

Abhandlungen zum schweizerischen Recht

Herausgegeben von Professor Dr. Heinz Hausheer



Dr. iur. Dominik Schmid

Rechtliche Grundlagen der Vermögensverwaltung

Eine Untersuchung zur Bedeutung der Begriffe «Verwaltung» und «Vermögen» im schweizerischen Privatrecht



Stämpfli Verlag

Dank

Zum Gelingen dieser Dissertation haben viele liebe Menschen beigetragen. Allen voran danke ich meinem Doktorvater, Prof. Dr. iur. Stephan Wolf, für das mir entgegengebrachte Wohlwollen, die interessierte und sorgfältige Begutachtung der Dissertation sowie die lehrreiche Zeit, die ich als Assistent an seinem Lehrstuhl verbringen durfte.

Prof. Dr. iur. Stephanie Hrubesch-Millauer danke ich für die speditive Erstellung des Zweitgutachtens. Bei Prof. em. Dr. iur. Bruno Huwiler darf ich mich für die Unterstützung bei der Themenwahl bedanken und bei Prof. em. Dr. iur. Heinz Hausheer für die Aufnahme dieser Arbeit in die ASR.

Wesentliche Ergebnisse der vorliegenden Dissertation entstanden während des wissenschaftlichen Diskurses mit meinen Mitassistenten Dr. iur. Simon Zingg und Dr. iur. Martin Eggel. Sie waren bereit, sich in die Thematik hineinzuwenden, und haben die Arbeit kritisch durchgelesen. Ihnen beiden danke ich für die grossartige Unterstützung.

Das Manuskript wurde von lic. iur. Franziska Scheuber mustergültig lektoriert. Für die akribische Schlusskorrektur zeichnete mein Bruder, lic. phil. hist. Lukas Schmid, verantwortlich. Beiden danke ich für ihren tollen Einsatz.

Lic. iur. Martina Schweizer hat mich und meine Dissertation als liebevolle, geduldige Zuhörerin begleitet. Ihr verdanke ich auch, dass ich seit vielen Jahren mindestens einmal pro Tag herzlich lachen darf.

Zürich, im März 2013

Dominik Schmid

Meinen Eltern

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Literaturverzeichnis	XXIX
Materialien	XLVII
Teil 1: Einleitung	1
§ 1: Gegenstand, Zielsetzung und Methodik	2
§ 2: Vermögensverwaltungstatbestände des ZGB und OR in der Übersicht	7
§ 3: Andere Bedeutungen von «Verwaltung» im ZGB und OR	16
§ 4: Der herrschende Begriff der Vermögensverwaltung	19
§ 5: Gang der weiteren Untersuchung	27
Teil 2: Privatrechtliches Vermögen als Gegenstand der Verwaltung	29
§ 6: Vorbemerkungen	30
§ 7: Verhältnis zwischen Rechtssubjekt und Vermögen	32
§ 8: Zusammensetzung des Vermögens	38
§ 9: Hier vertretener Begriff des privatrechtlichen Vermögens und Abgrenzungen	57
§ 10: Beispiele	64
§ 11: Vermögensbegriff bei der Vermögensverwaltung	72
§ 12: Zusammenfassung	74
Teil 3: Verwaltung fremder Vermögensgegenstände	77
§ 13: Begriff der fremden Vermögensgegenstände (Anwendungsbereich)	78

§ 14:	Analyse der relevanten Tatbestände	82
§ 15:	Der herrschende Begriff der Vermögensverwaltung im Lichte der vorstehenden Analyse	96
§ 16:	Hier vertretener Begriff der Vermögensverwaltung	103
§ 17:	Zum Tatbestandselement der Befugnis bzw. Pflicht	104
§ 18:	Zu den weiteren Tatbestandselementen	125
§ 19:	Einzelfragen	143
§ 20:	Zusammenfassung	173
§ 21:	Gesetzliche Beschränkungen des Umfangs der Vermögensverwaltung	175
§ 22:	Verwaltungstätigkeit und Rechtsfolgen	194
Teil 4:	Verwaltung eigener Vermögensgegenstände	205
§ 23:	Begriff der eigenen Vermögensgegenstände (Anwendungsbereich)	206
§ 24:	Befugnisse zur Verwaltung eigener Vermögensgegenstände	206
§ 25:	Pflichten zur Verwaltung eigener Vermögensgegenstände	216
Teil 5:	Zusammenfassung in Thesen	221

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Literaturverzeichnis	XXIX
Materialien	XLVII

Teil 1: Einleitung **1**

§ 1: Gegenstand, Zielsetzung und Methodik	2
1. Gegenstand und Ziele dieser Arbeit	2
2. Methodik	4
a. Im Allgemeinen	4
b. Auswahl der hier untersuchten Tatbestände, einbezogene Literatur und Rechtsprechung	6
§ 2: Vermögensverwaltungstatbestände des ZGB und OR in der Übersicht	7
1. Im Allgemeinen	7
2. Vermögensverwaltungstatbestände des ZGB	8
a. In die weitere Untersuchung einbezogene Tatbestände	8
aa. Aus dem Ehegüterrecht (Art. 181 ff. ZGB)	8
bb. Aus dem Kindesvermögensrecht (Art. 318 ff. ZGB)	9
cc. Aus dem Vormundschaftsrecht (Art. 360 ff. ZGB) bzw. aus dem künftigen Erwachsenenschutzrecht (nArt. 360 ff. ZGB)	10
dd. Aus dem Erbrecht (Art. 457 ff. ZGB)	11
ee. Aus dem Sachenrecht (Art. 641 ff. ZGB)	12
b. Nicht in die weitere Untersuchung einbezogene Tatbestände	13

3.	Vermögensverwaltungstatbestände des OR.....	14
a.	Keine gesetzlichen Vermögensverwaltungstatbestände.....	14
b.	Vermögensverwaltungsvertrag im Bankwesen (Art. 394 ff. OR).....	15
§ 3:	Andere Bedeutungen von «Verwaltung» im ZGB und OR	16
1.	Abgrenzung von den Organen «Verwaltung» bzw. «Verwaltungsrat».....	16
a.	Verwaltungsrat und Verwaltung im Gesellschaftsrecht (Art. 530 ff. OR).....	16
b.	Mitglieder der Verwaltung und Art der Verwaltung im Stiftungsrecht (Art. 80 ff. ZGB).....	17
2.	Ort der Verwaltung als subsidiärer Sitz von Vereinen und Stiftungen (Art. 56 ZGB).....	18
§ 4:	Der herrschende Begriff der Vermögensverwaltung	19
1.	SIBERS Begriff der Vermögensverwaltung.....	19
2.	SIBERS Begriff der Vermögensverwaltung als h.L. im schweizerischen Privatrecht.....	20
3.	Vermögensverwaltungs begriff im deutschen und österreichischen Privatrecht (Hinweise).....	22
4.	Rechtshistorischer Kontext.....	24
§ 5:	Gang der weiteren Untersuchung	27
Teil 2: Privatrechtliches Vermögen als Gegenstand der Verwaltung		29
§ 6:	Vorbemerkungen	30
1.	Fragestellung, insbesondere fehlende Legaldefinition des Vermögens.....	30
2.	Die beiden zu untersuchenden Themenkomplexe.....	31

§ 7:	Verhältnis zwischen Rechtssubjekt und Vermögen	32
	1. Rechtshistorischer Kontext	32
	2. Herrschende Lehre	34
	3. Konsequenzen dieser Auffassung	36
	4. Sondervermögen (Hinweise).....	37
 § 8:	 Zusammensetzung des Vermögens	 38
	1. Allgemeines	38
	2. Überblick zum heutigen Meinungsstand.....	39
	3. Die Theorien von SOHM und von SCHLUEP zur Zusammensetzung des Vermögens.....	41
	a. Die Theorie von SOHM und deren Ausprägung bei HURNI	41
	b. Die Theorie von SCHLUEP	44
	c. Vergleich der Theorien.....	45
	aa. Ergänzungen zur Theorie von SCHLUEP	45
	bb. Weitgehende materielle Übereinstimmung der Theorien von SOHM und SCHLUEP	46
	cc. Die Theorie von SOHM als Grundlage für die weitere Untersuchung	48
	4. Ergänzungen zur Theorie von SOHM	48
	a. Vermögen als Inbegriff verfügbarer Gegenstände	48
	aa. Verfügbarkeit von subjektiven Rechten, Pflichten und Rechtsverhältnissen	48
	bb. Grundsätzliche Verfügbarkeit hinreichend.....	50
	cc. Vermögensgegenstände und Verkehrsfähigkeit	51
	b. Zum Geldwert.....	52
	aa. Im Allgemeinen	52
	bb. VON SAVIGNYS Erkenntnisse zum Geldwert des Vermögens.....	53
	cc. Geldwert als nicht charakteristisches Merkmal der Gegenstände des Vermögens.....	54
	c. Funktionsbezogenheit des Vermögensbegriffs.....	55

§ 9:	Hier vertretener Begriff des privatrechtlichen Vermögens und Abgrenzungen	57
	1. Hier vertretener Begriff des privatrechtlichen Vermögens.....	57
	2. Zur Bezeichnung dieses Vermögensbegriffs als «privatrechtlich».....	58
	3. Abgrenzungen	59
	a. Zu den Persönlichkeitsrechten sowie zu den unverfügbaren Rechten, Pflichten und Rechtsverhältnissen des Familienrechts	59
	b. Zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff (Vermögensbegriff bei den Wirtschaftswissenschaften).....	61
	c. Zum strafrechtlichen Vermögensbegriff	63
§ 10:	Beispiele	64
	1. Im Allgemeinen.....	64
	2. Tatbestände, die auf den privatrechtlichen Vermögensbegriff (Vermögen als Inbegriff verfügbarer Gegenstände) abstellen	64
	a. Universalsukzession im Erbfall (Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB).....	64
	b. Universalsukzession bei der Fusion von Gesellschaften (Art. 22 Abs. 1 Satz 2 FusG)	66
	c. Ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR)	68
	3. Tatbestände, die auf den wirtschaftlichen Vermögensbegriff (Vermögen als Inbegriff geldwerter Güter) abstellen.....	69
	a. Schadenersatz (insbesondere Art. 41 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 1 OR)	69
	b. Rechnungslegung (Art. 662 ff. OR) und Kapitalverlust bzw. Überschuldung (Art. 725 f. OR) bei einer AG	71
§ 11:	Vermögensbegriff bei der Vermögensverwaltung	72
§ 12:	Zusammenfassung	74

Teil 3: Verwaltung fremder Vermögensgegenstände	77
§ 13: Begriff der fremden Vermögensgegenstände (Anwendungsbereich)	78
§ 14: Analyse der relevanten Tatbestände	82
1. Vorgehen.....	82
2. Überlassung der Vermögensverwaltung unter Ehegatten (Art. 195 ZGB).....	83
3. Verwaltung des Gesamtguts durch die Ehegatten (Art. 227 f. ZGB).....	85
4. Verwaltung des Kindesvermögens durch die sorgeberechtigten Eltern (Art. 318 ZGB).....	86
5. Verwaltung des Vermögens des Schutzbefohlenen durch den Beistand, Beirat oder Vormund (Art. 360 ff. ZGB) bzw. den Beistand des Erwachsenenschutzrechts (nArt. 360 ff. ZGB).....	87
6. Verwaltung des Nachlasses (Art. 457 ff. ZGB).....	89
a. Durch den Willensvollstrecker (Art. 517 f. ZGB), amtlichen Erbschaftsverwalter (Art. 554 f. ZGB), amtlichen Erbschaftsliquidator (Art. 595 ff. ZGB) oder Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB).....	89
b. Durch die Miterben (Art. 602 Abs. 2 ZGB).....	92
7. Verwaltung von Miteigentum durch die Miteigentümer (Art. 647 ff. ZGB).....	93
8. Vermögensverwaltungsvertrag im Bankwesen (Art. 394 ff. OR).....	95
§ 15: Der herrschende Begriff der Vermögensverwaltung im Lichte der vorstehenden Analyse	96
1. Im Allgemeinen.....	96
2. Erhaltung und Vermehrung von Vermögen.....	96
a. Begriff der Erhaltung und Vermehrung.....	96
b. Werterhaltung als Teil der Wertvermehrung.....	98
3. Zweckgemässe Verwendung.....	98
4. Keine Erfolgshaftung.....	99

5. Fehlende Individualisierung.....	101
6. Zusammenfassung.....	101
§ 16: Hier vertretener Begriff der Vermögensverwaltung.....	103
§ 17: Zum Tatbestandselement der Befugnis bzw. Pflicht	104
1. Rechtsdogmatische Grundlagen.....	104
a. Massgeblicher Begriff des subjektiven Rechts, der Befugnis und der Pflicht.....	104
b. Innen- und Aussenverhältnis der Vermögens- verwaltung, weitere verwaltungsbezogene Rechtsbeziehungen	106
aa. Innen- und Aussenverhältnis der Vermögens- verwaltung	106
bb. Abgrenzung des Innen- und Aussenverhältnisses von anderen verwaltungsbezogenen Rechts- verhältnissen	108
c. Weiteres Vorgehen	109
2. Grundsatz: Verwaltungspflicht (rechtliches «Müssen»).....	110
a. Verwaltungsobligation als Recht-Pflicht-Beziehung	110
b. Erwerb der Verwaltungspflicht	112
3. Sonderfall: Rechtsgemeinschaften	113
a. Anwendungsbereich	113
b. Dogmatik der gemeinschaftlichen Zuständigkeit.....	113
aa. Theorie der mehrfachen Rechtszuständigkeit	113
bb. Rechtsgemeinschaften und Anwendbarkeit von Art. 2 ZGB.....	116
c. Gesetzliche Verwaltungsbefugnisse und -pflichten der Rechtsgemeinschaften.....	117
aa. Gesetzliche Einzelbefugnisse (rechtliches «Dürfen») zur ordentlichen und dringlichen Verwaltung	117
bb. Gesetzliche Pflichten (rechtliches «Müssen») zur gemeinsamen ausserordentlichen Verwaltung	120
cc. Gesetzliche Pflichten (rechtliches «Müssen») aus Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB).....	121

dd.	Zusammenfassung	122
ee.	Erwerb der gesetzlichen Verwaltungsbefugnisse und -pflichten.....	123
d.	Verwaltung der gemeinschaftlichen Vermögensgegen- stände durch einen eingesetzten Rechtsgemeinschafter	123
§ 18:	Zu den weiteren Tatbestandselementen	125
1.	Rekapitulation der wichtigsten Grundlagen.....	125
2.	Zu verwaltende Vermögensgegenstände.....	126
3.	Möglichst grosse Wertzunahme bzw. möglichst kleine Wertabnahme	128
a.	Erfolgsgerichtetes Tätigwerden.....	128
b.	Wirtschaftliche Zielsetzung der Vermögens- verwaltung	129
c.	Konkretisierung der Zielsetzung aufgrund der zu wahrenen Interessen.....	131
d.	Kein Verbrauch	133
4.	Selbständigkeit des Vermögensverwalters.....	134
5.	Wahrung fremder Interessen	135
a.	Im Allgemeinen.....	135
b.	Ausgewählte Besonderheiten	136
c.	Beispiele	139
§ 19:	Einzelfragen.....	143
1.	Rechtliches «Können» des Vermögensverwalters	143
a.	Dogmatik der Machtbefugnisse.....	143
aa.	Im Allgemeinen	143
bb.	Abgrenzung der Machtbefugnisse vom Innen- und Aussenverhältnis der Vermögensverwaltung	145
b.	Vertretungs- und Verfügungsmacht des Vermögens- verwalters bei ausgewählten Tatbeständen	146
aa.	Vertretungsmacht für die Träger der verwalteten Vermögensgegenstände	146
bb.	Verfügungsmacht hinsichtlich der verwalteten Vermögensgegenstände	150

cc. Verhältnis der Vertretungs- bzw. Verfügungsmacht zum Innenverhältnis der Vermögensverwaltung	152
c. Andere Machtbefugnisse des Vermögensverwalters.....	153
2. Vermögensverwaltung als Machtbefugnis?	155
a. Lehrmeinungen.....	155
b. Gegenargumente.....	157
3. Konkurrierende, exklusive und gemeinsame Verwaltungsbefugnis bzw. -pflicht	160
4. Vermögensverwaltung und Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR)	163
a. Vermögensverwaltung als besonderer Typus eines Geschäftsführungstatbestands	163
b. Lückenhaftigkeit einzelner Vermögensverwaltungstatbestände.....	164
c. Lückenfüllung mittels Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR)	166
5. Sorgfaltspflicht des Vermögensverwalters	167
a. Verpflichtung zur sorgfältigen Verwaltung als nicht typisches Tatbestandselement der Vermögensverwaltung	167
b. Auftragsrechtlicher Sorgfaltsmassstab (Art. 398 Abs. 1 und 2 OR)	168
6. Verwandte Institute und Abgrenzungen.....	170
a. Vergleich mit der Geschäftsführung des Gesellschaftsrechts	170
b. Abgrenzung zur Benutzung, zur Nutzung und zum Gebrauch	172
§ 20: Zusammenfassung	173
§ 21: Gesetzliche Beschränkungen des Umfangs der Vermögensverwaltung.....	175
1. Im Allgemeinen.....	175
2. Ordentliche bzw. ausserordentliche Verwaltung von Vermögen.....	176

a.	Analyse der relevanten Tatbestände	176
aa.	Ordentliche bzw. ausserordentliche Verwaltung von Gesamtgut durch die Ehegatten (Art. 227 f. ZGB).....	176
bb.	Zustimmungsbedürftigkeit von Vorkehren der aussergewöhnlichen bzw. ausserordentlichen Verwaltung durch die Vormundschafts- bzw. Erwachsenenschutzbehörde (Art. 421 Ziff. 2 und 3 ZGB bzw. nArt. 416 Ziff. 4 und 5 ZGB).....	177
cc.	Ordentliche bzw. ausserordentliche Verwaltung des Nachlasses durch die Miterben (Art. 602 Abs. 2 ZGB).....	178
dd.	Gewöhnliche bzw. wichtigere Verwaltung von Miteigentum durch die Miteigentümer (Art. 647a und Art. 647b ZGB).....	182
b.	Ergebnisse der vorstehenden Analyse und Ergänzungen	183
aa.	Terminologie und Unterscheidungskriterium des gewöhnlichen Laufs der Dinge.....	183
bb.	Gesetzliche Kompetenzordnung bei Rechtsge- meinschaften und Selbständigkeit des verwal- tenden Rechtsgemeinschafters.....	185
c.	Hier vertretener Begriff der ordentlichen bzw. ausserordentlichen Verwaltung von Vermögen	186
3.	Notwendige Verwaltung von Vermögen	187
a.	Analyse der relevanten Tatbestände	187
aa.	Blosse und notwendige Verwaltung des Nach- lasses (Art. 571 Abs. 2 bzw. Art. 585 Abs. 1 ZGB).....	187
bb.	Notwendige Verwaltung von Miteigentum durch die Miteigentümer (Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB).....	187
b.	Keine allgemeine Definition der notwendigen Verwaltung von Vermögen	188
4.	Dringliche Verwaltung von Vermögen.....	189
a.	Analyse der relevanten Tatbestände	189
aa.	Dringliche Verwaltung des Gesamtguts durch die Ehegatten?	189

bb.	Dringliche Verwaltung des Nachlasses durch die Miterben (Art. 602 Abs. 2 ZGB).....	190
cc.	Dringliche Verwaltung von Miteigentum durch die Miteigentümer (Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB).....	191
b.	Ergebnisse der vorstehenden Analyse und Ergänzungen.....	192
aa.	Unterscheidungskriterium der zeitlichen Dringlichkeit.....	192
bb.	Gesetzliche Kompetenzordnung bei Rechtsgemeinschaften.....	192
c.	Hier vertretener Begriff der dringlichen Verwaltung von Vermögen.....	194
§ 22:	Verwaltungstätigkeit und Rechtsfolgen.....	194
1.	Verwaltungstätigkeit (Handlungen des Vermögensverwalters).....	194
a.	Im Allgemeinen.....	194
b.	SIBERS Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Verwaltungshandlungen.....	196
2.	Potentielle Rechtsfolgen der Verwaltungstätigkeit (Hinweise).....	197
a.	Haftung für eine pflicht- bzw. befugniswidrige Verwaltungstätigkeit.....	197
b.	Weitere Rechtsfolgen und Beendigung der Verwaltungstätigkeit.....	199
3.	Rechtslage bei Nicht-Verwaltung (Handlungen ausserhalb einer bestehenden Verwaltungspflicht bzw. -befugnis).....	201
Teil 4:	Verwaltung eigener Vermögensgegenstände.....	205
§ 23:	Begriff der eigenen Vermögensgegenstände (Anwendungsbereich).....	206
§ 24:	Befugnisse zur Verwaltung eigener Vermögensgegenstände.....	206
1.	Im Allgemeinen.....	206

2.	Bei den hier einbezogenen Tatbeständen	208
a.	Befugnisse der Ehegatten zur Verwaltung ihrer eigenen Vermögensgegenstände	208
aa.	Im Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung (Art. 197 ff. ZGB) bzw. Gütertrennung (Art. 247 ff. ZGB)	208
bb.	Im Güterstand der Gütergemeinschaft (Art. 221 ff. ZGB)	210
b.	Befugnis des Kindes bzw. Mündels zur Verwaltung seines freien Vermögens (Art. 323 Abs. 1 bzw. Art. 414 ZGB)	211
c.	Befugnis des Stockwerkeigentümers zur Verwaltung seines Sonderrechts (Art. 712a Abs. 2 ZGB)	212
3.	Begriff der Befugnis zur Verwaltung eigener Vermögensgegenstände und Interessenlage	214
§ 25:	Pflichten zur Verwaltung eigener Vermögensgegenstände	216
1.	Im Allgemeinen	216
2.	Bei den hier einbezogenen Tatbeständen	216
a.	Pflicht des Forderungsgläubigers zur werterhaltenden Verwaltung der verpfändeten Forderung (Art. 906 Abs. 1 ZGB)	216
b.	Pflicht des Treuhänders zur Verwaltung eigener Vermögensgegenstände (Art. 394 ff. OR)	218
3.	Keine grundsätzlichen Unterschiede zur Verwaltung fremder Vermögensgegenstände	219
Teil 5: Zusammenfassung in Thesen		221

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Österreich) vom 1. Juni 1811, mit seitherigen Änderungen
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis, Tübingen ab 1818
AG	Aktiengesellschaft
AISUF	Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg, Freiburg i.Üe. ab 1946
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten vom 5. Februar 1794
a.M.	anderer Meinung
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht, Berlin 1888/1889–1917/1919
Art.	Artikel
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht, neue Folge, Bern ab 1924
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern ab 1849
BBT	Berner Bankrechtstag (Schriftenreihe 1994–2006)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland) vom 18. August 1896, mit seitherigen Änderungen
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung, Lausanne ab 1875
BGer	Bundesgericht
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Köln ab 1951
BJM	Basler Juristische Mitteilungen, Basel ab 1954
BK	Berner Kommentar, Bern ab 1910

BS	Basel
BSK	Basler Kommentar, Basel et al. ab 1992
BStR	Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Basel ab 1932
BT	Besonderer Teil
BTJP	Berner Tage für die juristische Praxis (Schriftenreihe ab 1969)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, mit seitherigen Änderungen (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
CC	Code civil, siehe ZGB
CCfr	Code civil (Frankreich) vom 21. März 1804, mit seitherigen Änderungen
CO	Code des obligations, siehe OR
CR	Commentaire Romand, Basel et al. ab 2002
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
et al.	et alii/aliae/alia
f.	und folgende (Seite, Note usw.)
ff.	und folgende (Seiten, Noten usw.)
Fn.	Fussnote
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003, mit seitherigen Änderungen (SR 221.301)
gl.M.	gleicher Meinung
GR	Graubünden
h.L.	herrschende Lehre
Habil.	Habilitation
HGer	Handelsgericht
Hrsg.	Herausgeber

i.e.S.	im engeren Sinne
INR	Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern (Schriftenreihe ab 2005)
i.S.v.	im Sinne von
i.Üe.	im Üechtland
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
Jher.Jb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 2. Folge, Jena 1897–1943
KAG	Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG) vom 23. Juni 2006, mit seitherigen Änderungen (SR 951.31)
KGer	Kantonsgericht
lit.	litera
m.H.	mit Hinweis
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N.	Note(n)
nArt.	neue Fassung eines Art.
Nr.	Nummer(n)
OGE	Obergerichtsentscheide des Kantons Schaffhausen, im Internet ab 2000 (www.obergerichtsentscheide.sh.ch , abgerufen am 31.08.2011)
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, mit seitherigen Änderungen (SR 220)
PartG	Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG) vom 18. Juni 2004, mit seitherigen Änderungen (SR 211.231)
PGB	Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich von 1853–1855
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden, Chur ab 1942

recht	recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis, Bern ab 1983
RT	Schriften zur Rechtstheorie, Berlin ab 1962
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
sc.	scilicet
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, mit seitherigen Änderungen (SR 281.1)
SH	Schaffhausen
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich ab 1904
SPR	Schweizerisches Privatrecht, Basel et al. ab 1967
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSHW	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Zürich ab 1973
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, mit seitherigen Änderungen (SR 311.0)
successio	successio – Zeitschrift für Erbrecht, Nachlassplanung und -abwicklung, Zürich ab 2007
SVZ	Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift, Bern/Frankfurt am Main 1933–2000
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Zürich 1990–2005 (unter anderem Titel ab 1928 bzw. bis dato fortgeführt)
u.a.	unter anderem
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG) vom 9. Oktober 1992, mit seitherigen Änderungen (SR 231.1)
usw.	und so weiter
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986, mit seitherigen Änderungen (SR 241)
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkungen

z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, Wädenswil ab 1920
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern ab 1864/65
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, mit seitherigen Änderungen (SR 210)
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer(n)
ZK	Zürcher Kommentar, Zürich et al. ab 1909
ZKE	Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz, Zürich ab 2010 (unter anderem Titel ab 1946)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008, mit seitherigen Änderungen (SR 272)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zürich ab 1902
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, neue Folge, Basel ab 1882
ZStP	Zürcher Studien zum Privatrecht, Zürich ab 1978
ZStStr	Zürcher Studien zum Strafrecht, Zürich ab 1978

Literaturverzeichnis

- ABEGGLEN SANDRO ABEGGLEN, Vermögensverwaltung durch die Bank – konfliktrüchtige Bereiche und ihre Bewältigung, unter besonderer Berücksichtigung von Kunden-Direktorders, in: SZW 2001, S. 179 ff.
- AICHER JOSEF AICHER, Das Eigentum als subjektives Recht, Zugleich ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts, Berlin 1975 (RT Band 38)
- BACHMANN BRIGITTE BACHMANN, Die Beiratschaft (Art. 395 ZGB) de lege lata und de lege ferenda, Diss. Zürich 1990 (ZStP Band 74)
- BALESTRIERI MYRIAM BALESTRIERI, Die Vermögensverwaltung im neuen Erwachsenenschutzrecht, in: ZKE 2011, S. 201 ff.
- BARBATTI MARCO BARBATTI, Verwaltung des Vermögens eines Ehegatten durch den andern (Art. 195 ZGB), Diss. Zürich 1990, Zürich 1991 (ZStP Band 75)
- BIRKMEYER KARL BIRKMEYER, Ueber das Vermögen im juristischen Sinne, Römisch-Rechtliche Quellenstudien, Erlangen 1879
- BIZZOZERO ALESSANDRO BIZZOZERO, Le contrat de gérance de fortune, Diss. Freiburg i.Üe. 1992
- BK-UCHER EUGEN BUCHER, Berner Kommentar, Band I: Einleitung und Personenrecht, 2. Abteilung: Die natürlichen Personen, 1. Teilband: Kommentar zu den Art. 11–26 ZGB, Bern 1976
- EUGEN BUCHER, Berner Kommentar, Band I: Einleitung und Personenrecht, 2. Abteilung: Die natürlichen Personen, 2. Teilband: Kommentar zu Art. 27 ZGB, Bern 1993

- BK-FELLMANN WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992
- BK-FELLMANN/
MÜLLER WALTER FELLMANN/KARIN MÜLLER, Berner Kommentar, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 8. Teilband: Die einfache Gesellschaft, Art. 530–544 OR, Bern 2006
- BK-HAUSHEER/REUS-
SER/GEISER HEINZ HAUSHEER/RUTH REUSSER/THOMAS GEISER, Berner Kommentar, Band II: Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 2. Teilband: Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159–180 ZGB, Bern 1999
- HEINZ HAUSHEER/RUTH REUSSER/THOMAS GEISER, Berner Kommentar, Band II: Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 3. Teilband: Das Güterrecht der Ehegatten, 1. Unterteilband: Allgemeine Vorschriften, Art. 181–195a ZGB, Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196–220 ZGB, Bern 1992
- HEINZ HAUSHEER/RUTH REUSSER/THOMAS GEISER, Berner Kommentar, Band II: Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 3. Teilband: Das Güterrecht der Ehegatten, 2. Unterteilband: Die Gütergemeinschaft, Art. 221–246 ZGB, Die Gütertrennung, Art. 247–251 ZGB, Bern 1996
- BK-KRAMER ERNST A. KRAMER, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1, Art. 2 und Art. 18 OR, in: ERNST A. KRAMER/BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986

- BK-KÜNZLE HANS RAINER KÜNZLE, Berner Kommentar, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 2. Teilband: Die Verfügungen von Todes wegen, 2. Teil: Die Willensvollstrecker, Art. 517–518 ZGB, Bern 2011
- BK-MEIER-HAYOZ ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641–654 ZGB, 5. Aufl., Bern 1981
- BK-MEIER-HAYOZ/REY ARTHUR MEIER-HAYOZ/HEINZ REY, Berner Kommentar, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 5. Teilband: Grundeigentum IV, Das Stockwerkeigentum, Art. 712a–712t ZGB, Bern 1988
- BK-MERZ HANS MERZ, Kommentar zu Art. 2 ZGB, in: PETER LIVER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/HANS MERZ/PETER JÄGGI/HANS HUBER/HANS-PETER FRIEDRICH/MAX KUMMER, Berner Kommentar, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1–10 ZGB, Bern 1962
- BK-RIEMER HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar, Band I: Einleitung und Personenrecht, 3. Abteilung: Die juristischen Personen, 1. Teilband: Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52–59 ZGB, Bern 1993
- HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar, Band I: Einleitung und Personenrecht, 3. Abteilung: Die juristischen Personen, 3. Teilband: Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80–89^{bis} ZGB, Bern 1975
- BK-SCHNYDER/MURER BERNHARD SCHNYDER/ERWIN MURER, Berner Kommentar, Band II: Das Familienrecht, 3. Abteilung: Das Vormundschaftsrecht, 1. Teilband: Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360–397 ZGB, Bern 1984
- BK-TUOR/PICENONI PETER TUOR/VITO PICENONI, Berner Kommentar, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Art. 537–640 ZGB, 2. Aufl., Bern 1966

- BK-ZÄCH ROGER ZÄCH, Berner Kommentar, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband: Stellvertretung, Kommentar zu Art. 32–40 OR, Bern 1990 (unter Mitarbeit von HANS RAINER KÜNZLE)
- BK-ZOBL DIETER ZOBL, Berner Kommentar, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 2. Unterteilband: Art. 888–906 ZGB mit kurzem Überblick über das Versatzpfand (Art. 907–915 ZGB), Bern 1996
- BREITSCHMID PETER BREITSCHMID, Das Bankkonto im Erbgang – Probleme rund um die Vermögensverwaltung vor und nach dem Tod, in: *successio 2007*, S. 220 ff.
- BRETTON-CHEVALLIER CLAUDE BRETTON-CHEVALLIER, *Le gérant de fortune indépendant, Rapports avec le client, la banque dépositaire, obligations et responsabilités*, Diss. Genf 2001, Zürich/Genf/Basel 2002
- BRÜCKNER CHRISTIAN BRÜCKNER, *Das Personenrecht des ZGB (ohne Beurkundung des Personenstandes)*, Zürich 2000
- BSK-AUTOR HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*, Art. 1–456 ZGB, 4. Aufl., Basel 2010
- HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 3. Aufl., Basel 2007
- HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 4. Aufl., Basel 2007
- HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ROLF WAT-TER (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, Art. 530–1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008

- BSK-AUTOR
(Fortsetzung) ROLF WATTER/NEDIM PETER VOGT/RUDOLF TSCHÄNI/DANIEL DAENIKER (Hrsg.), Basler Kommentar, Fusionsgesetz, Basel 2005
- MARCEL ALEXANDER NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–110 StGB und Jugendstrafgesetz, 2. Aufl., Basel 2007
- BUCHER,
OR AT EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988
- BUCHER,
OR BT EUGEN BUCHER, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988
- BUCHER,
Normsetzungs-
befugnis EUGEN BUCHER, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Habil. Zürich 1965, Tübingen 1965
- BUCHER,
Persönlichkeits-
rechte EUGEN BUCHER, Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere: Die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Diss. Zürich 1956
- A. BUCHER ANDREAS BUCHER, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Aufl., Basel 2009
- BYDLINSKI FRANZ BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien/New York 1991
- CAVIEZEL CHRISTOPH CAVIEZEL, Die Vermögensverwaltung durch den Vormund, Diss. Freiburg i.Üe. 1987, Stans 1988
- CHRISTEN THOMAS CHRISTEN, Vermögensverwaltungsauftrag an die Bank, in: BJM 1994, S. 113 ff.
- CR-AUTOR PASCAL PICHONNAZ/BÉNÉDICT FOËX (Hrsg.), Commentaire Romand, Code Civil I, Art. 1–359 CC, Basel 2010
- LUC THÉVENOZ/Franz WERRO (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Code des obligations art. 1–529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Basel 2003

- DESCHENAUX/
STEINAUER HENRI DESCHENAUX/PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4. Aufl., Bern 2001
- ENGEL PIERRE ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, 2. Aufl., Bern 1997
- ENGLÄNDER KONRAD ENGLÄNDER, *Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, Teil I: Grundlegung*, Berlin 1914
- ESSER/WEYERS,
BT II/2 JOSEF ESSER/HANS-LEO WEYERS, *Schuldrecht, Ein Lehrbuch, Band II: Besonderer Teil, 2. Teilband: Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 8. Aufl., Heidelberg 2000
- FARINE FABBRO ALEXANDRA FARINE FABBRO, *L'usufruit immobilier*, Diss. Freiburg i.Üe. 2000 (AISUF Band 193)
- FISCHER OTTO FISCHER, *Lehrbuch des preußischen Privatrechts*, Berlin/Leipzig 1887
- FUCHS MARTIN FUCHS, *Vermögen und Vermögensverwaltung, Ein Versuch zur Konstruktion des Vermögensbegriffs im heutigen Recht*, Diss. Jena 1911, Merseburg 1911
- GOOD WERNER GOOD, *Die vormundschaftliche Vermögensverwaltung*, Diss. Bern 1938, Mels 1940
- GSCHNITZER,
AT ABGB FRANZ GSCHNITZER, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 2. Aufl. (neubearbeitet von CHRISTOPH FAISTENBERGER/HEINZ BARTA), Wien/New York 1992
- GUTZWILLER,
Rechtsfragen P. CHRISTOPH GUTZWILLER, *Rechtsfragen der Vermögensverwaltung*, Zürich/Basel/Genf 2008
- GUTZWILLER,
Vermögensverwal-
tungsvertrag P. CHRISTOPH GUTZWILLER, *Der Vermögensverwaltungsvertrag*, Zürich 1989 (SSHW Band 122)
- HAUSHEER/AEBI-
MÜLLER HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2. Aufl., Bern 2008
- HOFFMANN CONRAD HOFFMANN, *Der privatrechtliche Begriff der Verwaltung im BGB*, Diss. Rostock 1902
- HONSELL HEINRICH HONSELL, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 9. Aufl., Bern 2010

- U. HUBER ULRICH HUBER, Buchbesprechungen von BUCHER, Normsetzungsbefugnis, und SCHMIDT [siehe dazu die separaten Einträge in diesem Verzeichnis], in: KARL ENGISCH/H. L. A. HART/HANS KELSEN/ULRICH KLUG/Sir KARL R. POPPER (Hrsg.), Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts, Band II (Berlin 1971), S. 246 ff.
- HURNI CHRISTOPH HURNI, Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht, Vergleichende Studie zu einem neuen Institut des Fusionsgesetzes, Diss. Bern/Bologna 2007, Zürich 2008 (Veröffentlichungen des schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung Band 60)
- HUWILER,
Errungenschafts-
beteiligung BRUNO HUWILER, Beiträge zur Dogmatik des neuen ordentlichen Güterstandes der Errungenschaftsbeteiligung, in: HORST ALBERT KAUFMANN/BRUNO HUWILER (Hrsg.), Das neue Ehe- und Erbrecht des ZGB mit seiner Übergangsordnung und seinen Auswirkungen auf das Scheidungs-, Miet-, Handels-, Steuer- und Betreibungsrecht, BTJP 1987, Bern 1988, S. 63 ff.
- HUWILER,
Methode BRUNO HUWILER, Privatrecht und Methode, Bemerkungen aus Anlass von ERNST A. KRAMERS Buch über Juristische Methodenlehre, recht 17 (1999), Studienheft 5
- HUWILER,
Bereicherungs-
anspruch BRUNO HUWILER, Zum Bereicherungsanspruch gegen den Fahrniseigentümer kraft Ersitzung: Eine rechtsvergleichende Fallstudie, in: GUIDO JENNY/WALTER KÄLIN (Hrsg.), Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1988, Bern 1988, S. 99 ff.
- HUX THOMAS HUX, Die Anwendbarkeit des Auftragsrechts auf die Willensvollstreckung, die Erbschaftsverwaltung, die Erbschaftsliquidation und die Erbenvertretung, Diss. Zürich 1985, Entlebuch 1985

- KASER/KNÜTEL MAX KASER/ROLF KNÜTEL, Römisches Privatrecht, 19. Aufl., München 2008
- KIRCHHOFER HERMANN KIRCHHOFER, Erbschaftserwerb, Verwaltung und Sicherung des Nachlasses vor der Erbannahme, Eine vergleichende Studie zum deutschen und schweizerischen Recht, Diss. Basel 1965, Basel/Stuttgart 1968 (BStR Heft 81).
- KKB-AUTOR HELMUT KOZIOL/PETER BYDLINSKI/RAIMUND BOLLBERGER (Hrsg.), Kurzkommentar zum ABGB, Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, Ehegesetz, Konsumentenschutzgesetz, IPR-Gesetz, Rom I- und Rom II-VO, 3. Aufl., Wien 2010
- Klang-AUTOR HEINRICH KLANG (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band: §§ 285–530, 2. Aufl., Wien 1950
- HEINRICH KLANG (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Band: §§ 531–858, 2. Aufl., Wien 1952
- KRAMER ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl., Bern/München/Wien 2010
- KÜNZLE HANS RAINER KÜNZLE, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Habil. Zürich 1998, Zürich 2000
- LARENZ,
 Rechtsgemeinschaft
 KARL LARENZ, Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft, in: Jher.Jb., Band 47 (1933), S. 108 ff.
- LARENZ/CANARIS KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York et al. 1995
- LARENZ/WOLF KARL LARENZ/MANFRED WOLF, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004
- LOMBARDINI CARLO LOMBARDINI, Droit et pratique de la gestion de fortune, 3. Aufl., Basel 2003
- LÜSCHER ALICE LÜSCHER, Die beiden Arten der Beiratschaft, Diss. Bern 1944 (ASR Band 212)

- MARXER KELLER SUSANNE MARXER KELLER, Studien zur elterlichen Vertretung und Verwaltung des Kindesvermögens, Diss. Bern 1998
- MASANTI-MÜLLER REGULA MASANTI-MÜLLER, Verwaltung und Vertretung in der Gütergemeinschaft, Dogmatische Grundlagen und praktische Konsequenzen, Diss. Bern 1995 (ASR Band 568)
- MEIER-HAYOZ/FORST-MOSER ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit neuem Recht der GmbH, der Revision und der kollektiven Kapitalanlagen, 10. Aufl., Bern 2007
- MEYER CONRAD MEYER, Finanzielles Rechnungswesen, Einführung mit Beispielen und Aufgaben, Zürich 2008 (Schriftenreihe der Treuhand-Kammer Band 182)
- MOOR DIETER MOOR, Die fortgesetzte Erbengemeinschaft, Diss. Basel 1971
- MÜLLER KURT MÜLLER, Der Verwalter von Liegenschaften mit Stockwerkeigentum, Diss. Zürich 1964, Bern 1965 (ASR Band 365)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Das Verhältnis von Eigentum, Vermögen und Schaden nach schweizerischem Strafgesetz, Dargelegt am Beispiel der Sachbeschädigung nach geltendem Recht und dem Entwurf 1991, Diss. Zürich 1992 (ZStStr Band 20)
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN, La gestion des biens de l'enfant: pouvoir parental et dispositions en faveur de l'enfant, in: MARGARETA BADDELEY/BÉNÉDICT FOËX (Hrsg.), La planification du patrimoine, Journée de droit civil 2008, En l'honneur du Professeur ANDREAS BUCHER, Genf/Zürich/Basel 2009
- PFANDER HELENE PFANDER, Die Beistandschaft nach Art. 392 und 393 ZGB, Diss. Bern 1932 (ASR Band 79)
- J. PICENONI JENNIFER PICENONI, Der Erbenvetreter nach Art. 602 Abs. 3 ZGB, Diss. Zürich 2004, Zürich/Basel/Genf 2004 (ZStP Band 185)

- PINTHUS HEINRICH PINTHUS, Ueber den Begriff des Verwaltungsrechts am fremden Vermögen nach geltendem Recht und seine Bedeutung im römischen Familienrecht, Diss. Berlin 1909
- PIOTET, Príncipe PAUL PIOTET, Le principe de l'action commune des membres d'une hoirie (art. 602 du code civil suisse), in: BERNHARD AUBIN/ERNST VON CAEMMERER/PHILIPPE MEYLAN/KARL H. NEUMAYER/GERD RINCK/WALTER STRAUSS (Hrsg.), Festschrift für OTTO RIESE aus Anlass seines siebenzigsten Geburtstages, Karlsruhe 1964, S. 377 ff.
- PORTMANN WOLFGANG PORTMANN, Wesen und System der subjektiven Privatrechte, Habil. Zürich 1995, Zürich 1996
- PROD'HOM LOUIS PROD'HOM, Da la situation juridique d'un cohéritier dans la communauté légale héréditaire, analyse des articles 602 à 606 du Code civil suisse, précédé d'une courte introduction sur la doctrine en la matière, Diss. Lausanne 1921
- RADBRUCH/
ZWEIGERT GUSTAV RADBRUCH/KONRAD ZWEIGERT, Einführung in die Rechtswissenschaft, 13. Aufl., Stuttgart 1980
- REY, Grundriss I HEINZ REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band I, 3. Aufl., Bern 2007
- REY, Strukturen HEINZ REY, Strukturen des Stockwerkeigentums, in: ZSR 99 (1980), S. 249 ff.
- M. REY MATTHIAS REY, Der Gutgläubenserwerb im Immaterialgüterrecht, Diss. Bern 2008, Bern 2009 (ASR Band 758)
- RIEMER HANS MICHAEL RIEMER, Personenrecht des ZGB, Studienbuch und Bundesgerichtspraxis, 2. Aufl., Bern 2002
- ROSAT CHRISTOPHE ROSAT, Der Anlageschaden, Schadensberechnung beim Vermögensverwaltungsvertrag, Diss. Bern 2009 (ASR Band 768)

- ROTH MONIKA ROTH, Das Dreiecksverhältnis Kunde – Bank – Vermögensverwalter, Treue- und Sorgfaltspflichten in Anlageberatung und Vermögensverwaltung unter besonderer Berücksichtigung von Retrozessionen, Funder's Fees und anderen Vorteilen, Zürich/St. Gallen 2007
- SCHLUEP WALTER SCHLUEP, Einladung zur Rechtstheorie, Bern 2006
- F. SCHMID FABIAN SCHMID, Retrozessionen an externe Vermögensverwalter, Privatrechtliche Fragen, Diss. Bern 2009 (ASR Band 762)
- H. SCHMID HERMANN SCHMID, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360–456 ZGB, Bern 2010
- SCHMIDT JÜRGEN SCHMIDT, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, Ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts, Diss. Saarbrücken 1968, Köln/Berlin/Bonn/München 1969
- SCHNEIDER BENNO SCHNEIDER, Das schweizerische Miteigentumsrecht, Diss. Bern 1973 (ASR Band 418)
- SCHULER-BUCHE CAROLINE SCHULER-BUCHE, L'exécuteur testamentaire, l'administrateur officiel et le liquidateur officiel: étude et comparaison, Diss. Lausanne 2002, Zürich/Basel/Genf 2003 (Recherches juridiques lausannoise Band 11)
- SCHUMACHER RETO T. SCHUMACHER, Die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz, Diss. Zürich 2005 (SSHW Band 242)
- SCHWENZER INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009
- Schwimann-AUTOR MICHAEL SCHWIMANN/BEA VERSCHRAEGEN (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Band 2: §§ 285–530 ABGB und NWG, 3. Aufl., Wien 2005

