteien in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. 3. In casu durfte der Bankkunde darauf vertrauen, dass sich die von der Bank zu beachtende Sorgfalt bei der Ausführung des Vermögensverwaltungsmandats an den Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung orientieren würde. Daraus ergibt sich jedoch keine Pflicht der Bank, das ihr anvertraute Portfolio einem Referenzportefeuille anzugleichen.

Handelsgericht des Kantons Zürich, Urteil vom 16.4.2002: ZR 102 (2003) Nr. 65.

r41 Umfang der Vermögensverwaltungsvollmacht. Beweislastverteilung (Art. 8 ZGB).

Pouvoirs du gérant de fortune. Fardeau de la preuve (art. 8 CC).

1. Der Vermögensverwaltungsvertrag beinhaltet die wirtschaftliche und technische Verwaltung von Kundenvermögen. Der Vermögensverwalter ist berechtigt, alles für die auftragsgemässe Ausführung des zu besorgenden Geschäfts vorzukehren. Der Vermögensverwaltungsvertrag verleiht mangels anderer Vereinbarung keine generelle Kompetenz zur Eröffnung weiterer Konti und zu deren Alimentierung aus Kontoguthaben, die nicht Gegenstand der Vermögensverwaltung bilden. **2.** Behauptet der Kunde, eine Kontoverbindung mit der Bank sei nicht eingegangen worden, so beschlägt dies unbestimmte negative Sachverhaltselemente. Solche sind faktisch nicht beweisbar, so dass eine Umkehr der Beweislast zu erfolgen hat. Demnach trägt die Bank die Behauptungs- und Beweislast (Art. 8 ZGB) dafür, dass im Auftrag des Kunden ein Konto eröffnet worden ist. **3.** Vorliegend misslang der Bank der Beweis, dass sie weisungsgemäss im Auftrag des Kunden ein weiteres Konto eröffnet oder dass der Kunde die Eröffnung nachträglich genehmigt hat.

Handelsgericht des Kantons Zürich, Urteil vom 16.4.2002: ZR 102 (2003) Nr. 65.

C. Kredite/Crédits

r42 Kreditauftrag. Qualifikation des Vertragsverhältnisses (Art. 408 ff. OR). Leistungsverweigerungsrecht bei Nebenleistungspflichten (Art. 82 OR).

Ordre de crédit. Qualification du contrat (art. 408 ss CO). Droit de refuser la prestation découlant d'une obligation accessoire (art. 82 CO).

1. Beim Kreditauftrag (Art. 408 OR) verpflichtet sich der Beauftragte, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, jedoch unter der Verantwortlichkeit des Auftraggebers, einem Dritten Kredit zu gewähren. Dafür haftet der Auftraggeber dem Beauftragten für die Auslagen, die diesem aus der Kreditgewährung entstanden sind, wie ein Bürge. Im Unterschied zur eigentlichen Bürgenhaftung ist diese Haftung jedoch nicht akzessorisch. Neben den besonderen Bestimmungen sind auf den Kreditauftrag auch die allgemeinen Bestimmungen über den einfachen Auftrag (Art. 394 ff. OR) anwendbar. **2.** Die Hauptleistungspflicht des Kreditbeauftragten besteht in der Kreditgewährung an einen Dritten. Zusätzlich zur vertragskonformen Auftragsausführung können die Vertragsparteien wei-

tere Haupt- und Nebenleistungspflichten vereinbaren. Vorliegend hatten die Parteien vereinbart, dass der von der Beauftragten zu gewährende Kredit durch Grundpfandrechte zu sichern und für den Fall der Haftbarkeit der Auftraggeberin an diese abzutreten sei. Das Bundesgericht hat diese Zusatzvereinbarung als Nebenleistungspflicht qualifiziert. Dies insbesondere deshalb, weil die Auftraggeberin ein offensichtliches Interesse an der Krediterteilung hatte und die Kredite bereits vor Errichtung der Grundpfandsicherheiten ausbezahlt worden sind. **3.** Das Leistungsverweigerungsrecht im zweiseitigen Vertragsverhältnis (Art. 82 OR) setzt insbesondere voraus, dass zwei gegenseitige Hauptleistungspflichten im Austauschverhältnis stehen. Ausnahmsweise ist auch denkbar, dass die Parteien einer Nebenleistungspflicht einen so hohen Stellenwert einräumen, dass sie zur Hauptleistung im Austauschverhältnis steht. In casu wurde der Errichtung der Grundpfandsicherheiten (als Nebenleistungspflicht) durch die Beauftragte kein solch hoher Stellenwert eingeräumt und deshalb ein Leistungsverweigerungsrecht der Auftraggeberin verneint. Für die Qualifikation als Nebenleistungspflicht sprach, dass die Auftraggeberin in erster Linie an der Erteilung des Kredites interessiert war, der Kredit vor Errichtung der Grundpfandsicherheiten ausbezahlt wurde und die Rückzahlung des ausstehenden Drittkredits gemäss Kreditauftrag «auf erstes Verlangen» und «unter Verzicht auf jede Einrede» zu erfolgen hatte.

BGer, 24.6.2003 (I. Zivilabteilung, X. AG c. Bank A.): 4C.217/2002.

r43 Prêt. Exception de jeu. Abus de confiance (non). Darlehen. Spieleinrede. Veruntreuung (nein).

Prêt consenti sciemment en vue d'un jeu, qui s'avère finalement truqué. Une partie de la somme prêtée est utilisée à d'autres fins par l'emprunteur. **1.** Il y a emploi illicite de l'argent confié si un prêt est consenti dans un but déterminé, correspondant aussi à l'intérêt du prêteur, et que l'emprunteur en fait une autre utilisation. **2.** La qualification d'abus de confiance implique que la destination convenue des fonds puisse assurer la couverture du risque du prêteur ou, du moins, diminuer son risque de perte. **3.** En matière de prêt pour un jeu, le prêteur ne dispose d'aucun droit d'action en vue d'obtenir le remboursement (art. 513 al. 2 CO). La conformité de l'usage des fonds ne saurait donc limiter son risque de perte. La qualification d'abus de confiance doit ainsi être écartée. **4.** Il y a controverse en doctrine sur l'absence de droit d'action (civile) du prêteur lorsque le montant prêté n'est pas effectivement consacré au jeu par l'emprunteur. Cet élément reste toutefois sans incidence sur la qualification (pénale) de l'abus de confiance.

TF, 30.6.2003 (Cour de cassation pénale, X. c. Ministère public du canton de Vaud, 6S.151/2003): ATF 129 IV 257; SJ 2004 I 77; Pra 2004 67 n°15; PJA 2003 1480, obs. Riedo.

r44 Darlehen. Zeit der Rückzahlung (Art. 318 OR). Prêt de consommation. Temps de la restitution (art. 318 CO).

1. Ein Darlehen ist innerhalb von sechs Wochen zurückzubezahlen, wenn für die Rückzahlung weder ein bestimmter Termin noch eine Kündigungsfrist noch der Verfall auf beliebige Aufforderung hin vereinbart worden ist (Art. 318 OR). 2. Der Umstand, dass das Darlehen in jährlichen Raten zurückzuzahlen ist, macht aus dem unbefristeten Darlehen kein befristetes, da daraus nicht auf einen bestimmten oder auch nur bestimmbareren Rückzahlungstermin geschlossen werden kann. 3. Ebenso wenig lässt sich aus einer Amortisationsklausel mit bestimmten Amortisationsraten und mit bestimmten Amortisationszeiten auf eine Befristung des Darlehens schliessen bzw. die Unkündbarkeit bis zur gänzlichen Bezahlung durch Amortisationen ableiten.

Kantonsgericht Basel-Landschaft, Urteil vom 25.6.2002: SJZ 99 (2003) 591.

D. Erb- und eherechtliche Probleme/

Aspects successoraux et matrimoniaux

r45 Divorce à l'étranger. Demande de renseignements à une banque suisse. For en Suisse. Qualité pour défendre de la banque.

Scheidung im Ausland. Auskunftsbegehren an eine schweizerische Bank. Schweizerischer Gerichtsstand. Passivlegitimation der Bank.

Action en divorce devant les tribunaux français. Refus d'une banque ayant siège à Genève de renseigner l'expert désigné par le tribunal français sur un compte dont un des époux est prétendument titulaire auprès d'elle. Dépôt à Genève, par l'époux non titulaire du compte, d'une requête de mesures provisionnelles en reddition de compte dirigée contre la banque et fondée principalement sur le droit aux renseignements de l'art. 170 CC. 1. L'art. 10 LDIP prévoit une compétence des autorités suisses pour ordonner des mesures provisoires. Cette disposition peut exceptionnellement fonder la compétence d'un juge suisse pour connaître d'une demande de renseignements et de pièces d'un époux contre son conjoint, au sens de l'art. 170 CC. Mais une demande directement dirigée contre la banque ne présente pas le caractère accessoire au litige au fond (procédure de divorce) qui justifierait éventuellement qu'un juge suisse s'en saisisse sur la base de l'art. 10 LDIP. Il est douteux qu'un tiers, et en particu-

lier une banque, ait qualité pour défendre à une action basée sur l'art. 170 CC. 2. Le for d'une demande de renseignements directement dirigée contre une banque suisse se trouve au siège de celle-ci, comme for général au domicile du défendeur au sens de l'art. 2 LDIP. In casu, les tribunaux genevois sont donc compétents.

TF, 22.1.2004 (I^{ème} Cour civile, A. & Cie c. B.): 5C.157/2003; Richa, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 165 du 24.3.2004.

r46 Succession. Reddition de compte. Véhicules successoraux. De cujus comme ayant-droit économique (via SA) ou fiduciaire.

Erbenschaft. Rechenschaftsablage. Erbrechtliche Instrumente. (Durch eine AG) wirtschaftlich berechtigter Erblasser oder Treugeber.

Demande de renseignements adressée à la succursale luganaise d'une banque par deux héritiers (neveux) d'un citoyen italien dont le dernier domicile était en Suisse, où il était décédé. Refus de la banque. Action des neveux contre la banque en reddition de compte, s'étendant à tout mandat à elle conféré par leur défunt oncle, y compris en relation avec les comptes dont le de cujus n'était que le bénéficiaire économique et les mandats de constitution et de gestion de sociétés suisses ou étrangères. 1. Lorsque le de cujus entretient des relations avec sa banque uniquement de manière indirecte, p. ex. comme fiduciaire ou comme ayant droit économique d'une entité juridique distincte, il n'y a pas d'obligation générale de la banque de renseigner les héritiers. Au contraire, la solution dépend des circonstances de l'espèce, appréciées sous l'angle du principe de la proportionnalité. Il faut ainsi prendre en compte, d'une part, les rapports entre le titulaire et l'ayant-droit économique et en particulier l'intérêt – privé ou strictement personnel – respectivement la volonté du de cujus de préserver le secret bancaire et, d'autre part, l'exigence des héritiers de voir satisfaites leurs requêtes de renseignements. 2. Parmi les biens dont le de cujus est détenteur économique, les seuls qui peuvent rentrer dans la masse successorale sont ceux détenus nominativement par un fiduciaire ou une société anonyme dont le défunt détenait la majorité des actions. 3. Quant à l'étendue des informations à fournir, vu l'exigence de protection du secret bancaire concernant un éventuel fiduciaire ou une éventuelle société anonyme dominée par le de cujus, la banque est uniquement tenue d'identifier ceux-ci et d'indiquer les organes vers qui les requérants devront à leur tour se tourner pour obtenir de plus amples informations. Ces informations complémentaires pourront néanmoins être fournies par la banque si les tiers interpellés n'ont pas donné suite aux demandes formulées à leur rencontre.

Tribunale d'Appello del Cantone Ticino, sentenza del 27.9.2002 (M. et A. c. Banca SA): www.commercialarbitration.ch ' Diritto Bancario ' 10.2.2003, obs. Trezzini; relevant 2004 n° 2-2, obs. Lombardini.

r47 Succession. Reddition de compte. Mandat de gestion. Véhicules successoraux (fondations). Erbschaft. Rechenschaftsablage. Vermögensverwaltungsauftrag. Erbrechtliche Instrumente (Stiftungen).

Requête en reddition de compte (par mesures provisionnelles) déposée par des héritiers à Genève. La requête est dirigée contre la succursale genevoise d'une banque, bien que le mandat de gestion du patrimoine du de cujus ait été transféré peu avant son décès à la succursale luganaise de la même banque. **1.** Il ressort de la procédure que la succursale genevoise est restée l'interlocuteur des hoirs après le décès du de cujus. Le lieu d'exécution des mesures requises est donc bien à Genève, et cette solution s'impose également pour des raisons d'économie de procédure. **2.** L'étendue de la reddition de compte aux héritiers varie selon que ces derniers sont réservataires ou non. S'ils le sont, l'obligation de la banque de les renseigner va au-delà de la composition du patrimoine au jour du décès. La banque doit ainsi remettre aux héritiers réservataires toute la documentation bancaire des dix dernières années relatives aux comptes du défunt. Ceux-ci doivent en effet être pleinement renseignés par la banque dans la même mesure que le client décédé aurait dû l'être. L'éventuelle restriction par le défunt de leur droit d'information est inopérante à l'égard des héritiers réservataires. **3.** Il y a controverse sur l'étendue du devoir du banquier de renseigner un héritier réservataire individuellement sur des comptes ouverts non pas au nom du défunt, mais d'un tiers dont il est l'ayant droit économique ou d'entités à but successoral constituées par ou sur ordre du de cujus. En l'espèce, le de cujus était premier bénéficiaire de sept fondations composant un groupe. Ces entités avaient clairement une vocation successorale et la banque avait participé à la mise en place et à la gestion de ces structures. Par ailleurs, les réservataires requérants ont rendu vraisemblable une possible lésion de leur réserve légale. En conséquence, ils sont légitimés à obtenir tous documents et informations sur l'état des biens détenus par leur père, y compris par l'intermédiaire de sociétés ou fondations constituées par ce dernier et dont il était bénéficiaire.