- Schwimann-AUTOR
(Fortsetzung) MICHAEL SCHWIMANN (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Band 3: §§ 531–858 ABGB, BauRG, AnerbG, Kärntner ErbhöfeG, Tiroler HöfeG, 3. Aufl., Wien 2006
- SELIGSOHN FRANZ SELIGSOHN, Der Begriff der privatrechtlichen Verfügung unter Lebenden, Berlin 1904
- SIBER,
Rechtswang HEINRICH SIBER, Der Rechtswang im Schuldverhältniss nach deutschem Reichsrecht, Leipzig 1903
- SIBER,
Verwaltungsrecht HEINRICH SIBER, Das Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen im Deutschen BGB, in: Jher.Jb., Band 31 (1917), S. 81 ff.
- SOHM,
Gegenstand I RUDOLPH SOHM, Der Gegenstand, Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1905
- SOHM,
Gegenstand II RUDOLPH SOHM, Noch einmal der Gegenstand, in: Jher.Jb., Band 17 (1908), S. 373 ff.
- SOHM,
Vermögensrecht RUDOLPH SOHM, Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung, in: ArchBürgR, Band 28 (1906), S. 173 ff.
- SPÄLTI DIETER SPÄLTI, Die rechtliche Stellung der Bank als Vermögensverwalterin (unter Berücksichtigung der Anlageberatung), Diss Zürich 1989 (SSHW Band 116)
- SPR IV/1-PIOTET PAUL PIOTET, Schweizerisches Privatrecht, Band IV: Erbrecht, 1. Halbband, Basel/Stuttgart 1978
- SPR IV/2-PIOTET PAUL PIOTET, Schweizerisches Privatrecht, Band IV: Erbrecht, 2. Halbband, Basel/Stuttgart 1981
- SPR V/1-AUTOR PETER LIVER/HANS HINDERLING/PAUL PIOTET, Schweizerisches Privatrecht, Band V: Sachenrecht, 1. Halbband, Basel/Stuttgart 1977
- SPR VI/1-MERZ HANS MERZ, Schweizerisches Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1. Teilband, Basel/Frankfurt a.M. 1984
- SPR VII/6-HOFSTETTER
TER JOSEF HOFSTETTER, Schweizerisches Privatrecht, Band VII: Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, 6. Teilband: Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Basel/Genf/München 2000

- SPÜHLER/DOLGE/
GEHRI
KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE/MYRIAM GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., Bern 2010
- Staudinger-AUTOR
Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 90–133; §§ 1–54, 63 BeurkG (Allgemeiner Teil 3 und Beurkundungsverfahren), Berlin 2004
Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 741–764 (Gemeinschaft, Leibrente, Spiel), Berlin 2008
- STEINAUER,
droit des suc-
cessions
PAUL-HENRI STEINAUER, Le droit des successions, Bern 2006
- STEINAUER,
droits réels I
PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Band I: Introduction à l'étude des droits réels, Possession et registre foncier, Dispositions générales sur la propriété, Propriété par étages, 4. Aufl., Bern 2007
- STEINAUER,
droits réels III
PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Band III: Servitudes personnelles, Charges foncières, Droits de gage immobiliers, Droits de gage mobiliers, 3. Aufl., Bern 2003
- STIERLIN
KONRAD STIERLIN, Der Willensvollstrecker als Erbschaftsverwalter, Erbschaftsliquidator und Erbenvertreter, Diss. Zürich 1972
- STOLL
HEINRICH STOLL, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, in: HEINRICH STOLL (Hrsg.), Festgabe für PHILIPP HECK, MAX RÜMELIN, ARTHUR BENNO SCHMIDT, Beilageheft zu AcP 133 (1931), S. 60 ff.
- Stolleis-AUTOR
MICHAEL STOLLEIS (Hrsg.), Juristen, Ein biographisches Lexikon, Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, München 2001

- VAN DE SANDT CAROLE VAN DE SANDT, L'acte de disposition, Diss. Freiburg i.Üe. 2000 (AISUF Band 197)
- VON JHERING, RUDOLPH VON JHERING, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil III, 5. Aufl., Leipzig 1906
Geist III
- VON SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, Band I, Berlin 1840
System I
- VON SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, Band IV, Berlin 1841
System IV
- VON TUHR, ANDREAS VON TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band I: Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig 1910
AT BGB I
- VON TUHR, ANDREAS VON TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band II: Die rechts- erheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, 1. Hälfte, München/Leipzig 1914
AT BGB II/1
- VON TUHR, ANDREAS VON TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band II: Die rechts- erheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, 2. Hälfte, München/Leipzig 1918
AT BGB II/2
- VON TUHR/ESCHER, ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich 1974
AT OR II
- VON TUHR/PETER, ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 1. Lieferung, 3. Aufl., Zürich 1974
AT OR I/1
- VON TUHR/PETER, ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 2. Lieferung, 3. Aufl., Zürich 1979
AT OR I/2
- WALDHERR KLAUS WALDHERR, Der Begriff der „ordnungsmäßigen Verwaltung“ im BGB, Diss. Mainz 1998, Berlin 1998 (Schriften zum bürgerlichen Recht Band 214)

- WALTER, Abgrenzung HANS PETER WALTER, Abgrenzung von Verschulden und Vertragsverletzung bei Dienstleistungsoptionen, in: ALFRED KOLLER (Hrsg.), Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998, S. 43 ff.
- WIDMER HELENE WIDMER, Die Erbengemeinschaft, Diss. Zürich 1925, Zug 1926
- P. WIDMER PIERRE WIDMER, Die Versicherung und die Haftung der Erbringer von Dienstleistungen, Landesbericht Schweiz zum VI. Weltkongress der AIDA, London 1982, in: SVZ 50 (1982), S. 65 ff.
- WIEGAND, Gratwanderungen WOLFGANG WIEGAND, Gratwanderungen, in: «Es gilt das gesprochene Wort», drei Beiträge zum 65. Geburtstag des Richters und Lehrers Prof. Dr. h.c. HANS PETER WALTER, in: recht 28 (2010), S. 78 ff.
- WIEGAND, Haftung WOLFGANG WIEGAND, Zur Haftung für Dienstleistungen, Urteilsanmerkung Zivilrecht, BGE 115 II 62 ff., in: recht 8 (1990), S. 134 ff.
- WIEGAND, Eigentumsvorbehalt WOLFGANG WIEGAND, Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung und Fahrnispfand, in: Mobiliarsicherheiten, BBT Band 5, Bern 1998, S. 75 ff.
- WIEGAND, Schuldverhältnis WOLFGANG WIEGAND, Von der Obligation zum Schuldverhältnis, Zur Entwicklung des schweizerischen Schuldrechts, Teil 1, in: recht 15 (1997), S. 85 ff.
- WIEGAND/ZELLWEGE-GER-GUTKNECHT WOLFGANG WIEGAND/CORINNE ZELLWEGE-GUTKNECHT, Privatrechtliche Probleme der Vermögensverwaltung – Grundfragen und Schnittstellen, in: WOLFGANG WIEGAND (Hrsg.), Vermögensverwaltung und Nachlassplanung, BBT Band 11, Bern 2005, S. 27 ff.
- WINDSCHEID/KIPP, Pandektenrecht I BERNHARD WINDSCHEID/THEODOR KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, 8. Aufl., Frankfurt am Main 1900
- WOLF, Erwachsenenschutz STEPHAN WOLF, Erwachsenenschutz und Notariat, in: ZBGR 91 (2010), S. 73 ff.

- WOLF, Grundfragen STEPHAN WOLF, Grundfragen der Auflösung der Erbgemeinschaft, mit besonderer Berücksichtigung der rechtsgeschäftlichen Aufhebungsmöglichkeiten, Habil. Bern 2002, Bern 2004 (ASR Band 685)
- WOLF, Sicherungsmassregeln STEPHAN WOLF, Die Sicherungsmassregeln im Erbgang (Art. 551–559 ZGB), in: ZBJV 135 (1999), S. 181 ff.
- WOLF, Subjektwechsel STEPHAN WOLF, Subjektwechsel bei einfachen Gesellschaften, in: ZBGR 81 (2000), S. 1 ff.
- ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, Band, Aufl. KARL SALOMO ZACHARIÄ, Handbuch des Französischen Civilrechts, Band I–II, 1. Aufl., Heidelberg 1808
KARL SALOMO ZACHARIÄ, Handbuch des Französischen Civilrechts, Band III, 4. Aufl., Heidelberg 1837
KARL SALOMO ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, Handbuch des Französischen Civilrechts, Band III, 5. Aufl., Heidelberg 1853
- ZIEGLER BARBARA ZIEGLER, Haftung der Bank bei der Anlageberatung und Vermögensverwaltung, Diss. Basel 1980
- ZIMMERMANN SALOME ZIMMERMANN, Die Haftung der Bank aus Verwaltungsauftrag, in: SJZ 81 (1985), S. 137 ff.
- ZINGG SIMON ZINGG, Zuständigkeitsordnung und Mitwirkungstechnik bei begünstigenden Rechtsgeschäften, Diss. Bern 2008 (ASR 752)
- ZK-BAUMANN MAX BAUMANN, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Unterabteilung a: Nutzniessung und andere Dienstbarkeiten, 1. Teilband: Art. 745–778 ZGB, Nutzniessung und Wohnrecht, Zürich 1999
- ZK-ESCHER, Aufl. ARNOLD ESCHER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Das Erbrecht, 1. Aufl., Zürich 1912
ARNOLD ESCHER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Das Erbrecht, 2. Halbband: Art. 580–640, 2. Aufl., Zürich 1943

- ZK-ESCHER/ESCHER ARNOLD ESCHER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang (Art. 537–640), 3. Aufl., Zürich 1960
- ZK-GREMPER PHILIPP GREMPER, Vorbem. zu Art. 18–25 PartG, Art. 18–25 PartG und Art. 36–38 PartG, in: THOMAS GEISER/PHILIPP GREMPER (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (PartG) vom 18. Juni 2004, Zürich/Basel/Genf 2007
- ZK-HAAB ROBERT HAAB/AUGUST SIMONIUS/WERNER SCHERRER/DIETER ZOBL, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, Art. 641–729, 2. Aufl., Zürich 1977
- ZK-OFTINGER/BÄR KARL OFTINGER/ROLF BÄR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, Unterabteilung c: Das Fahrnispfand, Art. 884–918, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis, 3. Aufl., Zürich 1981
- ZK-SCHMID JÖRG SCHMID, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, 3. Abteilung: Verlagsvertrag, Auftrag, Geschäftsführung, Unterabteilung a: Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419–424 OR, 3. Aufl., Zürich 1993
- ZK-WERMELINGER AMÉDÉO WERMELINGER, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, Unterabteilung c: Das Stockwerkeigentum, Art. 712a–712t ZGB, Zürich/Basel/Genf 2010

- ZOBL,
Vermögensver-
waltungsauftrag
- DIETER ZOBL, Der Vermögensverwaltungsauftrag der Banken, unter besonderer Berücksichtigung von Interessenkonflikten, in: PETER FORSTMOSE/PIERRE TERCIER/ROGER ZÄCH (Hrsg.), Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von WALTER R. SCHLUEP, Zürich 1988, S. 319 ff.
- ZOBL,
Vertretungsmacht
- DIETER ZOBL, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, in: ZBJV 125 (1989), S. 289 ff.
- ZWEIGERT/KÖTZ
- KONRAD ZWEIGERT/HEIN KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1996

Materialien

Botschaft ZGB	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 28. Mai 1904 zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch, BBl. 24/1904 vom 15. Juni 1904, S. 1 ff.
Botschaft Erwachsenenschutz	Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl. 36/2006 vom 12. September 2006, S. 7001 ff.
Botschaft FusG	Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13. Juni 2000, BBl. 33/2000 vom 22. August 2000, S. 4337 ff.
HUBER, Erläuterungen I	EUGEN HUBER, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, Band I: Einleitung, Personen-, Familien- und Erbrecht, 2. Aufl., Bern 1914
HUBER, Erläuterungen II	EUGEN HUBER, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, Band II: Sachenrecht und Text des Vorentwurfes vom 15. November 1900, 2. Aufl., Bern 1914
Referendumsvorlage Erwachsenenschutz	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), Änderung vom 19. Dezember 2008, BBl. 1/2009 vom 6. Januar 2009, S. 141 ff. (Referendumsfrist unbenützt verstrichen)

Teil 1: Einleitung

Zuerst gilt es, den Gegenstand der vorliegenden Arbeit zu umreissen, deren Ziele festzulegen und die massgebende Methodik offenzulegen (§ 1). Es folgt ein Überblick über die Vermögensverwaltungstatbestände des ZGB und OR (§ 2). Sodann wird die hier interessierende Vermögensverwaltung von anderen Bedeutungen des Begriffs der Verwaltung im ZGB und OR abgegrenzt (§ 3). Danach ist auf den herrschenden Begriff der Vermögensverwaltung näher einzugehen (§ 4). Am Schluss finden sich Hinweise zum Gang der weiteren Untersuchung (§ 5).

§ 1: Gegenstand, Zielsetzung und Methodik

1. Gegenstand und Ziele dieser Arbeit

1.01 Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Vermögensverwaltung im schweizerischen Privatrecht. Tatbestände, welche eine Vermögensverwaltung anordnen, finden sich im *Gesetz* verhältnismässig häufig; man denke etwa an die Verwaltung des Kindesvermögens durch die sorgeberechtigten Eltern (Art. 318 ZGB) oder an die Verwaltung des Mündelvermögens durch den Vormund (Art. 413 ZGB). Eine Vermögensverwaltung lässt sich zudem auch mittels *privatautonomer Vereinbarung* begründen, z.B. durch den Abschluss eines Vermögensverwaltungsvertrags mit einer Bank (Art. 394 ff. OR).

1.02 Es liegt auf der Hand, dass man der Rechtsnatur dieser Tatbestände nicht gerecht wird, indem man sie bloss isoliert – beschränkt auf das jeweilige Rechtsgebiet – untersucht. Im Verlauf der weiteren Untersuchungen wird es sich beispielsweise nicht als zweckmässig erweisen, die Verwaltungsbefugnisse und -pflichten der Miterben in Bezug auf den Nachlass (Art. 602 Abs. 2 ZGB) unter ausschliesslich erbrechtlichen Gesichtspunkten zu würdigen. Erscheinungen wie die Vermögensverwaltung, welche die verschiedensten Rechtsgebiete durchdringen, erfordern vielmehr eine *gesamtheitliche Sichtweise*.

1.03 Unter einer derartigen, umfassenden Optik sollen in dieser Arbeit die *privatrechtlichen Eigenheiten der Vermögensverwaltung* ermittelt werden¹. Im Vordergrund stehen dabei die *Aufgaben*, welche einem Vermögensverwalter *typischerweise* zukommen. Dabei interessiert besonders, in welchen Fällen der Verwalter zur Vermögensverwaltung *befugt* und in welchen er hierzu *verpflichtet* ist. Ausführlich diskutiert werden muss zudem der Gegenstand der Vermögensverwaltung, das *Vermögen*².

¹ Zum Ganzen unten Rz. 3.01 ff. sowie Rz. 4.01 ff.

² Zum Ganzen unten Rz. 2.01 ff.

Aus dieser Zielsetzung ergibt sich, dass im Folgenden das Augenmerk auf die *Gemeinsamkeiten* der verschiedenen Vermögensverwaltungstatbestände zu legen ist, während die Unterschiede auszublenden sind. Einzelfallbezogenen Regelungen kann nicht Rechnung getragen werden, ansonsten die gesamtheitliche Perspektive verloren ginge. Es wäre deshalb auch *nicht zielführend*, alle Vermögensverwaltungstatbestände in der vorliegenden Arbeit detailliert darstellen zu wollen, zumal diese Aufgabe umfangmässig kaum zu bewältigen ist und mehrere dieser Tatbestände in der Lehre bereits ausführlich behandelt worden sind³. 1.04

Die Fragestellung zwingt zur Abstraktion. Sie soll in Zeiten der Atomisierung der wissenschaftlichen Tätigkeit den *Sinn für das Ganze* schärfen und einen Beitrag zur *Einordnung* der Verwaltung von Vermögen in das *privatrechtliche System* leisten⁴. An einer solchen dogmatischen Einordnung besteht nicht nur ein akademisches Interesse. Vielmehr lassen sich damit auch praktische Probleme lösen, etwa im Rahmen von Auslegungsfragen⁵. 1.05

Mit der zu untersuchenden Thematik beschäftigte sich die Rechtswissenschaft bisher verhältnismässig wenig. Immerhin herrscht in der Lehre die Meinung vor, dass sich die Verwaltung von Vermögen einheitlich definieren lässt⁶. Im Schrifttum findet sich aber *keine Publikation*, in welcher eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Verwaltung von Vermögen in der hier beabsichtigten, die einzelnen Privatrechtsgebiete übergreifenden Weise stattfindet. Ein Ziel der vorliegenden Arbeit ist es deshalb, die *wesentlichen Rechtsfragen zu identifizieren und zu diesen Stellung zu beziehen*. Sie soll insofern eine Diskussionsgrundlage bieten, die keinen Anspruch darauf erhebt bzw. erheben kann, alle sich stellenden Fragen abschliessend zu beantworten. 1.06

³ Vgl. z.B. die neueren Monographien von CAVIEZEL, BARBATTI, MASANTI-MÜLLER und MARXER KELLER.

⁴ Vgl. auch unten Rz. 1.08 f.

⁵ Siehe unten Rz. 1.10.

⁶ Zum Ganzen unten Rz. 1.45 ff.

2. Methodik

a. Im Allgemeinen

1.07 Aufgrund der hier verfolgten Ziele⁷ ist die massgebliche *Methodik* weitgehend *vorgezeichnet*: Zunächst gilt es bei allen Tatbeständen, welche für die vorliegende Untersuchung als relevant erkannt werden⁸, die Gemeinsamkeiten herauszuarbeiten. Gestützt darauf kann überprüft werden, ob der herrschende Begriff der Vermögensverwaltung die Aufgaben eines Vermögensverwalters richtig widerspiegelt oder nicht. Richtig wäre der herrschende Begriff der Vermögensverwaltung, wenn er nur aus Tatbestandselementen bestehen würde, die sich bei den zu untersuchenden Tatbeständen als typisch erweisen⁹. Er müsste also *alle typischen Aufgaben eines Vermögensverwalters* in seinem Tatbestand aufführen.

1.08 Aus methodischer Sicht gilt es somit von den besonderen Fällen (den einzelnen Vermögensverwaltungstatbeständen) auf den generellen Fall (den allgemeinen Tatbestand der Verwaltung von Vermögen) zu schliessen. Erforderlich ist also ein *induktives Vorgehen*¹⁰. Der Begriff der Vermögensverwaltung muss durch Abstraktion aus den verschiedenen, in der Rechtsordnung enthaltenen Tatbeständen betreffend die Vermögensverwaltung abgeleitet werden. Entsprechend den Zielen dieser Arbeit soll dadurch ein Beitrag zur Begriffsbildung bzw. zur Bildung des juristischen Systems geleistet werden¹¹, wobei – um es in den Worten von Art. 1 Abs. 3 ZGB auszudrücken – bewährter Lehre und Überlieferung zu den einzelnen Vermögensverwaltungstatbeständen Rechnung zu tragen ist. Dass durch das Verfahren der Abstraktion gewisse Vereinfachungen erfolgen, insbesondere die Ausserachtlassung von Ausnahmefällen, versteht sich von selbst¹².

⁷ Vgl. oben Rz. 1.01 ff.

⁸ Dazu unten Rz. 1.11 f.

⁹ Vgl. dazu auch das Verfahren zur Falsifikation von Theorien bei LARENZ/CANARIS, S. 275 ff.

¹⁰ Ausführlich dazu BYDLINSKI, S. 62 ff. und S. 402 ff.

¹¹ Oben Rz. 1.05; zur Begriffs- und Systembildung siehe LARENZ/CANARIS, S. 263 ff., sowie ferner BYDLINSKI, S. 300 ff.

¹² Vgl. auch oben Rz. 1.04.

Indes gilt es, sich die *Möglichkeiten und Grenzen der juristischen Konstruktion*¹³, wie sie in dieser Arbeit mittels Induktionsschlusses geübt wird, vor Augen zu halten: Die juristische Konstruktion als solche trägt, wie LARENZ/CANARIS zutreffend festhalten, *nicht* zur «Gewinnung und Begründung der Ergebnisse» bei; sie stellt «lediglich deren – erst danach zu formulierende – Beschreibung mit den Mitteln der Dogmatik dar»¹⁴. Der reinen juristischen Konstruktion, insbesondere auch der Gewinnung von Erkenntnissen durch einen Induktionsschluss, ist insofern mit dem gebotenen Misstrauen zu begegnen¹⁵. Aus der vorliegenden Studie soll und kann daher nicht ein «neuer» Begriff der Vermögensverwaltung resultieren. Es gilt vielmehr,

¹³ *Juristische Konstruktion* meint im vorliegenden Zusammenhang die «*Nacherzeugung eines Ganzen* aus seinen zuvor künstlich zerlegten Teilen, die dazu bestimmt ist, uns den notwendigen Zusammenhang dieser Teile, ihre gegenseitigen oder gemeinsamen Abhängigkeiten bewußt zu machen» (RADBRUCH/ZWEIGERT, S. 286, Kursivschrift hinzugefügt). Die juristische Konstruktion einzelner Rechtsbegriffe setzt sich in der Konstruktion eines Rechtssystems fort und *bezweckt* demzufolge die Bildung eines in sich *möglichst widerspruchslosen Systems* (RADBRUCH/ZWEIGERT, S. 287). Sie dient dazu, «eine im Gesetz vorgefundene Regelung oder ein im Verkehr entwickeltes Vertragsmuster [...] derart in das System [...] einzufügen, daß sich ein widerspruchsfreier Zusammenhang ergibt und Vergleiche mit anderen Regelungen gezogen werden können, die Unterschiede wie Gemeinsamkeiten deutlicher hervortreten lassen» (LARENZ/CANARIS, S. 268). Damit vermag die juristische Konstruktion unter den Rechtsbegriffen eine gewisse Ordnung zu schaffen; es kommt ihr eine *Ordnungsaufgabe* zu (STOLL, S. 78). Vgl. zum Ganzen auch LARENZ/CANARIS, S. 267 ff.

¹⁴ LARENZ/CANARIS, S. 275 (Kursivschrift entfernt). Zu den *Grenzen* dessen, was die juristische Konstruktion zu leisten im Stande ist, siehe auch STOLL, S. 111 f. Vgl. zudem EUGEN BUCHER, Was ist «Begriffsjurisprudenz»? in: ZBJV 102 (1966), S. 274 ff., und – unter humoristischen Aspekten – die Ausführungen zur Begriffsjurisprudenz bei RUDOLF VON JHERING, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum, 10. Aufl., Leipzig 1909, S. 6 ff.

¹⁵ Enttäuschend ist deshalb, dass sich LARENZ/CANARIS in ihrem Lehrbuch zur Methodenlehre zwar wiederholt für ein wertorientiertes Denken aussprechen (vgl. etwa S. 36 ff.), darin aber die *historischen Irrwege* der juristischen Konstruktion und des Rechtspositivismus *kaum thematisiert* werden, obwohl LARENZ dieses dunkle Kapitel der Rechtswissenschaft als Mitglied der Kieler Schule massgeblich mitgeprägt hat (vgl. hierzu aus den Quellen namentlich KARL LARENZ, Rechtsperson und subjektives Recht, Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe, in: GEORG DAHM et al. [Hrsg.], Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 225 ff. und insbesondere S. 238 ff.).

den bereits in der Rechtsordnung vorhandenen Begriff der Vermögensverwaltung zu ermitteln, indem das *gemeinsame Fundament* der einzelnen Vermögensverwaltungstatbestände durch Abstraktion – losgelöst vom Einzelfall – kenntlich gemacht wird. LARENZ/CANARIS ist zuzustimmen, dass aus einer so betriebenen Begriffsbildung ein «Einordnungs- und Vereinfachungseffekt» resultiert, der «erheblichen praktischen und wissenschaftlichen Wert» hat¹⁶.

1.10 Der *praktische und wissenschaftliche Wert* der hiernach zu führenden Untersuchung besteht insbesondere darin, das *Bewusstsein für die Existenz eines allgemeinen Begriffs der Verwaltung von Vermögen*, dessen Tragweite die verschiedenen Privatrechtsgebiete übersteigt, zu festigen. Diese Einsicht ist namentlich mit Blick auf eine systematische Auslegung der verschiedenen Vermögensverwaltungstatbestände von Bedeutung. Die juristische Konstruktion hat denn auch für die Rechtsfortbildung, sei diese lückenfüllend oder gesetzesübersteigend, einen gewissen Stellenwert¹⁷. Sie dient dazu, Wertungskongruenz hinsichtlich vergleichbarer Sachverhalte herzustellen, womit *Rechtssicherheit* und *Rechtsgleichheit* gefördert werden¹⁸.

b. Auswahl der hier untersuchten Tatbestände, einbezogene Literatur und Rechtsprechung

1.11 Um die Bedeutung des Begriffs der Vermögensverwaltung zu erschliessen, sind in erster Linie Tatbestände heranzuziehen, welche in ihrem *Wortlaut* ausdrücklich auf diesen Begriff Bezug nehmen. Die Begriffsfindung muss sich also primär an Tatbeständen orientieren, welche gemäss ihrem Wortlaut die Verwaltung von Vermögen zum Gegenstand haben. Derartige Bestimmungen finden sich insbesondere im *ZGB*, aber auch in diversen *Nebenerlassen*, z.B. in Art. 18 KAG (Person des Vermögensverwalters bei schweizerischen kollektiven Kapitalanlagen) oder Art. 45 Abs. 1 URG (Geschäftsführung bei Verwertungsgesellschaften «nach den Grundsätzen einer geordneten und wirtschaftlichen Verwaltung»).

1.12 Die vorliegende Arbeit soll zur Begriffs- und somit zur Systembildung beitragen¹⁹. Nicht alle privatrechtlichen Tatbestände sind indes gleichermaßen systembildungsrelevant. Im Vordergrund stehen vielmehr die *Tatbestän-*

¹⁶ LARENZ/CANARIS, S. 275.

¹⁷ LARENZ/CANARIS, S. 275.

¹⁸ Vgl. auch LARENZ/CANARIS, S. 264.

¹⁹ Oben Rz. 1.08.

de der Kodifikation, also die Vermögensverwaltungstatbestände des ZGB (inklusive OR), und nicht diejenigen der fragmentierten Nebenerlasse meist neueren Datums – zumal diese Aufgabe von ihrem Umfang her kaum zu meistern wäre. Zu untersuchen sind daher *alle Tatbestände des ZGB und OR*, welche in ihrem *Wortlaut* eine *Verwaltung von Vermögen* ausdrücklich anordnen.

Angesichts der grossen Fülle an Literatur zu diesen Tatbeständen gilt es sich auf die wesentlichen Werke, die den aktuellen Diskurs prägen, zu beschränken. Soweit vorhanden, wird deshalb auf die jeweils *neuesten*, relevanten *Monographien* abgestellt, ergänzt um die *massgeblichen Kommentierungen*. Grundsätzlich *nicht einbezogen* werden demgegenüber alle Hand-, Kurz- bzw. Praxiskommentare. Gleiches gilt für Skripten und Grundrisse, mit Ausnahme gewisser Standardwerke (insbesondere solche in französischer Sprache, soweit es in den betreffenden Rechtsgebieten an einer französischsprachigen Kommentierung fehlt). Die bundesgerichtliche *Rechtsprechung* wiederum ist umfassend zu berücksichtigen.

1.13

§ 2: Vermögensverwaltungstatbestände des ZGB und OR in der Übersicht

1. Im Allgemeinen

Aus methodischen Gründen konzentriert sich die vorliegende Untersuchung auf die *Vermögensverwaltungstatbestände des ZGB und OR*, wobei *alle* Tatbestände zu berücksichtigen sind, die ihrem *Wortlaut* nach an den *Begriff der (Vermögens-)Verwaltung* anknüpfen²⁰. Die nachstehende Aufstellung soll hierzu einen *Überblick* geben. Soweit nicht anders vermerkt, werden die angeführten Tatbestände anschliessend in die weitere Untersuchung einbezogen.

1.14

Der Begriff der Verwaltung wird im ZGB und im OR nicht nur für die Verwaltung von Vermögen benutzt, sondern namentlich auch für gewisse Organe juristischer Personen namens «Verwaltung» bzw. «Verwaltungsrat». Trotz gleicher Terminologie hat der Begriff der Verwaltung, soweit damit

1.15

²⁰ Oben Rz. 1.11 f.

Organe juristischer Personen bezeichnet werden, eine *andere Bedeutung*. Auf die betreffenden Tatbestände und die sich im Verhältnis zur Vermögensverwaltung ergebenden *Abgrenzungsfragen* ist an anderer Stelle zurückzukommen²¹. In der folgenden Übersicht finden sich also nur jene Bestimmungen des ZGB und OR, welche in ihrem Wortlaut den Begriff der Verwaltung verwenden und damit Vermögensverwaltung meinen.

2. Vermögensverwaltungstatbestände des ZGB

a. In die weitere Untersuchung einbezogene Tatbestände

aa. Aus dem Ehegüterrecht (Art. 181 ff. ZGB)

1.16

Auf Bestimmungen, welche ihrem Wortlaut nach die Verwaltung von Vermögen regeln und die deshalb in die weitere Untersuchung einzubeziehen sind, stösst man im ZGB zunächst bei den Vorschriften über das Ehegüterrecht (Art. 181 ff. ZGB). So ordnet Art. 195 ZGB an, dass auf die *Überlassung der Vermögensverwaltung unter Ehegatten* dispositiv die Bestimmungen über den Auftrag (Art. 394 ff. OR) anwendbar sind. Art. 195 ZGB gilt grundsätzlich unabhängig vom Güterstand für jede Überlassung der Vermögensverwaltung unter Ehegatten²².

²¹ Unten Rz. 1.37 ff.

²² Dafür spricht insbesondere, dass Art. 195 ZGB systematisch unter den allgemeinen Vorschriften des Ehegüterrechts (Art. 181 ff. ZGB) eingereiht ist (vgl. zum Ganzen BARBATTI, S. 27; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 7 zu Art. 195 ZGB; BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 3 zu Art. 195 ZGB, sowie CR-PHILIPPIN, N. 9 zu Art. 195 ZGB).

Wird die Verwaltung dem anderen Ehegatten im Rahmen einer *Gütergemeinschaft* (Art. 221 ff. ZGB) überlassen, gilt es die besonderen Bestimmungen hinsichtlich der Verwaltung des Gesamtguts (Art. 227 f. ZGB, dazu unten Rz. 1.18) zu beachten (zum Verhältnis zwischen Art. 195 ZGB und Art. 227 f. ZGB vgl. BARBATTI, S. 28 f.; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 7 zu Art. 195 ZGB; BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 3 zu Art. 195 ZGB, sowie CR-PHILIPPIN, N. 10 zu Art. 195 ZGB).

Bei *eingetragenen Partnern* findet Art. 21 PartG Anwendung. Materiell entspricht diese Bestimmung Art. 195 ZGB (statt vieler ZK-GREMPER, N. 2 zu Art. 21 PartG). Nebenerlasse wie das PartG – und somit auch die diesbezügliche Literatur – werden hier aber nicht weiter untersucht (siehe oben Rz. 1.12).

Im Güterstand der *Errungenschaftsbeteiligung* (Art. 196 ff. ZGB) verwaltet sodann jeder Ehegatte gemäss der ausdrücklichen Anordnung von Art. 201 Abs. 1 ZGB seine Errungenschaft und sein Eigengut innerhalb der gesetzlichen Schranken selbst. Gleiches gilt gemäss Art. 247 ZGB auch hinsichtlich der Verwaltung des Vermögens durch die Ehegatten im Falle einer *Gütertrennung* (Art. 247 ff. ZGB). 1.17

Bei *Gütergemeinschaften* (Art. 221 ff. ZGB) ist dagegen zu unterscheiden: Das Eigengut (Art. 225 ZGB) darf nach Art. 232 Abs. 1 ZGB jeder Ehegatte innerhalb der gesetzlichen Schranken selbst verwalten, während für das Gesamtgut (Art. 222 ff. ZGB) besondere Vorschriften bestehen, abhängig davon, ob es sich um eine ordentliche oder um eine ausserordentliche Verwaltung handelt (Art. 227 f. ZGB). 1.18

bb. Aus dem Kindesvermögensrecht (Art. 318 ff. ZGB)

Mit Art. 318 ZGB findet sich die nächste Bestimmung, welche eine Verwaltung von Vermögen ausdrücklich regelt, im Recht über das Kindesvermögen (Art. 318 ff. ZGB). Gemäss Art. 318 ZGB zählt die *Verwaltung des Kindesvermögens* zu den Aufgaben der Eltern, solange ihnen die elterliche Sorge zusteht²³. Diese Verpflichtung erstreckt sich grundsätzlich auf das gesamte Kindesvermögen, wenngleich gewisse Gegenstände des freien Kindesvermögens von der elterlichen Verwaltung ausgenommen und dem Kind bzw. Dritten zur Verwaltung zugewiesen sind (vgl. Art. 321 ff. ZGB)²⁴. 1.19

Falls einer Gefährdung des Kindesvermögens auf andere Weise nicht begegnet werden kann, muss die Kindesschutzbehörde die Verwaltung des Kindesvermögens einem Beistand übertragen (Art. 325 ZGB). Hinsichtlich dieser *Kindesvermögensbeistandschaft* kann auf die Verwaltungsbeistandschaft im Allgemeinen (Art. 393/394 i.V.m. Art. 419 ZGB) verwiesen werden, welche in die weiteren Untersuchungen einbezogen wird²⁵. 1.20

²³ Zu den einzelnen Konstellationen gemeinsamer Verwaltung durch beide Elternteile, durch bloss einen Elternteil oder gar durch Dritte vgl. statt vieler die Übersicht bei BSK-BREITSCHMID, N. 12 ff. zu Art. 318 ZGB.

²⁴ Dazu statt vieler MARXER KELLER, S. 21 ff., und BSK-BREITSCHMID, N. 15 zu Art. 318 ZGB. Zur Verwaltung von Gegenständen des Kindesvermögens durch Dritte (Art. 321 Abs. 2 und Art. 322 Abs. 2 ZGB) siehe unten Rz. 1.30.

²⁵ Siehe Rz. 1.21 hiernach.

cc. *Aus dem Vormundschaftsrecht (Art. 360 ff. ZGB) bzw. aus dem künftigen Erwachsenenschutzrecht (nArt. 360 ff. ZGB)*

1.21 Im bisherigen Vormundschaftsrecht (Art. 360 ff. ZGB) zählt die Vermögensverwaltung zu den Aufgaben des *Verwaltungsbeistands* (Art. 393/394 i.V.m. Art. 419 ZGB), des *Verwaltungsbeirats* (Art. 395 Abs. 2 ZGB)²⁶ sowie des *Vormunds* (Art. 413 ZGB), wobei das freie Mündelvermögen durch den Mündel selbst verwaltet wird (Art. 414 ZGB). Gemäss Art. 421 Ziff. 2 und 3 ZGB bedürfen gewisse Vorkehren der *aussergewöhnlichen Verwaltung* zudem der Zustimmung durch die Vormundschaftsbehörde²⁷.

1.22 An die Stelle der verschiedenen vormundschaftlichen Massnahmen (Beistandschaft, Beiratschaft, Vormundschaft) tritt im künftigen *Erwachsenenschutzrecht* einheitlich die *Beistandschaft* (nArt. 390 ff. ZGB)²⁸. Diese lässt sich zu verschiedenen Zwecken errichten (vgl. nArt. 393 ff. ZGB), namentlich auch zur *Verwaltung* des Vermögens der schutzbefohlenen Person (nArt. 395/398 Abs. 2 i.V.m. nArt. 408 ZGB²⁹). Dabei sind der betroffenen Person angemessene Beträge zur freien Verfügung zu stellen (nArt. 409 ZGB). Gemäss nArt. 416 Ziff. 4 und 5 ZGB ist weiter für gewisse Vorkehren der *ausserordentlichen Verwaltung* die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde erforderlich. Auf die Vermögensverwaltung durch den Beistand des Erwachsenenschutzrechts wird punktuell zurückzukommen sein.

1.23 Im Falle der *Urteilsunfähigkeit* eines Ehegatten bzw. eingetragenen Partners ist der andere Teil gemäss den Bestimmungen des Erwachsenenschutzrechts – unter gewissen Voraussetzungen – von Gesetzes wegen zur Vertretung ermächtigt (vgl. nArt. 374 ff. ZGB). Im Rahmen dieses *gesetzlichen Vertretungsrechts* darf bzw. muss auch das Vermögen des urteilsunfähigen Ehegatten verwaltet werden, wobei das Gesetz zwischen *ordentlicher und ausserordentlicher Verwaltung* unterscheidet (nArt. 374 Abs. 2 Ziff. 2 bzw.

²⁶ Art. 419 ZGB (betreffend die Vermögensverwaltung durch den Beistand) findet – mit Einschränkungen – auch auf die Verwaltungsbeiratschaft Anwendung (statt vieler BSK-BIDERBOST, N. 4 zu Art. 419 ZGB m.w.H., und BGer vom 15.03.2001, 6S.587/2000, E. 3.b m.w.H.).

²⁷ Zum Anwendungsbereich dieser Bestimmung siehe die Übersicht bei BSK-GEISER, N. 6 ff. zu Art. 421/422 ZGB.

²⁸ Vgl. zum Ganzen Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7016, sowie statt vieler WOLF, Erwachsenenschutz, S. 81 ff.

²⁹ Zur Anwendbarkeit von nArt. 408 ZGB auf jede erwachsenenschutzrechtliche Vermögensverwaltung siehe Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7053.

nArt. 374 Abs. 3 ZGB). Damit ist dasselbe gemeint wie bei der ordentlichen bzw. ausserordentlichen Verwaltung des Gesamtguts durch die Ehegatten nach Art. 227 f. ZGB³⁰. Die Art. 227 f. ZGB werden in der weiteren Untersuchung berücksichtigt³¹, wobei das dazu Ausgeführte analog auch für nArt. 374 Abs. 2 Ziff. 2 und nArt. 374 Abs. 3 ZGB gilt.

dd. Aus dem Erbrecht (Art. 457 ff. ZGB)

Auch das Erbrecht (Art. 457 ff. ZGB) enthält verschiedentlich Vorschriften betreffend die Verwaltung von Vermögen. So zählt die Nachlassverwaltung gemäss Art. 518 Abs. 2 ZGB zu den Aufgaben des *Willensvollstreckers* (Art. 517 f. ZGB). Gleiches gilt begriffsnotwendig für die *amtliche Erbschaftsverwaltung* (Art. 554 f. ZGB). Zudem sind der *amtliche Erbschaftsliquidator* (Art. 595 ff. ZGB) und der *Erbenvertreter* (Art. 602 Abs. 3 ZGB) verpflichtet, den Nachlass gegebenenfalls zu verwalten³².

1.24

Gemäss Art. 602 Abs. 2 ZGB dürfen sodann die *Miterben* den Nachlass im Rahmen ihrer gesetzlichen Verwaltungsbefugnisse selbst verwalten. Auf diesen Tatbestand wird ebenfalls vertieft einzugehen sein. Vereinzelt beizuziehen gilt es ferner die *besonderen Vorschriften* betreffend die «blosse Verwaltung» (Art. 571 Abs. 2 ZGB) und die «notwendigen Verwaltungshandlungen» (Art. 585 Abs. 1 ZGB).

1.25

³⁰ Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7035, und statt vieler H. SCHMID, N. 15 zu nArt. 374 ZGB, sowie BALESTRIERI, Fn. 37 und Fn. 39 auf S. 205.

³¹ Vgl. oben Rz. 1.18.

³² Die *amtliche Erbschaftsliquidation* (Art. 595 ff. ZGB) wird gemäss Art. 595 Abs. 1 ZGB durch einen «Erbschaftsverwalter» durchgeführt. Im Vordergrund steht indessen nicht die Verwaltung des Nachlasses, sondern dessen Liquidation, weshalb der amtliche Erbschaftsliquidator den Nachlass nur in diesem Zusammenhang verwalten muss (statt vieler BSK-KARRER, N. 9 zu Art. 596 ZGB).

Die Verwaltung des Nachlasses zählt zudem zu den Aufgaben des *Erbenvertreters* (statt vieler J. PICENONI, S. 44 f.). Anders als bei den anderen, hier einbezogenen Tatbeständen ordnet aber der Wortlaut von Art. 602 Abs. 3 ZGB die Verwaltung nicht explizit an. Gleichwohl wird dieser Tatbestand in der weiteren Untersuchung berücksichtigt: Die verwaltungsbezogenen Aufgaben des Willensvollstreckers, des amtlichen Erbschaftsverwalters bzw. -liquidators und des Erbenvertreters weisen weitgehende Ähnlichkeiten auf (unten Rz. 3.25), weshalb es sich als zweckmässig erweist, auch den Erbenvertreter miteinzubeziehen.

1.26 Der Vollständigkeit halber ist zudem auf Art. 490 Abs. 3 und Art. 556 Abs. 3 ZGB hinzuweisen, welche für gewisse Fälle eine *amtliche Erbschaftsverwaltung* (Art. 554 f. ZGB) anordnen³³. Das fortan zur amtlichen Erbschaftsverwaltung Ausgeführte gilt damit sinngemäss auch für diese beiden Tatbestände.

ee. Aus dem Sachenrecht (Art. 641 ff. ZGB)

1.27 Tatbestände betreffend die Vermögensverwaltung finden sich überdies im Sachenrecht (Art. 641 ff. ZGB). In die weitere Untersuchung einzubeziehen sind insbesondere die detaillierten Vorschriften über die *Verwaltung von Miteigentum durch die Miteigentümer* (Art. 647 ff. ZGB). Das ZGB unterscheidet dabei zwischen notwendigen (Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB), dringlichen (Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB)³⁴, gewöhnlichen (Art. 647a ZGB) und wichtigeren Verwaltungshandlungen (Art. 647b ZGB).

1.28 Teilweise abweichende Regeln stellt das Gesetz für die Verwaltung von *Stockwerkeigentum* (Art. 712a ff. ZGB) auf: Die Verwaltung der *gemeinsamen Teile* richtet sich gemäss Art. 712g Abs. 1 ZGB grundsätzlich nach den allgemeinen Bestimmungen über das Miteigentum – also wiederum nach Art. 647 ff. ZGB³⁵ –, weshalb insofern keine Besonderheiten gegenüber dem gewöhnlichen Miteigentum bestehen. Die zu *Sonderrecht* ausgeschiedenen Teile dürfen die jeweils berechtigten Stockwerkeigentümer dagegen selbst verwalten (Art. 712a Abs. 2 ZGB). Von den soeben angeführten Tatbeständen betreffend die Verwaltung des Stockwerkeigentums durch die *Stockwerkeigentümer* ist dessen Verwaltung durch einen *Dritten* abzugrenzen³⁶.

³³ Bei Art. 490 Abs. 3 und Art. 556 Abs. 3 ZGB handelt es sich um *gesetzlich vorgesehene Fälle* im Sinne von Art. 554 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB (zum Ganzen WOLF, Sicherungsmassregeln, S. 202).

³⁴ Siehe auch unten Fn. 952.

³⁵ Art. 712g ZGB findet entgegen seinem Wortlaut nicht auf die zu Sonderrecht ausgeschiedenen Räumlichkeiten Anwendung, sondern nur auf die *gemeinsamen Teile* (BSK-BÖSCH, N. 2a zu Art. 712g ZGB m.H. auf BGE 130 III 441, [E. 3.4 S.] 448).

³⁶ Dazu unten Rz. 1.31.

Einzubeziehen ist schliesslich Art. 906 Abs. 1 ZGB, wonach die *Verwaltung einer verpfändeten Forderung* durch den *Pfandgeber* erfolgt. Gemäss der gesetzlichen Aufzählung umfasst dabei die Verwaltung die Kündigung und Einziehung der verpfändeten Forderung³⁷. Art. 906 Abs. 1 ZGB gilt gemäss der h.L. nicht nur für verpfändete Forderungen, sondern ebenso für die *anderen Rechte* im Sinne von Art. 900 Abs. 3 ZGB³⁸. Im Übrigen ist der Anwendungsbereich von Art. 906 Abs. 1 ZGB teilweise umstritten³⁹.