Cour de justice du canton de Genève, arrêt du 20.3.2003: ACJC/318/03, n.p.

r48 Succession. Reddition de compte. Droit applicable. Véhicules successoraux (sociétés).

Erbschaft. Rechenschaftsablage. Anwendbares Recht. Erbrechtliche Instrumente (Gesellschaften).

Action en reddition de compte dirigée contre une banque établie à Genève par les héritiers réservataires d'un de cujus italien, dont le dernier domicile était en Italie. La banque est notamment requise de fournir les renseignements et extraits de comptes relatifs aux sociétés dont le défunt était l'ayant-droit économique, ainsi que l'identité des bénéficiaires de versements opérés depuis ces comptes. **1.** Le droit applicable à la succession est in casu le droit italien, qui connaît la réserve héréditaire et l'action en réduction. Les héritiers peuvent donc se prévaloir de leur qualité d'héritiers légitimes et réservataires du de cujus. **2.** En l'espèce, l'une des réservataires a reçu de la banque, en qualité d'héritière du de cujus, des relevés de comptes au nom de sociétés dont le défunt était l'ayant-droit économique supposé. Par ailleurs, la banque est entrée en matière sur des demandes d'informations, émanant de cette réservataire, concernant ces comptes. Elle a donc bien considéré que cette héritière était légitimée à obtenir les renseignements en question dans le cadre de la succession en cause et que les entités précitées faisaient partie de cette succession. D'autres circonstances s'y ajoutant, la banque est malvenue de se prévaloir de l'absence de relations contractuelles entre elle-même et le de cujus. **3.** La banque a informé les hoirs que les comptes des sociétés précitées avaient été clôturés, sans donner aucun renseignement ou justificatif quant au sort de ces biens. D'autre part, il ressort du testament olographe du de cujus que ce dernier envisageait de léguer l'ensemble de son patrimoine à des oeuvres caritatives, faisant fi de la réserve de ses héritiers légitimes. Enfin, la maîtresse du défunt (titulaire d'un compte dans la même banque) a été entretenue par ce dernier et a probablement bénéficié d'avoirs provenant de son patrimoine. En conséquence, il y a lieu d'admettre que les héritiers ont démontré avec une vraisemblance suffisante une possible lésion de leur réserve. Comme réservataires, ils sont légitimés à obtenir les renseignements et documents demandés aux fins de déterminer dans quelle mesure leur réserve a été lésée et entreprendre, si nécessaire, toute démarche en vue de sa reconstitution (y compris, notamment, les renseignements pour les dix dernières années relatifs à la constitution des sociétés dont le défunt était l'ayant-droit économique et les noms de personnes physiques et morales ayant bénéficié de versements en provenance de ces comptes durant la même période).

Cour de justice du canton de Genève, arrêt du 10.9.2003 (A., D. et G. c. Banque E.): ACJC 895/03; www.commercialarbitration.ch ' Diritto Bancario ' 22.3.2004, obs. Trezzini; relevant 2004 n° 2-2, obs. Lombardini.

r49 Amtliche Liquidation einer Erbschaft (Art. 593 ff. ZGB). Auskunftserteilung.

Liquidation officielle d'une succession (art. 593 ss CC). Renseignements.

1. Auch wenn der für die amtliche Liquidation ernannte Liquidator unter Aufsicht einer Behörde steht (Art. 595 Abs. 3 ZGB), übt er ein privatrechtliches und nicht ein staatliches Amt aus. 2. Mangels hoheitlicher Gewalt ist der amtliche Erbschaftsliquidator insbesondere nicht befugt, erbrechtliche Auskunftsansprüche gegenüber Dritten mittels einer Verfügung durchzusetzen. Er hat vielmehr den zivilrechtlichen Klageweg zu beschreiten.

BGer, 23.12.2003 (II. Zivilabteilung, A. Trust Ltd. c. Einwohnergemeinde Z. und Obergericht des Kantons Schaffhausen, 5P.302/2003): BGE 130 III 97; SJZ 100 (2004) 162 f.

II. Kreditsicherung/Sûretés

A. Persönliche Sicherheiten/Sûretés personnelles

r50 Garantie bancaire (indépendante à première demande). Appel abusif (non).

Bankgarantie auf erste Aufforderung. Missbräuchlicher Abruf (nein).

La finalité d'un contrat de garantie est la couverture d'un risque particulier. Le droit d'obtenir le paiement de la garantie est éteint s'il doit servir une fin manifestement étrangère à l'objet de la garantie. Le bénéficiaire ne peut pas valablement demander le paiement de la garantie pour couvrir l'inexécution d'un autre contrat que le contrat de base. Un tel appel est abusif et, si l'abus est évident pour la banque, celle-ci est tenue de refuser d'exécuter la garantie.

TF, 19.5.2003 (I^{ère} Cour civile, X. c. A. SA et B. SA): 4C.25/2003; www.commercialarbitration.ch ' Diritto Bancario ' 23.2.2004, obs. Couchepin Romerio/Nebel.

r51 Bedingte Bankgarantie (Art. 111 OR). Rechtswirksamkeit.

Garantie bancaire conditionnelle (art. 111 CO). Validité.

1. Bei der dokumentären Bankgarantie entsteht die Zahlungspflicht des Garanten nur dann, wenn der Begünstigte dem Garanten bestimmte Belege einreicht. Besteht die vertraglich vereinbarte Abrufbedingung nicht in der Vorlage von Dokumenten, spricht man von einer bedingten Garantie im engeren Sinne. 2. Für die Auslösung der Zahlungspflicht hat der Begünstigte in jedem Fall sämtliche in der Garantie erwähnten Voraus-

setzungen zu erfüllen, aus Gründen des Vertrauensschutzes aber auch nur diese.