1.29

b. Nicht in die weitere Untersuchung einbezogene Tatbestände

Neben den hiervor genannten Tatbeständen, welche allesamt in die weitere Untersuchung einfließen, finden sich im ZGB einige zusätzliche Bestimmungen, die gemäss ihrem Wortlaut die Verwaltung von Vermögen regeln, aber aus verschiedenen Gründen hier nicht weiter zu thematisieren sind. So werden mangels Praxisrelevanz die *Verwaltung des freien Kindesvermögens durch Dritte* (Art. 321 Abs. 2 und Art. 322 Abs. 2 ZGB)⁴⁰ sowie die *Verwaltung des Vermögens einer Gemeindschaft durch die Gemeinder* (Art. 340 Abs. 2 ZGB) nicht in die vorliegende Untersuchung einbezogen.

1.30

Ausser Acht bleiben zudem zwei im ZGB besonders geregelte Vermögensverwaltungstatbestände, nämlich die *Verwaltung des Stockwerkeigentums durch einen eingesetzten Verwalter* (Art. 712q ff. ZGB), sowie – unter dem Regime des künftigen Erwachsenenschutzrechts – der *Vorsorgeauftrag* zwecks Vermögensverwaltung (nArt. 360 Abs. 1 ZGB)⁴¹. Stellvertretend für

1.31

³⁷ Siehe aber unten Fn. 1072.

³⁸ ZK-OFTINGER/BÄR, N. 5 zu Art. 906 ZGB, und BSK-BAUER, N. 2 zu Art. 906 ZGB.

³⁹ Vgl. die Übersicht bei BSK-BAUER, N. 2 f. zu Art. 906 ZGB m.H. auf die Lehre und Rechtsprechung.

⁴⁰ Vgl. dazu ALEXANDER W. ROHDE, Die Ernennung von Drittpersonen zur Verwaltung von Vermögen Minderjähriger (Art. 321 und 322 ZGB), unter besonderer Berücksichtigung von Nachlassvermögen, Diss. Basel 2006, Zürich/Basel/Genf 2006. Gemäss den Nachforschungen von ROHDE, S. 50, «kommt die Anordnung einer Verwaltung von Kindesvermögen durch Dritte gemäss Art. 321/322 ZGB durch den Erblasser äusserst selten vor». Dies dürfte für den analogen Fall unter Lebenden – also einer Schenkung ins (freie) Kindesvermögen unter Ausschluss der Verwaltung durch die sorgeberechtigten Eltern – erst recht gelten.

⁴¹ Zum Vorsorgeauftrag vgl. Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7025 ff., und statt vieler WOLF, Erwachsenenschutz, S. 79 und S. 90 ff.

alle Vermögensverwaltungsverträge wird in der vorliegenden Arbeit in erster Linie die bankenspezifische Ausprägung untersucht⁴².

1.32 Nicht einbezogen werden schliesslich Art. 755 Abs. 2 und Art. 773 Abs. 3 ZGB, welche die *Verwaltung nutzniessungsbelasteter Gegenstände* (Art. 745 ff. ZGB) regeln⁴³: In der Lehre und Rechtsprechung zu diesen Vorschriften wird nur beispielhaft erörtert, worin die Verwaltung des Nutzniessungsgegenstands besteht⁴⁴. Anhand der thematisierten Einzelfälle lässt sich der Regelungsgehalt von Art. 755 Abs. 2 und Art. 773 Abs. 3 ZGB aber nicht hinreichend erschliessen, weshalb aus diesen Tatbeständen für die vorliegende Fragestellung – die rechtlichen Eigenheiten der Verwaltung von Vermögen im Allgemeinen – kaum etwas abgeleitet werden kann.

3. Vermögensverwaltungstatbestände des OR

a. Keine gesetzlichen Vermögensverwaltungstatbestände

1.33 Tatbestände, die in ihrem Wortlaut an den Begriff der Verwaltung anknüpfen, finden sich auch im OR. Mit «Verwaltung» ist bei diesen Tatbeständen aber *nicht* die *Vermögensverwaltung* gemeint, sondern ein Organ einer juristischen Person⁴⁵. Der Begriff der Verwaltung wird im OR also nicht im Sinne der Vermögensverwaltung verwendet.

1.34 Auch wenn das OR keine Tatbestände kennt, welche nach ihrem Wortlaut die Vermögensverwaltung regeln, ist die Vermögensverwaltung im OR von grosser Bedeutung, denn im Rahmen der Vertragsfreiheit werden oft *Vermögensverwaltungsverträge* geschlossen. Unter den Vermögensverwaltungsverträgen haben sich in der Praxis gewisse Typen herausgebildet, beispielsweise der Liegenschaftsverwaltungsvertrag oder der Vermögensverwaltungs-

⁴² Siehe unten Rz. 1.34; vgl. auch Rz. 1.35 ff. Bei den hier einbezogenen Tatbeständen besteht zudem bei der Überlassung der Vermögensverwaltung unter Ehegatten (Art. 195 ZGB) eine *vertragliche* Vermögensverwaltung (unten Rz. 3.76).

⁴³ Diese Bestimmungen sind zudem in verschiedenen Fällen von Gesetzes wegen anwendbar (vgl. z.B. Art. 244 Abs. 2, Art. 473 und Art. 484 Abs. 2 ZGB).

⁴⁴ Vgl. FARINE FABBRO, S. 142 ff.; ZK-BAUMANN, N. 22 ff. zu Art. 755 ZGB und N. 35 ff. zu Art. 773–775 ZGB; BSK-MÜLLER, N. 8 zu Art. 755 ZGB und N. 10 ff. zu Art. 773/774 ZGB; SPR V/1-PIOTET, S. 635 ff., sowie DESCHENAU/STEINAUER, droits réels III, Rz. 2430 f.

⁴⁵ Siehe dazu unten Rz. 1.37 ff.

vertrag im Bankwesen. In die nachstehende Untersuchung soll Letzterer stellvertretend für alle diese Vermögensverwaltungsverträge einbezogen werden.

b. Vermögensverwaltungsvertrag im Bankwesen (Art. 394 ff. OR)

Die *Vermögensverwaltung* erfolgt *im Bankwesen* durch die Banken selbst oder durch bankunabhängige Vermögensverwalter, die mit einer Bank zusammenarbeiten⁴⁶. Mit dem Abschluss eines Vermögensverwaltungsvertrags gehen im Bankwesen gelegentlich zusätzliche Abreden einher⁴⁷, wobei auf die verwaltungsbezogenen Rechte und Pflichten, welche in dieser Arbeit interessieren, in jedem Fall die Regeln über den *einfachen Auftrag* (Art. 394 ff. OR) anwendbar sind⁴⁸. Die Lehre bezeichnet die entsprechenden Vereinbarungen deshalb auch als Vermögensverwaltungsauftrag⁴⁹.

1.35

Gelegentlich werden Vermögensverwaltungsverträge von einer Treuhandabrede überlagert. In der weiteren Untersuchung ist deshalb punktuell auf die Besonderheiten der *treuhänderischen Vermögensverwaltung* hinzuweisen.

1.36

⁴⁶ Untersucht wird im Folgenden also der *Vermögensverwaltungsvertrag im engeren und eigentlichen Sinn*, d.h. «die Vereinbarung über die Bewirtschaftung von Vermögenswerten durch einen mit der Wahrnehmung dieser Aufgabe betrauten und in der Regel zu honorierenden Verwalter» (WIEGAND/ZELLWEGE-GUTKNECHT, S. 30). Der Vermögensverwaltungsvertrag ist «als solcher *gesetzlich ungerregelt* geblieben. Seinen Namen verdankt er der Verbreitung in der Praxis, wo er sich zum *Realtypus* verfestigt hat» (ZOBL, Vermögensverwaltungsauftrag, S. 323 m.w.H., Kursivschrift im Original).

⁴⁷ Derartige zusätzliche Abreden enthalten – für sich alleine betrachtet – oft Elemente des *Hinterlegungsvertrags* (Art. 472 ff. OR) oder der *Kommission* (Art. 425 ff. OR), vgl. dazu WIEGAND/ZELLWEGE-GUTKNECHT, Fn. 2 auf S. 30 m.w.H. Liegen solche Zusatzvereinbarungen vor, handelt es sich, so WIEGAND/ZELLWEGE-GUTKNECHT, a.a.O., nach heute h.L. um einen gemischten Vertrag.

⁴⁸ Unten Rz. 3.37.

⁴⁹ So etwa ZOBL, Vermögensverwaltungsauftrag, und CHRISTEN (jeweils *passim*), ROTH, Rz. 64 ff., sowie ZIEGLER, S. 43.

§ 3: Andere Bedeutungen von «Verwaltung» im ZGB und OR

1. Abgrenzung von den Organen «Verwaltung» bzw. «Verwaltungsrat»

a. Verwaltungsrat und Verwaltung im Gesellschaftsrecht (Art. 530 ff. OR)

1.37 Die vorliegende Arbeit untersucht die Vermögensverwaltung, also die *Verwaltung im Sinne einer vermögensbezogenen Verrichtung*. Im OR ist bei Vorschriften, die in ihrem Wortlaut an den Begriff der Verwaltung anknüpfen, aber nicht die hier interessierende Vermögensverwaltung gemeint⁵⁰. Stattdessen werden damit gewisse *Organe des Gesellschaftsrechts* bezeichnet, nämlich der Verwaltungsrat der AG (Art. 707 ff. OR), die Verwaltung einer Kommanditaktiengesellschaft (Art. 765 ff. OR) und die Verwaltung einer Genossenschaft (Art. 894 ff. OR).

1.38 Die *Aufgaben* dieser gesellschaftsrechtlichen *Organe* sind umfassender als jene eines Vermögensverwalters. So hat der Verwaltungsrat einer AG gemäss Art. 716a Abs. 1 OR namentlich die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben, die Oberleitung der Gesellschaft zu besorgen bzw. die hierzu nötigen Weisungen zu erteilen, die Organisation der Gesellschaft festzulegen, die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen auszuüben und den Richter im Falle der Überschuldung der Gesellschaft zu benachrichtigen⁵¹. Auch die mit der Verwaltung einer Kommanditaktiengesellschaft bzw. einer Genossenschaft befassten Personen haben ähnlich umfangreiche Pflichten⁵².

⁵⁰ Siehe auch oben Rz. 1.33 f.

⁵¹ Vgl. dazu statt vieler BSK-WATTER/ROTH PELLANDA, N. 4 ff. zu Art. 716a OR. Zu den Aufgaben des Verwaltungsrats einer AG im Allgemeinen vgl. Art. 716 ff. OR und dazu statt vieler MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 Rz. 393 ff.

⁵² Vgl. Art. 765 f. und Art. 902 f. OR sowie zu den Aufgaben der Verwaltung einer Kommanditaktiengesellschaft bzw. Genossenschaft im Allgemeinen statt vieler MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 17 Rz. 32 f. und § 19 Rz. 83 ff.

Anzumerken bleibt, dass eine der Aufgaben dieser Organe grosse Ähnlichkeiten mit der Verwaltung als vermögensbezogene Verrichtung aufweist, nämlich die *Geschäftsführung*, zu welcher der Verwaltungsrat einer AG und die Verwaltung einer Kommanditaktiengesellschaft bzw. einer Genossenschaft dispositiv verpflichtet sind⁵³. Auf die Gemeinsamkeiten zwischen der Geschäftsführung und der in dieser Arbeit zu untersuchenden Vermögensverwaltung gilt es an anderer Stelle noch näher einzugehen⁵⁴. 1.39

b. Mitglieder der Verwaltung und Art der Verwaltung im Stiftungsrecht (Art. 80 ff. ZGB)

Gemäss Art. 81 Abs. 2 ZGB sind bei der Eintragung einer Stiftung in das Handelsregister die «Mitglieder der Verwaltung» zu nennen. Die Verwaltung bezeichnet in dieser Bestimmung – wie im Gesellschaftsrecht – ein *Organ*, nämlich den *Stiftungsrat*⁵⁵; begrifflich klarer gefasst scheint insofern die französische Fassung dieser Bestimmung («membres de la direction»)⁵⁶. Ebenfalls der Stiftungsrat ist bei Art. 89^{bis} Abs. 3 ZGB, wonach die Arbeitnehmer zumindest im Umfang ihrer Beiträge an der Verwaltung der Personalfürsorgestiftung zu beteiligen sind, gemeint⁵⁷. 1.40

Der Stiftungsrat hat (wie die entsprechenden Organe im Gesellschaftsrecht⁵⁸) eine umfassende Rechtsstellung, die mit der Vermögensverwaltung im hier zu untersuchenden Sinn nicht deckungsgleich ist⁵⁹. Zu seinen disposi- 1.41

⁵³ Vgl. Art. 716 Abs. 2, Art. 765 Abs. 1 sowie Art. 898 Abs. 1 OR e contrario.

⁵⁴ Unten Rz. 3.186 ff.

⁵⁵ Siehe statt vieler BK-RIEMER, N. 5 zu Art. 83 ZGB; zur Terminologie vgl. auch BSK-GRÜNINGER, N. 4 zu Art. 83 ZGB, und CR-VEZ, N. 6 zu Art. 83 ZGB.

⁵⁶ Vgl. aber den italienischen Gesetzestext von Art. 81 Abs. 2 ZGB («membri dell' amministrazione»), welcher auch untechnisch den Begriff der Verwaltung verwendet.

⁵⁷ Statt vieler BK-RIEMER, N. 11 zu Art. 89^{bis} ZGB, und BSK-GRÜNINGER, N. 10 zu Art. 89^{bis} ZGB.

⁵⁸ Vgl. oben Rz. 1.38.

⁵⁹ Die *Aufgaben des Stiftungsrats* umfassen beispielsweise die Verwendung bzw. Ausschüttung des Vermögens der Stiftung zur Erfüllung des Stiftungszwecks, die Bezeichnung der Revisionsstelle gemäss Art. 83b Abs. 1 ZGB, aber auch die Geschäftsführung; vgl. zum Ganzen statt vieler BSK-GRÜNINGER, N. 9 ff. und insbesondere N. 10a zu Art. 83 ZGB, sowie CR-VEZ, N. 14 ff. zu Art. 83 ZGB.

tiven Kompetenzen zählt ebenfalls die *Geschäftsführung*⁶⁰, wobei – wie angekündigt⁶¹ – auf die Gemeinsamkeiten zwischen der Geschäftsführung im Allgemeinen und der Vermögensverwaltung noch näher einzugehen sein wird⁶².

1.42 Der Begriff der Verwaltung findet sich im Stiftungsrecht zudem im Wortlaut von Art. 83 ZGB, wonach «die Art der Verwaltung» durch die Stiftungsurkunde festgestellt wird. Damit sind die *Einzelheiten der Organisation* einer Stiftung gemeint (beispielsweise die Kompetenzen der Organe oder die interne Willensbildung)⁶³, also ebenfalls nicht die Vermögensverwaltung.

2. Ort der Verwaltung als subsidiärer Sitz von Vereinen und Stiftungen (Art. 56 ZGB)

1.43 Bei Fehlen eines statutarischen Sitzes befindet sich gemäss Art. 56 Satz 2 ZGB der Sitz der juristischen Person am *Ort der Verwaltung*. Der Anwendungsbereich dieser Bestimmungen beschränkt sich auf Vereine (Art. 60 ff. ZGB) und Stiftungen (Art. 80 ff. ZGB), weil bei den Körperschaften des OR eine Sitzbestimmung zwingender Statuteninhalt ist⁶⁴.

1.44 Der Ort der Verwaltung meint nicht die Vermögensverwaltung als Befugnis oder Pflicht einer Person. Art. 56 ZGB knüpft vielmehr an eine *tatsächliche Gegebenheit* an, nämlich an den physischen Ort, wo die Weisungen erteilt werden bzw. die wesentlichen Tätigkeiten stattfinden⁶⁵. Diese Bestimmung hat somit ebenfalls nicht die Vermögensverwaltung zum Gegenstand.

⁶⁰ Statt vieler BK-RIEMER, N. 5 ff. zu Art. 83 ZGB; BSK-GRÜNINGER, N. 10a zu Art. 83 ZGB, sowie CR-VEZ, N. 16 und N. 20 ff. zu Art. 83 ZGB.

⁶¹ Oben Rz. 1.39.

⁶² Unten Rz. 3.186 ff.

⁶³ Vgl. dazu statt vieler BK-RIEMER, N. 30 zu Art. 83 ZGB, sowie BSK-GRÜNINGER, N. 9 zu Art. 83 ZGB.

⁶⁴ Statt vieler BK-RIEMER, N. 19 zu Art. 56 ZGB, und BSK-HUGUENIN, N. 9 zu Art. 56 ZGB; vgl. CR-XOUDIS, N. 5 zu Art. 56 ZGB.

⁶⁵ Vgl. zum Stand der Lehre und Rechtsprechung in dieser Frage die Übersicht bei BSK-HUGUENIN, N. 9 zu Art. 56 ZGB m.w.H.

§ 4: Der herrschende Begriff der Vermögensverwaltung

1. SIBERS Begriff der Vermögensverwaltung

HEINRICH SIBER (1870–1951)⁶⁶ publizierte 1917 unter dem Titel 1.45
«Das Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen im Deutschen BGB» einen
vielbeachteten Aufsatz in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürger-
lichen Rechts. SIBER vertritt darin die Meinung, dem BGB liege «ein durch-
aus *einheitlicher Begriff der Vermögensverwaltung*» zugrunde⁶⁷, wobei er die
Verwaltungshandlung wie folgt umschreibt:

«*Verwaltungshandlung* ist jedes tatsächliche oder rechtliche
Gebaren mit dem verwalteten Vermögen, das nach typi-
scher Beschaffenheit dazu bestimmt ist, dieses zu erhalten,
zu mehren oder der seinem Zweck entsprechenden Ver-
wendung zuzuführen»⁶⁸.

SIBERS Begriff der Vermögensverwaltung zeichnet sich somit durch die 1.46
folgenden *Tatbestandselemente* aus:

- (1) Verwaltungshandlungen beziehen sich auf Vermögen;
- (2) Verwaltungshandlungen können in tatsächlichem und rechtlichem
Gebaren bestehen; und
- (3) Verwaltungshandlungen sind nach ihrer typischen Beschaffenheit
dazu bestimmt, das verwaltete Vermögen zu erhalten, zu mehren
oder zweckgemäss zu verwenden.

⁶⁶ Zum Leben und Werk HEINRICH SIBERS vgl. den Nachruf von FRANZ WIEACKER
in: HEINRICH MITTEIS (Hrsg.), Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsge-
schichte, Romanistische Abteilung, Band 68, Weimar 1951, S. XIX ff.

⁶⁷ SIBER, Verwaltungsrecht, S. 107 (Hervorhebungen im Original in Sperrschrift).

⁶⁸ SIBER, Verwaltungsrecht, S. 107 (Hervorhebung im Original in Sperrschrift).

2. SIBERS Begriff der Vermögensverwaltung als h.L. im schweizerischen Privatrecht

1.47 Das schweizerische Privatrecht enthält, wie der vorstehende Überblick gezeigt hat⁶⁹, verschiedentlich Bestimmungen über die Verwaltung von Vermögen. Eine *Legaldefinition fehlt* indessen⁷⁰. Auch in der Botschaft zum ZGB und in den Erläuterungen von HUBER finden sich keine Hinweise, was unter Vermögensverwaltung im Allgemeinen zu verstehen ist⁷¹.

1.48 Vor diesem Hintergrund erscheint es nachvollziehbar, dass SIBERS Aufsatz, der im Jahr 1917 – und damit kurz nach Inkrafttreten des ZGB – erschienen ist, auch hierzulande grosse Beachtung erfahren hat. In der schweizerischen *Lehre zum ZGB* schliessen sich jedenfalls die meisten Autoren SIBERS Definition der Verwaltung von Vermögen an. Auf SIBER verweisen namentlich MEIER-HAYOZ⁷², BRUNNER/WICHTERMANN⁷³, KIRCHHOFER⁷⁴, SCHNEIDER⁷⁵, CAVIEZEL⁷⁶, MASANTI-MÜLLER⁷⁷, MARXER KELLER⁷⁸ und STRITTMATTER⁷⁹. Nur vereinzelt wird im Schrifttum ein eigener Vermögensverwaltungsbegriff entwickelt⁸⁰ oder dessen Existenz grundsätzlich negiert⁸¹.

⁶⁹ Oben Rz. 1.14 ff.

⁷⁰ CAVIEZEL, S. 160.

⁷¹ Vgl. Botschaft ZGB, S. 29 ff., S. 36 f., S. 45, ferner S. 56 und S. 85; HUBER, Erläuterungen I, S. 125 f., S. 193 ff., S. 210 f., S. 218 f., S. 228 ff., S. 259 ff., S. 277 f., S. 293 f., S. 300 f., S. 305, S. 310, S. 411, S. 431 f., S. 454, S. 459, sowie DERS., Erläuterungen II, insbesondere S. 70 und S. 158 f.

⁷² BK-MEIER-HAYOZ, N. 2 zu Art. 647 ZGB.

⁷³ BSK-BRUNNER/WICHTERMANN, N. 2 zu Art. 647 ZGB.

⁷⁴ KIRCHHOFER, S. 97.

⁷⁵ SCHNEIDER, S. 90. Freilich findet SCHNEIDER eine positive Umschreibung der Verwaltung zugleich entbehrlich (a.a.O., Fn. 4).

⁷⁶ CAVIEZEL, S. 159, wobei sich dieser Autor dafür ausspricht, den Verwaltungsbegriff im konkreten Normenzusammenhang zu bestimmen (a.a.O., S. 160 f.).

⁷⁷ MASANTI-MÜLLER, S. 64 und S. 117.

⁷⁸ MARXER KELLER, S. 13 f.

⁷⁹ RETO STRITTMATTER, Ausschluss aus Rechtsgemeinschaften, Mit- und Stockwerkeigentümergeinschaft, Kollektiv-, Kommandit- und einfache Gesellschaft, Erbengemeinschaft und Gemeinderschaft, Diss. Zürich 2002, Zürich/Basel/Genf 2002 (ZStP Band 179), S. 62.

⁸⁰ Vgl. J. PICENONI, S. 44 f., und BARBATTI, S. 31 ff. Im Ergebnis vertreten diese Autoren aber eine ganz *ähnliche Auffassung* wie SIBER, zumal sie sich mit dem umfangreichen Schrifttum zur Verwaltung von Vermögen nicht auseinandersetzen.

Die *Rechtsprechung* hat immerhin im Zusammenhang mit der Verwaltung von Stockwerkeigentum auf SIBERS Begriff der Vermögensverwaltung Bezug genommen, wenn auch nur implizit⁸². Ausserdem wird die Vermögensverwaltung in der Botschaft zum Erwachsenenschutzrecht – und somit im *Gesetzgebungsverfahren* – gleich definiert wie schon bei SIBER⁸³. 1.49

SIBERS Begriff der Vermögensverwaltung ist, wie sich aus dem Vorstehenden ergibt, hinsichtlich der Vermögensverwaltungstatbestände des ZGB *herrschend*. Keine Wirkung entfaltete SIBERS Aufsatz dagegen auf die Lehre und Rechtsprechung zur *Vermögensverwaltung im Bankgeschäft* (Art. 394 ff. OR)⁸⁴. 1.50

zen. GOOD, S. 4, verweist hinsichtlich der Definition der Verwaltung schliesslich auf PINTHUS (dazu unten Rz. 1.61 f.).

⁸¹ MÜLLER, S. 20, wobei dem Autor SIBERS Begriff der Vermögensverwaltung nicht bekannt zu sein scheint.

⁸² Vgl. BGE 109 II 423, E. 1.d S. 426: «Nach einer von MEIER-HAYOZ (N. 2 zu Art. 647 ZGB) zitierten und von verschiedenen Autoren übernommenen Definition besteht Verwaltung in Handlungen tatsächlicher oder rechtlicher Natur, die dazu bestimmt sind, das betreffende Rechtsgut zu erhalten, zu mehrern oder einer seinem Zweck entsprechenden Verwendung zuzuführen».

Soweit bekannt, haben sich dieser Begriffsbestimmung auch die kantonalen Gerichte angeschlossen, vgl. etwa die entsprechenden Entscheide zur Verwaltung von Stockwerkeigentum des KGer GR vom 28.10.1997, ZF 97 48, PKG 1997 Nr. 6, S. 45, sowie vom 21.03.1995, SchKG 3/95, PKG 1995 Nr. 36, S. 129.

⁸³ Vgl. Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7046. A.a.O. wird SIBERS Begriff der Vermögensverwaltung rezipiert, ohne den Urheber auszuweisen.

⁸⁴ Die Vermögensverwaltung im Bankwesen wird von der *Lehre* umschrieben als Bewirtschaftung bzw. Betreuung von Vermögen (vgl. unten Rz. 3.36), wobei die Autoren SIBERS Begriff der Vermögensverwaltung nicht zu kennen scheinen; jedenfalls verweisen sie nicht auf diesen.

In der diesbezüglichen *Rechtsprechung* findet sich keine definitorische Erfassung des Vermögensverwaltungsvertrags (vgl. statt aller BGE 132 III 460, E. 4.1 S. 464, in welchem ein Vermögensverwaltungsvertrag als gegeben erachtet wird, ohne dass dessen Tatbestandselemente thematisiert werden).

3. Vermögensverwaltungsbegriff im deutschen und österreichischen Privatrecht (Hinweise)

- 1.51 Im *BGB* wird der Ausdruck «Verwaltung» bzw. «verwalten» über hundert Mal verwendet⁸⁵. Eine Legaldefinition der Vermögensverwaltung findet sich aber auch im *BGB* nicht⁸⁶. Gemäss WALDHERRS Untersuchungen zur ordnungsmässigen Verwaltung stützt sich die Lehre zum *BGB* ebenfalls auf den in der Schweiz herrschenden *Begriff der Vermögensverwaltung von SIBER*⁸⁷.
- 1.52 Indessen fällt auf, dass die deutsche Lehre SIBERS Begriff der Vermögensverwaltung nicht unbesehen übernimmt, sondern *punktuell abändert*: Selbst WALDHERR, der SIBERS Definition der Vermögensverwaltung als richtig erachtet, umschreibt die Verwaltung leicht abweichend als «alle Maßnahmen tatsächlicher und rechtlicher Art [...], die der Erhaltung, Sicherung, Nutzung und Mehrung des jeweils verwalteten Gegenstandes oder Vermögens dienen»⁸⁸. Ähnlich äussert sich z.B. auch LANGHEIN, der die Verwaltung der Bruchteilsgemeinschaft (§ 741 ff. *BGB*) umschreibt als «jede Maßnahme rechtlicher oder tatsächlicher Natur, die der Erhaltung oder Verbesserung des gemeinschaftlichen Gegenstands oder der Ziehung und Verwertung der Früchte und sonstigen Vorteile der Sache dienen soll, soweit sie nicht im unmittelbaren Gebrauch oder Verbrauch der Sache besteht»⁸⁹.
- 1.53 Auch im *ABGB* finden sich verschiedentlich Tatbestände betreffend die Verwaltung von Vermögen⁹⁰, wobei das *ABGB* ebenfalls keine gesetzliche

⁸⁵ Vgl. z.B. § 744 ff. *BGB* (Verwaltung einer Gemeinschaft nach Bruchteilen), § 1364 ff. *BGB* (Verwaltung im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft), § 2038 *BGB* (gemeinschaftliche Verwaltung des Nachlasses) und § 2205 ff. *BGB* (Verwaltung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker).

⁸⁶ Vgl. Staudinger-LANGHEIN, N. 6 zu § 744 *BGB*.

⁸⁷ WALDHERR, S. 31 f. m.w.H.

⁸⁸ WALDHERR, S. 31.

⁸⁹ Staudinger-LANGHEIN, N. 7 zu § 744 *BGB*.

⁹⁰ Vgl. z.B. § 144 ff. *ABGB* (Verwaltung des Kindesvermögens durch die Eltern), § 810 *ABGB* (Verwaltung der Erbschaft durch die Erben vor Einantwortung), sowie § 833 und § 836 ff. *ABGB* (Verwaltung einer gemeinschaftlichen Sache).

Begriffsbestimmung der Vermögensverwaltung kennt. In der österreichischen Lehre wird dabei die Meinung vertreten, die Verwaltung umfasse «alle Maßnahmen zwecks Erhaltung der Sache, deren Verbesserung sowie der Gewinnung und Verwertung von Früchten bzw Erträgen [...]»⁹¹.

Insgesamt scheint in der Lehre zum BGB und ABGB weitgehend Einigkeit zu herrschen, dass die Verwaltung von Vermögen zumindest darin besteht, dieses zu *erhalten* und zu *vermehrten*. Anders als bei SIBER wird die *zweckgemässe Verwendung* von Vermögen wohl aber *nicht* zu den Verwaltungshandlungen gezählt.

1.54

Seit Erscheinen des Aufsatzes von SIBER ist die Thematik in der Literatur zum BGB und ABGB – soweit ersichtlich – *nicht vertieft behandelt* worden. Als nicht ergiebig in Bezug auf den Vermögensverwaltungsbegriff des BGB im Allgemeinen erweist sich insbesondere auch die Dissertation von WALDHERR.

1.55

Da die Vermögensverwaltungstatbestände des BGB teilweise sehr ähnlich formuliert sind wie diejenigen des schweizerischen Privatrechts⁹² und angesichts dessen, dass der in der Schweiz herrschende Begriff der Vermögensverwaltung ursprünglich für das BGB entwickelt wurde⁹³, ist der Schluss naheliegend, dass sich die *Erkenntnisse* der vorliegenden Untersuchung auf die Vermögensverwaltungstatbestände des BGB analog *übertragen* lassen. Möglicherweise gilt Gleiches sogar für diejenigen des ABGB⁹⁴.

1.56

⁹¹ KKB-SAILER, N. 4 zu § 833 ABGB. Ganz ähnlich Schwimann-EGGLMEIER/GRUBER/SPROHAR, N. 7 zu § 833 ABGB: «*Verwaltung* ist jede Maßnahme rechtlicher oder tatsächlicher Natur, die der Erhaltung oder Verbesserung des gemeinschaftlichen Gegenstandes oder der Ziehung und Veräußerung der Früchte dienen soll» (Hervorhebung im Original in Fettschrift). Umfassender dagegen Klang-KLANG Band III, S. 1109, wonach zu den Verwaltungshandlungen «jene Maßregeln [gehören], die in tatsächlicher oder rechtlicher Beziehung eine Änderung des bisherigen Zustandes bewirken».

⁹² Siehe die oben in Fn. 85 angeführten Tatbestände.

⁹³ Vgl. oben Rz. 1.45 ff.

⁹⁴ Zu den Vermögensverwaltungstatbeständen des ABGB (siehe dazu die Beispiele oben in Fn. 90) bestehen ebenfalls, wenngleich in geringerem Ausmass, Ähnlichkeiten.

4. Rechtshistorischer Kontext

1.57 Mit der Verwaltung von Vermögen haben sich bereits die Juristen im *klassischen römischen Recht* befasst, beispielsweise im Zusammenhang mit Entscheidungen betreffend die Verwaltung des Kindesvermögens⁹⁵, des Mündelvermögens⁹⁶ oder der Vermögensverwaltung durch den Procurator⁹⁷.

1.58 Unter rechtshistorischen Gesichtspunkten von besonderer Bedeutung ist das *Allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten* von 1794, weil dieses einen umfassenden, die einzelnen Rechtsgebiete überspannenden Begriff der Verwaltung kennt. Die entsprechenden Regeln finden sich im vierzehnten Titel («Von Erhaltung des Eigenthums und der Rechte») im Abschnitt «Von Verwaltung fremder Sachen und Güter» (§ 109 ff. ALR). Unter der Überschrift «Allgemeine Obliegenheiten eines Verwalters» bestimmt § 110 ALR, dass ein Verwalter «auf die Erhaltung und ordentliche Administration der Sache, Abwendung alles drohenden Schadens, und möglichst vortheilhafte Benutzung derselben» Bedacht zu nehmen habe⁹⁸. Gemäss § 111 ALR ist zudem ein Verwalter ohne «erhebliche Ursachen» nicht befugt, «von der bisherigen Art des Betriebs des ihm aufgetragenen Geschäfts abzuweichen».

1.59 Im Gegensatz zum ALR enthalten die anderen beiden grossen kontinentaleuropäischen Kodifikationen jener Zeit, der französische *Code Civil* von 1804 und das österreichische *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch* von 1812, keine generellen Vorschriften über die Verwaltung von Vermögen⁹⁹. Auch das *Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich* von 1853/1855 kennt keinen allgemeinen Begriff der Vermögensverwaltung. In allen drei Gesetzbüchern finden sich aber – wie im ZGB – einzelfallbezogene Vorschriften¹⁰⁰.

⁹⁵ Vgl. KASER/KNÜTEL, § 60 Rz. 20.

⁹⁶ Vgl. KASER/KNÜTEL, § 62 Rz. 18.

⁹⁷ Vgl. KASER/KNÜTEL, § 44 Rz. 13.

⁹⁸ Siehe dazu etwa CHRISTIAN ULRICH DETLEV VON EGGERS, Lehrbuch des Natur- und allgemeinen Privatrechts und gemeinen Preußischen Rechts, Teil 2, Band I, Berlin 1797, S. 235.

⁹⁹ Gleiches gilt auch für den Codex Maximilianeus Bavaricus civilis.

¹⁰⁰ Zum ABGB siehe die Aufzählung oben in Fn. 90. Vgl. aus dem CCfr (geltende Fassung) beispielsweise Art. 382 ff. CCfr (Verwaltung des Kindesvermögens durch die Eltern), Art. 800 CCfr (Verwaltung des Nachlasses durch die Erben) und Art. 1421 ff. CCfr (Ehegüterrecht); aus dem PGB vgl. etwa § 261 PGB (Verwaltung des Kindesvermögens durch den Vater), § 340 und § 342 lit. b PGB (vor-

Was die *Lehre* zu den vorerwähnten Kodifikationen betrifft, ist an dieser Stelle insbesondere auf FISCHER und ZACHARIÄ VON LINGENTHAL hinzuweisen, welche beide einen eigenständigen Begriff der Vermögensverwaltung zu definieren versucht haben. FISCHER umschreibt die Verwaltung gemäss § 109 ff. ALR als «entgeltliche oder unentgeltliche Besorgung der auf ein Vermögen oder auf bestimmte Vermögensstücke bezüglichen, an sich dem Inhaber des Vermögens obliegenden, Geschäfte jeder Art, thatsächlicher wie rechtlicher Natur». Seiner Ansicht nach kommt dabei neben «der Erhaltung und Aufbewahrung [...] namentlich auch die Nutzbarmachung in einer dem Gegenstände entsprechenden Weise in Betracht»¹⁰¹. Gemäss ZACHARIÄ VON LINGENTHALS Lehrbuch zum französischen Code Civil heisst Verwaltung dagegen «alles das zu thun, was zur Erhaltung, Vermehrung oder Benutzung des Vermögens dienlich oder erforderlich ist»¹⁰². 1.60

Im Zuge des am 1. Januar 1900 in Kraft getretenen *BGB* erschienen mehrere Publikationen betreffend die Verwaltung von Vermögen. Zu nennen sind namentlich die Monographien von HOFFMANN, PINTHUS und FUCHS, welche allesamt noch vor SIBERS Aufsatz zum Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen im *BGB* veröffentlicht worden sind. Von diesen drei Autoren haben HOFFMANN und PINTHUS einen eigenständigen Begriff der Verwaltung entwickelt. 1.61

HOFFMANN definiert den *privatrechtlichen Begriff der Verwaltung des BGB* in seiner 1902 erschienenen Dissertation als «Besorgung eines Angelegenheitenkomplex durch den Willen eines Menschen»¹⁰³. Dagegen unterscheidet PINTHUS in seiner 1909 veröffentlichten Dissertation zum Verwaltungsrecht am fremden Vermögen zwischen der Verwaltung im wirtschaftlichen und im rechtlichen Sinn, wobei er die *Verwaltung im wirtschaftlichen Sinn* umschreibt als «Summe aller Tätigkeiten, die auf die Ordnung der Ver-

mündschaftliche Vermögensverwaltung), sowie § 562 PGB (ordentliche Verwaltung von Miteigentum).

¹⁰¹ FISCHER, S. 456.

¹⁰² ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, Band III, 4. Aufl., S. 428 (ebenso DERS., Band III, 5. Aufl., S. 446; vgl. zu ZACHARIÄ VON LINGENTHALS Lehrbuch zum Code Civil auch unten Fn. 123).

¹⁰³ HOFFMANN, S. 78. Gemäss HOFFMANN handelt es sich hierbei nur um die *Basis des Verwaltungsbegriffs*, weshalb dieser je nach Tatbestand weiter einzuschränken sei (vgl. a.a.O. S. 78 ff.).

mögensangelegenheiten abzielen, mögen sie nun die Erhaltung oder Verwertung der Sachen oder Rechte, die Eingehung oder Tilgung von Verbindlichkeiten, den Gebrauch oder Verbrauch von Sachen oder andere Handlungen zum Gegenstande haben»¹⁰⁴. Der Begriff der *Verwaltung im rechtlichen Sinn* entspricht dabei, so PINTHUS, «dem wirtschaftlichen, insofern er alle rechtlich bedeutsamen Handlungen umfaßt, durch deren Vornahme jene wirtschaftlichen Erfolge [...] erreicht werden können»¹⁰⁵.

1.63 Inwiefern SIBER von den vorerwähnten Publikationen Kenntnis hatte, als er seinen Aufsatz zum Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen im BGB verfasste, konnte anhand der konsultierten Schriften SIBERS *nicht eruiert* werden. Es bleibt daher ungewiss, ob bzw. inwiefern die vorstehende Literatur sein Denken beeinflusst hat.

1.64 Die heute h.L. bezieht sich hinsichtlich des Begriffs der Vermögensverwaltung – wenn überhaupt – auf die entsprechende Definition SIBERS; dessen Umschreibung der Vermögensverwaltung hat sich also durchgesetzt¹⁰⁶. Andere Definitionen, namentlich jene von HOFFMANN und PINTHUS¹⁰⁷, werden nicht rezipiert. Unter *wirkungsgeschichtlichen Gesichtspunkten* sind daher die Ausführungen dieser Autoren zur Vermögensverwaltung *nicht relevant*. Sie erweisen sich zudem für die zu beantwortenden Fragen als wenig aufschlussreich¹⁰⁸, weshalb sie im Folgenden ausser Betracht bleiben. Im *Mittelpunkt der weiteren Untersuchung* steht somit SIBERS Aufsatz zur Verwaltung von fremdem Vermögen und der darin vertretene, heute herrschende Begriff der Vermögensverwaltung.

¹⁰⁴ PINTHUS, S. 18.

¹⁰⁵ PINTHUS, S. 18 f.

¹⁰⁶ Vgl. oben Rz. 1.47 ff. und auch Rz. 1.51 ff.

¹⁰⁷ Vgl. oben Rz. 1.62.

¹⁰⁸ Die Verwaltungsbegriffe dieser beiden Autoren entsprechen nicht demjenigen des ZGB (vgl. zum Ganzen die Untersuchung unten Rz. 3.60 ff.).

§ 5: Gang der weiteren Untersuchung

Im *zweiten Teil* der vorliegenden Arbeit wird der Frage nachgegangen, inwiefern Vermögen Gegenstand der Verwaltung bildet. Um diese Frage beantworten zu können, gilt es sich vorgängig mit dem Begriff des Vermögens einlässlich auseinanderzusetzen. 1.65

Sodann, im *dritten Teil*, werden die Befugnisse und Pflichten des Verwalters fremder Vermögensgegenstände genauer untersucht. Dabei interessiert insbesondere, ob der herrschende Begriff der Vermögensverwaltung die Aufgaben eines Vermögensverwalters korrekt wiedergibt. Dies ist anhand der hier einbezogenen Tatbestände betreffend die Verwaltung von Vermögen nachzuprüfen. Mithin soll also ermittelt werden, ob die Vermögensverwaltung im schweizerischen Privatrecht – entsprechend SIBERS Definition – darin besteht, das betreffende Vermögen zu erhalten, zu mehren oder seinem Zweck entsprechend zu verwenden. 1.66

Gestützt auf die bis dahin gewonnenen Erkenntnisse gilt es im *vierten Teil* die Eigenheiten der Verwaltung eigener Vermögensgegenstände zu thematisieren. Die wichtigsten Ergebnisse der gesamten Untersuchung werden am Schluss, im *fünften Teil*, in Form von Thesen zusammengefasst. 1.67

Teil 2: Privatrechtliches Vermögen als Gegenstand der Verwaltung

Im Folgenden ist auf den Gegenstand der Vermögensverwaltung – Vermögen – näher einzugehen (vgl. § 6).

Der Begriff des Vermögens wird hiernach von zwei Seiten her beleuchtet: Einerseits gilt es, das Verhältnis zwischen dem Vermögen einer Person und ihrer Persönlichkeit zu erörtern (§ 7). Andererseits ist zu prüfen, aus welchen Bestandteilen sich das Vermögen zusammensetzt (§ 8 ff.). Gestützt auf die bis dahin gewonnen Erkenntnisse lässt sich sodann beurteilen, woraus das zu verwaltende Vermögen besteht (§ 11). Die wichtigsten Ergebnisse werden am Schluss zusammengefasst (§ 12).

§ 6: Vorbemerkungen

1. Fragestellung, insbesondere fehlende Legaldefinition des Vermögens

2.01 Gemäss SIBERS Definition – welche die h.L. als richtig erachtet – beziehen sich *Verwaltungshandlungen auf Vermögen*¹⁰⁹. Damit wird die Frage aufgeworfen, was unter «Vermögen» zu verstehen ist. SIBER äussert sich dazu im Kontext seiner Ausführungen zur Vermögensverwaltung nicht¹¹⁰.

2.02 Der Begriff des Vermögens hat in unzählige Bestimmungen des Privatrechts Eingang gefunden. Im ZGB und OR etwa findet sich dieser insgesamt gegen hundert Mal¹¹¹. Es handelt sich hierbei also nicht um ein Spezifikum der Vermögensverwaltung. Entsprechend gilt es im Folgenden, den *Begriff des Vermögens im Allgemeinen* zu untersuchen, bevor erörtert werden kann, inwiefern Vermögen überhaupt Gegenstand der Vermögensverwaltung bildet.

2.03 Obschon der Gesetzgeber den Begriff des Vermögens verhältnismässig häufig verwendet, fehlt es an einer *Legaldefinition*¹¹². Gleich verhält es sich auch im BGB¹¹³. Eine rudimentäre, nicht weiterführende Definition des Vermögens findet sich dagegen in § 353 ABGB («Alles, was jemandem zugehört, [...]»)¹¹⁴.

¹⁰⁹ Siehe zum Ganzen oben Rz. 1.45 ff.

¹¹⁰ Hingegen finden sich bei SIBER, Rechtszwang, S. 93 f., einige Hinweise darauf, von welchem Vermögensbegriff SIBER ausgeht. In dieser Publikation befürwortet er wohl die Auffassung, dass das Vermögen aus *geldwerten Rechten und Pflichten* besteht, wobei er am Erfordernis des Geldwerts zu zweifeln scheint und eine «Nachprüfung des Vermögensbegriffs» von ihm sowieso «nicht beabsichtigt ist» (a.a.O., S. 93).

¹¹¹ Vgl. aus dem ZGB beispielsweise Art. 57, Art. 125 Abs. 2 Ziff. 5, Art. 195, Art. 413, Art. 481, Art. 494 Abs. 2, Art. 639 Abs. 1 und Art. 712l Abs. 1 ZGB. Aus dem OR vgl. etwa Art. 62 Abs. 1, Art. 181, Art. 239 Abs. 1, Art. 330 Abs. 1, Art. 568 Abs. 1, Art. 620 Abs. 1, Art. 745, Art. 868 sowie Art. 957 Abs. 1 OR.

¹¹² CAVIEZEL, S. 20.

¹¹³ Statt vieler LARENZ/WOLF, § 21 Rz. 1.