BGer, 10.9.2003 (I. Zivilabteilung, Bank A. c. B. GmbH & Co. KG): 4C.144/2003.

r52 Bürgschaft (Art. 492 ff. OR)/kumulative Schuldübernahme (Art. 143 OR). Abgrenzung.

Cautionnement (art. 492 ss CO)/reprise cumulative de dettes (art. 143 CO). Délimitation.

1. Ob die Parteien eine Bürgschaft (Art. 492 ff. OR) oder eine kumulative Schuldübernahme (Art. 143 OR) vereinbaren wollten, beurteilt sich, sofern kein tatsächlicher Parteiwille (Willensprinzip) festgestellt werden kann, nach dem Vertrauensprinzip. Die Willenserklärungen der Parteien sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. 2. Auch wenn der Promittent eine Schuldanerkennung mit den Worten «solidarisch» bzw. als «Solidarschuldner» unterzeichnet hat und sie den Wortlaut der Artikel 143, 144 und 147 OR wiedergibt, darf nicht allein auf diesen abgestellt werden (Art. 18 Abs. 1 OR). Dies gilt umso mehr, wenn der Interzedent hinsichtlich Sicherungsgeschäften nicht geschäftsgewandt ist. Geschäftsgewandtheit liegt auch dann nicht vor, wenn eine Privatperson als Einzelzeichnungsberechtigte für ein kleines Unternehmen, welches im täglichen Geschäft keine Sicherungsgeschäfte tätigt, im Handelsregister eingetragen ist. Auf den klaren Wortlaut dürfte aber dann abgestellt werden, wenn für einen nicht geschäftsgewandten Interzedenten aus dem Vertrag selber klar, verständlich und in individueller, d.h. nicht formularmässiger Weise hervorgeht, aus welchen Gründen auf die Wahl der Rechtsform einer Bürgschaft verzichtet wird. Diesbezüglich müsste dem Interzedenten die Tragweite der eingegangenen Verpflichtung bewusst sein. 3. Das Abgrenzungskriterium zwischen der akzessorischen Bürgschaft und der kumulativen Schuldübernahme liegt darin, dass bei der Schuldübernahme der Verpflichtende regelmässig ein erkennbares Eigeninteresse am gesicherten Geschäft hat, welches über ein blosses Sicherungsinteresse an der Erfüllung der Hauptschuld hinausgeht. Für die Qualifikation als Schuldübernahme ist somit erforderlich, dass der Übernehmer erkennbar ein unmittelbares und materielles Interesse an der selbständigen Verpflichtung hat; es genügt nicht, wenn der Promittent aus dem Schuldbeitritt lediglich einen undefinierten Vorteil zieht. Demgegenüber wird die Bürgschaft als eigenständiges Geschäft, typischerweise zur Sicherstellung einer Verpflichtung naher Verwandter oder Freunde, eingegangen. 4. Vorliegend diente die von der Interzedentin für einen nahen Verwandten eingegangene Ver-

pflichtung einzig zu Sicherungszwecken. Für die Annahme, dass die Interzedentin ein genügendes und erkennbares Interesse am zu sichernden Geschäft zwischen der Einzelfirma und einem Gläubiger hatte, genügte mithin nicht, dass sie als Einzelzeichnungsberechtigte dieser Einzelfirma im Handelsregister eingetragen war. Dies qualifizierte die Verpflichtung als Bürgschaft, welche mangels Einhaltung der Formvorschriften nicht gültig zustande gekommen war (Art. 493 OR).

BGer, 23.9.2003 (I. Zivilabteilung, X. AG c. A., 4C.136/2003): BGE 129 III 702; SJZ 100 (2004) 18 ff.

r53 Solidarbürgschaft (Art. 496 OR). Rechtliche Geltendmachung einer Bürgschaft auf Zeit (Art. 510 Abs. 3 OR).

Cautionnement solidaire (art. 496 CO). Poursuite des droits dans le cautionnement à durée déterminée (art. 510 al. 3 CO).

1. Bei der Solidarbürgschaft kann der Gläubiger seine Forderung gegenüber dem Solidarbürgen geltend machen, wenn der Hauptschuldner mit seiner Leistung im Rückstand und erfolglos gemahnt worden oder seine Zahlungsunfähigkeit offenkundig ist (Art. 496 Abs. 1 OR). Auch eine Solidarbürgschaft kann auf Zeit abgegeben werden. In diesem Fall erlischt die Verpflichtung des Bürgen, wenn der Gläubiger nicht innert vier Wochen nach Ablauf der Frist seine Forderung rechtlich geltend macht und den Rechtsweg ohne erhebliche Unterbrechung verfolgt (Art. 510 Abs. 3 OR). 2. Die Vorschrift von Art. 510 Abs. 3 OR ist zwingend; es kann von ihr nicht zu Ungunsten des (Solidar-) Bürgen abgewichen werden (Art. 492 Abs. 4 OR). Für die rechtliche Geltendmachung bedarf es eines Betreibungsbegehrens, der gerichtlichen Klage oder der Eingabe im Konkurs. Eine blosser Mahnung des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner oder dem (Solidar-) Bürgen reicht nicht aus. 3. Im zu beurteilenden Fall genügte die innert Frist erfolgte schriftliche Anzeige der Gläubigerin an die Solidarbürgin dem Erfordernis der rechtlichen Geltendmachung nicht.

BGer, 15.10.2003 (I. Zivilabteilung, X. A/S c. Y. AG): 4C.114/2003.

r54 Cautionnement à durée indéterminée. Sommatation du créancier.

Bürgschaft auf unbestimmte Zeit. Mahnung des Gläubigers.

1. Dans le cas d'un cautionnement à durée indéterminée, la caution peut exiger du créancier qu'il poursuive juridiquement l'exécution de ses droits, introduise et continue les poursuites sans interruption notable, à défaut de quoi la caution est libérée. La cau-

tion a le droit d'impartir au créancier un délai de quatre semaines pour agir en ce sens (art. 511 CO). 2. Il n'est pas nécessaire que le délai de quatre semaines soit indiqué au créancier dans la sommation, ni que les termes de la loi y soient repris. Néanmoins, celle-ci doit indiquer de manière suffisamment claire que la caution a la volonté de contraindre le créancier à procéder en recouvrement de sa créance. En l'espèce, on ne voit pas comment une banque, rompue aux affaires de cautionnement, aurait pu objectivement se méprendre sur le sens d'une claire mise en demeure de procéder sans interruption notable.

TF, 8.7.2003 (1ère Cour civile, A. c. Banque X.): 4C.58/2003.

B. Dingliche Sicherheiten/Sûretés réelles

r55 Cédule hypothécaire. Nantissement. Poursuite en réalisation du gage immobilier.