¹¹⁴ Gemäss der Überschrift von § 353 ABGB wird damit das «Eigentum im objektiven Sinne» umschrieben. Aufgrund des weiten Eigentumsbegriffs des ABGB ist indessen das *Vermögen* gemeint (GSCHNITZER, AT ABGB, S. 444 f.; vgl. KKB-

2. Die beiden zu untersuchenden Themenkomplexe

Für die nachstehende Untersuchung erweist es sich als zweckmässig, den Begriff des Vermögens unter *zwei verschiedenen Gesichtspunkten* zu würdigen: Einerseits ist das Verhältnis zwischen den Rechtssubjekten und ihrem Vermögen zu thematisieren und andererseits soll überprüft werden, aus welchen Gegenständen sich das Vermögen einer Person zusammensetzt. 2.04

In Bezug auf das *Verhältnis zwischen den Rechtssubjekten und ihrem jeweiligen Vermögen* besteht – jedenfalls im Ergebnis – weitgehend Einigkeit, dass das Vermögen einem Aspekt der jeweiligen Persönlichkeit entspricht. Darauf gilt es sogleich in gedrängter Form zurückzukommen¹¹⁵. Strittig ist dagegen, *aus welchen Gegenständen* sich das Vermögen zusammensetzt, weshalb diese Thematik ausführlich zu untersuchen sein wird¹¹⁶. 2.05

Obwohl der Begriff des Vermögens zum Teil kontrovers beurteilt wird, hat dieser in den letzten Jahrzehnten von der Lehre *nur wenig Beachtung* erfahren. Als aufschlussreich erweisen sich in der neueren Zeit hauptsächlich die Untersuchungen von SCHLUEP¹¹⁷, HURNI¹¹⁸ und (in geringerem Mass) NIGGLI¹¹⁹. Die meisten der nachstehend gewonnenen Erkenntnisse gehen indes noch auf Publikationen zurück, die im 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts erschienen sind¹²⁰. 2.06

ECCHER, N. 1 zu § 353 ABGB; ferner Klang-KLANG, Band 3, S. 130 f., sowie Schwimann-KLICKA, N. 1 zu § 353 ABGB).

¹¹⁵ Unten Rz. 2.07 ff.

¹¹⁶ Unten Rz. 2.19 ff.

¹¹⁷ Vgl. SCHLUEP, Rz. 605 ff.

¹¹⁸ Vgl. HURNI, S. 50 ff.

¹¹⁹ Vgl. NIGGLI, Rz. 139 ff.

¹²⁰ Siehe Rz. 2.07 ff. hiernach sowie unten Rz. 2.25 ff. und Rz. 2.60 f.

§ 7: Verhältnis zwischen Rechtssubjekt und Vermögen

1. Rechtshistorischer Kontext

2.07 Im Folgenden wird der erste der beiden hier zu untersuchenden Themenkomplexe behandelt, also das *Verhältnis zwischen den einzelnen Rechtssubjekten*¹²¹ und ihrem jeweiligen Vermögen. Mit dieser Thematik befasste sich die Rechtswissenschaft zur Zeit der historischen Rechtsschule und der Pandektistik vergleichsweise intensiv. Für die heute herrschende Auffassung des Verhältnisses zwischen Rechtssubjekt und Vermögen von Bedeutung sind insbesondere die Arbeiten von KARL SALOMO ZACHARIÄ VON LINGENTHAL (1769¹²²–1843) und FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY (1779–1861).

2.08 ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, Verfasser eines mehrbändigen Handbuchs zum französischen Civilrecht¹²³, widmete sich, soweit ersichtlich, als Erster

¹²¹ Die Begriffe «Person», «Subjekt» bzw. «Rechtssubjekt» und «Rechtsträger» bezeichnen dasselbe, nämlich den *Träger von Rechtsfähigkeit* (zum Ganzen BK-BUCHER, N. 22 ff. zu Art. 11 ZGB).

¹²² Statt vieler <http://www.koeblergerhard.de/Rechtsfakultaeten/Heidelberg1306.htm> (abgerufen am 31.08.2011); unzutreffend Stolleis-BERGFELD, S. 685, wonach ZACHARIÄ VON LINGENTHAL im Jahr 1765 geboren ist.

¹²³ Insgesamt erschien ZACHARIÄ VON LINGENTHALS Handbuch des französischen Civilrechts in *acht Auflagen*. In der ersten Auflage von 1808 finden sich noch keine Hinweise zur Beziehung zwischen Vermögen und Persönlichkeit, weshalb diese für die vorliegende Arbeit nicht herangezogen wird. Von den Folgeauflagen ist in der Schweiz wiederum erst die *vierte Auflage* von 1837 greifbar. Diese enthält bereits eine eingehende *Untersuchung des Verhältnisses von Persönlichkeit und Vermögen*. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL hat sein Werk noch bis zur fünften Auflage (1853), das «die nachgelassenen Zusätze des Verfassers» enthält (so ein Hinweis auf dem Titelblatt), selbst betreut. Die achte und letzte Auflage des von ihm begründeten und danach von CARL CROME fortgeführten Handbuchs erschien 1894/1895.

Das in deutscher Sprache verfasste Handbuch ZACHARIÄ VON LINGENTHALS war die erste methodische und systematische Bearbeitung des französischen Zivilrechts (ZWEIGERT/KÖTZ, S. 101 f.). Ab der vierten Auflage von 1837 wurde es von CHARLES AUBRY und FRÉDÉRIC CHARLES RAU *ins Französische übersetzt*, wobei sich die Bearbeitung von AUBRY und RAU im Laufe der Zeit zunehmend vom deutschsprachigen Vorbild löste (siehe zum Ganzen auch Stolleis-MOTTE, S. 47). In der französischen Rechtswissenschaft gilt der Cours de droit civil fran-

der Frage, wie sich das Vermögen einer Person zu ihrer Persönlichkeit verhält. In der vierten Auflage des Handbuchs von 1837 stellte er bereits fest, dass «eine und dieselbe Person *nicht mehr als ein* Vermögen besitzen [kann], es wäre denn, dass die Gesetze einem und demselben Individuo eine mehrfache Persönlichkeit beileigten oder dass sie von dem Vermögen einer Person gewisse Güter gleich als ein für sich bestehendes Vermögen [...] zu sondern gestatten»¹²⁴. Das Vermögen, so ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, «ist nicht selbst ein äusserer Gegenstand, sondern nur *die Idee der rechtlichen Einheit* aller der Gegenstände, die einer bestimmten Person gehören oder die Persönlichkeit des Menschen selbst in ihrer Beziehung auf die äusseren Gegenstände seiner Rechte»¹²⁵. Es besteht «so lange ihm die Eigenschaft der Persönlichkeit zukommt [...]»¹²⁶.

Kurz darauf, im Jahre 1840, äusserte sich VON SAVIGNY in seinem System des heutigen Römischen Rechts ganz ähnlich wie ZACHARIÄ VON LINGENTHAL¹²⁷. VON SAVIGNY bezeichnet darin das Vermögen als «*Attribut*»¹²⁸ einer Person. Des Weiteren vertritt er die Ansicht, dass «die *Einheit*, die wir ihm [sc. dem individuellen Vermögen] zuschreiben, [...] in der Person des Inhabers» gründet¹²⁹.

Die Auffassung ZACHARIÄ VON LINGENTHALS und VON SAVIGNYS, wonach das Vermögen ein *untrennbarer Teil der Persönlichkeit* eines Subjekts bildet, hat – wie die nachstehenden Ausführungen belegen¹³⁰ – ihre Gültigkeit bis heute behalten. Bedauerlicherweise lässt sich aber nicht mehr eruieren,

2.09

2.10

çais von AUBRY/RAU heute als bedeutendstes Rechtsbuch zum Code civil des 19. Jahrhunderts (ZWEIGERT/KÖTZ, S. 102).

¹²⁴ ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, Band III, 4. Aufl., S. 423 (Kursivschrift hinzugefügt).

¹²⁵ ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, Band III, 4. Aufl., S. 423 (Hervorhebungen im Original in Sperrschrift).

¹²⁶ ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, Band III, 4. Aufl., S. 427.

¹²⁷ Ob VON SAVIGNY das Handbuch ZACHARIÄ VON LINGENTHALS kannte, lässt sich zumindest anhand seiner Ausführungen zum Vermögensrecht (siehe VON SAVIGNY, System I, S. 367 ff.) nicht erschliessen.

¹²⁸ VON SAVIGNY, System I, S. 380 (Kursivschrift hinzugefügt).

¹²⁹ VON SAVIGNY, System I, S. 378 (Kursivschrift hinzugefügt).

¹³⁰ Rz. 2.11 f. hiernach.

inwiefern ihre diesbezüglichen Untersuchungen durch die hiesige Lehre *rezipiert* wurden¹³¹. Hinsichtlich der herausragenden Publikation ZACHARIÄ VON LINGENTHALS zum französischen Code civil gilt es zu bedenken, dass der Code civil, eingedeutscht, zu jener Zeit namentlich auch in Teilen des heutigen Deutschlands und der Schweiz anwendbar war¹³² und ZACHARIÄ VON LINGENTHAL alle Auflagen seines Handbuchs in deutscher Sprache publizierte¹³³. Daher wird dieses wohl auch auf die deutschsprachige Rechtswissenschaft eine gewisse Wirkung entfaltet haben.

2. Herrschende Lehre

2.11 Auch wenn sich die Vertreter der h.L. (mit Ausnahme von HURNI¹³⁴) in ihren Ausführungen zum Verhältnis zwischen Rechtssubjekt und Vermögen nicht ausdrücklich auf die Schriften ZACHARIÄ VON LINGENTHALS und VON SAVIGNYS berufen, besteht doch im Ergebnis Einigkeit, dass das Vermögen einer Person mit deren *Persönlichkeit untrennbar verbunden* ist und jede Person ein *einziges, einheitliches Vermögen* hat¹³⁵. Stellvertretend für

¹³¹ Einzig HURNI bezieht sich im vorliegenden Zusammenhang auf diese beiden Autoren (siehe Rz. 2.11 hiernach).

¹³² ZWEIFERT/KÖTZ, S. 101 f. Im Rheinland und in Baden – also auch in Heidelberg, wo ZACHARIÄ VON LINGENTHAL lehrte (Stolleis-BERGFELD, S. 685) – war der Code civil, welcher zum Teil auch als Code Napoléon bezeichnet wurde, fast 100 Jahre lang in Kraft.

¹³³ Siehe auch oben Fn. 123.

¹³⁴ Vgl. HURNI, S. 51 ff.

¹³⁵ Vgl. insbesondere ENGEL, S. 38; HURNI, S. 56 f.; REY, Grundriss I, Rz. 131 ff., und zudem beispielsweise BK-BUCHER, N. 12 zu Art. 11 ZGB; DERS., OR AT, Fn. 138 auf S. 690; BK-MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil, N. 151 und N. 153; ZK-HAAB, N. 49 der Einleitung vor Art. 641 ff. ZGB; BSK-WIEGAND, N. 35 der Vorbem. zu Art. 641 ff. ZGB; CAVIEZEL, S. 20; MARXER KELLER, S. 17; HUWILER, Errungenschaftsbeteiligung, S. 72 (der sich in Fn. 30 hinsichtlich der *Zusammensetzung* des Vermögens auf VON SAVIGNY beruft, vgl. zum Ganzen unten Rz. 2.19 ff.); STEINAUER, droits réels I, Rz. 84; siehe ferner BARBATTI, S. 17, sowie BRETTON-CHEVALLIER, Fn. 157 auf S. 70.

Vgl. aus der Literatur zum *BGB* statt vieler VON TUHR, AT BGB I, S. 320 ff., und LARENZ/WOLF, § 21 Rz. 3, sowie aus dem Schrifttum zum *ABGB* GSCHNITZER, AT ABGB, S. 444.

alle Autoren sei hier auf die Ausführungen ENGELS verwiesen: «Chaque sujet de droit détient un patrimoine [...]»¹³⁶ bzw. «[c]haque personne n'en a qu'un [sc. patrimoine]»¹³⁷. Aber auch schon VON TUHR vertritt beispielsweise die Auffassung, dass das Vermögen durch das Subjekt zu einer Einheit zusammengefasst wird («ein Subjekt, ein Vermögen»)¹³⁸.

Zu ergänzen gilt es zweierlei: Nicht nur *natürliche Personen*, sondern schlechterdings jedes Rechtssubjekt hat – als Ausfluss der Rechtspersönlichkeit – ein Vermögen, also auch *juristische Personen*¹³⁹. Zudem kann dieses eine Vermögen einer Person *nicht geteilt* werden, wie überhaupt die Persönlichkeit unteilbar ist¹⁴⁰. Entsprechend umfasst das Vermögen einer Person alle ihr zugeordneten Vermögensgegenstände¹⁴¹, wobei auf die umstrittene Frage, aus welchen Gegenständen sich das Vermögen zusammensetzt, erst noch zurückzukommen ist¹⁴². Werden einer Person von der Rechtsordnung keine Vermögensgegenstände zugeteilt, hat diese gleichwohl ein Vermögen, welches aber – untechnisch gesprochen – leer ist. An der Unteilbarkeit des Vermögens als Gesamtheit ändert auch nichts, dass im Vermögen einer Person zuweilen Sondervermögen bestehen¹⁴³.

2.12

¹³⁶ ENGEL, S. 37.

¹³⁷ ENGEL, S. 38.

¹³⁸ VON TUHR, AT BGB I, S. 320.

¹³⁹ Zur Vermögensfähigkeit juristischer Personen vgl. statt vieler BK-BUCHER, N. 13 zu Art. 11 ZGB.

¹⁴⁰ So schon ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, Band III, 4. Aufl., S. 425 f. GLM. HURNI, S. 52.

¹⁴¹ Vgl. HURNI, S. 56, sowie ferner statt vieler ENGEL, S. 36, und BSK-WIEGAND, N. 35 der Vorbem. zu Art. 641 ff. ZGB.

¹⁴² Zum Ganzen unten Rz. 2.19 ff.

¹⁴³ Unten Rz. 2.18.

3. Konsequenzen dieser Auffassung

- 2.13 Wird das Vermögen einer Person als Teil ihrer Persönlichkeit aufgefasst, so ergeben sich daraus die folgenden *Konsequenzen*:
- 2.14 – Am *Vermögen* als Ganzes besteht, da es sich um einen Aspekt der Persönlichkeit handelt, *kein Recht*¹⁴⁴. Das Vermögen bildet *keinen Gegenstand des Rechtsverkehrs*¹⁴⁵. Über das Vermögen als solches kann insbesondere *nicht verfügt* werden¹⁴⁶.
- 2.15 – Das Vermögen als Teil jeder Persönlichkeit ist *an die Existenz der entsprechenden natürlichen oder juristischen Person gebunden*, weshalb Vermögens- und Rechtsfähigkeit zusammenfallen¹⁴⁷. Auch im Zuge einer Zwangsvollstreckung verliert eine Person ihr Vermögen nicht, sondern nur gewisse, diesem inhärente Bestandteile¹⁴⁸. Das Vermögen weist insofern eine mehr oder weniger weitgehende Kontinuität auf¹⁴⁹. Nach dem Ableben bilden die Vermögensgegenstände des Verstorbenen – der Nachlass – im (einzig) Vermögen der Erben ein Sondervermögen¹⁵⁰.

¹⁴⁴ ZK-HAAB, N. 49 der Einleitung vor Art. 641 ff. ZGB; BK-MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil, N. 154; STEINAUER, droits réels I, Rz. 86; REY, Grundriss I, Rz. 133, sowie HURNI, S. 75; ebenso schon VON TUHR, AT BGB I, S. 328 f.

¹⁴⁵ Vgl. BK-MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil, N. 152; HURNI, S. 75, sowie ferner REY, Grundriss I, Rz. 133.

¹⁴⁶ LARENZ/WOLF, § 21 Rz. 19 ff. Zum Begriff der Verfügung siehe unten Rz. 2.29.

¹⁴⁷ Statt vieler BK-BUCHER, N. 12 f. und N. 52 f. zu Art. 11 ZGB.

¹⁴⁸ Zudem dürfen *nicht alle Vermögensgegenstände* verwertet werden, vgl. insbesondere Art. 92 und Art. 224 SchKG (Kompetenzstücke). Im Falle einer Konkurseröffnung über eine *juristische Person* wird diese von Gesetzes wegen *aufgelöst* (vgl. für die AG Art. 736 Ziff. 3 OR), wobei das Vermögen bzw. die Vermögensfähigkeit erst mit deren Löschung aus dem Handelsregister endet (also zusammen mit der Rechtspersönlichkeit der betreffenden juristischen Person).

¹⁴⁹ Vgl. VON TUHR, AT BGB I, S. 321 f.; ferner HURNI, S. 72 und S. 75 f. Da Personen nur ein Vermögen haben, solange sie rechtsfähig sind, besteht keine Kontinuität in *persönlicher Hinsicht*.

¹⁵⁰ Vgl. WIDMER, S. 22; ZK-ESCHER/ESCHER, N. 67 zu Art. 602 ZGB, sowie BK-TUOR/PICENONI, N. 7 der Vorbem. vor Art. 602 ZGB; a.M. SPR IV/2-PIOTET, S. 649. Zum Begriff des Sondervermögens siehe unten Rz. 2.17 ff.

- Weil jede Person während der Dauer ihrer Existenz ein einziges Vermögen hat, bleibt dieses als *Einheit* identisch, auch wenn sich dessen Bestand laufend verändert¹⁵¹. 2.16

4. Sondervermögen (Hinweise)

Nach h.L. bestehen Sondervermögen, wo es «die *Rechtsordnung* zulässt oder geradezu anordnet, dass Rechte zu einem bestimmten Zweck vom allgemeinen Vermögen ausgeschieden und *in gewisser Hinsicht besonders behandelt* werden»¹⁵². Eine gesetzliche Sonderbehandlung liegt beispielsweise dann vor, wenn hinsichtlich der Haftung oder der Verwaltung auf gewisse Gegenstände eines Vermögens andere Vorschriften anwendbar sind als auf die restlichen Gegenstände des Vermögens¹⁵³. Ein Sondervermögen kann nur im Rahmen der *gesetzlichen Ordnung* geschaffen werden (*Numerus clausus*), weshalb eine privatautonome Begründung zu beliebigen Zwecken nicht möglich ist¹⁵⁴. 2.17

¹⁵¹ Siehe dazu VON TUHR, AT BGB I, S. 321: «[A]lles, was das Subjekt im Lauf seiner Existenz (der Mensch während seines Lebens, die juristische Person während ihres Bestandes) erwirbt, bildet eine den Wechsel der Zeiten überdauernde Einheit. Einzelne Rechte können aus dem Vermögen ausscheiden, andere hinzutreten, sodaß schließlich keines von den ursprünglichen Vermögensstücken mehr vorhanden ist; nichtsdestoweniger bleibt die Identität des Vermögens bestehen». Vgl. auch ENGEL, S. 37.

¹⁵² BK-MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil, N. 156 (Kursivschrift hinzugefügt), zustimmend REY, Grundriss I, Rz. 135, und HURNI, S. 73 m.w.H.; gl.M. statt vieler BSK-WIEGAND, N. 35 der Vorbem. zu Art. 641 ff. ZGB; STEINAUER, droits réels I, Rz. 88, sowie ENGEL, S. 38; ebenso schon VON TUHR, AT BGB I, S. 331 f.

Betreffend die Dogmatik des Sondervermögens kann auf MARTIN EGGEL (Universität Bern) verwiesen werden, der sich in seiner demnächst erscheinenden Dissertation einlässlich damit auseinandersetzt.

¹⁵³ BK-MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil, N. 157; gl.M. BSK-WIEGAND, N. 35 der Vorbem. zu Art. 641 ff. ZGB; HURNI, S. 73 (m.w.H.), sowie REY, Grundriss I, Rz. 135; vgl. auch STEINAUER, droits réels I, Rz. 89, und ENGEL, S. 38 f.

¹⁵⁴ BK-MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil, N. 153 und N. 156; gl.M. HURNI, S. 73; ebenso schon VON TUHR, AT BGB I, S. 320 f.

Zu den einzelnen gesetzlichen Sondervermögen vgl. auch die Übersicht bei BK-MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil, N. 156, und zur privatautonomen Überführung von Vermögensgegenständen ins Sonder- bzw. Hauptvermögen VON TUHR, AT BGB I, S. 335 ff.

- 2.18 Auf die Gegenstände des Sondervermögens finden somit mehrere Normkomplexe Anwendung: einerseits die *allgemeinen Regeln*, welche für das Vermögen als Ganzes gelten, und andererseits *besondere Bestimmungen*, die das Sondervermögen – nicht aber das Vermögen als Ganzes – betreffen¹⁵⁵. Im Ehegüterrecht (Art. 181 ff. ZGB) beispielsweise sind auf die verschiedenen Vermögensmassen (Eigengut, Errungenschaft, Gesamtgut) sowohl allgemeine Vorschriften anwendbar, die für alle Vermögensgegenstände der Ehegatten gelten¹⁵⁶, als auch (je nach Vermögensmasse) besondere Rechtsregeln¹⁵⁷. Selbst bei Bestehen von Sondervermögen hat jede Person aber nur *ein einziges Vermögen*¹⁵⁸.

§ 8: Zusammensetzung des Vermögens

1. Allgemeines

- 2.19 Die Lehre ist sich zwar weitgehend einig, dass jede Person ein einziges Vermögen hat, welches einen Aspekt der Persönlichkeit bildet und daher unverfügbar ist¹⁵⁹. Kontrovers diskutiert wird dagegen, was zu diesem einen Vermögen jeder Person zählt. Die *Zusammensetzung* des Vermögens (oder was gleichbedeutend ist: dessen Inhalt, Bestandteile oder Gegenstände) soll daher im Folgenden umfassend untersucht werden. Dreh- und Angelpunkt der Debatte bildet dabei die Frage, aus welchen *Rechten* (bzw. *Aktiven*) das Vermögen besteht, ob gegebenenfalls auch *Pflichten* (bzw. *Passiven*) dazu zählen und inwiefern der *Geldwert* die Zugehörigkeit eines Gegenstands zum Vermögen beeinflusst.

¹⁵⁵ HURNI, S. 73 m.w.H.

¹⁵⁶ So richtet sich beispielsweise die Überlassung der Vermögensverwaltung unter Ehegatten *unabhängig vom Güterstand bzw. den einzelnen Gütermassen* nach Art. 195 ZGB (oben Rz. 1.16).

¹⁵⁷ Zu denken ist beispielsweise an die besonderen Bestimmungen bei der Gütergemeinschaft (Art. 221 ff. ZGB) hinsichtlich der Verwaltung des *Gesamtguts* (Art. 227 f. ZGB) bzw. *Eigenguts* (Art. 231 ZGB); vgl. dazu unten insbesondere Rz. 3.216 ff. sowie Rz. 4.08 f.

¹⁵⁸ Oben Rz. 2.11 f. Im Verhältnis zum Vermögen einer Person sind Sondervermögen, wie ENGEL, S. 38, es ausdrückt, «des subdivisions ou des rubriques».

¹⁵⁹ Oben Rz. 2.11 ff. (insbesondere Rz. 2.14).

Wie sich der umfassenden Zusammenstellung verschiedener Quellen bei BIRKMEYER entnehmen lässt, war bereits zur Zeit der *historischen Rechtsschule* bzw. *Pandektistik* umstritten, welche Gegenstände zum Vermögen zählen¹⁶⁰. Überhaupt scheint sich die Lehre hinsichtlich der Bestandteile des Vermögens seit jeher uneinig zu sein¹⁶¹. Entsprechend vertritt BUCHER die Meinung, das Vermögen sei «kein Begriff der traditionellen Privatrechtsdogmatik, daher mehrdeutig und weiterer Untersuchung bedürftig»¹⁶². In der Tat wird sich in der nachfolgenden Untersuchung zeigen, dass der Begriff des Vermögens – je nach Tatbestand – unterschiedliche Bedeutungen aufweisen kann. 2.20

2. Überblick zum heutigen Meinungsstand

Einer der Gründe, weshalb in der schweizerischen Lehre strittig ist, aus welchen Gegenständen das Vermögen einer Person besteht, dürfte darin zu erblicken sein, dass der Begriff des Vermögens verhältnismässig häufig in Erscheinung tritt¹⁶³. Vereinzelt wird deshalb sogar die Existenz eines *einheitlichen Vermögensbegriffs* negiert¹⁶⁴. 2.21

Für die meisten Autoren steht indessen nicht in Frage, dass dem schweizerischen Privatrecht ein einheitlicher Begriff des Vermögens zugrunde liegt. Unter diesen besteht Einigkeit, dass alle Bestandteile des Vermögens einen *Geldwert* aufweisen¹⁶⁵. Im Übrigen gehen die Meinungen aber auseinander: Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, das Vermögen einer Person beste- 2.22

¹⁶⁰ Vgl. BIRKMEYER, S. 167 ff. m.w.H.

¹⁶¹ Vgl. zu unterschiedlichen Epochen der Rechtswissenschaft die bei BIRKMEYER, S. 129 ff. und S. 159 ff., abgedruckten Quellenzitate verschiedenster Autoren.

¹⁶² BUCHER, OR AT, Fn. 138 auf S. 690 (Kursivschrift hinzugefügt). Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Vermögen und Person schliesst sich aber auch BUCHER der h.L., wonach jede Person ein einziges Vermögen hat, an (vgl. oben Rz. 2.11).

¹⁶³ Siehe auch oben Rz. 2.02.

¹⁶⁴ So CAVIEZEL, S. 21, und BARBATTI, S. 17.

¹⁶⁵ Statt vieler BK-MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil, N. 151; BK-BUCHER, N. 12 zu Art. 11 ZGB; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 9 zu Art. 195 ZGB; BSK-GULER, N. 7 zu Art. 413 ZGB; ENGEL, S. 36 und S. 38; REY, Grundriss I, Rz. 131; STEINAUER, droits réels I, Rz. 84; HUWILER, Errungenschaftsbeteiligung, S. 71 f., sowie MARXER KELLER, S. 17. Ebenso für das BGB VON TUHR, AT BGB I, S. 314 ff., und LARENZ/WOLF, § 21 Rz. 8 ff.

he aus ihren *Aktiven und Passiven*¹⁶⁶ bzw. es sei die Summe aller *Aktiven (Rechte) und der darauf lastenden Verbindlichkeiten*¹⁶⁷. Ein weiterer Teil der Autoren ist dagegen der Meinung, das Vermögen umfasse keine Verpflichtungen, sondern nur *subjektive Rechte*¹⁶⁸ bzw. *Aktiven* bestehend aus subjektiven Rechten¹⁶⁹.

2.23 Einen anderen Ansatz wählt HURNI, der das Vermögen umschreibt als Inbegriff aller *Rechte, Schulden und Schuldverhältnisse* einer Person, die einen (positiven oder negativen) *Geldwert* haben und *verfügbar* sind¹⁷⁰. Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangte zuvor bereits SOHM, der in seinen Untersuchungen zum deutschen Recht die Meinung vertritt, das typische Merkmal aller Vermögensrechte bestehe darin, dass diese *Verfügungsgeschäften* zugänglich sind¹⁷¹. Der Meinung SOHMS hat sich in der schweizerischen Lehre M. REY ausdrücklich angeschlossen¹⁷². Ein nochmals etwas anderes Konzept entwickelte ferner SCHLUEP, der die Auffassung vertritt, alle *Vermögensrechte* seien grundsätzlich *übertragbar, verzichtbar* und *vererblich*¹⁷³.

¹⁶⁶ ENGEL, S. 37; BK-SCHNYDER/MURER, N. 19 zu Art. 393 ZGB, sowie BACHMANN, S. 121.

¹⁶⁷ BK-MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil, N. 151 m.w.H.; STEINAUER, droits réels I, Rz. 84 f.; gl.M. wohl auch SCHUMACHER, S. 6. BSK-GULER, N. 7 zu Art. 413 ZGB, vertritt bezüglich des Mündelvermögens dagegen die Auffassung, es bestehe aus *geldwerten Rechten und Pflichten*.

¹⁶⁸ BK-BUCHER, N. 12 zu Art. 11 ZGB; BSK-WIEGAND, N. 35 der Vorbem. zu Art. 641 ff. ZGB; vgl. MARXER KELLER, S. 17, hinsichtlich des Kindesvermögens, und ferner BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 9 zu Art. 195 ZGB.

¹⁶⁹ VON TUHR, AT BGB I, S. 318 und S. 322; HUWILER, Errungenschaftsbeteiligung, S. 71 f., sowie VON TUHR/PETER, AT OR I/1, S. 9 (insbesondere Fn. 2, vgl. a.a.O. aber auch S. 20). LARENZ/WOLF, § 21 Rz. 3 ff., Rz. 12 ff. und Rz. 17 f. unterscheiden zwischen verschiedenen Zusammensetzungen des Vermögens, wobei «aus zivilrechtlicher Sicht das Vermögen im haftungsrechtlichen Sinn» gemeint sei, bestehend aus Rechten (Aktivvermögen), nicht aber Verbindlichkeiten (a.a.O., Rz. 3, Fettschrift entfernt).

¹⁷⁰ Zum Ganzen unten Rz. 2.31.

¹⁷¹ Zum Ganzen unten Rz. 2.25 ff.

¹⁷² M. REY, S. 30.

¹⁷³ Zum Ganzen unten Rz. 2.32 ff.

Die Theorie von SOHM, deren Ausprägung bei HURNI und die Erkenntnisse von SCHLUEP erweisen sich als *grundlegend für das Verständnis des Vermögens*, weshalb es geboten ist, ihre Positionen im Folgenden kurz zu erläutern und zu vergleichen. Alsdann gilt es, diese weiterzuentwickeln und das bis dahin gewonnene Konzept des Vermögens mit Beispielen zu illustrieren. 2.24

3. Die Theorien von SOHM und von SCHLUEP zur Zusammensetzung des Vermögens

a. Die Theorie von SOHM und deren Ausprägung bei HURNI

Im Zuge seiner bekannten Studien zum Gegenstandsbegriff¹⁷⁴, die in den Jahren 1905 bis 1908 erschienen sind, hat sich RUDOLPH SOHM (1841–1917) auch mit dem *Vermögensbegriff des BGB* beschäftigt und dabei tiefgreifende Zusammenhänge zwischen den Bestandteilen des Vermögens und den Verfügungsgeschäften aufgedeckt. 2.25

Mit Blick auf sein Konzept des Vermögens geht SOHM vom *Axiom* aus, dass das «ganze System des Privatrechts [...] auf dem Gegensatz der Rechte von personenrechtlicher und der Rechte von vermögensrechtlicher Natur» beruht¹⁷⁵. Er unterscheidet also zwischen Personen- und Vermögensrechten. 2.26

Zu den *Vermögensrechten* zählen gemäss SOHM sämtliche Rechte, über die *verfügt* werden kann: «Alle Vermögensrechte und nur die Vermögensrechte sind [...] Gegenstände des Verfügungsgeschäftlichen Verkehrs»¹⁷⁶. Die Vermögensrechte entsprechen daher den verkehrsfähigen Privatrechten¹⁷⁷. Auch Rechte, über die im Einzelfall – insbesondere aufgrund eines privat- oder öffentlich-rechtlichen Veräusserungsverbots – nicht verfügt werden kann, zählen gegebenenfalls zu den Vermögensrechten, denn «[e]s genügt zur Begründung der vermögensrechtlichen Natur», dass ein Recht «seiner Art 2.27

¹⁷⁴ Diese umfassen SOHMS Monographie Gegenstand I aus dem Jahr 1905 sowie seine beiden Aufsätze Vermögensrecht (1906) und Gegenstand II (1908).

¹⁷⁵ SOHM, Vermögensrecht, S. 179.

¹⁷⁶ SOHM, Gegenstand II, S. 392; vgl. schon DERS., Gegenstand I, S. 22 f., sowie DERS., Vermögensrecht, S. 184 f. und S. 187.

¹⁷⁷ SOHM, Gegenstand I, S. 22; vgl. DERS. Vermögensrecht, S. 187.

nach» verfügbar ist¹⁷⁸. So ist das Eigentum «immer ein Vermögensrecht, auch das Eigentum an unveräußerlichen Sachen»¹⁷⁹.

2.28 Dagegen entspringen *Personenrechte*, so SOHM, «einer bestimmten Eigenschaft einer Person und sind dazu da, diese Eigenschaft als solche geltend zu machen. In ihnen verwirklicht sich ein rechtlicher Zustand (Status) der Person und damit unmittelbar die Persönlichkeit selber [...]»¹⁸⁰. Personenrechte «können durch Verfügungsgeschäft weder begründet noch übertragen werden»¹⁸¹. Sie sind die «verkehrsunfähigen Privatrechte»¹⁸².

2.29 Die *Verfügung* – auf welcher die Abgrenzung zwischen Vermögens- und Personenrechten beruht – definiert SOHM als «ein die Rechtslage [...] eines bestimmten Gegenstandes unmittelbar änderndes Rechtsgeschäft»¹⁸³. Diese Begriffsbestimmung ist heute in der Lehre *herrschend*¹⁸⁴. Dabei besteht weitgehend Einigkeit, dass eine unmittelbare Änderung der Rechtslage, wie sie den Verfügungsgeschäften eigen ist¹⁸⁵, insbesondere durch eine Veräusserung, Belastung, Änderung des Rechtsinhalts oder durch einen Verzicht herbeigeführt werden kann¹⁸⁶.

¹⁷⁸ SOHM, Vermögensrecht, S. 188.

¹⁷⁹ SOHM, Vermögensrecht, S. 188 (Sperrschrift entfernt).

¹⁸⁰ SOHM, Vermögensrecht, S. 185 (Sperrschrift entfernt).

¹⁸¹ SOHM, Gegenstand I, S. 22.

¹⁸² SOHM, Gegenstand I, S. 22.

¹⁸³ SOHM, Gegenstand I, S. 7; ebenso DERS., Vermögensrecht, S. 202.

¹⁸⁴ Vgl. statt vieler VON TUHR/PETER, AT OR I/1, S. 194 («jedes Rechtsgeschäft, durch welches ein Recht oder ein Rechtsverhältnis unmittelbar betroffen wird»); BUCHER, Normsetzungsbefugnis, S. 76; DERS., OR AT, S. 42; BSK-WIEGAND, N. 71 der Vorbem. zu Art. 641 ff. ZGB; vgl. auch ENGEL, S. 145, und SCHWENZER, Rz. 3.33, sowie ferner VAN DE SANDT, insbesondere Rz. 70 ff.

Zum BGB vgl. statt vieler VON TUHR, AT BGB II/1, S. 238; LARENZ/WOLF, § 23 Rz. 35 ff.; SELIGSOHN, S. 22, sowie zum ABGB GSCHNITZER, AT ABGB, S. 483.

¹⁸⁵ Die *Unmittelbarkeit der Einwirkung* auf den Bestand eines subjektiven Rechts bzw. eines Rechtsverhältnisses entscheidet darüber, ob ein Rechtsgeschäft zu den Verfügungs- oder zu den Verpflichtungsgeschäften zählt, wobei Letztere bestehende Rechte normalerweise nicht unmittelbar betreffen (vgl. SELIGSOHN, S. 34 ff.).

¹⁸⁶ Vgl. statt vieler VON TUHR/PETER, AT OR I/1, S. 194; SCHWENZER, Rz. 3.33; ENGEL, S. 145; zum BGB VON TUHR, AT BGB II/1, S. 238 m.w.H.; LARENZ/WOLF, § 23 Rz. 36, sowie zum ABGB GSCHNITZER, AT ABGB, S. 483.

Zwar besitzen die Vermögensrechte gemäss SOHM «regelmäßig Verkehrswert, d. h. Vermögenswert»¹⁸⁷. Indessen erachtet er den *Geldwert* nicht als charakteristisch für die Vermögensrechte: «Dass die übliche Gleichsetzung der Vermögensrechte mit den geldwerten Rechten falsch ist, liegt auf der Hand. Geldwert, Vermögenswert, wirtschaftlicher Wert ist für das Dasein eines Vermögensrechts weder notwendig noch genügend. Es gibt zweifellos Vermögensrechte ohne jeden wirtschaftlichen Wert»¹⁸⁸. 2.30

SOHMS Konzept wird insbesondere von HURNI rezipiert¹⁸⁹. Gemäss HURNI zählen zu den Vermögensgegenständen im Wesentlichen alle *Rechte, Schulden und Schuldverhältnisse*, soweit diese einen (positiven oder negativen) *Geldwert* aufweisen und über sie *verfügt* werden kann¹⁹⁰. HURNI erblickt also wie SOHM in der Verfügbarkeit das gemeinsame Merkmal der Bestandteile des Vermögens, wobei auch Schulden und Schuldverhältnisse als den Verfügungsgeschäften zugänglich erachtet werden. Im Gegensatz zur Theorie von SOHM¹⁹¹ umfasst das Vermögen gemäss HURNI aber nur Gegenstände, die einen Geldwert haben. 2.31

¹⁸⁷ SOHM, Vermögensrecht, S. 187.

¹⁸⁸ SOHM, Vermögensrecht, S. 180; vgl. auch DERS., Gegenstand II, S. 374 f.

¹⁸⁹ HURNI bezieht sich in seinen Ausführungen zu den Vermögensgegenständen (a.a.O., S. 62 ff.) nicht ausdrücklich auf SOHM; indessen ergibt sich aus seinem Literaturverzeichnis (a.a.O., S. XXXIV) und seinen Ausführungen zum Gegenstandsbegriff (a.a.O., S. 59), dass ihm die Monographie SOHMS zum Gegenstand – und somit auch die darin enthaltenen Ausführungen zur Zusammensetzung des Vermögens – bekannt ist.

In der Lehre zum schweizerischen Privatrecht übernimmt, soweit ersichtlich, nur M. REY das Konzept von SOHM ausdrücklich (oben Rz. 2.23). SOHMS Vermögensbegriff ist zudem BK-MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil, N. 220, bekannt, wobei aber a.a.O. nicht weiter zu diesem Stellung genommen wird.

¹⁹⁰ Vgl. HURNI, S. 57 ff. und insbesondere S. 62 ff.; siehe a.a.O. auch S. 64 ff. zur Frage, ob *immaterielle Werte* zum Vermögen zählen.

¹⁹¹ Rz. 2.30 hiervor.

b. Die Theorie von SCHLUEP

2.32 SCHLUEP geht wie SOHM¹⁹² davon aus, dass sich alle subjektiven privaten Rechte in *Persönlichkeits- und Vermögensrechte* einteilen lassen¹⁹³. In dieser Unterscheidung erkennt SCHLUEP «eine dogmatische Grundeinsicht, die nach verschiedenen Richtungen hin einen erheblichen Problemlösungsvorrat anbietet»¹⁹⁴.

2.33 *Persönlichkeitsrechte* schützen, so SCHLUEP, die «notwendig gegebene Bindung der Persönlichkeitswerte an die Person»¹⁹⁵. Sie «anerkennen Güter, die mit der Person des Berechtigten untrennbar verbunden», also «nicht verkehrsfähig sind»¹⁹⁶ bzw. nicht übertragen werden können¹⁹⁷.

2.34 Demgegenüber schützen *Vermögensrechte* Güter, «die sich von der Person als Subjekt lösen lassen und als Aussengüter verkehrsfähig sind»¹⁹⁸. Daraus leitet SCHLUEP ab, dass Vermögensrechte – im Gegensatz zu den Persönlichkeitsrechten – grundsätzlich *übertragbar, verzichtbar* und *vererblich* sind¹⁹⁹.

¹⁹² Oben Rz. 2.26.

¹⁹³ Vgl. SCHLUEP, Rz. 605 ff.

¹⁹⁴ SCHLUEP, Rz. 618. Gemäss SCHLUEP, Rz. 619, besteht der grundsätzliche Unterschied darin, dass Persönlichkeitsrechte – als «innere Personengüter» – von der Rechtsordnung *anerkannt* werden, während die Vermögensrechte – als «Aussengüter» – durch die Rechtsordnung *verteilt* werden.

¹⁹⁵ SCHLUEP, Rz. 607.

¹⁹⁶ SCHLUEP, Rz. 607.

¹⁹⁷ SCHLUEP, Rz. 610. SCHLUEP präzisiert a.a.O., dass es seiner Ansicht nach *Übergänge* zwischen den unübertragbaren Persönlichkeitsrechten und den übertragbaren Vermögensrechten (dazu Rz. 2.34 hiernach) gibt.

¹⁹⁸ SCHLUEP, Rz. 611.

¹⁹⁹ Vgl. SCHLUEP, Rz. 611 ff. Soweit Vermögensrechte *übertragen* werden können, sind sie gemäss SCHLUEP, Rz. 617, auch pfändbar und admassierbar; zudem können sie Gegenstand von Enteignungen sein.

Der Grundsatz, wonach Vermögensrechte übertragbar, verzichtbar und vererblich sind, gilt gemäss SCHLUEP, Rz. 612 ff., *nicht uneingeschränkt*: Obwohl unübertragbar zählt SCHLUEP a.a.O. beispielsweise auch nicht abtretbare Forderungen, Wohnrechte (vgl. Art. 776 Abs. 2 ZGB) und Nutzniessungen (vgl. Art. 758 Abs. 1 ZGB) zu den Vermögensrechten.

c. Vergleich der Theorien

aa. Ergänzungen zur Theorie von SCHLUEP

SCHLUEP, gemäss dessen Konzept das Vermögen aus allen *übertragbaren, verzichtbaren und vererblichen Rechten* besteht²⁰⁰, erläutert in der entsprechenden Publikation nicht, was im Einzelnen unter dem Begriff der Übertragbarkeit, der Verzichtbarkeit und der Vererblichkeit zu verstehen ist. 2.35

Die *Übertragbarkeit* wird von HURNI für den vorliegenden Zusammenhang definiert als «die einem Vermögensgegenstand *inhärente, rechtsgeschäftlich nicht beeinflussbare objektive Eigenschaft*, aus der Inhaberschaft des *Auktors* in die eines *Sukzessors* zu wechseln, ohne dabei die *Identität* zu verlieren, d.h. den *Inhalt* zu verändern»²⁰¹. 2.36

Legt man der Übertragbarkeit diese Bedeutung zu, wird einsichtig, dass auch die *vererblichen Rechte* zu den übertragbaren Rechten zählen: Im Erbfall findet – wie bei jeder Sukzession – ein Subjektwechsel statt, wobei die übertragenen Rechte ihre Identität behalten²⁰². In den vererblichen Rechten ist somit ein blosser *Anwendungsfall der übertragbaren Rechte* zu erkennen²⁰³. 2.37

Anders verhält es sich mit den verzichtbaren Rechten: Bei einem *Verzicht* wird die Rechtszuständigkeit bzw. das Recht (privatautonom) aufgegeben, ohne dass eine Übertragung auf eine andere Person erfolgt²⁰⁴. Im Gegensatz zur Vererblichkeit hat also das Merkmal der Verzichtbarkeit in SCHLUEPS Definition der Vermögensrechte eine eigenständige Bedeutung. 2.38

²⁰⁰ Oben Rz. 2.32 ff.

²⁰¹ HURNI, S. 105 (Kursivschrift im Original). Grundlegend dazu VON TUHR, AT BGB I, S. 219 f.

²⁰² Der *Inhalt* des Rechts bleibt grundsätzlich *konstant* und somit die Identität des Rechts gewahrt (grundlegend zur Konstanz des Rechtsinhalts ENGLÄNDER, S. 45 ff.), auch wenn sich die am Recht zuständigen Personen – wie im vorliegend interessierenden Erbfall – ändern (zum Begriff der Zuständigkeit siehe unten Rz. 3.02).

²⁰³ Im *Erbfall* gehen die Gegenstände des Erblassers gemäss Art. 560 ZGB eo ipso durch Universalsukzession unmittelbar auf seine Erben über; sie werden also *von Gesetzes wegen* von einem Rechtssubjekt (dem Erblasser) auf andere Rechtssubjekte (die Erben) *übertragen* (vgl. unten Rz. 2.91). Zur Übertragbarkeit bzw. Verkehrsfähigkeit von Vermögensgegenständen siehe auch unten Rz. 2.54 ff.

²⁰⁴ VON TUHR, AT BGB II/1, S. 264 f.

2.39 Folgt man der hier vertretenen Begrifflichkeit, ist das Konzept von SCHLUEP zusammengefasst insofern zu präzisieren, als das Vermögen aus allen *übertragbaren und verzichtbaren Rechten* einer Person besteht, wobei in den übertragbaren Rechten die vererblichen per definitionem inbegriffen sind.

bb. Weitgehende materielle Übereinstimmung der Theorien von SOHM und SCHLUEP

2.40 Während SCHLUEP zum Vermögen alle *übertragbaren (eingeschlossenen die vererblichen) und verzichtbaren Rechte* zählt²⁰⁵, setzt sich dieses gemäss SOHM aus allen *verfügbaren Rechten* zusammen²⁰⁶. Materiell stimmen diese beiden Konzepte aber weitgehend überein, wie die nachstehenden Überlegungen zeigen.

2.41 Wohl kaum Unterschiede zwischen den beiden Theorien bestehen im *rechtsgeschäftlichen Bereich*: Sowohl der Verzicht auf ein Recht als auch dessen rechtsgeschäftliche Übertragung erfolgen durch ein Verfügungsgeschäft²⁰⁷, weshalb die *verzichtbaren bzw. rechtsgeschäftlich übertragbaren Rechte* Verfügungsgeschäften zugänglich und somit *verfügbar* sind. In der Regel gilt dies *auch umgekehrt*²⁰⁸. Insofern ist es also kaum erheblich, ob der Theorie von SOHM (Vermögen als Inbegriff aller verfügbaren Rechte) oder jener von SCHLUEP (Vermögen als Inbegriff aller übertragbaren, verzichtbaren und vererblichen Rechte) gefolgt wird.