Schuldbrief. Faustpfand. Betreibung auf Grundpfandverwertung.

Crédit bancaire garanti par le nantissement d'une cédule hypothécaire au porteur grevant un immeuble propriété du débiteur. Dénonciation du crédit au remboursement par la banque suite à la demeure du débiteur. Poursuite en réalisation du gage immobilier. Mainlevée provisoire confirmée. 1. En tant que papier-valeur, la cédule hypothécaire incorpore une créance personnelle et le gage immobilier qui la garantit. La constitution d'une cédule donne naissance à une créance nouvelle résultant d'une reconnaissance de dette abstraite, c'est-à-dire qui n'énonce pas sa cause. La cédule vaut titre de mainlevée en faveur de son porteur. 2. Le titulaire d'un droit de gage mobilier (nantissement) sur une cédule n'est pas titulaire de la créance incorporée dans le titre. Il peut cependant se réserver contractuellement la faculté de faire valoir comme un propriétaire les droits rattachés aux cédules. Une telle clause ne lie le débiteur de la dette incorporée et le propriétaire de l'immeuble grevé que s'il y a personnellement consenti. En l'espèce, l'acte de nantissement permet valablement à la banque de faire valoir les droits incorporés comme si elle en était propriétaire. 3. Cette clause permet au créancier gagiste mobilier de dénoncer la cédule au remboursement et de faire valoir en son propre nom (sinon de son propre droit) la créance incorporée dans le titre donné en gage. Il peut alors introduire une poursuite en réalisation du gage immobilier incorporé dans la cédule et se prévaloir de la reconnaissance de dette incorporée dans la cédule pour obtenir la mainlevée provisoire d'une opposition du débiteur de la cédule.

Tribunal cantonal du canton du Jura, arrêt du 26.3.2003 (A. c. Credit Suisse): RJJ 2003 57.

r56 Cédule hypothécaire. Nantissement. Titre de mainlevée provisoire.

Schuldbrief. Faustpfand. Provisorischer Rechtsöffnungstitel.

1. Le bénéficiaire d'un droit de gage mobilier (nantissement) sur une cédule hypothécaire n'est pas titulaire de la créance incorporée dans le titre. Par conséquent, la cédule hypothécaire ne vaut en principe pas reconnaissance de dette au profit du titulaire d'un droit de gage mobilier. Le bénéficiaire du droit de gage mobilier doit ainsi préalablement réaliser le gage mobilier par une poursuite idoine. En l'occurrence, la cessionnaire et créancière gagiste ne peut pas à ce stade agir en réalisation du gage immobilier. 2. Cependant, le créancier nanti d'un titre de gage immobilier peut exercer contre le débiteur du titre les droits du créancier de ce titre lorsque le débiteur poursuivi l'y a autorisé expressément ou par actes concluants. Le créancier gagiste (mobilier) qui est au bénéfice d'une telle clause exercera alors une poursuite en réalisation de gage immobilier et non mobilier.

Cour de justice du canton de Genève, arrêt du 19.6.2003 (Fondation de valorisation des actifs de la Banque cantonale de Genève c. A.): SJ 2004 I 194.

r57 Allgemeine Geschäftsbedingungen einer Bank. Beneficium excussionis realis.

Conditions générales d'une banque. Beneficium excussionis realis.

1. Die Einrede der Vorausverwertung des Pfandes ist dispositiver Natur, und es steht den Vertragsparteien frei, auf sie zum Voraus zu verzichten. Dieser Verzicht kann auch in den AGB der Bank gültig vereinbart werden. 2. Die zu beurteilende Klausel lautete: «(...) Sie [die Bank] kann den Kunden unter Aufrechterhaltung des Pfandrechts auch auf Pfändung bzw. Konkurs betreiben. (...)»

BGer, 7.1.2004 (Schuldbetreibungs- und Konkurskammer, Z. c. Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt Basel-Stadt): 7B.249/2003.

III. Zahlungsverkehr/Moyens de paiement

A. Wechsel und Check/Effets de change et chèque

r58 Lettre de change. Reconnaissance de dette. Mainlevée provisoire. Représentation.

Wechsel. Schuldanerkennung. Provisorische Rechtsöffnung. Stellvertretung.

Poursuite fondée sur deux lettres de change. Contestation des pouvoirs de représentation du signa-

taire des titres mais admission de leur validité par l'autorité cantonale genevoise. Recours de droit public de la débitrice-représentée admis par le TF pour arbitraire. 1. Des lettres de change revêtent formellement la qualité de reconnaissance de dette et permettent d'obtenir la mainlevée provisoire de l'opposition au sens de l'art. 82 al. 1 LP. 2. La reconnaissance signée par un représentant ne justifie en principe la mainlevée dans la poursuite introduite contre le représenté que si les pouvoirs du représentant, contestés par le poursuivi, sont établis par pièces. 3. Selon l'art. 32 al. 1 CO, la représentation directe suppose, notamment, que le représentant soit autorisé, c'est-à-dire habilité à faire naître des droits et des obligations directement en faveur ou à la charge du représenté; il faut donc que celui-ci ait la volonté d'être lié par les actes du représentant. En l'occurrence, cette volonté ne ressort pas distinctement du dossier. La retenir en procédure de mainlevée est arbitraire, sans préjudice de la solution qui prévaudrait dans un procès au fond.

TF, 25.11.2003 (II^{ème} Cour civile, X. c. Y. AG et Cour de justice du canton de Genève, 5P.425/2002): ATF 130 III 87; SJ 2004 I 208.

r59 Poursuite pour effets de change. Billet à ordre payable à jour fixe. Présentation tardive. Exception personnelle. Intérêts moratoires.

Wechselbetreibung. Auf einen bestimmten Tag gezogener Eigenwechsel. Verspätete Präsentation. Persönliche Einrede. Verzugszinsen.

1. Une présentation au paiement d'un billet à ordre payable à jour fixe n'est pas tardive si elle est faite à l'accepteur ou au souscripteur plus de deux jours après l'échéance: ceux-ci peuvent être recherchés sans présentation en temps utile et sans protêt. Le défaut de présentation dans le délai utile ne fait pas perdre au porteur le droit d'agir contre le souscripteur, mais le premier ne pourra exiger du second les accessoires prévus aux art. 1045 et 1046 CO, notamment les intérêts moratoires. Le souscripteur ne sera tenu que des intérêts moratoires à dater de la présentation tardive, qui vaut mise en demeure. En l'espèce, l'intimé n'ayant pas fait dresser protêt, les intérêts moratoires sont dus, à défaut de preuve d'une présentation antérieure, dès la notification du commandement de payer qui vaut mise en demeure selon l'art. 105 CO. 2. Le souscripteur d'un billet à ordre qui n'a pas circulé ne peut opposer au poursuivant, destinataire en faveur duquel le billet a été souscrit, une exception fondée sur l'art. 1007 CO.

Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, arrêt du 17.9.2002: RJN 2002 352.

r60 Chèque. Bonification sans réserve. Couverture pas reçue. Assignment. Enrichissement illégitime. Reconnaissance de dette.

Check. Vorbehaltlose Gutschrift. Deckung nicht erhalten. Anweisung. Ungerechtfertigte Bereicherung. Schuldanerkennung.

1. La bonification inconditionnelle du montant d'un chèque au compte du porteur auprès de sa banque vaut acceptation de l'assignation (civile et non cambiaire) incluse dans le chèque. Elle prive la banque des exceptions tirées du rapport de couverture. 2. La banque qui, par négligence, porte en compte la contre-valeur du chèque sans s'assurer de l'existence d'une couverture ne peut pas agir contre le bénéficiaire au titre de l'enrichissement illégitime. 3. Même si le bénéficiaire du chèque s'est déclaré débiteur vis-à-vis de la banque pour la contre-valeur en question, cette reconnaissance de dette abstraite est sans effet en droit car elle porte sur une dette inexistante.

Tribunale d'Appello del Cantone Ticino, sentenza del 3.12.2003 (Banca X. c. Z.): www.commercialarbitration.ch ' Diritto Bancario ' 23.2.2004, obs. Trezzini.

**B. Überweisung und Anweisung/
Virement et assignation**

r61 Überweisung an einen Nichtberechtigten. Rechts-scheinhaftung. Gutgläubigkeit.

Virement à un bénéficiaire non légitimé. Responsabilité fondée sur l'apparence juridique. Bonne foi.

1. Der Leistung des Schuldners an einen Nichtberechtigten kommt nur ausnahmsweise Tilgungswirkung zu. 2. Anwendungsfall der befreienden Leistung an einen Nichtberechtigten ist die Rechts-scheinhaftung des Gläubigers. Eine solche liegt vor, wenn der Schuldner im Vertrauen auf einen objektiv beachtlichen Rechts-schein den Empfänger als zur Entgegennahme der Leistung berechtigt halten durfte, mithin gutgläubig an diesen leistet und dieser Rechts-schein vom Gläubiger veranlasst und damit diesem zuzurechnen ist. Der Gläubiger hat das Risiko zu vertreten, dass er einem Dritten eine Scheinposition einräumt und damit die Gefahr eines Missbrauchs schürt. 3. Der gute Glaube wird vom Gesetz vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Auf den guten Glauben kann sich nur berufen, wer auch die nach den Umständen verlangte Aufmerksamkeit aufbringt (Art. 3 Abs. 2 ZGB). 4. In casu hatte der Kontoinhaber einem Dritten blanko unterzeichnete Briefbögen (Blankette) übergeben, welche dieser zweck- und weisungswidrig dazu verwendete, die Bank zu Überweisungen auf ein Nummernkonto zu seinen Gunsten zu veranlassen. Die Überweisung der Bank hatte für diese keine befreiende Wirkung, weil sie im Zeitpunkt der Überweisung nicht

gutgläubig war. Ihr guter Glaube wurde dadurch zerstört, dass sie trotz hinreichender Verdachtsmomente keine erhöhte Sorgfalt walten liess und auch keine zusätzlichen Erkundigungen einzog.

BGer, 15.12.2003 (I. Zivilabteilung, Bank A. AG c. B.): 4C.28/2003.

r62 Assignment (non bancaire). Impossibilité sub-séquente (non). Abus de droit (non).

(Nicht bankrechtliche) Anweisung. Nachträgliche Unmöglichkeit (nein). Kein Rechtsmissbrauch.

1. L'ordonnance de référé étrangère interdisant à l'assigné de payer l'assignataire est de nature provisoire. Elle ne constitue pas une impossibilité objective définitive au sens de l'art. 119 CO car elle ne répond pas au critère de la durée imprévisible assimilable à un empêchement durable. 2. L'assigné qui a accepté l'assignation est en principe tenu de payer l'assignataire, sauf si ce dernier commet un abus de droit à exiger l'exécution du rapport d'assignation. Pour que l'on puisse invoquer au titre de l'abus de droit l'extinction de la créance résultant du rapport de base, il faut que celle-ci soit manifeste, établie sans aucun doute possible. En l'occurrence, l'assigné (défendeur) et l'assignant (intervenant) soutiennent que l'extinction résulterait d'une sentence arbitrale. Celle-ci, vu son caractère partiel, ne peut cependant pas remplir les conditions strictes permettant de reconnaître l'existence d'un abus de droit de l'assignataire (demandeur).

TF, 12.11.2003 (1^{ère} Cour civile, A. [anc. Z.] et République X. c. Groupe B.): 4C.344/2002.

IV. Zwangsvollstreckung/Exécution forcée

r63 Arrestverfahren. Umfang der Auskunftspflicht einer Bank (Art. 275 i.V.m. Art. 91 Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 91 Abs. 4 SchKG).

Procédure de séquestre. Etendue de l'obligation de la banque de renseigner (art. 275 LP en relation avec l'art. 91 al. 1 ch. 2 et l'art. 91 al. 4 LP).

1. Grundsätzlich ist eine Bank, bei welcher sich Vermögensgegenstände und Guthaben des Arrestschuldners befinden, als Drittverwahrerin zur Auskunft verpflichtet (Art. 275 i.V.m. Art. 91 Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 91 Abs. 4 SchKG). Im Unterschied zum Pfändungsverfahren (Art. 91 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG) besteht aber im Arrestverfahren keine generelle, sondern nur eine konkrete Auskunftspflicht im Umfang der im Arrestbefehl spezifizierten Arrestgegenstände (Verbot des Sucharrests). 2. Die Bank ist deshalb lediglich zur Bekanntgabe verpflichtet, ob das im Arrestbefehl bezeichnete Konto auf den Arrestschuldner oder einen diesem

zugeordneten Decknamen lautet. Allfällige Kundenbeziehungen muss sie nicht rückwirkend offen legen.

BGer, 31.7.2003 (*Schuldbetreibungs- und Konkurskammer*, I. c. *Obergericht des Kantons Zürich*): 7B.142/2003.

r64 Verzinslichkeit der nicht pfandgesicherten Forderung nach Bewilligung der Nachlassstundung (Art. 297 Abs. 3 SchKG bzw. Art. 21 Abs. 2 VNB).

Intérêts de la créance non garantie par gage après l'octroi du sursis concordataire (art. 297 al. 3 LP, respectivement art. 21 al. 2 OCBC).