²⁰⁵ Oben Rz. 2.32 ff.

²⁰⁶ Oben Rz. 2.25 ff.

²⁰⁷ Zum *Verzicht* als Verfügungsgeschäft siehe oben Rz. 2.29; vgl. zudem statt vieler VON TUHR, AT BGB II/1, S. 264 ff.

Hinsichtlich der *rechtsgeschäftlichen Übertragung* gilt es anzumerken, dass es oft eines *zusätzlichen Vorgangs* bedarf, damit die Übertragung perfekt ist, beispielsweise einer Traditio oder einer Grundbucheintragung (siehe dazu die ausführliche Übersicht bei HURNI, S. 120 ff. und S. 124 ff.).

²⁰⁸ *Verfügbare Rechte* sind immer auch *verzichtbar*, weil grundsätzlich auf alle verfügbaren Rechte zumindest verzichtet werden kann (vgl. VON TUHR, AT BGB II/1, S. 265 f., der die Zulässigkeit des Verzichts aus dem Prinzip «beneficia non obtruduntur» ableitet).

Die *meisten verfügbaren Rechte* sind zudem *übertragbar*, aber nicht ausnahmslos alle (dazu unten Rz. 2.54 ff.). Obschon die unten in Rz. 2.55 angeführten Rechte nicht übertragbar sind, werden sie auch von SCHLUEP, Rz. 612 ff., zu den Vermögensrechten gezählt, soweit er sich zur vermögensrechtlichen Natur dieser Rechte überhaupt äussert (vgl. auch oben Fn. 199).

Abweichungen zwischen den beiden Konzepten sind hauptsächlich denkbar, soweit ein Recht *von Gesetzes wegen* auf eine andere Person *übertragen* wird. Dem Gesetzgeber steht es bekanntlich weitgehend frei, alle Rechte – auch solche, über die nicht verfügt werden kann – auf eine andere Person übergehen zu lassen, indem er eine entsprechende gesetzliche Grundlage schafft. In aller Regel sind aber Rechte, die *ex lege* von einer Person unmittelbar auf eine andere übertragen werden, *Verfügungsgeschäften ebenfalls zugänglich*.

2.42

Dies gilt insbesondere auch für den *Erbfall* (Art. 560 ZGB), wie sich anhand der Erbteilung – bei Vorliegen eines *Teilungsvertrags* (Art. 634 ZGB i.V.m. Art. 1 OR)²⁰⁹ – zeigen lässt. Nach richtiger Ansicht erfordert der Vollzug des Teilungsvertrags nämlich hinsichtlich aller Gegenstände des Nachlasses eine *Verfügung*²¹⁰. Der Nachlass setzt sich somit nur aus verfügbaren Gegenständen zusammen, andernfalls es nicht möglich wäre, diesen vollständig zu teilen²¹¹. Daraus wird einsichtig, dass nur verfügbare Gegenstände vererbt werden können²¹². Die im Erbfall (Art. 560 ZGB) *von Gesetzes wegen vererblichen Gegenstände* sind somit *auch Verfügungen zugänglich*.

2.43

Daraus ergibt sich zusammengefasst, dass die Gruppe der verfügbaren Rechte weitgehend deckungsgleich mit der Gruppe der übertragbaren, vererblichen und verzichtbaren Rechte ist, weshalb sich die Theorien von SCHLUEP und von SOHM *im Ergebnis sehr ähnlich* sind. Sie unterscheiden sich letztlich in ihrem Bezugspunkt: Während für SCHLUEP die verschiedenen *Möglichkeiten einer Rechtsänderung* (Übertragbarkeit, Vererblichkeit, Verzichtbarkeit) im Vordergrund stehen, erkennt SOHM in der *Art und Weise der Rechtsänderung* (Verfügbarkeit) die charakteristische Eigenschaft der Vermögensgegenstände.

2.44

²⁰⁹ Der Teilungsvertrag ist ein Verpflichtungsgeschäft (statt vieler WOLF, Grundfragen, S. 149, und BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N. 32 zu Art. 634 ZGB m.w.H.).

²¹⁰ Zum Ganzen WOLF, Grundfragen, S. 293 ff. (insbesondere S. 299 ff. zum Erfordernis der Verfügung). Die *Verfügung* erfolgt durch einen *Verzicht* (ausführlich dazu WOLF, a.a.O., S. 312 ff.).

²¹¹ Da der Vollzug des Teilungsvertrags Verzichte und somit Verfügungsgeschäfte erfordert (Fn. 210 hiervor), müssen *alle Gegenstände des Nachlasses verfügbar* sein. Andernfalls würde ein Rest-Nachlass – bestehend aus unverfügbaren Gegenständen, die nicht in die Zuständigkeit einzelner Erben überführt werden können – fortbestehen. Die Teilung liesse sich also nie abschliessen, weshalb die Erbengemeinschaft auf alle Zeiten fortbestehen würde.

²¹² Aber nicht alle verfügbaren Gegenstände sind vererblich; vgl. dazu unten Rz. 2.92.

cc. *Die Theorie von SOHM als Grundlage für die weitere Untersuchung*

2.45 Bei der Verfügbarkeit, auf die SOHM bei seiner Umschreibung der Vermögensrechte abstellt, handelt es sich um einen genuin (privat-)rechtlichen Begriff²¹³. Im Vergleich zu den Begriffen der Übertragbarkeit, Vererblichkeit und Verzichtbarkeit, welche gemäss SCHLUEP die Vermögensrechte kennzeichnen, hat derjenige des Verfügungsgeschäfts eine *präzise dogmatische Durchbildung* erfahren²¹⁴. SOHMS Definition der Vermögensrechte erscheint zudem prägnanter. Aus diesen Gründen wird hier *SOHMS Theorie der Vermögensrechte* weiterverfolgt.

2.46 SOHMS Konzept bedarf verschiedener *Ergänzungen*, auf die im Folgenden näher einzugehen ist. Insbesondere gilt es zu bestimmen, welche Gegenstände unter dem Aspekt der Verfügbarkeit zum Vermögen zählen²¹⁵. Ebenfalls genauer untersucht werden muss die Thematik des Geldwerts der Vermögensbestandteile²¹⁶.

4. Ergänzungen zur Theorie von SOHM

a. Vermögen als Inbegriff verfügbarer Gegenstände

aa. *Verfügbarkeit von subjektiven Rechten, Pflichten und Rechtsverhältnissen*

2.47 SOHM vertritt die Meinung, das Vermögen bestehe aus allen grundsätzlich verfügbaren Rechten²¹⁷, nicht aber aus Schulden, denen er die Verfügbarkeit abspricht²¹⁸. Gemäss heutiger Rechtsauffassung trifft dies indes

²¹³ Vgl. dazu unten Rz. 2.76.

²¹⁴ Siehe oben Rz. 2.29 und zu den begrifflichen Unschärfen der Definition SCHLUEPS hinsichtlich des Kriteriums der Vererblichkeit oben Rz. 2.35 ff.

²¹⁵ Rz. 2.47 ff. hiernach.

²¹⁶ Unten Rz. 2.57 ff.

²¹⁷ Oben Rz. 2.27.

²¹⁸ Vgl. SOHM, Gegenstand I, S. 24 ff. und S. 48. SOHM begründet seine Ansicht a.a.O., S. 25, insbesondere damit, dass der *Schuldübernahmevertrag* kein Verfügungsvertrag sei, sondern ein *Verpflichtungsvertrag*. Die Schuldübernahme begründe nämlich «eine *neue* Schuld, deren Inhalt nach Maßgabe der Urschuld sich bestimmt» (SOHM, a.a.O., S. 25 f., Hervorhebung im Original in Sperrschrift). Schulden könnten, so SOHM, a.a.O., S. 26, nicht übertragen, sondern nur übernommen werden. Indessen scheint es, als wäre sich SOHM seiner Sache im Nachhinein nicht mehr so sicher gewesen: In den später zur selben Thematik publi-

nicht zu, denn *Schulden* (also die verpflichtende Seite einer Obligation²¹⁹) lassen sich – unter Mitwirkung des Gläubigers – auf andere Personen übertragen (Schuldübernahme im Sinne von Art. 176 ff. OR), weshalb sie ihrer Natur nach ebenfalls verfügbar sind²²⁰. Gleiches gilt für *Schuldverhältnisse*²²¹.

Stellt man hinsichtlich der Zusammensetzung des Vermögens auf das *Kriterium der Verfügbarkeit* ab, umfasst dieses also auch Schulden und Schuldverhältnisse²²², mithin sämtliche verfügbaren Pflichten und Rechtsverhältnisse. Eine konsequente Anwendung der Theorie SOHMS resultiert somit darin, dass sich das Vermögen aus allen grundsätzlich *verfügbaren Rechten, Pflichten und Rechtsverhältnissen*²²³ einer Person zusammensetzt²²⁴.

2.48

zierten Aufsätzen erwähnt er die Schulden, welche er bislang als «Nichtgegenstände» bezeichnet hat (SOHM, a.a.O., S. 24), nicht mehr (vgl. SOHM, Vermögenrecht, und DERS., Gegenstand II, jeweils passim).

²¹⁹ Statt vieler BUCHER, OR AT, S. 38, und SCHWENZER, Rz. 4.01.

²²⁰ Zur Schuldübernahme als Verfügungsgeschäft vgl. statt vieler BUCHER, OR AT, S. 583 f., und SCHWENZER, Rz. 91.11. Verfügbarkeit liegt bereits vor, wenn eine rechtliche Erscheinung auch nur einem der verschiedenen Verfügungsgeschäfte zugänglich ist (unten Rz. 2.53).

²²¹ So setzt etwa die rechtsgeschäftliche Übernahme eines Vertrags ein entsprechendes Verfügungsgeschäft voraus (zur Vertragsübernahme vgl. statt vieler BUCHER, OR AT, S. 592 f., und SCHWENZER, Rz. 92.04).

²²² Dieser Meinung ist auch HURNI (oben Rz. 2.31), wobei er – anders als SOHM und die hier vertretene Position – nur solche verfügbaren Rechte, Schulden und Schuldverhältnisse zum Vermögen zählt, die einen (positiven oder negativen) *Geldwert* aufweisen (siehe zum Ganzen unten Rz. 2.57 ff.).

²²³ Zu den *Begriffen* subjektives Recht und Pflicht siehe unten Rz. 3.63 ff. und zum Begriff des Rechtsverhältnisses unten Fn. 505.

²²⁴ Auch *Anwartschaftsrechte* zählen zum Vermögen, soweit sie verfügbar sind. Dies ist dann der Fall ist, wenn über das Vollrecht, dessen Erwerb das Anwartschaftsrecht vorbereitet, verfügt werden kann. Denn die auf das Vollrecht anwendbaren Vorschriften – hier diejenigen betreffend die Verfügbarkeit – sind weitgehend per analogiam auf das Anwartschaftsrecht übertragbar (vgl. zum Ganzen LARENZ/WOLF, § 15 Rz. 97 f.).

Unter rechtshistorischen Gesichtspunkten erscheint ferner bemerkenswert, dass bereits VON SAVIGNY dafür plädierte, in das Vermögen auch «die passive Seite der Obligation mit hinein zu ziehen» (VON SAVIGNY, System I, S. 376). Er war deshalb der Auffassung, dass *Schulden* als «*Bestandtheile des Vermögens*» aufzufassen seien (a.a.O., S. 376, Kursivschrift hinzugefügt).

2.49 Folgt man dieser Auffassung, zählen beispielsweise *Forderungen* – da diese grundsätzlich verfügbar sind²²⁵ – zum Vermögen des Gläubigers, derweil die damit korrespondierenden (ebenfalls verfügbaren) *Schulden* Bestandteile des Vermögens des Schuldners bilden.

2.50 Ähnlich verhält es sich etwa auch mit dem *Faustpfand* (Art. 884 ff. ZGB): Das Pfandrecht ist Verfügungsgeschäften zugänglich²²⁶, weshalb es dem Vermögen des Pfandnehmers zuzuordnen ist, während das mit dem Pfand belastete Eigentumsrecht zum Vermögen des Pfandgebers zählt²²⁷.

bb. Grundsätzliche Verfügbarkeit hinreichend

2.51 SOHM ist zuzustimmen, dass ein subjektives Recht nicht alleine deshalb keine vermögensrechtliche Natur aufweist, weil darüber im Einzelfall – z.B. wegen eines Veräußerungsverbots – nicht verfügt werden kann. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob ein *Recht seiner Art nach* Verfügungsgeschäften zugänglich ist²²⁸. Wenn etwa ein Eigentumsrecht (Art. 641 ZGB), aus welchen Gründen auch immer, in einem konkreten Fall nicht veräußert werden darf, zählt dieses gleichwohl zum Vermögen des Eigentümers, weil Eigentum dem Grundsatz nach übertragbar und somit verfügbar ist²²⁹.

2.52 Gleiches gilt für im Einzelfall unverfügbare Verpflichtungen und Rechtsverhältnisse. Soweit also über *Verpflichtungen oder Rechtsverhältnis-*

²²⁵ Über Forderungen kann z.B. durch eine Zession verfügt werden (zur Zession als Verfügungsgeschäft statt vieler BUCHER, OR AT, S. 536; SCHWENZER, Rz. 90.04, sowie ENGEL, S. 872 ff.).

²²⁶ Zu denken ist an einen *Verzicht* auf das Pfandrecht (dazu statt vieler BSK-BAUER, N. 10 zu Art. 889 ZGB, sowie zum Verzicht als Verfügungsgeschäft oben Rz. 2.29).

²²⁷ Für den *Pfandbestellungsvertrag* (als Verpflichtungsgeschäft, das dem Faustpfand zugrunde liegt) gilt das in Rz. 2.49 hiervor Ausgeführte: Das obligatorische Recht, die Pfandbestellung verlangen zu dürfen, bildet einen Teil des Vermögens des Pfandnehmers, welcher in der schuldrechtlichen Beziehung Pfandgläubiger ist. Die korrespondierende Verpflichtung ist dagegen ein Gegenstand des Vermögens des Pfandgebers, welcher im obligatorischen Grundverhältnis als Pfandschuldner bezeichnet wird. Vgl. zu diesen Rechtsbeziehungen statt vieler WIEGAND, Eigentumsvorbehalt, S. 115 ff.

²²⁸ Oben Rz. 2.27. Zu den verschiedenen *Arten* von subjektiven Rechten vgl. z.B. die Übersicht bei LARENZ/WOLF, § 15 Rz. 1 ff.

²²⁹ Vgl. statt vieler BK-MEIER-HAYOZ, N. 28 zu Art. 641 ZGB, und BSK-WIEGAND, N. 34 zu Art. 641 ZGB.

se der gleichen Gattung (z.B. Schulden oder Verträge im Allgemeinen) grundsätzlich verfügt werden kann, sind diese vermögensrechtlicher Natur.

Für die Zugehörigkeit einer rechtlichen Erscheinung zum Vermögen reicht es zudem aus, wenn diese *nur einem der verschiedenen Verfügungsgeschäfte*²³⁰ zugänglich ist. Kann beispielsweise auf ein Recht verzichtet werden, zählt es zum Vermögen, auch wenn es sich nicht übertragen lässt. Bei der *Nutzniessung* (Art. 745 ff. ZGB), welche unübertragbar²³¹, aber verzichtbar²³² und somit verfügbar²³³ ist, handelt es sich deshalb ebenfalls um einen Vermögensgegenstand.

2.53

cc. *Vermögensgegenstände und Verkehrsfähigkeit*

SOHM vertritt die Meinung, die Vermögensrechte seien mit den verkehrsfähigen Rechten gleichzusetzen²³⁴. *Verkehrsfähigkeit* setzt voraus, dass ein Gegenstand von einem Rechtsträger auf einen anderen *übertragen* werden kann. SOHM wäre daher beizupflichten, wenn es sich erweist, dass alle Vermögensgegenstände übertragbar sind.

2.54

Das trifft indes nicht zu, wie sich soeben bei der *Nutzniessung* (Art. 745 ff. ZGB) gezeigt hat, die zwar zu den (verfügbaren) Vermögensgegenständen zählt, aber nicht übertragen werden kann und somit nicht verkehrsfähig ist²³⁵. Gleiches gilt für das *Wohnrecht* (Art. 776 ff. ZGB)²³⁶. Als weiteres Beispiel lässt sich das *gesetzliche Vorkaufsrecht* (Art. 681 ff. ZGB) anführen, welches

2.55

²³⁰ Verfügungsgeschäfte sind z.B. Veräusserung, Belastung, Änderung des Rechtsinhalts oder Verzicht (oben Rz. 2.29).

²³¹ Statt vieler BSK-MÜLLER, N. 1 zu Art. 758 ZGB m.w.H. (vgl. a.a.O. auch N. 2 ff. zur Übertragung der *Ausübung* des Nutzniessungsrechts). Die Nutzniessung ist gemäss Art. 749 Abs. 1 ZGB auch unvererblich (dazu statt vieler BSK-MÜLLER, N. 1 ff. zu Art. 749 ZGB).

²³² Statt vieler BSK-MÜLLER, N. 2 zu Art. 748 ZGB.

²³³ Zum *Verzicht* als Verfügungsgeschäft siehe oben Rz. 2.29.

²³⁴ Oben Rz. 2.27. Zustimmend M. REY, S. 30; ebenso SCHLUEP, oben Rz. 2.34.

²³⁵ Oben Rz. 2.53.

²³⁶ Auf das *Wohnrecht* kann verzichtet werden (statt vieler BSK-MOOSER, N. 36 zu Art. 776 ZGB m.w.H.), weshalb es verfügbar ist (oben Rz. 2.29) und somit zu den Vermögensgegenständen zählt. Es lässt sich aber nicht übertragen und ist unvererblich (Art. 776 Abs. 2 ZGB); siehe zum Ganzen statt vieler BSK-MOOSER, a.a.O., N. 4 ff.

Verfügungsgeschäften zugänglich ist²³⁷ und somit zu den Vermögensgegenständen zählt, auch wenn es unübertragbar²³⁸ und somit nicht verkehrsfähig ist. Bei der Nutzniessung, dem Wohnrecht und den gesetzlichen Vorkaufsrechten handelt es sich also um *nicht verkehrsfähige Vermögensgegenstände*.

2.56 Daraus folgt, dass die *verkehrsfähigen Gegenstände*, welche (privatautonomie) Übertragbarkeit voraussetzen, eine blosser *Teilmenge aller Vermögensgegenstände* bilden. Denn jede privatautonome Übertragung eines Vermögensgegenstands auf ein anderes Rechtssubjekt erfordert eine Verfügung²³⁹, aber nicht durch jedes Verfügungsgeschäft wird ein Vermögensgegenstand übertragen²⁴⁰.

b. Zum Geldwert

aa. Im Allgemeinen

2.57 Die h.L. erblickt im Geldwert eine charakteristische Eigenschaft des Vermögens²⁴¹. Als einziger der hiervoor einbezogenen Autoren vertritt SOHM ausdrücklich die Meinung, es gebe zweifelsohne Vermögensrechte ohne Geldwert²⁴². Mithin erachtet SOHM den Geldwert als *nicht typisch* für die Bestandteile des Vermögens. In neuerer Zeit hat sich auch NIGGLI explizit

²³⁷ Als Verfügungsgeschäfte (oben Rz. 2.29) fallen beispielsweise ein *Ausschluss* oder eine *Abänderung* des Vorkaufsrechts in Betracht (vgl. Art. 681b Abs. 1 ZGB und dazu statt vieler BSK-REY, N. 1 ff. zu Art. 681b ZGB).

²³⁸ *Gesetzliche Vorkaufsrechte* sind gemäss Art. 681 Abs. 3 ZGB nicht abtretbar und auch nicht vererblich (siehe dazu statt vieler BSK-REY, N. 12 f. zu Art. 681 ZGB).

²³⁹ Vgl. oben Rz. 2.29 und Fn. 207.

²⁴⁰ Auch der Verzicht auf ein Recht oder dessen Belastung sind Verfügungsgeschäfte (oben Rz. 2.29), *ohne* dass dabei ein Recht von einer Person auf eine andere *übertragen* wird.

²⁴¹ Siehe oben Rz. 2.22.

Auch ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, der sich um das Verständnis des Vermögens als Teil der Persönlichkeit verdient gemacht hat (vgl. oben Rz. 2.07 ff.), war der Ansicht, die Gegenstände des Vermögens seien immer *geldwert*: «Die äusseren Gegenstände sind nicht als solche, sondern nur in wie fern sie überhaupt einen *Werth* haben, also zu Geld angeschlagen werden können, Gegenstände des Vermögens» (ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, Band III, 4. Aufl., S. 423, Hervorhebung im Original in Sperrschrift). Anders dagegen VON SAVIGNY (dazu unten Rz. 2.60 f.).

²⁴² Vgl. oben Rz. 2.30. Zustimmend wohl M. REY, S. 30.

dafür ausgesprochen, dass der Geldwert nicht ausschlaggebend dafür sein kann, ob ein Recht zu den Vermögensrechten des Privatrechts zählt²⁴³.

Ein Recht ohne Geldwert, das trotzdem vermögensrechtlicher Natur ist, erkennt SOHM im «Eigentum an einem wertlosen Papierfetzen (der vielleicht um irgendwelcher Erinnerung willen aufbewahrt wird)»²⁴⁴. Handelt es sich bei diesem Papierfetzen beispielsweise um einen Liebesbrief, so wird ihm zwar die Geliebte einen (affektiven) Wert beimessen. Für andere Personen ist der Liebesbrief indessen wertlos, weshalb dafür auf dem freien Markt grundsätzlich *kein Preis* zu erzielen ist. Wendet man die h.L. konsequent an, wäre das Eigentum am Liebesbrief – mangels Geldwerts – kein Vermögensrecht und somit kein Bestandteil des Vermögens.

2.58

Ergibt sich freilich im Laufe der Zeit, dass der ehemals unbekannte Verfasser des Liebesbriefs eine gewisse Berühmtheit erlangt, werden die Marktteilnehmer bereit sein, für den Liebesbrief einen *Preis* zu bezahlen²⁴⁵. Das Eigentum am Liebesbrief weist jetzt einen Geldwert auf, weshalb dieses Recht von der h.L. nun ebenfalls zum Vermögen gezählt würde. Letzten Endes führt die *herrschende Auffassung* also dazu, dass *geldwertes Eigentum* ein Teil des Vermögens ist, *Eigentum ohne Geldwert* dagegen nicht.

2.59

bb. VON SAVIGNYS Erkenntnisse zum Geldwert des Vermögens

Zum *Wert des Vermögens* hat sich bereits VON SAVIGNY aufschlussreiche Gedanken gemacht. Seiner Ansicht nach kann «die Totalität eines jeden Vermögens bald ein Plus, bald ein Minus, bald auch eine völlige Indifferenz oder eine Null, darstellen»²⁴⁶, wobei diese «rein quantitative Behandlung des Vermögens [...] durch den Begriff des *Werthes*» vermittelt wird²⁴⁷.

2.60

²⁴³ Vgl. NIGGLI, Rz. 140 ff. (insbesondere Rz. 142).

²⁴⁴ SOHM, Vermögensrecht, S. 180 f. NIGGLI, Rz. 142, vertritt ebenfalls die Meinung, das Eigentum an einer aktuell wertlosen Sache zähle im Privatrecht nicht zum Vermögen.

²⁴⁵ Zu denken ist beispielsweise an die Briefe von FRANZ KAFKA an seine Geliebte FELICE BAUER. Zumindest für die frühen Briefe KAFKAS hätte die Empfängerin wohl kaum einen Käufer gefunden, weshalb sie damals nicht geldwert waren. Spätestens seit KAFKA posthum Berühmtheit erlangte, haben die Briefe dagegen einen ökonomischen Wert.

²⁴⁶ VON SAVIGNY, System I, S. 376.

²⁴⁷ VON SAVIGNY, System I, S. 376 (Hervorhebung im Original in Sperrschrift).

Der Wert ist daher die «Gleichstellung verschiedenartiger Vermögensrechte durch Reduction auf ein gemeinschaftliches Drittes»²⁴⁸.

2.61 Dieses gemeinsame Dritte jedes Vermögensrechts – der Wert – wird dabei, so VON SAVIGNY, «in das wirkliche Leben eingeführt durch das *Geld*, so daß also für den juristischen Gebrauch Werth und Geldwerth gleichbedeutende Ausdrücke sind»²⁴⁹.

cc. *Geldwert als nicht charakteristisches Merkmal der Gegenstände des Vermögens*

2.62 In unserer Sozialordnung bestimmen grundsätzlich die Marktkräfte den Geldwert subjektiver Rechte, Pflichten oder Rechtsverhältnisse; man denke etwa an das Beispiel des Liebesbriefs²⁵⁰. Der Geldwert unterliegt deshalb *ständiger Veränderung* und beschreibt eine rein *ökonomische* (rechnerische) *Grösse*²⁵¹.

2.63 Im Verhältnis zu den hier interessierenden Erscheinungen des Privatrechts erweist sich der Geldwert (bzw. die Bilanzierung von Gütern als Aktiven oder Passiven) sodann als blosse *Hilfsgrösse*. Als solche ist er den Vermögensgegenständen *nicht inhärent*. Der ökonomische Wert ergibt sich vielmehr – wie VON SAVIGNY zutreffend herausgestellt hat – durch eine Reduktion der verschiedenen Vermögensgegenstände auf ein gemeinsames Drittes, nämlich Geld²⁵².

2.64 Dass der Geldwert ganz grundsätzlich keine charakteristische Eigenschaft der subjektiven Rechte, Schulden und Rechtsverhältnisse ist, zeigt sich darin, dass die *privatrechtliche Natur eines geldwerten Rechts nicht von derjenigen eines Rechts ohne* (positiven oder negativen) *Geldwert divergiert*. Um das bereits zitierte Beispiel wiederaufzugreifen²⁵³: Eigentum an einem Liebesbrief ist Eigentum, einerlei, ob der Liebesbrief einen Geldwert aufweist oder nicht.

²⁴⁸ VON SAVIGNY, System I, S. 376.

²⁴⁹ VON SAVIGNY, System I, S. 376 (Hervorhebung im Original in Sperrschrift).

²⁵⁰ Oben Rz. 2.58 f.

²⁵¹ Vgl. auch BARBATTI, S. 22 f.

²⁵² Oben Rz. 2.60 f.

²⁵³ Oben Rz. 2.58 f.

Die Zugehörigkeit eines Rechts, einer Pflicht oder eines Rechtsverhältnisses zum Vermögen kann sich daher *nicht aufgrund des Geldwerts* entscheiden. Wäre der Geldwert massgebend, gälte es anhand des aktuellen Werts der fraglichen Rechte, Pflichten und Rechtsverhältnisse zu bestimmen, ob es sich hierbei um Vermögen handelt oder nicht. Damit würde insbesondere die Frage aufgeworfen, welcher Kategorie von Gegenständen (momentan) wertlose Rechte, Schulden und Rechtsverhältnisse zuzuordnen sind, wenn nicht dem Vermögen einer Person. Nur weil beispielsweise das Eigentum an einem Liebesbrief wertlos ist, wird man es nicht zu den Persönlichkeitsrechten zählen wollen.

2.65

Indessen trifft es zu, dass alle Vermögensgegenstände zumindest *potentiell* einen Geldwert aufweisen. So ist etwa nicht von vornherein ausgeschlossen, dass einem aktuell wertlosen Liebesbrief zu einem späteren Zeitpunkt ein wirtschaftlicher Wert zugemessen wird. Selbst das nicht übertragbare und somit nicht verkehrsfähige Wohnrecht (Art. 776 ff. ZGB) hat potentiell einen Verkehrswert, weil darauf verzichtet werden kann und ein Verzicht des Wohnrechtsberechtigten für den Eigentümer des belasteten Grundstücks ökonomisch von Vorteil ist²⁵⁴.

2.66

c. Funktionsbezogenheit des Vermögensbegriffs

Die theoretisch-abstrakte Begriffsbildung, wie sie hier geübt wird, hat insbesondere die *Aufgabe*, eine Erscheinung dogmatisch einzuordnen und (weitere) Probleme zu lösen²⁵⁵. Es ist somit die Frage zu beantworten, ob ein Vermögensbegriff, der auf die Verfügbarkeit abstellt, die geforderte *Einordnungs- und Problemlösungsfunktion* erfüllt.

2.67

Was die *Einordnung* des Vermögensbegriffs in die anerkannten Grundsätze der Privatrechtsdogmatik betrifft, gilt es zweierlei zu berücksichtigen: Einerseits muss dem Umstand Rechnung getragen werden, dass sich Vermögens- und Persönlichkeitsrechte nach wohl vorherrschender Auffassung *komplementär* ergänzen, denn subjektive Rechte zählen entweder zu den Vermö-

2.68

²⁵⁴ Zum Wohnrecht siehe oben insbesondere Fn. 236.

²⁵⁵ Vgl. zum Ganzen LARENZ/CANARIS, S. 275 ff. Gemäss LARENZ/CANARIS, S. 276 f., hat die theoretisch-abstrakte Begriffsbildung zudem häufig die Aufgabe, den *materiellen Gerechtigkeitsgedanken zu verdeutlichen*. Bei der vorliegenden Fragestellung scheint diese Aufgabe aber nur von untergeordneter Bedeutung zu sein.

gens- oder zu den Persönlichkeitsrechten²⁵⁶. Andererseits ist zu beachten, dass Persönlichkeitsrechte (sowie gewisse persönlichkeitsnahe Erscheinungen des Familienrechts) gemäss h.L. unübertragbar, unvererblich und unverzichtbar sind und somit über diese *nicht verfügt* werden kann²⁵⁷.

2.69 Ein Vermögensbegriff, der an die Verfügbarkeit anknüpft, *trägt beiden Einordnungskriterien Rechnung*: Das Vermögen als Inbegriff grundsätzlich verfügbarer Gegenstände verhält sich – wie gefordert – komplementär zu den Persönlichkeitsrechten und den damit verwandten familienrechtlichen Erscheinungen, weshalb die Dichotomie zwischen Vermögensrechten sowie Persönlichkeitsrechten bzw. persönlichen Familienrechten gewahrt wird. Es nimmt folglich die ihm zugedachte Stellung im privatrechtlichen System ein. Das hier vertretene Konzept des Vermögens erfüllt somit die geforderte Einordnungsfunktion.

2.70 Was schliesslich die Eignung des soeben entwickelten Vermögensbegriffs zur *Problemlösung* betrifft, kann auf die noch zu behandelnden Beispiele verwiesen werden²⁵⁸. Ein Vermögensbegriff, der an die Verfügbarkeit anknüpft, wird sich bei diesen als dienlich für das Verständnis des Tatbestandselements des Vermögens erweisen, gerade auch im Zusammenspiel mit dem (noch näher zu erläuternden) Vermögen im wirtschaftlichen Sinn²⁵⁹. Diese Funktion wird deshalb, soviel sei hier vorweggenommen, ebenfalls erfüllt.

²⁵⁶ Ausdrücklich wird diese Auffassung jedenfalls von SOHM und SCHLUEP vertreten, welche in der Dichotomie von Persönlichkeits- und Vermögensrechten ein *Axiom* des Privatrechts bzw. eine *dogmatische Grundeinsicht* erblicken (oben Rz. 2.26 und Rz. 2.32). GSCHNITZER, AT ABGB, S. 170, der diese Auffassung ebenfalls teilt, weist darauf hin, dass die Unterscheidung zwischen Personen- und Sachenrechten (gemeint sind Vermögensrechte) auf KANT zurückgeht. Vgl. zudem auch M. REY, S. 30 f. und S. 56 ff.

²⁵⁷ Unten Rz. 2.77 f. Aus dem *Verzicht auf die Ausübung* gewisser Persönlichkeitsrechte können aber verfügbare Vermögensrechte entstehen (dazu unten Rz. 2.79).

²⁵⁸ Unten Rz. 2.89 ff.

²⁵⁹ Zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff siehe unten Rz. 2.80 ff.

§ 9: Hier vertretener Begriff des privatrechtlichen Vermögens und Abgrenzungen

1. Hier vertretener Begriff des privatrechtlichen Vermögens

Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen kann das *privatrechtliche Vermögen* (zu dieser Bezeichnung sogleich mehr²⁶⁰) definiert werden als *Gesamtheit* aller grundsätzlich *verfügbaren subjektiven Rechte, Pflichten und Rechtsverhältnisse* einer Person. Nach der hier vertretenen Meinung sind die Bestandteile des privatrechtlichen Vermögens also, jedenfalls ihrer Art nach, Verfügungsgeschäften zugänglich. Ob diese einen Geldwert aufweisen oder nicht, ist unerheblich.

2.71

Diese Begrifflichkeit lehnt sich eng an jene von SOHM und HURNI an²⁶¹. Im Gegensatz zu SOHM umfasst das privatrechtliche Vermögen nach der hier vertretenen Ansicht aber auch *Pflichten und Rechtsverhältnisse*, da diese Verfügungsgeschäften ebenfalls zugänglich sein können²⁶². Andererseits wird der *Geldwert* der einzelnen Vermögensgegenstände – anders als bei HURNI – für den privatrechtlichen Vermögensbegriff als irrelevant erkannt²⁶³.

2.72

Die Rechtsprechung nennt die Bestandteile des Vermögens oft «Vermögensgegenstände»²⁶⁴. HURNI bedient sich ebenfalls dieser Terminologie²⁶⁵, und auch der Gesetzgeber hat diesen Begriff vereinzelt verwendet²⁶⁶. Im Lichte des Gegenstandsbegriffs von SOHM²⁶⁷ erscheint diese Bezeichnung

2.73

²⁶⁰ Unten Rz. 2.75 ff.

²⁶¹ Zum Vermögensbegriff von SOHM und HURNI siehe oben Rz. 2.25 ff.

²⁶² Oben Rz. 2.47 ff.

²⁶³ Oben Rz. 2.57 ff.

²⁶⁴ Vgl. z.B. die Regesten von BGE 123 III 152, BGE 125 III 1, BGE 132 III 145 sowie BGE 135 III 241.

²⁶⁵ HURNI, S. 57 ff.

²⁶⁶ Vgl. etwa Art. 206 Abs. 1 und 2, Art. 209 Abs. 3 sowie Art. 239 ZGB.

²⁶⁷ SOHM erkannte zwischen den – für seine Arbeit zentralen – Begriffen des *Gegenstands* (vgl. namentlich § 90 BGB) und der *Verfügung* weitreichende Zusammenhänge. In seiner Untersuchung kommt er zum Schluss, dass *alle Gegenstände verfügbar* sind: «Verfügungsgeschäfte sind Rechtsgeschäfte über Gegenstände, und nur über Gegenstände kann verfügt werden» (SOHM, *Gegenstand I*, S. 6). Zu den Gegenständen zählt SOHM etwa das Eigentum, die Forderungsrechte, die Immaterialgüterrechte und die veräusserlichen Mitgliedschaftsrechte (SOHM, *Ge-*

folgerichtig, weshalb auch in dieser Arbeit die Bestandteile des Vermögens – also die verfügbaren subjektiven Rechte, Pflichten und Rechtsverhältnisse – als *Vermögensgegenstände* bezeichnet werden.

2.74 Entgegen vereinzelt Stimmen in der Lehre²⁶⁸ wird hier also vertreten, dass sich ein *einheitlicher privatrechtlicher Vermögensbegriff* durchaus definieren lässt. Damit soll aber nicht postuliert werden, dass dieser auf alle Tatbestände des Privatrechts, welche sich auf das Vermögen beziehen²⁶⁹, Anwendung findet. Vielmehr gilt es, die Bedeutung des Tatbestandselements des Vermögens *jeweils* durch Auslegung zu ermitteln. Dabei ist – wie anhand verschiedener Beispiele zu zeigen sein wird – auch der erst noch darzustellende wirtschaftliche Vermögensbegriff von Bedeutung²⁷⁰.

2. Zur Bezeichnung dieses Vermögensbegriffs als «privatrechtlich»

2.75 Gemäss der vorstehenden Definition des Vermögens umfasst dieses ausschliesslich Erscheinungen des Rechts, nämlich subjektive Rechte, Pflichten und Rechtsverhältnisse. Damit wird auf eine *normative Ebene* Bezug genommen, weshalb es sich um eine *rechtliche Definition* handelt²⁷¹.

genstand I, S. 20 ff.). Die grundlegenden Ausführungen SOHMS zum Gegenstands- bzw. Verfügungsbegriff gaben Anlass zu umfangreichen wissenschaftlichen Diskussionen (Staudinger-JICKELI/STIEPER, N. 5 der Vorbem. zu §§ 90–103 BGB). Der für die vorliegende Darstellung nur am Rande relevante Gegenstands-begriff von SOHM konnte sich im Schrifttum zum BGB nicht voll durchsetzen (vgl. zu den verschiedenen Theorien zum Gegenstands-begriff im BGB Staudinger-JICKELI/STIEPER, a.a.O., N. 3 ff.). In der schweizerischen Lehre plädierte jüngst HURNI, S. 60, für die Übertragbarkeit des SOHM'schen Gegenstands-begriffs auf das hiesige Privatrecht (vgl. a.a.O. auch S. 58 f.).

²⁶⁸ Vgl. oben Rz. 2.21.

²⁶⁹ Vgl. dazu die Hinweise oben in Rz. 2.02.

²⁷⁰ Zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff siehe unten Rz. 2.80 ff. und zu den Beispielen unten Rz. 2.89 ff.

²⁷¹ Zum *Vermögen im juristischen Sinn* vgl. BSK-NIGGLI, Rz. 14 der Vorbem. zu Art. 137 StGB: «Richtigerweise kann die Frage danach, was zum Vermögen einer Person (Güterzuordnung) gezählt werden soll, nie über eine wirtschaftliche, sondern nur über eine *rechtliche Kategorie* geleistet werden. D.h. eine konsistente Antwort auf die Frage nach dem Vermögen wird immer in einem rechtlichen Begriff enden müssen» (Kursivschrift hinzugefügt; vgl. zudem unten Rz. 2.86 ff.). Zum *Recht als System von Regeln*, die das Zusammenleben der Rechtssubjekte

Zudem zählen nur solche subjektiven Rechte, Pflichten und Rechtsverhältnisse zum Vermögen, die grundsätzlich verfügbar sind. Abgrenzungsmerkmal bildet also die *Verfügbarkeit*. Verfügungsgeschäfte sind Rechtsgeschäfte des Privatrechts²⁷², weshalb dieser Vermögensbegriff als *privatrechtlich* bezeichnet werden kann.

2.76

3. Abgrenzungen

a. Zu den Persönlichkeitsrechten sowie zu den unverfügbaren Rechten, Pflichten und Rechtsverhältnissen des Familienrechts

Persönlichkeitsrechte sind gemäss der h.L. und Rechtsprechung mit dem jeweiligen Rechtssubjekt *untrennbar verbunden*, also unübertragbar (auch nicht im Erbgang) und unverzichtbar²⁷³. Über sie kann mithin *nicht*

2.77

ordnen, siehe die grundlegenden Ausführungen bei SCHLUEP, Rz. 1 ff. (insbesondere Rz. 38 ff. und Rz. 45 ff.).

²⁷² Zum Rechtsgeschäft der Verfügung siehe oben Rz. 2.29.

²⁷³ Vgl. statt vieler BK-UCHER, N. 233 zu Art. 19 ZGB; BSK-MEILI, N. 7 zu Art. 28 ZGB m.w.H.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 10.23 f., Rz. 10.25 ff. und Rz. 10.30 f.; BRÜCKNER, Rz. 419; RIEMER, Rz. 293; DESCHENAUX/STEINAUER, Rz. 534 ff.; A. BUCHER, Rz. 481 ff., sowie aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 50 II 481, E. 3 S. 486; BGE 95 II 481, E. 3 S. 486, und BGE 118 II 1, E. 5.b S. 5 (bestätigt etwa in BGE 134 II 260, E. 6.7 S. 264).

Die Auffassung, Persönlichkeitsrechte seien unveräusserlich, fusst auf *naturrechtlichen Überzeugungen*, wonach Persönlichkeitsrechte von Natur aus jedermann gegeben sind (vgl. zur historischen Entwicklung des Persönlichkeitsschutzes und seinen Wurzeln in den Ideen der Aufklärung bzw. im Naturrecht BUCHER, Persönlichkeitsrechte, S. 55 ff.). Die Persönlichkeit (also das durch die Persönlichkeitsrechte geschützte Rechtsgut) stellt einen «vorrechtlichen Wert» dar, «der nicht zum Haben und Nutzen zugeordnet, sondern rechtlich *anerkannt* wird» (SCHLUEP, Rz. 576, Kursivschrift im Original).

Die Persönlichkeit ist nicht nur unveräusserlich; die sie schützenden Persönlichkeitsrechte kommen überdies *allen Personen gleichermassen* zu. Das folgt einerseits aus den vorgenannten naturrechtlichen, der Aufklärung verpflichteten Überlegungen, wonach die Persönlichkeit – und damit auch die Persönlichkeitsrechte – allen Menschen zustehen. Zum selben Ergebnis führt darüber hinaus die Anwendung des Gebots der Rechtsgleichheit von Art. 8 Abs. 1 BV. Eine ungleiche Behandlung ist einzig im Verhältnis zwischen den natürlichen und juristischen Personen, nach Massgabe ihrer Ungleichheit, zulässig (zum Ganzen statt vieler REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, S. 345 ff., insbesondere S. 346 f.).

verfügt werden²⁷⁴. Verfügungsgeschäften ebenfalls nicht zugänglich sind darüber hinaus gewisse Erscheinungen des Familienrechts, z.B. das Recht bzw. die Pflicht zur elterlichen Sorge (Art. 296 ff. ZGB)²⁷⁵. Die deutsche Doktrin bezeichnet diese deshalb als *persönliche Familienrechte*²⁷⁶. Im Gegensatz zu den ihrer Art nach verfügbaren Vermögensgegenständen²⁷⁷ kann also über Persönlichkeitsrechte und gewisse Rechte, Pflichten bzw. Rechtsverhältnisse familienrechtlicher Natur nicht verfügt werden.

2.78 Von der Zuordnung einzelner Erscheinungen zu den unverfügbaren Persönlichkeitsrechten gilt es die Frage zu unterscheiden, welche Person zur *Ausübung* der jeweiligen Persönlichkeitsrechte berechtigt ist. So weisen beispielsweise einige Persönlichkeitsrechte (aber längst nicht alle) die Eigenheit auf, dass sie nur durch den Rechtsträger selbst ausgeübt werden können und daher *absolut höchstpersönlich* sind²⁷⁸.

2.79 Auch wenn sich auf Persönlichkeitsrechte nicht verzichten lässt, kann doch in gewissem Umfang auf die *Ausübung* bestimmter Persönlichkeitsrechte *verzichtet* werden²⁷⁹. Vielfach liegt einem derartigen Ausübungsverzicht eine vertragliche Vereinbarung zugrunde, aufgrund welcher wiederum (verfügbare und in der Regel geldwerte) Vermögensrechte entstehen. Zu denken ist etwa an die Lizenzierung des eigenen Namens für Artikel der Beklei-

²⁷⁴ Zum Begriff der Verfügung siehe oben Rz. 2.29.

²⁷⁵ So LARENZ/WOLF, § 15 Rz. 27 ff. zu § 1626 ff. BGB, vgl. a.a.O. insbesondere die Überschrift zu Rz. 32 («*kein Verfügungsgegenstand*»), Kursivschrift im Original). Vgl. zudem statt vieler BSK-SCHWENZER, N. 4 zu Art. 296 ZGB.

Die Eltern können zwar das Recht bzw. die Pflicht der elterlichen Sorge weder auf andere Personen übertragen noch darauf verzichten; *übertragbar* ist aber die *Ausübung* der elterlichen Sorge (BSK-SCHWENZER, a.a.O.; siehe auch unten Rz. 2.79). Des Weiteren haben die zuständigen *Behörden* die Möglichkeit, den Eltern die elterliche Sorge zu *entziehen* (vgl. insbesondere Art. 311 f. ZGB).

²⁷⁶ Zum Ganzen statt vieler LARENZ/WOLF, § 15 Rz. 26 ff.

²⁷⁷ Oben Rz. 2.47 ff. und Rz. 2.71 ff.

²⁷⁸ Auch die Ausübung absolut höchstpersönlicher (Persönlichkeits-)Rechte setzt *Urteilsfähigkeit* voraus (statt vieler HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 07.29 f.). Gelegentlich ist die Zustimmung eines gesetzlichen Vertreters erforderlich (statt vieler HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 07.31 ff.).

Zu den verschiedenen Bedeutungen des Begriffs der höchstpersönlichen Rechte vgl. die Übersicht bei BK-BUCHER, N. 204 ff. zu Art. 19 ZGB.

²⁷⁹ Vgl. statt vieler BRÜCKNER, Rz. 446 ff.

ungsindustrie und einer damit verbundenen Verpflichtung, insoweit auf die Ausübung des Namensrechts zu verzichten²⁸⁰.

b. Zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff (Vermögensbegriff bei den Wirtschaftswissenschaften)

In der *Betriebswirtschaftslehre* bzw. *Finanzbuchhaltung* werden die *Aktiven* eines Wirtschaftssubjekts auch als dessen *Vermögen* (Anlage- und Umlaufvermögen) bezeichnet²⁸¹. Als Aktiven oder eben Vermögen sind alle Posten zu bilanzieren, welche «in der Zukunft einen Nutzenzugang ohne Gegenleistung» bewirken²⁸². Dabei ist der Wert der einzelnen Aktiven in Geld zu beziffern und entsprechend in der Bilanz aufzuführen²⁸³.

In der *Volkswirtschaftslehre* interessiert dagegen das *Volksvermögen*, welches definiert wird als «Summe des Wertes der in einer Volkswirtschaft zu einem Zeitpunkt vorhandenen Vermögensgüter und dem Nettogeldvermögen gegenüber der übrigen Welt»²⁸⁴.

2.80

2.81

²⁸⁰ Illustrativ hierzu BGER vom 07.11.2002, 4C.141/2002, insbesondere E. 3 f.: Im Streit lagen Fragen, die sich aus der Lizenzierung des namensrechtlich (im Sinne von Art. 29 ZGB) geschützten Pseudonyms «DJ Bobo» ergeben haben. Vgl. ferner BRÜCKNER, Rz. 449 und Rz. 790.

Anschaulich auch BGE 136 III 401, wonach es zulässig ist, in die Verletzung des Rechts am eigenen Bild – strittig waren Aufnahmen für eine Internetseite – *einzuwilligen*. Bei der Einwilligung zur Publikation der fraglichen Fotos handelt es sich um eine *Verpflichtung*, auf die *Ausübung* des Rechts am eigenen Bild als Teilgehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 28 Abs. 1 ZGB) *zu verzichten* (vgl. a.a.O. insbesondere die Regeste), und nicht um eine Veräußerung des Rechts am eigenen Bild (so aber das BGER a.a.O., E. 5.2.3 S. 406). Vgl. zudem BGE 136 III 410 und die grundlegenden Ausführungen von M. REY, S. 56 ff., zur Unterscheidung zwischen Vermögens- und Persönlichkeitsrechten im Immaterialgüterrecht.

²⁸¹ Vgl. statt vieler MEYER, S. 27 und insbesondere S. 347.

²⁸² MEYER, S. 347; vgl. auch GIORGIO BEHR/PETER LEIBFRIED, Rechnungslegung, 2. Aufl., Zürich 2010, S. 176 ff.

²⁸³ Vgl. statt vieler MEYER, S. 27 ff.

²⁸⁴ Gabler Verlag (Herausgeber), Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Volksvermögen, im Internet unter <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/127638/volksvermoegen-v3.html> (zitierfähige Adresse, abgerufen am 31.08.2011). Das *Volksvermögen der Schweiz* wird nicht ermittelt; es fehlt bereits an der Erhebung der hierzu notwendigen Daten (BEAT HOTZ-HART/DANIEL SCHMUKI/PATRICK DÜMLER, Volkswirtschaft der Schweiz, Aufbruch ins 21. Jahrhundert, 4. Aufl., Zürich 2006, S. 235).

- 2.82 So oder anders knüpfen die Wirtschaftswissenschaften letztlich an den *Geldwert* an: Zum Vermögen zählt, was einen – positiven oder negativen – Geldwert hat. Zentral ist die ökonomische, bezifferte Grösse des Geldwerts. Die Wirtschaftswissenschaften gehen also davon aus, dass sich das *Vermögen aus Geld bzw. geldwerten Gütern* zusammensetzt²⁸⁵.
- 2.83 Im Gegensatz dazu untersucht die Rechtswissenschaft nicht eine faktische, sondern eine normative Ebene²⁸⁶. Wenn etwa eine Person eine Fünfzig-Franken-Note erwirbt, führt dies dazu, dass im privatrechtlichen Vermögen des Eigentümers das *Eigentum* an der Fünfzig-Franken-Note aufscheint, während in dessen wirtschaftlichem Vermögen fünfzig Franken *Geld* zu verbuchen sind.
- 2.84 Als weitere Beispiele lassen sich wiederum die Forderung und das Faustpfandrecht (Art. 884 ff. ZGB) heranziehen: Über diese Rechte kann verfügt werden, weshalb sie – wie bereits erläutert – zum *privatrechtlichen Vermögen* des Gläubigers bzw. Pfandnehmers zählen, derweil die mit der Forderung korrespondierende Verpflichtung und das pfandbelastete Eigentumsrecht einen Teil des *privatrechtlichen Vermögens* des Schuldners bzw. Pfandgebers bilden²⁸⁷. Parallel dazu ist im *wirtschaftlichen Vermögen* des Gläubigers bzw. Pfandnehmers der (positive) Geldwert dieser Rechte als Aktivum zu verbuchen, während der (negative) Geldwert der entsprechenden Verpflichtung oder Belastung im *wirtschaftlichen Vermögen* des Schuldners bzw. Pfandgebers als Passivum erscheint.
- 2.85 Unter *wirtschaftlichen Gesichtspunkten* ist nicht nur massgebend, ob ein Wirtschaftsgut einen Geldwert hat, sondern auch, wie hoch dieser ist, denn zu verbuchen sind jeweils *Geldbeträge*. Wirtschaftsgüter, also Aktiven und Passiven, werden auf der (privat-)rechtlichen und somit normativen Ebene in aller Regel – aber nicht immer²⁸⁸ – mittels subjektiver Rechte, Pflichten und

²⁸⁵ Vgl. auch BSK-NIGGLI, N. 13 der Vorbem. zu Art. 137 StGB, wonach der wirtschaftliche Vermögensbegriff mit der «Summe aller geldwerten Güter einer Person» gleichzusetzen ist.

²⁸⁶ Oben Rz. 2.75.

²⁸⁷ Siehe zum Ganzen oben Rz. 2.49 f.

²⁸⁸ Der *geldwerte* Aktivposten «Goodwill» ist beispielsweise *kein subjektives Recht* (obwohl er einen gewissen rechtlichen Schutz erfährt). Einer Rechtssphäre zurechnen lassen sich aber nur Erscheinungen des Rechts. Goodwill als Nicht-Recht kann somit keiner Rechtssphäre – und daher auch keinem privatrechtlichen Vermögen – zugeordnet werden (siehe zum Ganzen unten Rz. 2.97 ff.).

Rechtsverhältnisse verschiedenen Rechtssubjekten zugeordnet. Bei dieser rechtlichen Zuordnung wirtschaftlicher Güter an Rechtssubjekte ist der *Geldwert irrelevant*: Ein geldwertes Recht unterscheidet sich von seiner rechtlichen Qualität her nicht von einem Recht, das einen anderen oder gar keinen wirtschaftlichen Wert aufweist²⁸⁹.

c. Zum strafrechtlichen Vermögensbegriff

Gemäss der h.L. und Rechtsprechung weist der strafrechtliche Vermögensbegriff sowohl eine wirtschaftliche als auch eine juristische Komponente auf. Die *wirtschaftliche Seite* des Vermögens wird dabei umschrieben als Summe geldwerter Güter²⁹⁰, mithin gleich wie bei den Wirtschaftswissenschaften²⁹¹. Unter der *juristischen Seite* des Vermögens versteht man hingegen alle rechtlich geschützten Positionen²⁹². 2.86

Aus einer Kombination dieser beiden Vermögensbegriffe ergibt sich der im Strafrecht vorherrschende *juristisch-wirtschaftliche Vermögensbegriff*. Demgemäss besteht das Vermögen «aus der Summe der rechtlich geschützten wirtschaftlichen Werte»²⁹³. 2.87

Das Vermögen im strafrechtlichen Sinn umfasst also nach h.L. und Rechtsprechung alle *geldwerten Güter einer Person*, die den *Schutz der Rechtsordnung erfahren*. Demgegenüber ist für den hiervor entwickelten privatrechtlichen Vermögensbegriff nur massgeblich, ob Rechtspositionen – unabhängig von ihrem Geldwert – verfügbar sind oder nicht²⁹⁴. 2.88

²⁸⁹ Zum Ganzen oben Rz. 2.57 ff.

²⁹⁰ BGer vom 18.01.2010, 6B_236/2009, E. 2.3, sowie aus der Lehre statt vieler BSK-NIGGLI, N. 13 der Vorbem. zu Art. 137 StGB.

²⁹¹ Siehe dazu oben Rz. 2.80 ff.

²⁹² Vgl. statt vieler BSK-NIGGLI, N. 13 der Vorbem. zu Art. 137 StGB.

²⁹³ BGE 122 IV 179, E. 4.d S. 183 m.w.H. auf die Lehre. Vgl. zuletzt BGer vom 18.01.2010, 6B_236/2009, E. 2.3, und zum Ganzen auch die Kritik am juristisch-wirtschaftlichen Vermögensbegriff bei BSK-NIGGLI, N. 13 ff. der Vorbem. zu Art. 137 StGB m.w.H.

²⁹⁴ Oben insbesondere Rz. 2.47 ff. und Rz. 2.57 ff.

§ 10: Beispiele

1. Im Allgemeinen

2.89 Im Privatrecht ist mit «Vermögen» nicht immer das Vermögen im privatrechtlichen Sinn gemeint, im Gegenteil: Viele Bestimmungen, die in ihrem Tatbestand auf das Vermögen Bezug nehmen, meinen damit das wirtschaftliche Vermögen, *nicht* das privatrechtliche²⁹⁵. Dies soll im Folgenden anhand verschiedener Tatbestände vertieft werden.

2.90 Als Grundsatz gilt dabei, dass ein Tatbestand auf das *Vermögen im privatrechtlichen Sinn* abstellt, sofern unter dem Tatbestandselement des Vermögens verfügbare subjektive Rechte, Pflichten und Rechtsverhältnisse zu verstehen sind²⁹⁶. Auf das *Vermögen im wirtschaftlichen Sinn* bezieht sich ein Tatbestand dagegen, wenn sich ergibt, dass geldwerte Güter als Vermögen bezeichnet werden²⁹⁷.

2. Tatbestände, die auf den privatrechtlichen Vermögensbegriff (Vermögen als Inbegriff verfügbarer Gegenstände) abstellen

a. Universalsukzession im Erbfall (Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB)

2.91 Gemäss Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB gehen die *Rechte* des Erblassers (und nicht etwa dessen geldwerten Güter) im Erbgang eo ipso von Gesetzes wegen als Ganzes unmittelbar auf die Erben über, während seine *Schulden* zu den persönlichen Schulden der Erben werden²⁹⁸. Anhand der Erbteilung wurde bereits gezeigt, dass *alle Nachlassgegenstände Verfügungsgeschäften zu-*

²⁹⁵ Vgl. LARENZ/WOLF, § 21 Rz. 3 ff. und Rz. 12 ff., welche indes unter dem zivilrechtlichen (haftungsrechtlichen) Vermögen und dem Vermögen im wirtschaftlichen Sinn etwas anderes verstehen als in der vorliegenden Untersuchung.

²⁹⁶ Oben Rz. 2.71.

²⁹⁷ Oben Rz. 2.82.

²⁹⁸ Zum *Erbschaftserwerb* und zur *Entstehung der Erbengemeinschaft* siehe WOLF, Grundfragen, S. 15 ff. Vererbt wird «der Nachlass als der Inbegriff der nicht an die Person des Erblassers gebundenen Rechtsverhältnisse» (BGE 112 II 300, E. 4.b S. 305 m.w.H.).

gänglich sind, andernfalls sich nicht alle Gegenstände des Nachlasses in die Zuständigkeit der einzelnen Erben überführen liessen²⁹⁹.

Dem Sondervermögen des Nachlasses liegt daher der *privatrechtliche Vermögensbegriff* zugrunde (Nachlass als Inbegriff von *verfügbaren* Rechten, Pflichten und Rechtsverhältnissen)³⁰⁰, wobei als *Eigenheit* zu beachten ist, dass nicht alle verfügbaren Rechte auch vererbt werden können³⁰¹ und es zudem in der Kompetenz des Gesetzgebers liegt, Erscheinungen als vererblich zu erklären³⁰².

Auch beim *Besitz*, der gemäss Art. 560 Abs. 2 ZGB «ohne weiteres auf sie [sc. die Erben] übergeht», wird nicht der Besitz als tatsächliche Erscheinung vererbt, sondern die damit verbundenen Rechtspositionen³⁰³. Zum Nachlass zählen zudem regelmässig auch Vermögensgegenstände, die *keinen Geldwert* aufweisen, etwa vererbte Eigentumsrechte an wertlosen Sachen³⁰⁴.

2.92

2.93

²⁹⁹ Oben Rz. 2.43. Vgl. zu den einzelnen Gegenständen des Nachlasses zudem statt vieler BSK-SCHWANDER, N. 8 zu Art. 560 ZGB.

³⁰⁰ Es ist daher *ungenau*, den Nachlass getreu dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff als *Aktiven und Passiven* zu umschreiben (so aber beispielsweise J. PICENONI, S. 82; ZK-ESCHER/ESCHER, N. 2 der Vorbem. vor Art. 560 ZGB; BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N. 2 zu Art. 602 ZGB, und STEINAUER, droit des successions, Rz. 945).

³⁰¹ Zu denken ist namentlich an die verfügbaren, aber nicht vererblichen gesetzlichen Vorkaufsrechte (Art. 681 ff. ZGB), Nutzniessungen (Art. 745 ff. ZGB) oder Wohnrechte (Art. 776 ff. ZGB); vgl. dazu oben Rz. 2.53 und Rz. 2.55.

³⁰² Oben Rz. 2.42.

³⁰³ Statt vieler ZK-ESCHER/ESCHER, N. 4 ff. zu Art. 560 ZGB, und BSK-SCHWANDER, N. 8 zu Art. 560 ZGB; vgl. auch SPR IV/2-PIOTET, S. 577 ff.

Der Besitz hat *verschiedene Bedeutungen*: Zunächst wird damit eine rein tatsächliche Erscheinung bezeichnet, die Sachherrschaft. Darin ist kein subjektives Recht zu erblicken. Der Besitz im Sinne dieser tatsächlichen Sachherrschaft erfährt indessen einen gewissen rechtlichen Schutz (vgl. Art. 926 ff. ZGB). Nur soweit mit Besitz derartige Rechtspositionen gemeint sind, handelt es sich beim Besitz um ein Recht. Vgl. auch BSK-STARK/ERNST, N. 13 f. zu Art. 919 ZGB m.w.H.

³⁰⁴ Siehe Ganzen auch oben Rz. 2.57 ff.

**b. Universalsukzession bei der Fusion von Gesellschaften
 (Art. 22 Abs. 1 Satz 2 FusG)**

2.94 Bei einer *Fusion von Gesellschaften* werden entweder die Vermögen-gegenstände der einen Gesellschaft auf die andere übertragen oder eine neu zu gründende Gesellschaft sukzediert in die Vermögensgegenstände der bestehenden Gesellschaften (vgl. Art. 3 Abs. 1 FusG).

2.95 Gemäss Art. 22 Abs. 1 Satz 2 FusG übertragen die übernommenen Ge-
sellschaften ihre Vermögensgegenstände nicht einzeln, sondern durch Uni-
versalsukzession. Im Unterschied zum vorstehend erörterten Erbfall³⁰⁵ erfolgt
die Universalsukzession nicht von Gesetzes wegen. Sie erfordert vielmehr
ein entsprechende *Verfügung*³⁰⁶. Übertragen werden kann mithin, was ver-
fügbar ist³⁰⁷. Die übernehmende Gesellschaft sukzediert also in die verfügba-
ren Gegenstände der übertragenden Gesellschaft, auch in aktuell wertlose³⁰⁸.

³⁰⁵ Oben Rz. 2.91 ff.

³⁰⁶ Bei einer *Fusion* gehen namentlich obligatorische, dingliche und immaterielle Rechte im Zuge der *Universalsukzession* auf die übernehmende Gesellschaft über (Art. 22 Abs. 1 Satz 2 FusG; vgl. auch Botschaft FusG, S. 4421). Eine derartige unmittelbare Rechtsänderung erfordert ein Verfügungsgeschäft (oben Rz. 2.29).

Die *Verfügung* ist bei der hier in Frage stehenden Fusion im *Fusionsvertrag als dingliche Einigung* (Art. 12 f. FusG) und in der *Eintragung im Handelsregister als modus* (Art. 21 f. FusG) zu erblicken. Der Fusionsvertrag umfasst also nicht nur das obligatorische Grundgeschäft, sondern ebenso die dingliche Einigung, wobei das Verfügungsgeschäft erst mit dem Tagebucheintrag im Handelsregister (Art. 932 Abs. 1 OR) perfekt ist. Zudem steht der Fusionsvertrag und somit auch die darin enthaltene dingliche Einigung unter der aufschiebenden Bedingung des Fusionsbeschlusses (Art. 18 FusG). Vgl. zur analogen Frage im Falle einer (teilweisen oder vollständigen) Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG statt vieler HURNI, S. 189 ff. m.w.H.

³⁰⁷ Nur die untrennbar mit der zu übernehmenden Gesellschaft verbundenen und deshalb unverfügbaren Persönlichkeitsrechte sowie gewisse personengebundene Erscheinungen öffentlich-rechtlicher Natur werden *nicht* übertragen (vgl. BSK-TSCHÄNI/MEINHARDT/PAPA, N. 7 zu Art. 22 FusG; unzutreffend Botschaft FusG, S. 4421). Siehe ferner Fn. 308 hiernach.

³⁰⁸ Es ist nicht einzusehen, weshalb nur Vermögensgegenstände mit positivem oder negativem Geldwert durch Fusion übertragen werden (so aber wohl HURNI, der die Auffassung vertritt, das Vermögen bestehe insbesondere im Lichte des FusG aus Gegenständen mit positivem oder negativem Geldwert; vgl. oben Rz. 2.31). Siehe zum Ganzen auch oben Rz. 2.57 ff.

Somit setzt sich das Vermögen bei Art. 22 Abs. 1 Satz 2 FusG getreu dem *privatrechtlichen Vermögensbegriff* zusammen. Der *Wortlaut* von Art. 22 Abs. 1 Satz 2 FusG, welcher auf den wirtschaftlichen Vermögensbegriff hindeutet («gehen alle Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft von Gesetzes wegen auf die übernehmende Gesellschaft über»), erweist sich daher als *unpräzise*: Von der Universalsukzession werden nicht die Aktiven und Passiven erfasst, sondern die verfügbaren Gegenstände der übertragenden Gesellschaft. 2.96

Reinen Wirtschaftsgütern wie Know-how oder Goodwill – also Gütern mit Geldwert, aber ohne Rechtsqualität – fehlt es an einer Entsprechung auf der rechtlichen Ebene (Know-how und Goodwill sind *keine* subjektiven Rechte)³⁰⁹. Gegenstand einer Universalsukzession als Vorgang auf der normativen, rechtlichen Ebene können indes nur *Erscheinungen des Rechts* sein. Es ist deshalb nicht möglich, in reine Wirtschaftsgüter zu sukzedieren, auch nicht im Zuge einer Fusion³¹⁰. Diese werden der übernehmenden Gesellschaft bloss wirtschaftlich-faktisch und nicht rechtlich-normativ zugeordnet. Aus den reinen Wirtschaftsgütern der übertragenden Gesellschaft entstehen, nur weil diese fusioniert, keine Rechtspositionen. 2.97

Zu beachten ist indes, dass reine Wirtschaftsgüter – obwohl keine subjektiven Rechte – von der Rechtsordnung zuweilen einen gewissen Schutz erfahren. So bestehen beispielsweise gegen die unlautere Ausbeutung geldwerter Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse (also Know-how) *subjektive Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche* (vgl. insbesondere Art. 6 i.V.m. Art. 9 UWG)³¹¹, bei welchen es sich wiederum um Vermögensgegenstände handelt, die im Fusionsfall übertragen werden³¹². 2.98

Auch hier ist also zwischen der *wirtschaftlichen* (faktischen) Ebene einerseits und der *privatrechtlichen* (normativen) Ebene andererseits zu unterscheiden: Im wirtschaftlichen Vermögen einer Gesellschaft sind ihre geldwerten Güter – auch die reinen Wirtschaftsgüter Know-how und Goodwill – als Aktiven und Passiven zu bilanzieren, während das *privatrechtliche* Ver- 2.99

³⁰⁹ Vgl. zum Ganzen HURNI, S. 64 ff.

³¹⁰ Siehe auch HURNI, S. 66 ff.

³¹¹ HURNI, Fn. 279 auf S. 67 m.H. auf weitere massgebliche Vorschriften.

³¹² Vgl. HURNI, S. 67 m.w.H. Auf diese Ansprüche kann gemäss HURNI, a.a.O., verzichtet werden. Sie sind deshalb *verfügbar* (oben Rz. 2.29) und somit Vermögensgegenstände.

mögen ihre verfügbaren subjektiven Rechte, Pflichten und Rechtsverhältnisse umfasst.

c. Ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR)

2.100 Die Tatbestände betreffend die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR) bezwecken, von der Rechtsordnung *missbilligte Vermögensverschiebungen* auszugleichen³¹³; sie haben insofern eine «Berichtigungsfunktion»³¹⁴.

2.101 Nach richtiger Ansicht ist der Bereicherungsanspruch primär auf die *Herausgabe* dessen gerichtet, was der ungerechtfertigt Bereicherte *in natura* erlangt hat³¹⁵: Geschuldet ist «die Rückerstattung der zu Unrecht ins Vermögen des Bereicherten gelangten Vermögensobjekte»³¹⁶. Die Herausgabe der Bereicherung *in natura*, wie sie der Bereicherte in erster Linie schuldet, erfordert grundsätzlich eine (Rück-)Übertragung des ungerechtfertigt erlangten Vermögensgegenstands und daher ein *Verfügungsgeschäft*³¹⁷. Somit zielen die bereicherungsrechtlichen Ansprüche vorrangig auf das *privatrechtliche Vermögen* des Bereicherten.

2.102 Erst in einem zweiten Schritt, wenn die ungerechtfertigt erlangte Vermögensverschiebung oder deren Surrogate ihrer Natur nach nicht (mehr) herausgegeben werden können, wandelt sich die Naturalrestitution in eine *Wertaus-*

³¹³ Vgl. statt vieler BSK-SCHULIN, N. 1 zu Art. 62 OR; CR-PETITPIERRE, N. 2 der Einleitung zu Art. 62–67 OR; BUCHER, OR AT, S. 653; SCHWENZER, Rz. 55.01 m.w.H., sowie ENGEL, S. 581 f.

³¹⁴ HUWILER, Bereicherungsanspruch, S. 112.

³¹⁵ Statt vieler BSK-SCHULIN, N. 2 zu Art. 64 OR; BUCHER, OR AT, S. 656 und S. 686 ff.; SCHWENZER, Rz. 58.02 f.; ENGEL, S. 597 f., sowie aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 133 III 153, E. 2.4 S. 157. Vgl. auch CR-PETITPIERRE, N. 10 ff. zu Art. 64 OR, und aus der Lehre zum BGB ESSER/WEYERS, BT II/2, S. 97.

³¹⁶ BUCHER, OR AT, S. 686. Der ungerechtfertigt Bereicherte muss also beispielsweise eine sine causa erworbene Forderung mittels *Retrozession* zurückübertragen (dazu statt vieler BUCHER, OR AT, S. 675 f.; SCHWENZER, Rz. 58.02, sowie ENGEL, S. 598).

³¹⁷ Vgl. oben Rz. 2.29. Ein Sonderfall, der hier nicht weiter untersucht wird, liegt vor, wenn die Bereicherung im *Erlass einer Forderung* besteht: Die erlassene Forderung lebt nicht wieder auf, sondern ist mit demselben Inhalt neu zu begründen (SCHWENZER, Rz. 58.02; a.M. BUCHER, OR AT, Fn. 124 auf S. 687, wonach «die vermeintlich erlassene Forderung weiterbesteht»).

*gleichspflicht*³¹⁸: Zu erstatten ist jetzt eine in Geld zu beziffernde Vermögensdifferenz³¹⁹. Bereicherungsansprüche dienen insofern dazu, einen ungerechtfertigt erlangten wirtschaftlichen Vermögensvorteil abzuschöpfen. Subsidiär zielen Bereicherungsansprüche also auf das *wirtschaftliche Vermögen* des Bereicherten.

Der *Bereicherungsanspruch* selbst wiederum ist immer ein (grundsätzlich verfügbarer) *Vermögensgegenstand*, unabhängig davon, ob die ungerechtfertigt erlangte Rechtsposition in natura herauszugeben ist oder ob der Bereicherte Geldersatz schuldet. Mit dem Bereicherungsanspruch im privatrechtlichen Vermögen des Entreicherten korrespondiert dabei eine entsprechende Schuld im privatrechtlichen Vermögen des Bereicherten³²⁰.

2.103

3. Tatbestände, die auf den wirtschaftlichen Vermögensbegriff (Vermögen als Inbegriff geldwerter Güter) abstellen

a. Schadenersatz (insbesondere Art. 41 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 1 OR)

Tatbestände, welche die Leistung von *Schadenersatz* regeln, finden sich im ZGB und OR verschiedentlich; zu denken ist insbesondere an Art. 41 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 1 OR. Gemeinsam ist diesen Tatbeständen, dass sie den Schuldner grundsätzlich nur dazu verpflichten, einen Vermögensschaden zu ersetzen³²¹.

2.104

Vermögensschäden wiederum sind nach der Differenztheorie zu berechnen³²². Es ist also «der gegenwärtige Stand des Vermögens der Geschädigten

2.105

³¹⁸ Statt vieler BUCHER, OR AT, S. 656 und S. 688 f.; SCHWENZER, Rz. 58.06 ff., sowie aus der Lehre zum BGB ESSER/WEYERS, BT II/2, S. 102.

³¹⁹ Statt vieler BUCHER, OR AT, S. 690 ff., und SCHWENZER, Rz. 58.09 f.; vgl. ferner BSK-SCHULIN, N. 3 zu Art. 64 OR.

Bei ESSER/WEYERS, BT II/2, S. 97, wird dazu angemerkt, dass der Bereicherungsanspruch des BGB «in erster Linie „objektbezogen“» ist; dies im Gegensatz zu einer summenbezogenen Pflicht, bei welcher «von vornherein nur der Wert eines resultierendes „Saldo“ zu ermitteln» wäre.

³²⁰ Dazu oben Rz. 2.49.

³²¹ Statt vieler SCHWENZER, Rz. 14.03.

³²² Statt vieler SCHWENZER, Rz. 14.03 ff., sowie aus der Rechtsprechung BGE 127 III 73, E. 4.a S. 75 f. m.w.H. (bestätigt zuletzt in BGer vom 12.07.2011, 4A_127/2011, E. 5).

mit dem Stand zu vergleichen, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte»³²³. Dabei kann ein Vermögensschaden «in einer Vermehrung der Passiven, einer Verminderung der Aktiven oder in entgangenem Gewinn bestehen»³²⁴. Gemessen wird der Schaden grundsätzlich in *Geld*³²⁵.

2.106 Ein tatbestandsmässiger Vermögensschaden liegt somit vor, sobald das von der Schädigung betroffene Vermögen eine geldwerte Verminderung bzw. Nichtvermehrung erlitten hat. Mit «Vermögen» ist bei den entsprechenden Tatbeständen Geld – und somit der *wirtschaftliche Begriff des Vermögens* – gemeint³²⁶.

2.107 Das Bestehen eines geldwerten Schadens alleine lässt noch keine Schadenersatzpflicht entstehen. Ein tatbestandsmässiges Verhalten setzt namentlich auch voraus, dass die Schädigung zugleich (bei Art. 41 Abs. 1 OR) *widerrechtlich* oder (bei Art. 97 Abs. 1 OR) *vertragsverletzend* ist. Ein Vermögensschaden muss also nur dann ersetzt werden, wenn durch das schädigende Verhalten in die betreffende *fremde Rechtssphäre eingegriffen* wurde³²⁷. Erst wenn auch ein Eingriff in die fremde Rechtssphäre vorliegt, resultieren aus wirtschaftlichen Schäden (Ausgleichs-)Ansprüche auf der normativen, rechtlichen Ebene.

³²³ SCHWENZER, Rz. 14.03 m.w.H. Diese Umschreibung des Vermögensschadens ist allgemeine Rechtsauffassung (BGE 127 III 73, E. 4.a S. 76).

³²⁴ BGE 132 III 359, E. 4 S. 366 m.w.H.

³²⁵ Vgl. statt vieler SCHWENZER, Rz. 14.03; zudem BSK-SCHNYDER, N. 3 zu Art. 41 OR; CR-WERRO, N. 8 zu Art. 41 OR; BSK-WIEGAND, N. 38 ff. zu Art. 97 OR, sowie CR-THÉVENOZ, N. 59 zu Art. 97 OR.

³²⁶ Vgl. LARENZ/WOLF, § 21 Rz. 17 (mit anderer Terminologie als in der vorliegenden Untersuchung).

³²⁷ Im Falle der *Widerrechtlichkeit* im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR besteht dieser Eingriff in eine fremde Rechtssphäre darin, dass ein absolut geschütztes Rechtsgut oder – bei reinen Vermögensschäden – eine entsprechende Schutznorm verletzt wird (dazu statt vieler SCHWENZER, Rz. 50.04 ff.; BSK-SCHNYDER, N. 30 ff. zu Art. 41 OR, sowie CR-WERRO, N. 52 ff. zu Art. 41 OR). Bei einer *Vertragsverletzung* gemäss Art. 97 Abs. 1 OR kann der Eingriff in die fremde Rechtssphäre, hier jene des Gläubigers, beispielsweise durch eine Schlechterfüllung der geschuldeten Leistung erfolgen (dazu statt vieler SCHWENZER, Rz. 67.01 ff.; BSK-WIEGAND, N. 6 ff. zu Art. 97 OR, sowie CR-THÉVENOZ, N. 4 ff. zu Art. 97 OR).

Nicht erforderlich ist dagegen, dass durch den Eingriff in die fremde Rechtssphäre zugleich der Bestand der Rechte des Geschädigten abnimmt. Dies wäre etwa der Fall, wenn eine Fahrnissache nicht nur beschädigt, sondern zerstört wird, womit das Eigentumsrecht (Art. 641 ZGB) untergeht³²⁸. Ein geldwerter Vermögensschaden besteht so oder anders, also auch, wenn der Geschädigte Eigentümer der (nun beschädigten) Sache bleibt und somit im Bestand seiner Rechte kein Verlust des Eigentumsrechts zu verzeichnen ist. 2.108

Der *Schadenersatzanspruch* – einerlei, ob dieser Geld- oder Realersatz zum Inhalt hat (Art. 43 OR bzw. Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 43 OR)³²⁹ – ist ein (verfügbarer) *Vermögensgegenstand*. Hat etwa einer seinem Nachbarn eine Fichte umgesägt und wird hierfür Realersatz zugesprochen, besteht im privatrechtlichen Vermögen des Geschädigten ein Anspruch auf Wiederherstellung durch Pflanzung eines entsprechenden Baumes³³⁰, währenddessen im privatrechtlichen Vermögen des Schädigers die Verpflichtung zur Pflanzung des Baumes aufscheint. 2.109

b. Rechnungslegung (Art. 662 ff. OR) und Kapitalverlust bzw. Überschuldung (Art. 725 f. OR) bei einer AG

Unter den *gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen* finden sich insbesondere im Aktienrecht (Art. 620 ff. OR) Tatbestände, die sich auf das Vermögen beziehen. Zwei Beispiele seien hier herausgegriffen, nämlich die Vorschriften über die Rechnungslegung (Art. 662 ff. OR) sowie den Kapitalverlust und die Überschuldung (Art. 725 f. OR). 2.110

Den Bestimmungen über die *Rechnungslegung* (Art. 662 ff. OR) liegt die Vorstellung zugrunde, dass sich das Vermögen einer AG aus Gütern zusam- 2.111

³²⁸ Die Rechtsfolgen eines *Untergangs der beweglichen Sache* werden im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt (vgl. Art. 729 ZGB). Der Untergang der Sachsubstanz ist aber ein «selbstverständlicher absoluter Eigentumsverlustgrund» (BSK-SCHWANDER, N. 4 zu Art. 729 ZGB).

³²⁹ Der Ersatz des geldwerten Vermögensschadens erfolgt in Ausnahmefällen nicht in Form von Geld, sondern durch *Ersatzbeschaffung oder Reparatur* (Naturalrestitution) des *beschädigten realen Objekts*; vgl. zum Realersatz statt vieler BSK-SCHNYDER, N. 4 zu Art. 43 OR; CR-WERRO, N. 11 zu Art. 43 OR; BSK-WIEGAND, N. 18 zu Art. 99 OR, sowie CR-THÉVENOZ, N. 16 zu Art. 99 OR.

³³⁰ Anschaulich dazu BGE 129 III 331, vgl. insbesondere E. 2.2 S. 333 f. (wobei hier Geldersatz verlangt und auch zugesprochen wurde).

mensetzt, welche entsprechend ihrem positiven oder negativen Geldwert in den entsprechenden Rechnungen zu verbuchen sind³³¹. Mit (Umlauf-, Anlage-)Vermögen bzw. Aktiven und Passiven sind hier Güter mit Geldwert gemeint, weshalb diese Vorschriften an den *wirtschaftlichen Vermögensbegriff* anknüpfen.

- 2.112 Gleiches gilt für die Regeln über den *Kapitalverlust und die Überschuldung* (Art. 725 f. OR): Ob ein Kapitalverlust bzw. eine Überschuldung vorliegt, ergibt sich anhand von in Geld bilanzierten Werten³³², weshalb der Umfang des Vermögens bei diesen Tatbeständen ebenfalls anhand *wirtschaftlicher Kriterien* zu ermitteln ist.

§ 11: Vermögensbegriff bei der Vermögensverwaltung

- 2.113 Gestützt auf die vorstehende Untersuchung ist im Folgenden zu bestimmen, an welchen Vermögensbegriff die hier besonders interessierenden *Vermögensverwaltungstatbestände* anknüpfen.

- 2.114 Dabei gilt es sich zunächst zu vergegenwärtigen, dass die Vermögensverwaltung mit dem *Ausüben oder Einwirken auf einen* (eigenen oder fremden³³³) *Rechtskreis* einhergeht: Sie kann etwa darin bestehen, eine zu verwaltende Liegenschaft zu betreten, dort den Rasen zu mähen oder säumigen Mietern eines darauf errichteten Wohnhauses zu kündigen. Dem Verwalter wird also die Befugnis bzw. Pflicht eingeräumt, gewisse *Rechtspositionen* zu verwalten. Das zu verwaltende Vermögen setzt sich somit aus noch näher zu bestimmenden rechtlichen Erscheinungen zusammen, weshalb der Vermögensverwaltung ein *rechtlicher Vermögensbegriff* zugrunde liegt. Es wäre da-

³³¹ Vgl. zum Ganzen statt vieler MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 8 Rz. 24 ff., Rz. 27 und insbesondere Rz. 77 ff., sowie BSK-NEUHAUS/BLÄTTLER, N. 14 ff. zu Art. 663 OR und N. 16 ff. zu Art. 663a OR.

³³² Vgl. zum Ganzen statt vieler MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 Rz. 83 ff., sowie BSK-WÜSTINER, N. 18 ff. und N. 29 f. zu Art. 725 OR.

³³³ Entsprechend ist zwischen der *Verwaltung von eigenen* und *fremden Vermögensgegenständen* zu unterscheiden (vgl. unten Rz. 3.01 ff. und Rz. 4.01 ff.).

her unpräzise, das zu verwaltende Vermögen gemäss dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff als Inbegriff geldwerter Güter zu umschreiben³³⁴.

Sodann besteht jede Verwaltung – wie sich noch zeigen wird – in einer wirtschaftenden Tätigkeit, die darauf auszurichten ist, hinsichtlich des zu verwaltenden Vermögens einen Wertzuwachs anzustreben und Wertverluste abzuwenden³³⁵. Gegenstand der Verwaltung bilden also nur jene rechtlichen Erscheinungen, die einer *Wertveränderung* zugänglich sein können.

Daraus wird einsichtig, dass sich die Vermögensverwaltung auf *privatrechtliches Vermögen* bezieht: Einerseits handelt es sich bei der privatrechtlichen Definition des Vermögens³³⁶, wie gefordert, um einen *rechtlichen Vermögensbegriff*³³⁷. Andererseits zählen zum privatrechtlichen Vermögen bloss jene rechtlichen Erscheinungen, die verfügbar sind und somit (zumindest potentiell) einen Geldwert aufweisen³³⁸. Nur bei den Gegenständen des privatrechtlichen Vermögens kann also, wie ebenfalls gefordert, eine *Wertveränderung* eintreten. Gegenstand der Verwaltung bildet deshalb Vermögen im privatrechtlichen Sinn, im vorstehenden Beispiel also das Eigentum an der Liegenschaft (Art. 641 i.V.m. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB) sowie die Mietverträge (Art. 253 ff. OR)³³⁹.

2.115

2.116

³³⁴ Vgl. auch LARENZ/WOLF, § 21 Rz. 14 (wobei eine andere Terminologie verwendet wird als in der vorliegenden Untersuchung). Zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff siehe oben Rz. 2.80 ff.

³³⁵ Zum Ganzen unten insbesondere Rz. 3.112 ff. und Rz. 3.115 ff.

³³⁶ Vgl. oben Rz. 2.71 ff.

³³⁷ Oben Rz. 2.75.

³³⁸ Oben Rz. 2.66. Dies im Unterschied zu den *Persönlichkeitsrechten* und *persönlichen Familienrechten*, über die nicht verfügt werden kann, weshalb sie nicht einmal potentiell einen rechtmässig realisierbaren Geldwert haben (vgl. dazu oben Rz. 2.77 ff.).

³³⁹ Anhand des *wirtschaftlichen Vermögens* – hier des Liegenschaftseigentümers – gilt es aber zu beurteilen, ob der Verwalter *pflichtgemäss* handelt: Gegenstände der Verwaltung sind im vorliegenden Fall zwar das Eigentum an der Liegenschaft und die Mietverträge. Die Aufgabe des Verwalters besteht aber darin, den entsprechenden wirtschaftlichen (Geld-)Wert der Aktiven «Liegenschaft» und «Mieteinnahmen» möglichst zu vermehren bzw. drohende Verluste abzuwenden. Der Verwalter ist deshalb z.B. verpflichtet, allfälligen Goodwill der Mieterschaft zu steigern und damit die Bewertung des Aktivums «Mieteinnahmen» zu erhöhen. Auf diese Thematik ist ausführlich zurückzukommen; siehe zum Ganzen unten insbesondere Rz. 3.115 ff.

- 2.117 Für diese Auffassung spricht auch, dass der Verwalter zwecks Wertvermehrung bzw. Verlustvermeidung, auf welche die Verwaltung auszurichten ist, oft in den Bestand der zu verwaltenden Rechtspositionen eingreifen muss. Zu denken ist etwa an die Veräußerung von subjektiven Rechten, denen ein Wertverlust droht, oder an den Erwerb von gewinnversprechenden subjektiven Rechten. Derartige Verwaltungshandlungen verändern die Rechtslage unmittelbar, wobei nur die ihrer Art nach *verfügbaren Vermögensgegenstände* (also Vermögen im privatrechtlichen Sinn) unmittelbar rechtsändernden Handlungen zugänglich sind, nicht aber die unverfügbaren Persönlichkeitsrechte und persönlichen Familienrechte³⁴⁰.

§ 12: Zusammenfassung

- 2.118 Das Vermögen ist, so die vorstehenden Ausführungen, ein *Aspekt der Persönlichkeit* und daher untrennbar mit der jeweiligen Person verbunden. Aus der Optik des Privatrechts hat also jede Person ein einziges Vermögen³⁴¹. Über das Vermögen als Aspekt der Persönlichkeit kann (wie über die Persönlichkeit insgesamt) *nicht verfügt* werden³⁴². Auch bei Vorliegen von Sondervermögen hat die betreffende Person nur ein einziges Vermögen, weil Sondervermögen in diesem einen Vermögen bloss zweckbezogene Ausschnitte bilden, auf welche von Gesetzes wegen gewisse besondere Regeln Anwendung finden³⁴³.
- 2.119 Dieses eine, *privatrechtliche Vermögen* jeder Person besteht aus der Gesamtheit ihrer grundsätzlich *verfügbaren subjektiven Rechte, Pflichten und Rechtsverhältnisse*³⁴⁴. Die Bestandteile des privatrechtlichen Vermögens – die Vermögensgegenstände³⁴⁵ – sind also, jedenfalls ihrer Art nach³⁴⁶, Verfügungsgeschäften zugänglich. Dabei ist unerheblich, ob diesen verfügbaren

³⁴⁰ Oben Rz. 2.77 ff.

³⁴¹ Zum Ganzen oben Rz. 2.07 ff.

³⁴² Oben Rz. 2.14.

³⁴³ Zum Ganzen oben Rz. 2.17 ff.

³⁴⁴ Zum Ganzen oben Rz. 2.19 ff. (insbesondere Rz. 2.25 ff., Rz. 2.47 ff. sowie Rz. 2.71 ff.).

³⁴⁵ Zu diesem Begriff oben Rz. 2.73.

³⁴⁶ Oben Rz. 2.51 ff.

Gegenständen auf der wirtschaftlich-faktischen Ebene ein Geldwert zugeschrieben wird oder nicht³⁴⁷. Verfügbare Gegenstände ohne Geldwert zählen ebenfalls zum privatrechtlichen Vermögen. Zumindest potentiell haben aber alle Vermögensgegenstände einen Geldwert³⁴⁸.

Persönlichkeitsrechte sowie gewisse persönlichkeitsnahe Erscheinungen familienrechtlicher Natur sind – im Gegensatz zu den Gegenständen des privatrechtlichen Vermögens – Verfügungsgeschäften nicht zugänglich, also *unverfügbar*³⁴⁹. Die grundsätzlich verfügbaren Vermögensgegenstände und die nicht verfügbaren Persönlichkeitsrechte (sowie die damit verwandten Rechte, Pflichten und Rechtsverhältnisse familienrechtlicher Natur) ergänzen sich somit *komplementär*³⁵⁰. 2.120

Vom privatrechtlichen Vermögen gilt es insbesondere den Vermögensbegriff der Wirtschaftswissenschaften abzugrenzen. Das *Vermögen im wirtschaftlichen Sinn* besteht aus allen *Gütern mit Geldwert*, sei dieser positiv oder negativ³⁵¹. Ein Gut kann also zum Vermögen im wirtschaftlichen Sinn gezählt werden, soweit es einen Geldwert aufweist. Irrelevant ist dabei, ob diesen geldwerten Gütern auf der rechtlich-normativen Ebene subjektive Rechte, Pflichten und Rechtsverhältnisse entsprechen oder nicht³⁵². Auch geldwerte Güter, die nicht durch ein subjektives Recht geschützt werden, zählen zum Vermögen im wirtschaftlichen Sinn. So korrespondiert mit reinen Wirtschaftsgütern wie Know-how oder Goodwill regelmässig kein subjektives Recht im privatrechtlichen Vermögen³⁵³. 2.121

Nicht alle Tatbestände des Privatrechts betreffend das Vermögen knüpfen an den privatrechtlichen Vermögensbegriff an. Vielmehr muss bei den einzelnen Tatbeständen durch *Auslegung* ermittelt werden, welche Bedeutung der Begriff des Vermögens aufweist³⁵⁴. Das privatrechtliche Vermögen ist dabei gemeint, falls ein Tatbestand hinsichtlich der Zusammensetzung des 2.122

³⁴⁷ Zum Ganzen oben Rz. 2.57 ff.

³⁴⁸ Oben Rz. 2.66.

³⁴⁹ Zum Ganzen oben Rz. 2.77 ff.

³⁵⁰ Oben Rz. 2.68 und insbesondere Rz. 2.77.

³⁵¹ Zum Ganzen oben Rz. 2.80 ff.

³⁵² Oben Rz. 2.82 ff.

³⁵³ Oben Rz. 2.97 ff.

³⁵⁴ Oben Rz. 2.74.

Vermögens auf die *Verfügbarkeit* abstellt³⁵⁵. Ergibt sich dagegen, dass das Vermögen aus *geldwerten Gütern* besteht, bezieht sich der betreffende Tatbestand auf das Vermögen im wirtschaftlichen Sinn³⁵⁶.