1. Die während des Nachlass-Stundungsverfahrens auf den nicht pfandgesicherten Forderungen auflaufenden Zinsen und die den Gläubigern aus der Teilnahme am Verfahren erwachsenen Kosten gelten gemäss Art. 297 Abs. 3 SchKG (und vor der SchKG-Revision von 1994/97 nach dem auch auf den «gewöhnlichen» Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung analog anwendbaren Art. 21 Abs. 2 VNB [Verordnung betreffend das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen]) als nachgelassen, sofern der Nachlassvertrag nichts Gegenteiliges bestimmt. 2. Diese Regelung gilt dann nicht, wenn sich aus der Liquidation ein Aktivenüberschuss ergibt. Im Rahmen des Nachlassvertrages verzichten nämlich die Gläubiger auf ihre Forderung und die damit verbundenen Zinsansprüche nur soweit, als diese durch die Liquidation des ihnen «abgetretenen» Vermögens nicht gedeckt werden. Weder aus Art. 297 Abs. 3 SchKG noch aus Art. 21 Abs. 2 VNB folgt ein Erlöschen der Zinsforderung ex lege.

BGer, 26.8.2003 (*Schuldbetreibungs- und Konkurskammer*, A. und B. c. *Kantonsgericht des Kantons Schwyz*, 7B.38/2003): BGE 129 III 559.

r65 Garantie bancaire. Nantissement. Poursuite en prestation de sûretés.

Bankgarantie. Faustpfand. Betreibung auf Sicherheitsleistung.

1. La poursuite en prestation de sûretés n'est pas limitée aux seules sûretés pécuniaires. Elle peut également viser des sûretés non pécuniaires, comme une garantie bancaire irrévocable et un nantissement d'actions. 2. L'exécution forcée ayant pour objet des sûretés s'opère par la poursuite pour dettes selon la même procédure que celle tendant au versement d'une somme d'argent, sauf que la continuation de la poursuite a lieu exclusivement par voie de saisie et que les espèces obtenues de la réalisation ne sont pas distribuées au poursuivant. Elles sont consignées et tenues à la disposition du créancier.

TF, 23.1.2003 (*Chambre des poursuites et des faillites*, M. c. *Autorité supérieure de surveillance en matière de poursuite pour dettes et de faillite du canton du Valais*, 7B.174/2002): ATF 129 III 193; *JdT* 2003 II 59; *SJ* 2003 I 258; *BISchK* 2004 19; *Pra* 2003 886 n° 162.

r66 Steigerungszuschlag. Aufrechnung. Unterbrechung der Grundstücksteigerung (Art. 61 Abs. 1 VZG).

Adjudication. Compensation. Interruption d'une vente aux enchères immobilière (art. 61 al. 1 ORFI).

1. Nach Art. 60 Abs. 2 VZG erfolgt der Zuschlag, wenn in den Steigerungsbedingungen eine sofort zu leistende Barzahlung oder Sicherheitsleistung verlangt wird, nur nach deren Leistung. Ansonsten wird in Fortsetzung der Steigerung das nächsttiefere Angebot nochmals dreimal ausgerufen und, wenn kein höheres Angebot mehr eingeht, der Zuschlag erteilt. 2. Es entspricht einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass eine Leistung verweigert werden darf, wenn der Empfänger das Empfangene sofort zurückzuleisten hätte. Dies gilt für den Steigerungspreis bis zum Betrag der Betreibungsforderung, wenn der einzige betreibende Gläubiger die Sache ersteigert. Anders verhält es sich mit dem Kostenvorschuss. Dieser kann nicht mit dem Zuschlagspreis der betriebenen Forderung aufgerechnet werden und wird dem ersteigernden Gläubiger daher nicht zurückbezahlt. Der Kostenvorschuss ist in jedem Falle zu leisten. 3. Die Steigerung ist ohne Unterbrechung durchzuführen (Art. 61 Abs. 1 VZG). Jede Unterbrechung ist eine Verletzung von Verfahrensvorschriften und führt zur Ungültigkeit der Steigerung. 4. In casu wurde zugunsten der betreibenden Bank eine Unterbrechung gewährt, damit diese die notwendigen Barmittel für die Leistung des Kostenvorschusses beschaffen konnte. Der Zuschlag wurde deshalb aufgehoben und das Betreibungsamt angewiesen, eine neue Steigerung anzusetzen.

BGer, 26.1.2004 (*Schuldbetreibungs- und Konkurskammer*, Bank Z. c. *Obergericht des Kantons Aargau*, 7B.264/2003): BGE 130 III 133.

r67 Sûretés fournies par le locataire. Poursuite ordinaire. Beneficium excussionis realis.

Sicherheiten durch den Mieter. Ordentliche Betreibung. Einrede der Vorausverwertung.

Poursuite ordinaire fondée sur un contrat de bail. Plainte sur la base de l'exception du beneficium excussionis realis, en raison de la fourniture de sûretés par la poursuivie. Rejet de l'exception par l'autorité cantonale, mais admission par le TF. 1. Le débiteur poursuivi par voie de saisie ou de faillite peut demander par le biais d'une plainte que le créancier exerce d'abord

son droit sur l'objet du gage (art. 41 al. 1^{bis} LP). **2.** Les sûretés fournies par le locataire et déposées auprès d'une banque conformément à l'art. 257e al. 1 CO ne constituent pas un droit réel en faveur du bailleur, mais néanmoins un «gage» au sens de l'art. 37 LP.

TF, 20.2.2003 (Chambre des poursuites et des faillites, X. SA c. Autorité de surveillance des offices de poursuites et de faillites du canton de Genève, 7B.243/2002): ATF 129 III 360; SJ 2003 I 305; Pra 2003 774 n° 144.

V. Diverses/Divers

r68 Forderungserlass. Kein Zustandekommen eines Aufhebungsvertrages (Art. 115 OR) bei Nichtzustellung der Kontoauszüge während längerer Zeit.

Abandon de créance. Pas de remise conventionnelle (art. 115 CO) par l'absence durable de notification des relevés de compte.

1. Für einen Forderungserlass bedarf es ausserhalb eines Nachlassverfahrens eines Aufhebungsvertrages gemäss Art. 115 OR. Der Aufhebungsvertrag ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, das durch Antrag und Annahme zustande kommt und somit der Zustimmung beider Parteien bedarf. **2.** Ein Aufhebungsvertrag kann auch durch konkludentes Verhalten von Schuldner und Gläubiger zustande kommen. **3.** Auch wenn zuvor über eine gesamthafte Bereinigung der Verpflichtungen des Schuldners verhandelt worden ist, kann aus dem Umstand, dass die Gläubigerin (Bank) dem Schuldner eine Zeit lang keine Kontoauszüge zugestellt hat, nicht auf einen Aufhebungsvertrag geschlossen werden. Eine Nichtzustellung der Kontoauszüge vermag nach der allgemeinen Lebenserfahrung die Annahme eines Erlasswillens der Bank nicht zu rechtfertigen.