2.123 Gemäss dem hier vertretenen Konzept ist das privatrechtliche Vermögen einerseits von den Persönlichkeitsrechten (sowie den damit verwandten familienrechtlichen Erscheinungen) abzugrenzen und andererseits vom Vermögen im wirtschaftlichen Sinn zu unterscheiden. Damit soll – was die Aufgabe derartiger abstrakter Konzepte ist – dazu beigetragen werden, das (*privat-*) *rechtliche Sinngefüge* kenntlich zu machen und ausschliesslich einzelfallbezogen-pragmatischen³⁵⁷ Entscheidungen vorzubeugen, namentlich aus Gründen der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit³⁵⁸.

2.124 *Gegenstand der Vermögensverwaltung ist privatrechtliches Vermögen*³⁵⁹. Verwaltet werden können also alle ihrer Art nach verfügbaren Rechte, Pflichten und Rechtsverhältnisse.

³⁵⁵ Vgl. die Beispiele oben Rz. 2.89 ff. (insbesondere Rz. 2.91 ff.).

³⁵⁶ Vgl. die Beispiele oben Rz. 2.104 ff.

³⁵⁷ Zur *Denkweise des Pragmatismus* im Rahmen der juristischen Methodik vgl. die zu Recht kritischen Bemerkungen von HUWILER, *Privatrecht und Methode*, S. 2 m.w.H.: «Dadurch [sc. durch den Pragmatismus] wird die Wahrheit lediglich anhand ihrer praktischen Auswirkung, d.h. ihres unmittelbaren Nutzens, überprüft. Dies entspricht der rein instrumentellen und insoweit *subjektiven Vernunft*, will sagen der Fähigkeit, konkret vorgegebenen Zwecken ohne Bedachtnahme auf übergreifende Interessen die effizientesten Mittel zuzuordnen. Daraus folgt ein unüberbrückbarer Widerspruch zur *objektiven Vernunft*, welche in unserer Rechtsordnung als Rechtsvernunft in der systematischen Kodifikation verkörpert ist. Kodifizierte, in einem Sinngefüge entfaltete, bewährte Rechtsvernunft und pragmatische Argumentationsweise sind *unvereinbare Gegensätze*, so dass die Rechtsprechung gut daran täte, sich dieser Aporie stets bewusst zu sein. Denn andernfalls laufen die rein ergebnisorientierten, aus dem politisch-ökonomischen Bedürfnis des Augenblicks heraus gefällten Entscheidungen ihrerseits Gefahr, in Widerspruch zu geraten zu den in der Kodifikation festgeschriebenen Wertentscheidungen; dass damit Rechtssicherheit und Gerechtigkeit gefährdet würden, ist offensichtlich» (Kursivschrift hinzugefügt).

³⁵⁸ Zum Ganzen oben Rz. 1.07 ff. (insbesondere Rz. 1.10).

³⁵⁹ Zum Ganzen oben Rz. 2.113 ff.

Teil 3: Verwaltung fremder Vermögensgegenstände

Im vorliegenden Teil wird die Verwaltung fremder Vermögensgegenstände untersucht (vgl. § 13).

Ausgehend von einer Analyse verschiedener Tatbestände (§ 14) gilt es zunächst zu diskutieren, inwiefern der herrschende Begriff der Vermögensverwaltung von SIBER für das schweizerische Privatrecht Geltung beanspruchen kann (§ 15). Gestützt auf die bis dahin gewonnenen Erkenntnisse ist eine eigenständige Definition der Vermögensverwaltung zu entwickeln (§ 16 und die Erläuterungen hierzu in § 17 ff.). Es folgen Untersuchungen zu verschiedenen gesetzlichen Beschränkungen des Umfangs der Vermögensverwaltung (§ 21). Am Schluss finden sich Hinweise auf die Tätigkeit des Verwaltens und die daraus resultierenden Rechtsfolgen (§ 22).

§ 13: Begriff der fremden Vermögensgegenstände (Anwendungsbereich)

3.01 Der herrschende Verwaltungsbegriff von SIBER bezieht sich auf die Verwaltung von fremdem Vermögen³⁶⁰. Entsprechend steht auch in der vorliegenden Untersuchung die Verwaltung fremden Vermögens – bzw. präziser: *fremder Vermögensgegenstände* – im Vordergrund³⁶¹.

3.02 Ob ein Gegenstand fremd oder eigen ist, bestimmt sich aufgrund der *Zuständigkeit*, also der *Zugehörigkeit bzw. Zuordnung einer rechtlichen Erscheinung* – sei es ein Recht, eine Verpflichtung oder ein Rechtsverhältnis – *zu einer Person*³⁶². Eine Verwaltung fremder Vermögensgegenstände liegt vor, wenn der Verwalter an den zu verwaltenden Vermögensgegenständen *nicht oder nicht alleine zuständig* ist³⁶³. Die Person des wirtschaftlich Berechtigten interessiert insoweit also nicht.

3.03 Bei den meisten hier einbezogenen Tatbeständen³⁶⁴ gilt es grundsätzlich fremde Vermögensgegenstände zu verwalten. Dies trifft insbesondere auch auf die *Verwaltung gemeinschaftlicher Vermögensgegenstände durch die Rechtsgemeinschaftler* zu: Keiner der Rechtsgemeinschaftler ist an den zu verwaltenden gemeinschaftlichen Vermögensgegenständen alleine zuständig³⁶⁵, wes-

³⁶⁰ Vgl. SIBER, Verwaltungsrecht, S. 81 ff.

³⁶¹ Zum privatrechtlichen Vermögen als Gegenstand der Verwaltung siehe oben Rz. 2.113 ff. und zu den einzelnen, zu verwaltenden Vermögensgegenständen unten Rz. 3.108 ff.

³⁶² Vgl. statt vieler VON TUHR, AT BGB I, S. 66: «Die Zugehörigkeit eines Rechts zu einem Subjekt pflegt man die *Zuständigkeit* des Rechts zu nennen» (Hervorhebung im Original in Sperrschrift; anders dagegen ZINGG, S. 10 ff.).

Subjekte können nicht nur an *Rechten*, sondern ebenso an *Verpflichtungen* und an *Rechtsverhältnissen zuständig* sein (vgl. zu diesen Begriffen unten Rz. 3.63 ff. und Fn. 505). So ist etwa bei einer Obligation der Gläubiger an der entsprechenden Forderung zuständig und der Schuldner an der damit korrespondierenden Verpflichtung (vgl. auch unten Fn. 528).

³⁶³ SIBER äussert sich in seinem Aufsatz zum Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen nicht explizit dazu, worin sich fremde von eigenen Vermögensgegenständen unterscheiden (vgl. SIBER, Verwaltungsrecht, S. 81 ff. und S. 91 ff.).

³⁶⁴ Zur Auswahl der Tatbestände, welche in der vorliegenden Untersuchung berücksichtigt werden, siehe oben Rz. 1.14 ff.

³⁶⁵ Zum dogmatischen Konzept der Rechtsgemeinschaften siehe unten Rz. 3.84 ff.

halb die Rechtsgemeinschaftler Gegenstände verwalten, die für sie jeweils (auch) fremd sind.

Fremde Vermögensgegenstände werden nach dem Gesagten verwaltet bei der Überlassung der Vermögensverwaltung an den anderen Ehegatten (Art. 195 ZGB)³⁶⁶, der Verwaltung von Gesamtgut durch die Ehegatten (Art. 227 f. ZGB)³⁶⁷, der Verwaltung des Kindesvermögens durch die sorgeberechtigten Eltern (Art. 318 ZGB)³⁶⁸ sowie der Verwaltung des Vermögens des Schutzbefohlenen durch einen Beistand (Art. 393/394 i.V.m. Art. 419 ZGB), Beirat (Art. 395 Abs. 2 ZGB), Vormund (Art. 413 ZGB) oder den Beistand des künftigen Erwachsenenschutzrechts (nArt. 395/398 Abs. 2 i.V.m. nArt. 408 ZGB)³⁶⁹. Gleiches gilt grundsätzlich für die Verwaltung des Nachlasses durch den Willensvollstrecker (Art. 517 f. ZGB), den amtlichen Erbschaftsverwalter (Art. 554 f. ZGB), den amtlichen Erbschaftsliquidator (Art. 595 ff. ZGB), den Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB) und die Miterben

3.04

³⁶⁶ Art. 195 ZGB ist auf alle Güterstände anwendbar (oben Rz. 1.16). Dabei ist es unerheblich, aus welcher Gütermasse die zur Verwaltung überlassenen Vermögensgegenstände stammen: Soweit die Ehegatten – was die Regel ist (siehe unten Rz. 4.06) – an ihren Vermögensgegenständen alleine zuständig sind, verwaltet derjenige Ehegatte, dem die Verwaltung überlassen wurde, ausschliesslich *fremde Vermögensgegenstände*. Besteht dagegen eine gemeinschaftliche Zuständigkeit beider Ehegatten, werden durch den verwaltenden Ehegatten *Vermögensgegenstände* verwaltet, die für ihn (auch) *fremd* sind (vgl. Rz. 3.03 hiervor und Fn. 367 hiernach). So oder anders handelt es sich also bei den zur Verwaltung überlassenen Gegenständen um fremde Vermögensgegenstände.

³⁶⁷ An den Gegenständen des *Gesamtguts* (Art. 222 ff. ZGB) sind beide Ehegatten gesamthänderisch und somit gemeinschaftlich zuständig (vgl. Art. 222 Abs. 2 ZGB; dazu statt vieler BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 1 und N. 15 ff. zu Art. 222 ZGB, sowie CR-MEIER, N. 5 zu Art. 222 ZGB; siehe zudem unten Rz. 3.84 ff.). Es liegt deshalb eine *Verwaltung* (auch) *fremder Vermögensgegenstände* vor, wenn einer der Gesamthänder – hier einer der Ehegatten – Gegenstände des Gesamtguts verwaltet (vgl. Rz. 3.03 hiervor).

³⁶⁸ Wie alle Personen sind auch *Kinder* rechts- und damit vermögensfähig (vgl. auch oben Rz. 2.15), weshalb sie selbst – und nicht ihre Eltern – an den Gegenständen des Kindesvermögens *zuständig* sind (vgl. statt vieler BSK-BREITSCHMID, N. 1 zu Art. 318 ZGB, und CR-PAPAUX VAN DELDEN, N. 1 zu Art. 318 ZGB).

³⁶⁹ Alle Rechtssubjekte, *auch handlungsunfähige*, sind rechtsfähig (statt vieler BK-BUCHER, N. 26 ff. zu Art. 11 ZGB m.w.H.) und somit an ihren Vermögensgegenständen selbst *zuständig*. Zu verwalten ist also das (fremde) Vermögen der Schutzbefohlenen.

(Art. 602 Abs. 2 ZGB)³⁷⁰. Ebenso werden bei der Verwaltung von Miteigentum durch die Miteigentümer (Art. 647 ff. ZGB) fremde Vermögensgegenstände verwaltet, denn auch hier ist der Verwalter an den zu verwaltenden Vermögensgegenständen *nicht alleine zuständig*³⁷¹.

3.05

Bei den anderen hier einbezogenen Tatbeständen des ZGB besteht dagegen eine Verwaltung *eigener Vermögensgegenstände*, deren Besonderheiten erst im *vierten Teil* dieser Arbeit zu thematisieren sein werden³⁷²: In der Regel eigene Vermögensgegenstände verwalten – soviel sei hier vorweggenommen – die Ehegatten im Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung bzw. Gütertrennung (vgl. Art. 201 Abs. 1 bzw. Art. 247 ZGB)³⁷³. Für den Güter-

³⁷⁰ An den Gegenständen des Nachlasses sind die jeweiligen *Erben zuständig* (vgl. Art. 560 ZGB sowie statt vieler BSK-SCHWANDER, N. 1 zu Art. 560 ZGB). Soweit ein *Nicht-Erbe* Gegenstände des Nachlasses verwaltet, liegt somit eine Verwaltung (ausschliesslich) *fremder* Vermögensgegenstände vor. Im Falle mehrerer Erben besteht gemäss Art. 602 Abs. 2 ZGB eine *gesamthänderische* und somit gemeinschaftliche Zuständigkeit aller Miterben an den Nachlassgegenständen (statt aller BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N. 9 zu Art. 602 ZGB; siehe zudem unten Rz. 3.84 ff.). Erfolgt die Verwaltung durch einen der *Miterben*, handelt es sich daher um eine Verwaltung (auch) *fremder* Vermögensgegenstände (vgl. oben Rz. 3.03). Sowohl bei der Nachlassverwaltung durch einen Nicht-Erben als auch bei der Nachlassverwaltung durch einen Miterben werden also fremde Gegenstände verwaltet.

Anders verhält es sich nur, wenn ein *Alleinerbe* hinsichtlich des eigenen Nachlasses als *Willensvollstrecker* eingesetzt wird (dazu BSK-KARRER, N. 8 zu Art. 517 ZGB m.w.H.). Soweit dieser den Nachlass verwaltet, liegt eine *Verwaltung eigener Vermögensgegenstände* vor (zur Verwaltung eigener Vermögensgegenstände im Allgemeinen siehe unten insbesondere Rz. 4.20 ff.). In der nachfolgenden Untersuchung zur Verwaltung fremder Vermögensgegenstände wird dieser Ausnahmefall ausgeblendet. Mutatis mutandis dürfte das im Folgenden zur Nachlassverwaltung durch den Willensvollstrecker im Allgemeinen Ausgeführte aber auch für den Ausnahmefall des Alleinerben als Willensvollstrecker gelten (vgl. unten Rz. 4.29, wonach bei Bestehen einer Verpflichtung zur Verwaltung eigener Vermögensgegenstände keine grundsätzlichen Unterschiede zur Verwaltung fremder Vermögensgegenstände bestehen).

³⁷¹ Die Miteigentümer sind gemäss Art. 646 ZGB an den gemeinschaftlichen Gegenständen *mitberechtigt* (statt aller BSK-BRUNNER/WICHTERMANN, N. 5 f. der Vorbem. zu Art. 646–654a ZGB; siehe zudem unten Rz. 3.84 ff.), weshalb (auch) *fremde* Vermögensgegenstände verwaltet werden, soweit die Verwaltung des Miteigentums durch einen der Miteigentümer erfolgt (vgl. oben Rz. 3.03).

³⁷² Unten Rz. 4.01 ff.

³⁷³ Unten Rz. 4.05 ff.

stand der Gütergemeinschaft gilt Gleiches nur hinsichtlich der Verwaltung des Eigenguts (Art. 232 Abs. 1 ZGB)³⁷⁴, während bei der Verwaltung des Gesamtguts (Art. 227 f. ZGB), wie vorstehend erläutert, eine Verwaltung gemeinschaftlicher und daher fremder Vermögensgegenstände vorliegt³⁷⁵. Eine Verwaltung von eigenem Vermögen regeln sodann Art. 323 Abs. 1 und Art. 414 ZGB, wonach Kinder bzw. Bevormundete ihr freies, eigenes Vermögen selbst verwalten dürfen³⁷⁶. Zu diskutieren sein wird zudem, inwiefern es sich bei der Verwaltung des jeweiligen Sonderrechts durch die Stockwerkeigentümer (Art. 712a Abs. 2 ZGB) um eine Verwaltung eigenen Vermögens handelt³⁷⁷. Eine Anordnung betreffend die Verwaltung eigener Vermögensgegenstände enthält schliesslich Art. 906 Abs. 1 ZGB, wonach eine verpfändete Forderung durch den Forderungsgläubiger zu verwalten ist³⁷⁸.

Bei der *Vermögensverwaltung im Bankwesen* (Art. 394 ff. OR) werden wiederum *oft fremde Vermögensgegenstände* verwaltet. Zu denken ist etwa an die Verwaltung eines Depots, das Wertschriften oder Edelmetalle des Bankkunden enthält³⁷⁹, oder an die Verwaltung von Kundenguthaben³⁸⁰. Die Ver-

3.06

³⁷⁴ Unten Rz. 4.08 f.

³⁷⁵ Rz. 3.04 hiervor (vgl. insbesondere Fn. 367).

³⁷⁶ Unten Rz. 4.10 ff.

³⁷⁷ Unten Rz. 4.14 ff.

³⁷⁸ Unten Rz. 4.22 ff.

³⁷⁹ Diese Gegenstände werden häufig in einem Sammeldepot oder bei einer Sammeldepotzentralstelle (wie der SIX SIS AG, Olten) verwahrt. Die *Kunden* haben im Verhältnis der von ihnen hinterlegten Werte *Miteigentum* am Gesamtbestand des Sammeldepots (Art. 973a Abs. 2 OR i.V.m. Art. 646 ff. ZGB) bzw. an der entsprechenden Globalurkunde (Art. 973b Abs. 2 OR i.V.m. Art. 646 ff. ZGB); vgl. zum Ganzen auch GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 87 ff. m.w.H. Die zu verwaltenden Vermögensgegenstände sind deshalb für die verwaltende Bank bzw. den bankexternen Vermögensverwalter *fremd*.

³⁸⁰ Hier werden *Geldforderungen von Bankkunden* gegenüber einer Bank verwaltet. Für die verwaltende Bank bzw. den bankexternen Vermögensverwalter sind die Kundenforderungen *fremd*.

Handelt es sich bei diesem Kundenguthaben um ein *Kontokorrentkonto* (oder ein vergleichbares Produkt), kann die Verwaltung beispielsweise darin bestehen, dass die vermögensverwaltende Bank (die zugleich Schuldnerin des Kontokorrents ist) für den Kunden entsprechend dem Verwaltungsauftrag Wertschriften kauft und die aus dem Kauf der Wertschriften entstandenen Kaufpreisforderungen mit der Guthabensforderung des Kunden verrechnet (vgl. zum Kontokorrent statt vieler BUCHER, OR AT, S. 412 ff.).

mögensverwaltung im Bankwesen gilt es deshalb hier, im dritten Teil, zu untersuchen. Anders verhält es sich indes bei der fiduziarischen Vermögensverwaltung, also der Verwaltung eigener Vermögensgegenstände gestützt auf eine Treuhandabrede³⁸¹, deren Eigenheiten im vierten Teil zu erläutern sind³⁸².

§ 14: Analyse der relevanten Tatbestände

1. Vorgehen

3.07

In der nachstehenden Analyse sollen *bei den verschiedenen Verwaltern fremder Vermögensgegenstände die Gemeinsamkeiten* herausgearbeitet werden, um anschliessend den herrschenden Begriff der Vermögensverwaltung von SIBER auf seine Richtigkeit hin überprüfen zu können³⁸³. Da der Bestand an Judikatur zu den einzelnen Tatbeständen relativ knapp ist, stützt sich die Untersuchung hauptsächlich auf die Erkenntnisse der Lehre.

3.08

Eine Durchsicht der massgeblichen Literatur ergibt, dass Übereinstimmungen bei den verschiedenen Vermögensverwaltern primär hinsichtlich der jeweiligen *Verwaltungsaufgaben* bestehen. So wird in der Lehre fast immer thematisiert, ob der Vermögensverwalter eine *Erhaltung bzw. Vermehrung* des betreffenden Vermögens anstreben muss und ob er dieses *verwenden bzw. verbrauchen* darf³⁸⁴. Oft wird auch erörtert, ob ihm bei seiner Tätigkeit eine *selbständige Stellung* zukommt, welchen *Interessen* er dabei Rechnung zu tragen hat und inwiefern er verpflichtet ist, *Weisungen bzw. Beschlüsse* zu

³⁸¹ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn das zu verwaltende Depot auf den Namen des Treuhänders lautet (vgl. dazu GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 88 f.).

³⁸² Unten Rz. 4.26 ff.

³⁸³ Die in dieser Arbeit verfolgte Methodik (dazu oben Rz. 1.07 ff.) verlangt, dass der Begriff der Verwaltung durch *Abstraktion* der *gemeinsamen Tatbestandselemente* bei den verschiedenen Vermögensverwaltungstatbeständen gewonnen wird.

³⁸⁴ Zur Bedeutung dieser Begriffe siehe unten Rz. 3.40 ff. (Erhaltung und Vermehrung) bzw. Rz. 3.45 ff. (Verwendung bzw. Verbrauch).

befolgen. Im Folgenden richtet sich das Augenmerk in erster Linie auf diese Gemeinsamkeiten unter den verschiedenen Vermögensverwaltern³⁸⁵.

Meistens haben die einzelnen Verwaltungstatbestände nur eine fragmentarische gesetzliche Regelung erfahren. Für die weitere Untersuchung ist daher ebenfalls von Interesse, welche *Gesetzesbestimmungen subsidiär anzuwenden* sind. Auch darauf ist bei der anschliessenden Analyse zu achten.

Bei gewissen Tatbeständen beschränkt das Gesetz den Umfang der Vermögensverwaltung. So darf beispielsweise ein Miteigentümer von Gesetzes wegen nur Vorkehren der gewöhnlichen und dringlichen Verwaltung selbständig ergreifen (vgl. Art. 647a bzw. Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB)³⁸⁶. Da die anschliessende Untersuchung darauf abzielt, die allgemeine Natur des Verwaltungsbegriffs zu erfassen, gilt es solche *gesetzliche Beschränkungen des Umfangs der Verwaltung* – vorerst³⁸⁷ – *auszublenden*. Bei den betreffenden Tatbeständen sind daher die Aufgaben des Vermögensverwalters losgelöst von derartigen gesetzlichen Restriktionen zu untersuchen.

2. Überlassung der Vermögensverwaltung unter Ehegatten (Art. 195 ZGB)

Beim ersten hier einbezogenen Tatbestand – der Überlassung der Vermögensverwaltung unter Ehegatten (Art. 195 ZGB) – besteht in der Lehre insoweit Einigkeit, als die Aufgabe des verwaltenden Ehegatten die *Erhaltung und Vermehrung* des zur Verwaltung überlassenen Vermögens umfasst³⁸⁸. Eine *Verwendung* des verwalteten Vermögens im Sinne eines Verbrauchs ist *nicht gestattet*³⁸⁹.

³⁸⁵ Vorläufig bleibt unbeachtlich, ob der Vermögensverwalter zur Verwaltung *berechtigt, befugt oder verpflichtet* ist, weil diese Termini zu uneinheitlich verwendet werden (unten Rz. 3.63; zur hier massgeblichen Terminologie vgl. unten Rz. 3.64 ff.). Indessen ist auf diese Problematik noch ausführlich zurückzukommen (unten Rz. 3.74 ff.).

³⁸⁶ Zum Ganzen unten Rz. 3.230 f. und Rz. 3.252 f.

³⁸⁷ Eine systematische Aufarbeitung verschiedener gesetzlicher Beschränkungen der Vermögensverwaltung findet sich unten in Rz. 3.213 ff.

³⁸⁸ BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 10 zu Art. 195 ZGB, und BREITSCHMID, S. 223. Vgl. BARBATTI, S. 31 m.w.H.; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 11 zu Art. 195, sowie CR-PHILIPPIN, N. 19 zu Art. 195 ZGB.

³⁸⁹ Vgl. BARBATTI, S. 31: «Im Gegensatz zur Verwaltung stehen die Begriffe der *Verwendung* und der *Nutzung* [...]» (Kursivschrift im Original). Ebenso BK-

3.12 Der verwaltende Ehegatte muss dabei die *Interessen des nicht verwaltenden Ehegatten* wahren³⁹⁰, wobei sich diese für gewöhnlich mit seinen eigenen decken³⁹¹. Weisungen des nicht verwaltenden Ehegatten sind verbindlich³⁹². Inwieweit der verwaltende Ehegatte hinsichtlich der Verwaltung *selbständig* agieren darf bzw. muss, geht aus dem Schrifttum zu Art. 195 ZGB, soweit es hier einbezogen wurde, nicht ausdrücklich hervor.

3.13 Gemäss dem Wortlaut von Art. 195 ZGB findet auf die Vermögensverwaltung durch den anderen Ehegatten – «sofern nichts anderes vereinbart ist» (also subsidiär) – *Auftragsrecht* (Art. 394 ff. OR) Anwendung³⁹³. Mitunter sind zudem besondere Bestimmungen des Ehe(güter)rechts zu berücksichtigen³⁹⁴.

HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 11 zu Art. 195 ZGB, und BREITSCHMID, S. 223; vgl. auch BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 10 zu Art. 195 ZGB, sowie CR-PHILIPPIN, N. 19 zu Art. 195 ZGB.

³⁹⁰ Vgl. BARBATTI, S. 95: «*Maxime* der Vermögensverwaltung ist die Wahrung der vermögensrechtlichen Interessen des Vermögensherrn» (Kursivschrift im Original). Gl.M. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 24 zu Art. 195 ZGB, und CR-PHILIPPIN, N. 24 zu Art. 195 ZGB; vgl. ferner BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 16 f. zu Art. 195 ZGB.

³⁹¹ BARBATTI, S. 95; BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 16 zu Art. 195 ZGB, sowie BREITSCHMID, S. 223; vgl. auch BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 27 zu Art. 195 ZGB.

³⁹² BARBATTI, S. 87 (und zum Ganzen S. 86 ff.); BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 24 zu Art. 195; BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 15 zu Art. 195 ZGB, sowie CR-PHILIPPIN, N. 19 zu Art. 195 ZGB.

³⁹³ Vgl. BARBATTI, S. 47 f.; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 17 ff. zu Art. 195 ZGB; BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 1 und N. 8 zu Art. 195 ZGB, sowie CR-PHILIPPIN, N. 1 und N. 3 ff. zu Art. 195 ZGB.

Zu den *Grenzen* einer vom Auftragsrecht abweichenden Vereinbarung betreffend die Vermögensverwaltung unter Ehegatten siehe statt vieler BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 19 zu Art. 195 ZGB.

³⁹⁴ Inwiefern die auftragsrechtlichen Regeln hinter dem Eherecht zurücktreten, muss durch *Auslegung* ermittelt werden. Dabei ist namentlich der Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* heranzuziehen. Vgl. zum Ganzen auch BARBATTI, S. 47 f.; ferner BGer vom 14.05.2009, 5A_72/2009, E. 5.3.2, und die zutreffende Kritik zu diesem Urteil von GIAN SANDRO GENNA, in: recht 27 (2009), S. 164 ff.

3. Verwaltung des Gesamtguts durch die Ehegatten (Art. 227 f. ZGB)

Im Falle einer Gütergemeinschaft (Art. 221 ff. ZGB) sind die Ehegatten von Gesetzes wegen befugt, die Gegenstände des Gesamtguts – an welchen beide Ehegatten zur gesamten Hand zuständig sind³⁹⁵ – in gewissem Umfang zu verwalten (ordentliche bzw. ausserordentliche Verwaltung, vgl. Art. 227 f. ZGB). Mit Blick auf den Zweck der hier zu führenden Analyse gilt es, diese gesetzlichen Beschränkungen des Umfangs der Verwaltungsbefugnis vorerst auszublenden³⁹⁶. Lässt man die Einschränkungen auf ordentliche bzw. ausserordentliche Vorkehren ausser Acht, besteht die Verwaltung gemäss der h.L. darin, das Gesamtgut zu *erhalten*, zu *vermehrten* und wohl auch *zweckgemäss*, d.h. für den Unterhalt der Familie, zu *verwenden*³⁹⁷.

3.14

Gemäss Art. 227 Abs. 1 ZGB müssen die Ehegatten bei der Verwaltung des Gesamtguts die *Interessen der ehelichen Gemeinschaft* wahren, wobei diese Verpflichtung nicht nur bei der ordentlichen, sondern bei jeder Verwaltung des Gesamtguts durch die Ehegatten besteht³⁹⁸. Zu berücksichtigen sind dabei «die wirtschaftlichen und persönlichen Bedürfnisse beider Ehegatten und allenfalls der Kinder»³⁹⁹. Soweit ersichtlich, äussern sich Lehre und Rechtsprechung nicht dazu, inwiefern die Ehegatten das Gesamtgut *selbständig* verwalten.

3.15

Auf das Rechtsverhältnis zwischen den Ehegatten findet *Auftragsrecht* (Art. 394 ff. OR) zumindest hinsichtlich der Verantwortlichkeit für Handlungen, die das Gesamtgut betreffen, Anwendung (Art. 231 Abs. 1 ZGB)⁴⁰⁰.

3.16

³⁹⁵ Oben Fn. 367.

³⁹⁶ Oben Rz. 3.10; vgl. zu diesen Beschränkungen aber unten Rz. 3.216 ff.

³⁹⁷ Vgl. MASANTI-MÜLLER, S. 64 f.; ferner BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 11 zu Art. 227 und Art. 228 ZGB i.V.m. N. 10 zu Art. 201 ZGB; BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 8 zu Art. 227/228 ZGB, sowie CR-MEIER, N. 5 zu Art. 227/228 ZGB.

³⁹⁸ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 17 zu Art. 227 und Art. 228 ZGB m.w.H.

³⁹⁹ MASANTI-MÜLLER, S. 114. Vgl. zudem BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 17 zu Art. 227 und Art. 228 ZGB, sowie CR-MEIER, N. 7 zu Art. 227/228 ZGB.

Art. 227 Abs. 1 ZGB konkretisiert insofern Art. 159 Abs. 2 ZGB (statt vieler MASANTI-MÜLLER, S. 114).

⁴⁰⁰ Zur Verantwortlichkeit des verwaltenden Ehegatten siehe MASANTI-MÜLLER, S. 169 ff., sowie die Kommentierungen zu Art. 231 ZGB bei BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, und CR-MEIER.

4. Verwaltung des Kindesvermögens durch die sorgeberechtigten Eltern (Art. 318 ZGB)

3.17 In der Lehre besteht zumindest Einigkeit, dass die Verwaltung des Kindesvermögens durch die sorgeberechtigten Eltern (Art. 318 ZGB) darin besteht, dieses zu *erhalten* und wohl auch zu *vermehrten*⁴⁰¹. Von der Verwaltung des Kindesvermögens abzugrenzen ist die Verwendung der Erträge des Kindesvermögens sowie dessen Anzehung (vgl. Art. 319 f. ZGB)⁴⁰².

3.18 Die sorgeberechtigten Eltern haben bei der Verwaltung des Kindesvermögens das *Kindesinteresse* zu wahren⁴⁰³. Sie verwalten das Kindesvermögen *selbständig*⁴⁰⁴. Es versteht sich von selbst, dass das Kind gegenüber den sorgeberechtigten Eltern kein Weisungsrecht hat⁴⁰⁵. Im Rahmen von Art. 324 ZGB dürfen aber die Vormundschaftsbehörden – bzw. neu die Kindesschutzbehörden – den Eltern namentlich *Weisungen* für die Verwaltung des Kindesvermögens erteilen (Art. 324 Abs. 2 ZGB); nach Art. 325 ZGB kann ihnen die Verwaltung unter gewissen Voraussetzungen sogar entzogen werden.

3.19 Gemäss der h.L. sind auf die elterliche Verwaltungstätigkeit subsidiär die *auftragsrechtlichen Normen* (Art. 394 ff. ZGB) anwendbar⁴⁰⁶, was Art. 327 Abs. 1 ZGB für die Verantwortlichkeit der Eltern ausdrücklich vorschreibt⁴⁰⁷.

⁴⁰¹ Vgl. MARXER KELLER, S. 14; BSK-BREITSCHMID, N. 9 f. zu Art. 318 ZGB; BREITSCHMID, S. 227; ferner CR-PAPAU VAN DELDEN, N. 5 zu Art. 318 ZGB, und PAPAU VAN DELDEN, S. 13. Vgl. aber BGer vom 06.07.2011, 5A_149/2011, E. 3.3.1.

⁴⁰² Siehe dazu MARXER KELLER, S. 17 ff., sowie die Kommentierungen zu Art. 319 f. ZGB bei BSK-BREITSCHMID und CR-PAPAU VAN DELDEN; vgl. ferner BGE 115 Ia 325, E. 3.b S. 228 f.

⁴⁰³ MARXER KELLER, S. 14; CR-PAPAU VAN DELDEN, N. 27 zu Art. 318 ZGB (siehe a.a.O. auch N. 4 f. und PAPAU VAN DELDEN, S. 15 ff.); vgl. ferner BSK-BREITSCHMID, N. 9 und N. 11 zu Art. 318 ZGB.

⁴⁰⁴ Vgl. PAPAU VAN DELDEN, S. 11.

⁴⁰⁵ Das Kind hat aber immerhin ein Recht auf *Mitsprache* (Art. 301 Abs. 2 ZGB). Falls sein Mitspracherecht übergangen wird, kann es ein Begehren um Einleitung von Kindesschutzmassnahmen stellen, in dessen Rahmen die Behörden den Eltern u.a. Weisungen erteilen dürfen, vgl. zum Ganzen sogleich im Text sowie MARXER KELLER, S. 99 ff., und CR-PAPAU VAN DELDEN, N. 10 zu Art. 318 ZGB.

⁴⁰⁶ MARXER KELLER, S. 67 (m.w.H. auf die Lehre in Fn. 333); vgl. ferner CR-PAPAU VAN DELDEN, N. 27 zu Art. 318 ZGB.

⁴⁰⁷ Siehe dazu MARXER KELLER, S. 51 ff.; BSK-BREITSCHMID, N. 1 zu Art. 327 ZGB, sowie CR-PAPAU VAN DELDEN, N. 1 zu Art. 327 ZGB.

5. Verwaltung des Vermögens des Schutzbefohlenen durch den Beistand, Beirat oder Vormund (Art. 360 ff. ZGB) bzw. den Beistand des Erwachsenenschutzrechts (nArt. 360 ff. ZGB)

Es ist einhellige Meinung, dass die Verwaltung des Vermögens des Schutzbefohlenen unter dem *geltenden Recht* Vorkehren zu dessen *Erhaltung* umfasst, unabhängig davon, ob die Verwaltung durch einen Beistand (Art. 393/394 i.V.m. Art. 419 ZGB), einen Beirat (Art. 395 Abs. 2 ZGB) oder einen Vormund (Art. 413 ZGB) erfolgt⁴⁰⁸. Erhaltende Massnahmen sind namentlich zur Abwendung drohenden Schadens geboten⁴⁰⁹. Zudem dürfte es – zumindest im Ergebnis – der wohl überwiegenden Meinung entsprechen, dass die Verwaltung (bei entsprechender Gelegenheit und zur Wahrung des Interesses des Schutzbefohlenen) auch Vorkehren beinhalten kann, die zur *Vermehrung* des Vermögens führen⁴¹⁰.

Unklar ist, ob die Verwaltung des Vermögens des Schutzbefohlenen auch dessen *Verwendung bzw. Verbrauch* einschliesst: Gemäss dem überwiegenden Teil der Lehre umfasst die Verwaltung ebenfalls Handlungen, die

3.20

3.21

⁴⁰⁸ PFANDER, S. 76; GOOD, S. 60; LÜSCHER, S. 76; CAVIEZEL, S. 202 ff.; BK-SCHNYDER/MURER, N. 21 zu Art. 393 ZGB m.w.H. und N. 124 zu Art. 395 ZGB; BSK-GULER, N. 3 zu Art. 413 ZGB; BSK-BIDERBOST, N. 7 ff. zu Art. 419 ZGB, sowie DESCHENAUX/STEINAUER, Rz. 999, Rz. 1137 und Rz. 1154.

⁴⁰⁹ LÜSCHER, S. 76, und BK-SCHNYDER/MURER, N. 21 zu Art. 393 ZGB.

⁴¹⁰ Ausdrücklich wird diese Meinung nur von *einem Teil der Lehre* vertreten, nämlich von CAVIEZEL, S. 224 f.; BK-SCHNYDER/MURER, N. 21 zu Art. 393 ZGB und ferner N. 124 zu Art. 395 ZGB, sowie BSK-GULER, N. 3 zu Art. 413 ZGB. Vgl. zudem BGE 136 III 113, E. 3.2.1 S. 119 f. m.w.H., wonach die Verwaltung durch den Beirat «die Erhaltung oder sogar die Mehrung der Substanz» umfasst, während er sich «jeglicher spekulativer Anlagen oder Geschäfte zu enthalten» hat.

Gemäss dem *anderen Teil der Lehre* soll die Verwaltung bloss darin bestehen, das Vermögen des Schutzbefohlenen zu *erhalten* (so PFANDER, S. 76 f.; GOOD, S. 60; LÜSCHER, S. 77 f.; BSK-BIDERBOST, N. 7 ff. und N. 11 ff. zu Art. 419 ZGB, sowie DESCHENAUX/STEINAUER, Rz. 999, Rz. 1137 und Rz. 1154). Aus den von diesen Autoren angeführten Beispielen für Verwaltungshandlungen geht indes hervor, dass Vorkehren, die jeweils als vermögenserhaltend qualifiziert werden, durchaus zu einer *Wertvermehrung* führen können (vgl. z.B. LÜSCHER, S. 76, wonach vorhandene Werte auch Nutzen abwerfen sollen).

das entsprechende Vermögen mindern⁴¹¹, während der kleinere Teil der Lehre den Verbrauch des Vermögens des Schutzbefohlenen wohl nicht zu den Verwaltungshandlungen zählt⁴¹².

3.22 Im *künftigen Erwachsenenenschutzrecht* (nArt. 360 ff. ZGB) umfasst die Verwaltung des Vermögens des Schutzbefohlenen durch den Beistand (nArt. 395/398 Abs. 2 i.V.m. nArt. 408 ZGB) gemäss der Botschaft «jedes tatsächliche oder rechtliche Handeln, das nach seiner typischen Beschaffenheit dazu bestimmt ist, das verwaltete Vermögen zu erhalten, zu mehr oder der seinem Zweck entsprechenden Verwendung zuzuführen»⁴¹³.

3.23 Der zur Verwaltung eingesetzte Vormund ist verpflichtet, diese Aufgabe *selbständig* wahrzunehmen⁴¹⁴. Dabei hat er die *Interessen* des Mündels umfassend zu berücksichtigen⁴¹⁵ und ist nicht an dessen Weisungen gebunden⁴¹⁶. Analoges gilt für die Verwaltung durch den Beistand und den Beirat sowie den Beistand des Erwachsenenenschutzrechts, d.h. diese sind auch zur selbständigen Wahrung der Interessen der verbeiständeten bzw. verbeirateten Person verpflichtet⁴¹⁷. Zu beachten ist schliesslich, dass die Behörden hin-

⁴¹¹ CAVIEZEL, S. 215 ff.; BK-SCHNYDER/MURER, N. 21 zu Art. 393 und N. 124 zu Art. 395 ZGB; BSK-BIDERBOST, N. 9 zu Art. 419 ZGB m.w.H.; ebenso wohl BSK-GULER, N. 3 zu Art. 413 ZGB, und GOOD, S. 60.

CAVIEZEL, S. 220 ff., vertritt die Auffassung, die Vermögensverwaltung durch den Vormund umfasse unter Umständen sogar eine Verwendung des Mündelvermögens zu *luxuriösen*, d.h. weder nützlichen noch notwendigen, *Zwecken*.

⁴¹² Vgl. PFANDER, S. 76 ff.; LÜSCHER, S. 72 f. und S. 76, sowie DESCHENAUX/STEINAUER, Rz. 999, Rz. 1137 und Rz. 1154.

⁴¹³ Botschaft Erwachsenenenschutz, S. 7046; ebenso statt vieler H. SCHMID, N. 3 zu nArt. 395 ZGB. Die Botschaft bedient sich somit SIBERS Verwaltungsbegriff, ohne SIBER namentlich zu nennen (oben Rz. 1.49).

⁴¹⁴ CAVIEZEL, S. 179, und BSK-GULER, N. 6 zu Art. 413 ZGB.

⁴¹⁵ Vgl. CAVIEZEL, S. 200: «Die *Wahrung der Gesamtinteressen* des Mündels bildet sozusagen den *Hauptzweck* der Vermögensverwaltung durch den Vormund» (Hervorhebungen im Original in Fettschrift); siehe a.a.O. auch S. 216, S. 220 und S. 222; GOOD, insbesondere S. 22 ff., sowie BSK-GULER, N. 1 und N. 3 f. zu Art. 413 ZGB.

⁴¹⁶ CAVIEZEL, S. 230 f. Unter gewissen Umständen hat der Mündel freilich ein Mitspracherecht (vgl. Art. 409 ZGB). Zur Mitwirkung der bevormundeten Person bei der Vermögensverwaltung siehe statt vieler CAVIEZEL, S. 194 f.

⁴¹⁷ Vgl. insbesondere BSK-BIDERBOST, N. 4 der Vorbem. zu Art. 417–419 ZGB, sowie aus der Rechtsprechung BGE 96 II 369, E. 1.d S. 373, und BGE 136 III 113,

sichtlich der vormundschaftlichen bzw. erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen gewisse Aufsichts-, Weisungs- und Mitwirkungsbefugnisse bzw. -pflichten haben⁴¹⁸.

Im geltenden Recht findet auf das Rechtsverhältnis zwischen der schutzbefohlenen Person und ihrem Beistand, Beirat oder Vormund subsidiär wohl *Auftragsrecht* (Art. 394 ff. OR) Anwendung⁴¹⁹. Gleiches gilt für den zur Verwaltung bestellten Beistand des Erwachsenenschutzrechts⁴²⁰.

3.24

6. Verwaltung des Nachlasses (Art. 457 ff. ZGB)

a. Durch den Willensvollstrecker (Art. 517 f. ZGB), amtlichen Erbschaftsverwalter (Art. 554 f. ZGB), amtlichen Erbschaftsliquidator (Art. 595 ff. ZGB) oder Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB)

Was die Verwaltung des Nachlasses angeht (und nicht etwa andere Kompetenzen wie die Liquidation des Nachlasses), weisen die Aufgaben des Willensvollstreckers (Art. 517 f. ZGB), des amtlichen Erbschaftsverwalters (Art. 554 f. ZGB), des amtlichen Erbschaftsliquidators (Art. 595 ff. ZGB) und des Erbenvertreters (Art. 602 Abs. 3 ZGB) weitgehende Ähnlichkeiten auf⁴²¹. Ein Teil der Lehre spricht sich dafür aus, dass sich die Verwaltungs-

3.25

E. 3.2.1 S. 119 f. Zum Erwachsenenschutzrecht siehe BALESTRIERI, S. 216 und S. 218.

⁴¹⁸ Art. 420 ff. ZGB bzw. nArt. 415 ff. ZGB. Siehe zum Ganzen statt vieler BSK-GEISER, N. 6 ff. der Vorbem. zu Art. 420–425 ZGB. Art. 420–425 ZGB finden auf die Beistandschaft und die Beiratschaft subsidiär analoge Anwendung (Art. 367 Abs. 3 ZGB; dazu BK-SCHNYDER/MURER, N. 30 f. zu Art. 367 ZGB, und BSK-LANGENEGGER, N. 5 ff. zu Art. 367 ZGB).

⁴¹⁹ Ausführlich zur Bedeutung der Regeln über den einfachen Auftrag im Vormundschaftsrecht CAVIEZEL, S. 227 ff., insbesondere S. 234 f.; vgl. zudem GOOD, S. 15 ff., und BSK-GULER, N. 4 zu Art. 413 ZGB. Ebenso muss es sich bei der Vermögensverwaltung durch den Beistand bzw. Beirat verhalten.

⁴²⁰ BALESTRIERI, S. 216; vgl. statt vieler auch H. SCHMID, N. 2 f. zu nArt. 413 ZGB.

⁴²¹ Gemäss STIERLIN, S. 87, handelt es sich um «verschiedene *Varianten eines materiell einheitlichen Verwaltertyps*» (Kursivschrift hinzugefügt); vgl. zum Ganzen a.a.O. S. 59 ff.

Ähnlichkeiten zwischen einzelnen oder allen Verwaltertypen werden auch erkannt von HUX, S. 2; KÜNZLE, S. 68 ff.; SCHULER-BUCHE, S. 52 ff.; J. PICENONI, S. 8; BK-TUOR/PICENONI, N. 54 zu Art. 602 ZGB; BSK-KARRER, N. 43 zu Art. 554 ZGB (vgl. aber N. 1 zu Art. 554 ZGB); BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N. 23

aufgabe dieser Funktionsträger auf die *Erhaltung* des Nachlasses (oder Teile davon) beschränken müsse⁴²². Mitunter werden von den Vertretern dieser Auffassung aber auch Vorkehren zur Nachlasserhaltung gezählt, die den Wert des Nachlasses vermehren⁴²³. Gemäss dem anderen Teil der Lehre umfasst die Nachlassverwaltung ausdrücklich *erhaltende und wertvermehrende* Vorkehren⁴²⁴. Die Rechtsprechung dazu ist uneinheitlich⁴²⁵.

3.26

Da die Verwaltung des Nachlasses jeweils (auch) der Sicherung der Erbschaftsabwicklung dient⁴²⁶, dürfen diese Verwalter den Nachlass – was die Lehre wohl konkludent voraussetzt – *nicht verbrauchen*. Dies schliesst aber eine Verfügung über einzelne Nachlassgegenstände zwecks Verwaltung nicht aus⁴²⁷, z.B. wenn es gilt, einen drohenden Wertverlust abzuwenden⁴²⁸.

und N. 47 zu Art. 602 ZGB; SPR IV/1-PIOTET, S. 153, sowie SPR IV/2-PIOTET, S. 705 und S. 827. Aus der Rechtsprechung vgl. etwa BGE 54 II 197, E. 1 S. 200.