BGer, 7.7.2003 (I. Zivilabteilung, A. und B. c. Bank X., 4C.363/2001): BGE 129 III 422; SJZ 100 (2004) 189, Bem. Engel.

r69 Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB). Zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Geldwäschers (Art. 41 Abs. 1 OR).

Blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP). Responsabilité civile du blanchisseur (art. 41 al. 1 CO).

1. Das Vermögen ist kein absolut geschütztes Rechtsgut. Daher sind reine Vermögensschädigungen nur rechtswidrig, wenn sie auf einem Verstoß gegen eine Verhaltensnorm beruhen, die dem Schutz vor sol-

chen Schädigungen dient. **2.** Als geschütztes Rechtsgut des Geldwäschereitbestandes (Art. 305^{bis} StGB) kann neben dem öffentlichen Interesse an einem reibungslosen Funktionieren der Strafrechtspflege auch das Vermögen des durch die Vortat Geschädigten betrachtet werden, wenn die Vortat ein Vermögensdelikt darstellt. **3.** Die geschädigte Bank konnte daher in casu ihren Vermögensschaden gestützt auf Art. 41 OR adhäsiionsweise im Strafverfahren geltend machen.

BGer, 8.9.2003 (Kassationshof, X. c. Banca Popolare di Milano und Staatsanwaltschaft des Kantons Basel Stadt, 6S.22/2003): BGE 129 IV 322; SJ 2004 I 115; SJZ 100 (2004) 21 f.; Bretton-Chevallier; www.unige.ch/cdbf, actualité n° 131 du 20.1.2004.

r70 Vollstreckbarkeit einer ausländischen vorsorglichen Massnahme. «Freezing Injunction» des englischen Rechts.

Exécution d'une mesure provisionnelle étrangère. «Freezing Injunction» du droit anglais.

1. Eine vorsorgliche Sicherungsmassnahme englischen Rechts mit dem Hauptinhalt eines persönlichen Verfügungsverbots über Vermögenswerte in einem bestimmten Umfang (sog. «Freezing Injunction» [vorm. «Mareva Injunction» oder «Mareva Order»]), ist ein Entscheid i.S.v. Art. 25 LugÜ und daher in der Schweiz grundsätzlich vollstreckbar (Art. 31 Abs. 1 LugÜ). **2.** Voraussetzung der Vollstreckung ist selbstverständlich, dass die Massnahme vom zur Anordnung einstweiliger Massnahmen zuständigen Gericht erlassen wurde (Art. 24 LugÜ). Die Zuständigkeit ist gegeben, wenn das angerufene Gericht in der Hauptsache zuständig ist, oder dann, wenn zwischen dem Gegenstand der beantragten Massnahme und der gebietsbezogenen Zuständigkeit des Vertragsstaates eine reale Verknüpfung besteht.

BGer, 30.7.2003 (I. Zivilabteilung, Murat Hakan Uzan c. Motorola Credit Corporation und Obergericht des Kantons Zürich, 4P.86/2003): BGE 129 III 626; SJ 2004 I 29; AJP 2004 204, Bem. Donzallaz; SJZ 100 (2004) 90 f., Bem. Girsberger/Schramm.

Neben den in der Periode vom 24.5.2003 bis am 1.6.2004 ergangenen, nicht publizierten Bundesgerichtsentscheiden (abrufbar unter www.bger.ch), wurden für die vorliegende Zusammenfassung folgende Publikationen berücksichtigt:

AJP (Aktuelle Juristische Praxis): 2003 (6–12), 2004 (1–6). **ATF** (Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, s. BGE). **BISchK** (Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs): 2003 (2–5), 2004 (1–2). **BGE** (Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts): 129 (I, II, III, IV, V), 130 (I 1, II 1–2, III 1–5, IV 1, V 1–2). **BJM** (Basler Juristische Mitteilungen): 2003 (3–6), 2004 (1–2). **Bull. CFB** (Bulletin de la commission fédérale des banques, s. EBK Bull.). **EBK Bull.** (Bulletin der Eidgenössischen Bankenkommission): 2003 (43–45). **ECS** (L'expert-comptable suisse, s. ST). **JAAC** (Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, s. VPB). **JdT** (Journal des Tribunaux): 2002 (JdT I, 16–20; JdT II, 4; JdT IV, 5), 2003 (JdT I, 1–14; JdT II 1–3; JdT III 1–3; JdT IV 1–3). **PJA** (Pratique juridique actuelle, s. AJP). **Pra** (Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts): 2003 (6–12), 2004 (1–5). **RDAF** (Revue de droit administratif et de droit fiscal): 2003 (I und II, 1–6), 2004 (I 1). **RDS** (Revue de droit suisse, s. ZSR). **recht** (recht – Zeitschrift für Ausbildung und Praxis): 2003 (3–6), 2004 (1–2). **relevant** (Das Online-Journal für Juristen): 2003, 2004 (5). **RFJ** (Revue fribourgeoise de jurisprudence): 2002 (4–6), 2003 (1–2). **RJB** (Revue de la Société des juristes bernois, s. ZBJV). **RJJ** (Revue jurassienne de jurisprudence): 2002 (4), 2003 (1–2). **RJN** (Recueil de jurisprudence neuchâteloise): 2002. **RSDA** (Revue suisse de droit des affaires, s. SZW). **RSDIE** (Revue suisse de droit international et de droit européen, s. SZIER). **RSJ** (Revue suisse de jurisprudence, s. SJZ). **SJ** (La Semaine judiciaire): 2003 I (23–41), 2004 I (1–13). **SJZ** (Schweizerische Juristen Zeitung): 2003 (12–24), 2004 (1–12). **ST** (Der Schweizer Treuhänder): 2003 (6–12), 2004 (1–6/7). **SZIER** (Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht): 2003 (1–4), 2004 (1). **SZW** (Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht): 2003 (3–6), 2004 (1–3). **VPB** (Verwaltungspraxis der Bundesbehörden): 2003 (II–IV), 2004 (I–II). **ZBJV** (Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins): 2003 (6–12), 2004 (1–5). **ZBI** (Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht): 2003 (4–12), 2004 (1–5). **ZR** (Blätter für Zürcherische Rechtsprechung): 2003 (5–10), 2004 (1–4). **ZSR** (Zeitschrift für Schweizerisches Recht): 2003 (I–II).