⁴²² HUX, S. 33, S. 134 und S. 209; KÜNZLE, S. 223; SCHULER-BUCHE, S. 64, S. 150 und ferner S. 194; BK-KÜNZLE, N. 125 zu Art. 517–518 ZGB; BSK-KARRER, N. 27 zu Art. 518 ZGB und N. 2 zu Art. 554 ZGB; SPR IV/1-PIOTET, S. 160; SPR IV/2-PIOTET, S. 707 und ferner S. 827; WOLF, Sicherungsmassregeln, S. 204, sowie STEINAUER, droit des successions, Rz. 878, Rz. 1173, Rz. 1173b und ferner Rz. 1224 sowie Rz. 1050.

⁴²³ Dies ergibt sich aus den Beispielen, welche die in Fn. 422 hiavor zitierten Autoren jeweils als mögliche Verwaltungshandlungen anführen (vgl. etwa BSK-KARRER, N. 29 ff. zu Art. 518 ZGB).

⁴²⁴ STIERLIN, S. 92; J. PICENONI, S. 44; BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N. 47 zu Art. 602 ZGB, sowie BREITSCHMID, S. 234.

⁴²⁵ Zumeist wird die Verwaltung des Nachlasses als *Erhaltung und Verwaltung* (BGE 54 II 197, E. 1 S. 200; BGer vom 26.10.2009, 5A_257/2009, E. 1.4, sowie BGer vom 02.02.2010, 5A_717/2009, E. 4.1) bzw. als *Erhaltung und Sicherung* (BGE 95 I 392, E. 2 S. 395) umschrieben (vgl. auch BGer vom 13.09.2006, 2P.77/2006 und 2P.78/2006, E. 5.2: «conservation du patrimoine successoral dans son état et dans ses valeurs»). Gemäss einem neueren Entscheid gilt es dagegen bei der Willensvollstreckung, «die *Verwaltung* des Nachlasses zu besorgen, die laufenden Geschäfte zu betreuen und für die *Erhaltung* und vorsichtige *Mehrung* der Erbschaftswerte besorgt zu sein» (BGE 133 III 1, E. 3.3.2 S. 5, Kursivschrift hinzugefügt), wobei unklar bleibt, weshalb hier zwischen der Verwaltung des Nachlasses und seiner Erhaltung bzw. Mehrung unterschieden wird.

⁴²⁶ Statt vieler STIERLIN, S. 59 f.

⁴²⁷ Vgl. statt vieler J. PICENONI, S. 44 und S. 60 ff.; BK-KÜNZLE, N. 198 ff. zu Art. 517–518 ZGB, sowie SPR-IV/1-PIOTET, S. 160. Siehe auch BGE 95 I 392, E. 2 S. 395, zum amtlichen Erbschaftsverwalter (Art. 554 f. ZGB): «L'amministratore ha il compito [...] di amministrare l'eredità, ossia di conservarne e salvaguar-

Diese erbrechtlichen Verwalter verwalten den Nachlass *selbständig*⁴²⁹. Dabei haben sie *fremde Interessen* zu wahren: Der amtliche Erbschaftsverwalter und der Erbenvertreter sind primär den Gesamtinteressen aller Erben verpflichtet⁴³⁰; dagegen muss der Willensvollstrecker – nach wohl überwiegender Auffassung – in erster Linie den Willen des Erblassers umsetzen⁴³¹, derweil ein amtlicher Erbschaftsliquidator den Interessen der Erben und der Erbschaftsgläubiger Rechnung zu tragen hat⁴³².

darne l'entità. Atti di disposizione sono, di regola, autorizzati, in quanto servono a tale scopo».

⁴²⁸ Vgl. SPR-IV/1-PIOTET, S. 160.

⁴²⁹ HUX, S. 97, ferner S. 148 und S. 207; SCHULER-BUCHE, S. 4, S. 19 und S. 41; BSK-KARRER, N. 39 zu Art. 554 ZGB; ferner J. PICENONI, S. 41 f.; BGE 130 III 97, E. 2.3 S. 100, sowie BGer vom 23.12.2002, 5P.440/2002, E. 2.2.

⁴³⁰ Zur *amtlichen Erbschaftsverwaltung* vgl. BSK-KARRER, N. 2 zu Art. 554 ZGB m.w.H.: «Sie [sc. die Erbschaftsverwaltung] bezweckt in erster Linie die Wahrung der Erbeninteressen, dient aber i.w.S. auch den Erbengläubigern und den Erbschaftsgläubigern». So schon HUX, S. 125 m.w.H.; ganz ähnlich auch SCHULER-BUCHE, S. 32; siehe ferner BK-TUOR/PICENONI, N. 19 zu Art. 554 ZGB. Vgl. aber STEINAUER, droit des successions, Rz. 878, und BGer vom 04.03.2009, 5A_502/2008, E. 3.1.

Zum *Erbenvertreter* siehe J. PICENONI, S. 41, und BK-TUOR/PICENONI, N. 54 zu Art. 602 ZGB.

⁴³¹ HUX, S. 67, und SPR IV/1-PIOTET, S. 153, vertreten die Meinung, der Willensvollstrecker sei *nur* dem *Erblasserwillen* verpflichtet. Ganz ähnlich BGer vom 22.06.2001, 5C.277/2000, E. 4 (Wahrung der Interessen des Erblassers – nicht der Erben – bis zur Teilung), und BGE 129 V 113, E. 4.3 S. 118; siehe ferner BGE 90 II 376, E. 5 S. 387.

Gemäss BSK-KARRER, N. 14 zu Art. 518 ZGB, hat der Willensvollstrecker auf die schützenswerten *Interessen aller Beteiligten* Rücksicht zu nehmen. Zustimmend BGer vom 23.12.2002, 5P.440/2002, E. 2.2 (dazu unten Fn. 670); ebenso KGer GR vom 19.05.2008, ZF 08 21/25, PKG 2008 Nr. 3, E. 4 b.bb S. 26 (dazu unten Rz. 3.139), und BK-KÜNZLE, N. 98 zu Art. 517–518 ZGB. Ähnlich auch KÜNZLE, S. 197, der zudem betont, dass das gemeinsame, einstimmig geäußerte Interesse aller Erben dem Erblasserwillen vorgehen soll.

⁴³² HUX, S. 185; BK-TUOR/PICENONI, N. 2 der Vorbem. zu Art. 593 ff. ZGB; STEINAUER, droit des successions, Rz. 1065; vgl. auch BSK-KARRER, N. 6 zu Art. 596 ZGB, und SCHULER-BUCHE, S. 41. Ebenso BGE 130 III 97, E. 2.2 S. 99 m.w.H.

3.28 *Weisungen* hinsichtlich der Verwaltung des Nachlasses können die Erben als Träger der Nachlassgegenstände weder dem Willensvollstrecker⁴³³ noch dem amtlichen Erbschaftsverwalter⁴³⁴, dem amtlichen Erbschaftsliquidator⁴³⁵ oder dem Erbschaftsvertreter⁴³⁶ erteilen. Diese Verwalter stehen indes unter *Aufsicht* der (grundsätzlich auch weisungsbefugten) Behörden (Art. 595 Abs. 3 ZGB)⁴³⁷.

3.29 Sowohl auf die Verwaltung des Nachlasses durch einen Willensvollstrecker als auch auf die amtliche Erbschaftsverwaltung, die amtliche Erbschaftsliquidation sowie die Erbenvertretung sind die *Regeln des einfachen Auftrags* (Art. 394 ff. OR) – gegebenenfalls nur subsidiär und analog – anzuwenden⁴³⁸.

b. Durch die Miterben (Art. 602 Abs. 2 ZGB)

3.30 Bei der Verwaltung des Nachlasses durch die Miterben (Art. 602 Abs. 2 ZGB) wird zwischen ordentlichen, ausserordentlichen und dringlichen

⁴³³ HUX, S. 76 f.; KÜNZLE, S. 89; BK-KÜNZLE, N. 61 zu Art. 517–518 ZGB (vgl. a.a.O. aber N. 97), sowie BGer vom 23.12.2002, 5P.440/2002, E. 2.2.

Weisungen des Erblassers müssen den Formerfordernissen einer letztwilligen Verfügung entsprechen (KÜNZLE, S. 195 m.w.H.).

⁴³⁴ Vgl. HUX, S. 146, und BSK-KARRER, N. 4 zu Art. 554 ZGB.

⁴³⁵ HUX, S. 182. Zudem ist der amtliche Erbschaftsliquidator gemäss HUX, a.a.O., auch *nicht* an *Weisungen der Erbschaftsgläubiger* gebunden, obwohl er bei der Erbschaftsverwaltung deren Interessen ebenfalls wahren muss (vgl. Rz. 3.27 hiervor).

⁴³⁶ HUX, S. 224; J. PICENONI, S. 41; vgl. auch BK-TUOR/PICENONI, N. 54 f. zu Art. 602 ZGB m.w.H.; ferner ZK-ESCHER/ESCHER, N. 78 f. zu Art. 602 ZGB.

⁴³⁷ Der *Behördenaufsicht* (Art. 595 Abs. 3 ZGB) unterstehen nicht nur amtliche Erbschaftsliquidatoren, sondern auch die anderen hier interessierenden erbrechtlichen Verwalter (vgl. STIERLIN, S. 70 m.w.H.; statt vieler zudem BSK-KARRER, N. 2 zu Art. 518 ZGB, N. 61 zu Art. 554 ZGB und N. 20 zu Art. 595 ZGB, sowie BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N. 49 zu Art. 602 ZGB).

⁴³⁸ Ausführlich zum Ganzen HUX, S. 58 ff., S. 141 ff., S. 179 ff. und S. 220 ff. Ebenso etwa J. PICENONI, S. 8; SCHULER-BUCHE, S. 9 ff., S. 34 f. und S. 50; BK-KÜNZLE, N. 58 zu Art. 517–518 ZGB; BSK-KARRER, N. 38 zu Art. 554 ZGB und N. 4 zu Art. 596 ZGB, sowie BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N. 42 zu Art. 602 ZGB. Vgl. aus der Rechtsprechung statt vieler BGE 101 II 47, E. 2 S. 53, und BGer vom 23.12.2004, 5C.119/2004, E. 2.2.

Vorkehren unterschieden⁴³⁹, wobei die Fragestellung gebietet, derartige Einschränkungen der Vermögensverwaltung hier auszublenden⁴⁴⁰. Lässt man diese Beschränkungen ausser Acht, besteht die Verwaltung darin, den Nachlass zu *erhalten* und gegebenenfalls auch zu *vermehrten*⁴⁴¹. Daraus darf wohl im Umkehrschluss gefolgert werden, dass ein Verbrauch des Nachlasses nicht verwaltend ist.

Bei der Verwaltung des Nachlasses gilt es, den *Interessen* aller Miterben Rechnung zu tragen⁴⁴². Der verwaltende Miterbe ist dabei an *Beschlüsse* der Miterben, welche beispielsweise im Rahmen einer Erbenversammlung gefasst werden, gebunden⁴⁴³. 3.31

Lehre und Rechtsprechung *äussern* sich *nicht* dazu, inwieweit der verwaltende Miterbe bei seiner Tätigkeit selbständig ist. Ebenso wenig geht daraus hervor, ob die Verwaltung subsidiär dem Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) untersteht oder auf welche anderen Normen zurückzugreifen ist. 3.32

7. Verwaltung von Miteigentum durch die Miteigentümer (Art. 647 ff. ZGB)

Hinsichtlich der Verwaltung von Miteigentum durch die Miteigentümer (Art. 647 ff. ZGB) erfordert die Fragestellung wiederum, die bestehenden gesetzlichen Beschränkungen der Verwaltung⁴⁴⁴ im Rahmen der vorliegenden Analyse nicht zu berücksichtigen⁴⁴⁵. Ungeachtet dieser Einschränkungen wird die Verwaltung von der Lehre – gestützt auf SIBER – definiert als *Erhaltung, Vermehrung* und *zweckgemässe Verwendung* von 3.33

⁴³⁹ Zur ordentlichen, ausserordentlichen und dringlichen Verwaltung des Nachlasses durch die Miterben siehe unten Rz. 3.223 ff. und Rz. 3.250 f.

⁴⁴⁰ Oben Rz. 3.10.

⁴⁴¹ Vgl. BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N. 16 zu Art. 602 ZGB; WIDMER, S. 60, sowie ferner BK-TUOR/PICENONI, N. 14 der Vorbem. vor Art. 602 ZGB.

⁴⁴² Vgl. BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N. 18 zu Art. 602 ZGB.

⁴⁴³ Vgl. BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N. 12 zu Art. 602 ZGB.

⁴⁴⁴ Zur gewöhnlichen, wichtigeren, notwendigen und dringlichen Verwaltung von Miteigentum durch die Miteigentümer siehe unten Rz. 3.230 ff., Rz. 3.244 f. und Rz. 3.252 f.

⁴⁴⁵ Oben Rz. 3.10.

Vermögen⁴⁴⁶. Aus den jeweils angeführten Beispielen für mögliche Verwaltungshandlungen geht zudem hervor, dass die Verwaltung *nicht* darin besteht, die Miteigentumsobjekte zu *verbrauchen*⁴⁴⁷.

3.34 Im Gegensatz zu anderen Verwaltungstatbeständen weist das Miteigentum die Besonderheit auf, dass die gemeinschaftliche Sache einem *Zweck* gewidmet ist, den die Miteigentümer gemeinsam bestimmen und der grundsätzlich nur durch einstimmigen *Beschluss* abgeändert werden kann (vgl. Art. 648 Abs. 2 ZGB)⁴⁴⁸. Der verwaltende Miteigentümer muss die Verwaltung an diesem Zweck ausrichten⁴⁴⁹. Im Zweck manifestiert sich insofern das *gemeinsame Interesse aller Miteigentümer*⁴⁵⁰. Die Verwaltung wird denn auch als «Geschäftsführung im gemeinschaftlichen Interesse»⁴⁵¹ umschrieben.

3.35 Soweit ersichtlich nehmen Lehre und Judikatur *nicht* dazu *Stellung*, inwiefern die Verwaltungstätigkeit selbständig erfolgt und ob die Bestimmungen über den einfachen Auftrag (Art. 394 ff. OR) – oder andere Vorschriften – subsidiär auf das Rechtsverhältnis zwischen dem verwaltenden Miteigentümer und den übrigen Rechtsgemeinschaftern Anwendung finden.

⁴⁴⁶ SCHNEIDER, S. 90, und BK-MEIER-HAYOZ, N. 2 f. zu Art. 647 ZGB; vgl. auch BSK-BRUNNER/WICHTERMANN, N. 2 zu Art. 647 ZGB.

⁴⁴⁷ Vgl. SCHNEIDER, S. 92 ff.; BK-MEIER-HAYOZ, N. 3 und N. 57 ff. zu Art. 647 ZGB, N. 7 f. zu Art. 647a ZGB sowie N. 5 f. zu Art. 647b ZGB; BSK-BRUNNER/WICHTERMANN, N. 50 f. zu Art. 647 ZGB, N. 3 zu Art. 647a ZGB sowie N. 3 und N. 6 zu Art. 647b ZGB; vgl. auch SPR V/1-LIVER, S. 65 ff.

⁴⁴⁸ Zur Zweckänderung siehe SCHNEIDER, S. 73 ff.; BK-MEIER-HAYOZ, N. 50 ff. zu Art. 648 ZGB; BSK-BRUNNER/WICHTERMANN, N. 19 zu Art. 648 ZGB; SPR V/1-LIVER, S. 78 f., sowie STEINAUER, *droits réels* I, Rz. 1260 ff.

⁴⁴⁹ SCHNEIDER, S. 74; BSK-BRUNNER/WICHTERMANN, N. 4 zu Art. 647a ZGB, N. 6 zu Art. 647b ZGB und N. 20 zu Art. 648 ZGB, sowie SPR V/1-LIVER, S. 78. Aus der Gerichtspraxis vgl. insbesondere KGer GR vom 16.03.2001, PZ 01 14, PKG 2001 Nr. 37, E. 2.a S. 157 ff., auch abgedruckt in: ZBGR 85 (2004), S. 394 ff. (ausführlich zu dieser Entscheidung unten Rz. 3.142).

⁴⁵⁰ Siehe REY, *Strukturen*, S. 260: «Die Gemeinschaft der Mit- und Stockwerkeigentümer gründet [...] in einer *objektsgebundenen* Interessenlage [...]». Mit- bzw. Stockwerkeigentümergeinschaften sind gesetzliche Typen einer einfachen *Interessengemeinschaft* (REY, a.a.O., S. 261).

⁴⁵¹ BK-MEIER-HAYOZ, N. 3 zu Art. 647 ZGB. Vgl. zudem BGE 119 II 404, E. 4 S. 407, wonach die Anfechtung des Beschlusses der Mehrheit der Miteigentümer (hier Stockwerkeigentümer) nicht zu den Verwaltungsbefugnissen eines Mit- bzw. Stockwerkeigentümers zählt, weil damit «in erster Linie und hauptsächlich Einzelinteressen verfolgt» werden.

8. Vermögensverwaltungsvertrag im Bankwesen (Art. 394 ff. OR)

In der Literatur und Rechtsprechung zum Vermögensverwaltungsvertrag im Bankwesen scheint mehr oder weniger Einigkeit zu bestehen, dass die verwaltende Bank bzw. der Vermögensverwalter zur «Bewirtschaftung von Vermögenswerten»⁴⁵² bzw. zur «Betreuung von Vermögen»⁴⁵³ verpflichtet ist⁴⁵⁴. Die Verwaltung dürfte also auch hier darauf auszurichten sein, das verwaltete Vermögen zu *erhalten* und zu *vermehrten*, *nicht* jedoch zu *verbrauchen*.

3.36

Im Rahmen des Vermögensverwaltungsauftrags gilt es, die *Interessen* des Auftraggebers zu wahren⁴⁵⁵. Die verwaltende Bank bzw. der bankexterne Vermögensverwalter ist an dessen *Weisungen* gebunden (vgl. Art. 397 OR)⁴⁵⁶. Bei der Verwaltungstätigkeit kommt diesen eine gewisse *Selbständigkeit* zu⁴⁵⁷. Auf die verwaltungsbezogenen Rechte und Pflichten findet nach h.L. und Rechtsprechung Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) Anwendung⁴⁵⁸.

3.37

⁴⁵² WIEGAND/ZELLWEGER-GUTKNECHT, S. 30; ebenso ROSAT, S. 3 m.w.H. Vgl. ZOBL, Vermögensverwaltungsauftrag, S. 320 («übergebenes Vermögen nach wirtschaftlichen und technischen Gesichtspunkten zu verwalten»; zustimmend CHRISTEN, S. 114); BIZZOZERO, S. 10 ff., sowie BRETTON-CHEVALLIER, S. 70.

⁴⁵³ SPÄLTI, S. 10 m.w.H. Ähnlich BGE 68 I 118, E. 2 S. 120 (zum Treuhänder), sowie HGer ZH vom 16.04.2002, ZR 102 (103) Nr. 65, E. V.A.2 S. 295.

⁴⁵⁴ Vgl. ferner GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag S. 13: «Vermögensverwaltung heisst Einräumung von *Verfügungsmacht* an eine Person oder Gesellschaft, deren besondere Kenntnisse und Erfahrung der Eigentümer nutzen will, um damit bestimmte *Anlageziele* zu erreichen» (Kursivschrift im Original). Ebenso DERS., Rechtsfragen, S. 23, und ROTH, Rz. 65.

⁴⁵⁵ GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 49 ff. und S. 57 ff.; DERS., Rechtsfragen, S. 86 f. und S. 165 ff.; SPÄLTI, S. 87 ff.; BIZZOZERO, S. 100 ff.; BRETTON-CHEVALLIER, S. 72; ROTH, Rz. 67; ZIMMERMANN, S. 141 f.; ZOBL, Vermögensverwaltungsauftrag, S. 326 ff., sowie CHRISTEN, S. 123 ff. Vgl. aus der umfangreichen Rechtsprechung zur Interessenwahrungspflicht statt vieler BGE 115 II 62, E. 3 S. 64 f., und BGE 119 II 333, E. 5.a S. 335.

⁴⁵⁶ GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 54 ff.; DERS., Rechtsfragen, S. 211 ff.; SPÄLTI, S. 57 ff.; BIZZOZERO, S. 92 ff.; BRETTON-CHEVALLIER, S. 104 ff.; LOMBARDINI, S. 155; ROTH, Rz. 76 f.; ZIMMERMANN, S. 139; F. SCHMID, S. 94 ff., sowie CHRISTEN, S. 120 f.; vgl. aus der Rechtsprechung statt vieler BGer vom 22.06.2011, 4A_90/2011, E. 2.2.1 f.

⁴⁵⁷ GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 141 f.; BRETTON-CHEVALLIER, S. 71, sowie ROSAT, S. 3.

⁴⁵⁸ Vgl. statt vieler GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 14; DERS., Rechtsfragen, S. 26; BIZZOZERO, S. 49 und S. 55; BRETTON-CHEVALLIER, S. 75 und S. 83;

§ 15: Der herrschende Begriff der Vermögensverwaltung im Lichte der vorstehenden Analyse

1. Im Allgemeinen

3.38 Gemäss der herrschenden Definition von SIBER besteht die Vermögensverwaltung typischerweise darin, das verwaltete Vermögen zu *erhalten*, zu *mehren* oder der *seinem Zweck entsprechenden Verwendung zuzuführen*⁴⁵⁹. Im Lichte der vorstehenden Analyse erscheint indes fraglich, ob SIBERS Begriff der Vermögensverwaltung die Befugnisse und Pflichten eines Vermögensverwalters zutreffend wiedergibt.

3.39 Im Folgenden gilt es deshalb, die Tatbestandselemente der *Erhaltung*, der *Mehrung* und der *zweckgemässen Verwendung* anhand der hiervoor gewonnenen Erkenntnisse zu diskutieren, wobei auch auf die Bedeutung dieser Begriffe näher einzugehen ist.

2. Erhaltung und Vermehrung von Vermögen

a. Begriff der Erhaltung und Vermehrung

3.40 SIBER hat sich in seinem Aufsatz zum Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen nicht dazu geäussert, was im Einzelnen unter *Erhaltung* und (*Ver-*)*Mehrung* von Vermögen zu verstehen ist⁴⁶⁰. Soweit ersichtlich, finden sich hierzu in den anderen Schriften SIBERS ebenfalls keine Hinweise.

3.41 Auch in der Literatur zu den untersuchten Verwaltungstatbeständen werden diese Begriffe oft nicht näher erläutert, obwohl der Vermögensverwalter gemäss der Lehre bei allen analysierten Tatbeständen zur Erhaltung und

ZIMMERMANN, S. 138; WIEGAND/ZELLWEGER-GUTKNECHT, S. 30 und S. 40 f.; siehe auch ABEGGLEN, S. 181; ROSAT, S. 4 f.; F. SCHMID, S. 86, sowie ferner SCHLUEP, Vermögensverwaltungsauftrag, S. 324. Aus der umfangreichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung vgl. statt vieler BGE 132 III 460, E. 4.1 S. 464, und BGer vom 27.06.2011, 4A_140/2011, E. 2.1.

Im Bankgeschäft sind zudem verschiedene besondere Bestimmungen aus der *bankenspezifischen Gesetzgebung* zu beachten (siehe dazu statt vieler die Übersicht bei ROSAT, S. 7 ff.).

⁴⁵⁹ Oben Rz. 1.45.

⁴⁶⁰ Vgl. SIBER, Verwaltungsrecht, passim.

zumeist auch zur Vermehrung des verwalteten Vermögens befugt bzw. verpflichtet ist⁴⁶¹. Immerhin vertritt der wohl überwiegende Teil der Autoren zumindest implizit die Meinung, die Verwaltung sei eine wirtschaftende Tätigkeit, welche auf die *Werterhaltung* bzw. *Wertvermehrung* des verwalteten Vermögens zielt⁴⁶². Die Aufgabe des Vermögensverwalters besteht in der Tat nicht darin, den Bestand der zu verwaltenden Vermögensgegenstände⁴⁶³ zu erhalten und zu vermehren, sondern die damit korrespondierenden *wirtschaftlichen Werte*⁴⁶⁴, gemessen in *Geld*. Gilt es beispielsweise Wertschriften zu verwalten, ist der Verwalter grundsätzlich nicht verpflichtet die entsprechenden Rechtspositionen zu erhalten und zu vermehren, sondern deren Geldwert. Er muss deshalb Wertschriften, denen ein (weiterer) Wertverlust droht, in der Regel veräussern.

Dass der Vermögensverwalter die zu verwaltenden Vermögensgegenstände manchmal nicht veräussern darf, obwohl diese unter ökonomischen Gesichtspunkten veräussert werden müssten, steht dem nicht entgegen. Der Verwalter hat nämlich nicht nur den Wert der verwalteten Vermögensgegenstände zu erhalten und zu vermehren, sondern er muss bei seiner Tätigkeit – so die vorstehende Analyse – auch *fremde Interessen* wahren⁴⁶⁵. Diese wiederum gebieten ihm zuweilen, einen *Vermögensgegenstand* bzw. *die betreffende Sachsubstanz in natura* zu erhalten, was eine Veräusserung ausschliesst, selbst wenn der Wert des Vermögensgegenstands abnimmt⁴⁶⁶.

3.42

⁴⁶¹ Vgl. oben Rz. 3.11, Rz. 3.14, Rz. 3.17, Rz. 3.20, Rz. 3.25, Rz. 3.30, Rz. 3.33, und Rz. 3.36.

⁴⁶² Vgl. WIDMER, S. 60; LÜSCHER, S. 76; STIERLIN, S. 92; CAVIEZEL, S. 202 ff. und S. 224 f.; MARXER KELLER, S. 14; BSK-BIDERBOST, N. 9 zu Art. 419 ZGB; BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N. 47 zu Art. 602 ZGB; ferner BARBATTI, S. 31 f., sowie BSK-KARRER, N. 30 und N. 42 zu Art. 518 ZGB.

Im Ergebnis gl.M. dürften zudem alle jene Autoren sein, welche die Aufgabe des Verwalters ebenfalls als *wirtschaftliche Tätigkeit* umschreiben, ohne indes ausdrücklich zu thematisieren, ob damit eine Werterhaltung bzw. -vermehrung anzustreben ist (vgl. statt vieler J. PICENONI, S. 44, und WIEGAND/ZELLWEGER-GUTKNECHT, S. 30).

⁴⁶³ Zum privatrechtlichen Vermögen als Gegenstand der Verwaltung siehe oben Rz. 2.113 ff. und zu den einzelnen, zu verwaltenden Vermögensgegenständen unten Rz. 3.108 ff.

⁴⁶⁴ So schon MARXER KELLER, S. 14.

⁴⁶⁵ Siehe dazu unten Rz. 3.54 f.

⁴⁶⁶ Siehe zum Ganzen unten Rz. 3.121.

b. Werterhaltung als Teil der Wertvermehrung

3.43 Gegen den herrschenden Verwaltungsbegriff von SIBER kann eingewendet werden, dass in der *Wertvermehrung* selbstredend auch die *Wererhaltung inbegriffen* ist: Wer den Wert von Vermögensgegenständen vermehren darf oder muss, ist erst recht befugt bzw. verpflichtet, ihren Wert zu erhalten.

3.44 Zuzugeben ist aber, dass die Umschreibung der Verwaltung als Erhaltung und Vermehrung von Vermögen durchaus *anschaulich* wirkt. Ausserdem erscheint es in der Sache *nicht schädlich*, die Verwaltung unter Einschluss der Vermögenserhaltung zu definieren, auch wenn diese begrifflich der Vermögensvermehrung inhärent ist.

3. Zweckgemässe Verwendung

3.45 Des Weiteren kann eine Verwaltungshandlung gemäss SIBER darin bestehen, das verwaltete Vermögen einer «seinem *Zweck entsprechenden Verwendung* zuzuführen»⁴⁶⁷. Was unter der zweckgemässen Verwendung von Vermögen zu verstehen ist, erläutert SIBER in den hinzugezogenen Schriften ebenfalls nicht.

3.46 Der Begriff der zweckgemässen Verwendung von Vermögen ist *mehrdeutig*: Einerseits kann damit ein Verbrauch gemeint sein, andererseits eine Verwendung (insbesondere Veräusserung) einzelner Vermögensgegenstände, um den Wert aller verwalteten Vermögensgegenstände insgesamt zu erhalten und zu vermehren.

3.47 Soweit unter der zweckgemässen Verwendung ein *Verbrauch* und damit eine *Verminderung* des Werts der verwalteten Vermögensgegenstände zu verstehen sein sollte, wäre SIBER zu widersprechen: Aus der vorstehenden Analyse lässt sich erschliessen, dass ein Verbrauch der verwalteten Vermögensgegenstände nur in seltenen Fällen als Verwaltungsaufgabe qualifiziert wird⁴⁶⁸. In aller Regel besteht die Verwaltung gerade *nicht* darin, die verwalteten Vermögensgegenstände bzw. deren Wert – zu welchen Zwecken auch immer – zu vermindern⁴⁶⁹. Wenn der Verwendung von Vermögen diese Be-

⁴⁶⁷ SIBER, Verwaltungsrecht, S. 107 (Kursivschrift hinzugefügt).

⁴⁶⁸ Vgl. oben Rz. 3.14 und Rz. 3.21 f.

⁴⁶⁹ Vgl. oben Rz. 3.11, Rz. 3.17, Rz. 3.26, Rz. 3.30, Rz. 3.33, und Rz. 3.36.

deutung zuzuschreiben wäre, müsste man daher zum Schluss kommen, dass darin normalerweise keine Verwaltungshandlung zu erblicken ist.

Eventuell ging SIBER aber auch davon aus, dass eine Verwendung von Vermögen zweckgemäss ist, soweit die entsprechenden Vorkehren dazu führen, den *Wert der verwalteten Vermögensgegenstände insgesamt zu erhalten oder zu vermehren*. Man denke etwa an einen Verwalter, der das Eigentum an leicht verderblichen Sachen verkauft und veräussert. Legt man der zweckgemässen Verwendung diese Bedeutung bei, sind die entsprechenden Verwaltungshandlungen – hier also der Verkauf und die Übereignung des Eigentums an verderblichen Sachen – aber ohnehin verwaltend, weil sie zugleich der Werterhaltung bzw. -vermehrung dienen: Wer Vermögen erhalten bzw. vermehren muss, darf auch die hierzu notwendigen Veräusserungen vornehmen. Einer derart definierten zweckgemässen Verwendung kommt deshalb keine eigenständige Bedeutung zu.

3.48

Insgesamt bleibt *unklar*, was SIBER unter der zweckgemässen Verwendung von Vermögen versteht. So oder anders handelt es sich hierbei *nicht* um ein Tatbestandselement des allgemeinen Begriffs der Vermögensverwaltung. Falls nämlich mit der zweckgemässen Verwendung ein Wertverbrauch gemeint sein sollte, würde sich dieses Tatbestandselement als *atypisch* für die Vermögensverwaltung erweisen. *Überflüssig* wäre es dagegen, wenn darunter eine Verwendung zwecks Erhaltung und Vermehrung des Werts der verwalteten Vermögensgegenstände insgesamt – namentlich durch Veräusserung einzelner Vermögensgegenstände – zu verstehen wäre.

3.49

SIBERS Verwaltungsbegriff ist also insofern zu relativieren, als der Vermögensverwalter nur eine Werterhaltung und -vermehrung anstreben darf bzw. muss. Für diese Eingrenzung spricht sich implizit auch die *Lehre zum BGB und ABGB* aus, da in dieser weitgehend unbestritten scheint, dass die Verwaltung nur darin besteht, Vermögen zu erhalten und zu vermehren⁴⁷⁰.

3.50

4. Keine Erfolgshaftung

Die herrschende Definition der Vermögensverwaltung impliziert, dass der Verwalter einen Erfolg – nämlich die Erhaltung und Vermehrung des Werts der verwalteten Vermögensgegenstände – herbeiführen muss. Dem

3.51

⁴⁷⁰ Oben Rz. 1.51 ff.

ist entgegenzuhalten, dass es selbst einem tüchtigen Verwalter *nicht immer* gelingen wird, den *Wert der verwalteten Vermögensgegenstände zu erhalten*. Man denke etwa an die Verwaltung von Liegenschaften während einer Zeit sinkender Immobilienpreise oder an die Verwaltung von Aktien bei fallenden Börsenkursen. In Perioden eines wirtschaftlichen Abschwungs kann sich der Wert des verwalteten Vermögens rasch vermindern, selbst bei vergleichsweise guter Verwaltungstätigkeit. Gleichwohl wird man dem Verwalter nicht vorwerfen wollen, er verwalte unsorgfältig, nur weil es ihm in solchen Zeiten trotz aller Bemühungen nicht gelingt, den Wert der zu verwaltenden Vermögensgegenstände zu erhalten⁴⁷¹.

3.52 Andererseits ist längst *nicht jede Erhaltung bzw. Vermehrung* des Werts der verwalteten Vermögensgegenstände auf die Verwaltung zurückzuführen. Falls sich etwa der Wert der verwalteten Vermögensgegenstände aufgrund konjunktureller Effekte erhöht, tritt ohne Zutun des Verwalters – gewissermaßen von selbst – eine Wertvermehrung ein. Zu denken ist etwa an eine gut gelegene Liegenschaft, welche aufgrund marktbedingter Schwankungen an Wert gewinnt⁴⁷². Der Verwalter kann hier einen Wertzuwachs ausweisen, auch wenn er beispielsweise den Garten der Liegenschaft pflichtwidrig hat verwildern lassen.

3.53 Daraus wird einsichtig, dass der Verwalter nicht die Erhaltung und Vermehrung des Werts der verwalteten Vermögensgegenstände als Erfolg schuldet, sondern ein auf die *Wertvermehrung und Verlustvermeidung ausgerichteter Tätigkeit*. Dabei muss der Verwalter seine Aufgaben – soweit sich Lehre und Rechtsprechung überhaupt dazu äussern – *selbständig* wahrnehmen⁴⁷³. Der herrschende Begriff der Vermögensverwaltung reflektiert die Pflichten und Befugnisse des Verwalters insofern nur unzureichend.

⁴⁷¹ Illustrativ dazu BGE 78 II 338.

⁴⁷² Vgl. dazu etwa BGE 136 III 113, E. 3.1.1 S. 117 f., wonach sich ein Beirat den Wertzuwachs eines von ihm verwalteten Grundstücks nicht als Eigenleistung anrechnen lassen kann, wenn der Wertzuwachs aufgrund der Überführung des Grundstücks in die Bauzone erfolgt ist.

⁴⁷³ Vgl. oben Rz. 3.18, Rz. 3.23, Rz. 3.27, Rz. 3.37, aber auch Rz. 3.12, Rz. 3.15, Rz. 3.32 und Rz. 3.35.

5. Fehlende Individualisierung

Die *Aufgaben der verschiedenen Vermögensverwalter unterscheiden sich im Einzelfall* deutlich. So darf der Vormund zur Verwaltung des Mündelvermögens (Art. 413 ZGB) in der Regel nicht dieselben Vorkehren ergreifen wie ein Ehegatte, der im Rahmen von Art. 195 ZGB das Vermögen des anderen Ehegatten verwaltet⁴⁷⁴. Es wird denn auch bei allen analysierten Verwaltungstatbeständen darauf hingewiesen, dass der Vermögensverwalter fremde Interessen – seien es die Interessen einzelner anderer Personen oder die gemeinschaftlichen Interessen mehrerer Personen – wahren muss, etwa jene der ehelichen Gemeinschaft⁴⁷⁵, jene des Kindes⁴⁷⁶ oder jene aller Miteigentümer (welche sich in der Regel aus dem Zweck des Miteigentums ergeben)⁴⁷⁷. Der Verwalter darf also die betreffenden Vermögensgegenstände *nicht losgelöst von allen individuellen Umständen* verwalten, sondern er muss seine Tätigkeit an fremden Interessen ausrichten. Er ist mithin zur *Wahrung fremder Interessen* verpflichtet, wobei er zuweilen Weisungen bzw. Beschlüsse zu beachten hat⁴⁷⁸.

3.54

Gemäss dem herrschenden Begriff der Vermögensverwaltung entspricht dagegen jede Vorkehr einer Verwaltungshandlung, die zu einer Vermögenserhaltung und -vermehrung (sowie gegebenenfalls zu einer zweckgemässen Verwendung des Vermögens) führt, ohne dass die individuellen Gegebenheiten zu beachten wären. Mithin nimmt der herrschende Begriff der Vermögensverwaltung auf die *Verschiedenartigkeit der Interessenlagen keine Rücksicht*. Er ist insoweit unvollständig.

3.55

6. Zusammenfassung

Der herrschende Verwaltungsbegriff von SIBER, wonach die Verwaltung darin besteht, das verwaltete Vermögen zu erhalten, zu vermehren und zweckgemäss zu verwenden, erweist sich im Lichte der vorstehenden Analyse als *unzutreffend*, soweit unter der *Verwendung* von Vermögen ein (wert-

3.56

⁴⁷⁴ Siehe zum Ganzen unten Rz. 3.120.

⁴⁷⁵ Oben Rz. 3.15.

⁴⁷⁶ Oben Rz. 3.18.

⁴⁷⁷ Oben Rz. 3.34.

⁴⁷⁸ Vgl. oben Rz. 3.12, Rz. 3.15, Rz. 3.18, Rz. 3.23, Rz. 3.27 f., Rz. 3.31, Rz. 3.34 und Rz. 3.37.

vermindernder) *Verbrauch* desselben zu verstehen sein sollte, da der Verwalter den Wert des verwalteten Vermögens typischerweise gerade nicht verbrauchen darf⁴⁷⁹.

3.57 SIBERS Verwaltungsbegriff impliziert sodann, der Verwalter schulde einen Erfolg, nämlich die Erhaltung bzw. Vermehrung von Vermögen. Richtig ist aber, dass zuweilen der Wert des verwalteten Vermögens nicht erhalten werden kann, aber trotzdem eine pflichtgemässe Verwaltung vorliegt: Geschuldet wird nicht ein Erfolg, sondern ein *selbständiges, auf die Wertvermehrung bzw. Verlustvermeidung ausgerichtetes Tätigwerden*⁴⁸⁰. Die herrschende Definition der Vermögensverwaltung stellt sich als insofern *ungenau* heraus⁴⁸¹.

3.58 Schliesslich berücksichtigt der herrschende Begriff der Vermögensverwaltung nicht, dass sich der Verwalter bei allen untersuchten Tatbeständen an *fremden Interessen* orientieren muss⁴⁸². Der herrschende Begriff der Vermögensverwaltung ist diesbezüglich *unvollständig*.

3.59 Immerhin lässt sich aus der Analyse der verschiedenen Verwaltungstatbestände herauslesen, dass dem schweizerischen Privatrecht ein noch näher zu bestimmender, *einheitlicher Begriff der Vermögensverwaltung* zugrunde liegt, auch wenn dieser nicht SIBERS Definition entspricht. Zudem hat sich ergeben, dass mit der Erhaltung und Vermehrung von Vermögen gemeint ist, dass die mit den zu verwaltenden Vermögensgegenständen korrespondierenden wirtschaftlichen *Werte zu erhalten bzw. zu vermehren* sind⁴⁸³.

⁴⁷⁹ Oben Rz. 3.45 ff.

⁴⁸⁰ Oben Rz. 3.51 ff.

⁴⁸¹ *Unpräzise* ist der Wortlaut des herrschenden Begriffs der Vermögensverwaltung zudem, weil die (Wert-)Vermehrung von Vermögen auch dessen Erhaltung einschliesst (oben Rz. 3.43 f.). Analoges gilt für das Tatbestandselement der *zweckgemässen Verwendung*, sofern damit nicht ein Verbrauch, sondern die Verwendung von Vermögensgegenständen zwecks *Werterhaltung und -vermehrung* der zu verwaltenden Vermögensgegenstände insgesamt gemeint sein sollte, da die entsprechenden Handlungen bereits im Rahmen der Erhaltung und Vermehrung von Vermögen vorgenommen werden dürfen bzw. müssen (oben Rz. 3.48 f.).

⁴⁸² Oben Rz. 3.54 f.

⁴⁸³ Oben Rz. 3.40 ff.

§ 16: Hier vertretener Begriff der Vermögensverwaltung

Im Folgenden soll ein Begriff der Vermögensverwaltung entworfen werden, der den hiervor angeführten Einwänden gegenüber der herrschenden Definition Rechnung trägt⁴⁸⁴. In diesen Tatbestand gilt es also *alle Merkmale* einfließen zu lassen, die sich in der vorangegangenen Untersuchung als *typisch* für die Verwaltungstatbestände erwiesen haben, nämlich

3.60

- dass die Verwaltung darauf auszurichten ist, den Wert der zu verwaltenden Vermögensgegenstände möglichst zu erhöhen und Verluste möglichst zu vermeiden⁴⁸⁵,
- dass die Verwaltung selbständig erfolgt⁴⁸⁶, und
- dass bei alledem fremde Interessen gewahrt werden müssen⁴⁸⁷.

Diese charakteristischen Eigenschaften der Vermögensverwaltung – also deren Regelungsgehalt – gilt es sodann in die Form einer *Definition* zu bringen, die nach der hier vertretenen Auffassung wie folgt lautet:

3.61

Vermögensverwaltung ist die Befugnis oder Pflicht, selbständig und unter Wahrung fremder Interessen den Geldwert der zu verwaltenden Vermögensgegenstände möglichst zu erhöhen bzw. Verluste möglichst zu minimieren.

Die einzelnen Tatbestandselemente dieses Begriffs der Vermögensverwaltung werden hiernach in § 17 bis § 20 ausführlich erläutert. § 17 beschäftigt sich mit der Frage, bei welchen der hier einbezogenen Tatbestände eine *Befugnis* und bei welchen eine *Pflicht* zur Vermögensverwaltung besteht. Die *restlichen Tatbestandselemente* (möglichst grosse Wertvermehrung bzw. möglichst kleine Wertverluste, Selbständigkeit des Vermögensverwalters und Wahrung fremder Interessen) werden in § 18 erläutert. In § 19 ist auf verschiedene *Einzelfragen* zurückzukommen. Eine *Zusammenfassung* der bis dahin gewonnenen Ergebnisse findet sich schliesslich in § 20.

3.62

⁴⁸⁴ Oben Rz. 3.38 ff.

⁴⁸⁵ Oben Rz. 3.40 ff. und Rz. 3.51 ff.

⁴⁸⁶ Oben Rz. 3.53.

⁴⁸⁷ Oben Rz. 3.54 f.

§ 17: Zum Tatbestandselement der Befugnis bzw. Pflicht

1. Rechtsdogmatische Grundlagen

a. Massgeblicher Begriff des subjektiven Rechts, der Befugnis und der Pflicht

3.63 Lehre und Rechtsprechung bedienen sich bei Fragen betreffend die Verwaltung von Vermögen oft des Begriffs der «*Verwaltungsbefugnis*»⁴⁸⁸, gelegentlich aber auch der Bezeichnungen «*Verwaltungsrecht*»⁴⁸⁹ und «*Verwaltungspflicht*»⁴⁹⁰, wobei die Verwendung dieser Begriffe nicht immer ausreichend bestimmt erscheint⁴⁹¹. Nachstehend gilt es deshalb in gedrängter Form darzulegen, was unter einem subjektiven Recht, einer Befugnis und einer Pflicht zu verstehen ist, bevor die Dogmatik auf die verschiedenen Vermögensverwaltungstatbestände angewendet werden kann.

3.64 Der Diskurs über die *Rechtsnatur subjektiver Rechte* ist nach wie vor im Gang⁴⁹². Am ehesten herrschend dürfte eine zwischen der Interessenjurispru-

⁴⁸⁸ Vgl. statt vieler CAVIEZEL, insbesondere S. 175; BARBATTI, S. 77, S. 134 und S. 145, sowie MASANTI-MÜLLER, insbesondere S. 62 f. und S. 135 ff. Aus der Rechtsprechung zu Art. 602 Abs. 2 ZGB («unter Vorbehalt der [...] Verwaltungsbefugnisse») vgl. statt vieler BGE 50 II 216, E. 1 S. 220 f.; BGE 125 III 219, E.1.a S. 220, sowie BGer vom 21.12.2007, 5A_141/2007, E. 4.2.3. Zu den anderen Verwaltungstatbeständen siehe etwa BGE 66 II 148, E. 2 S. 151; BGE 84 II 324, S. 327, sowie BGE 119 II 404, E. 4 S. 407.

⁴⁸⁹ Vgl. CAVIEZEL, insbesondere S. 139 und S. 173; MASANTI-MÜLLER, insbesondere S. 62 f. und S. 113, sowie MARXER KELLER, insbesondere S. 15 f. Aus der Jurisdikatur siehe etwa BGE 66 II 148, E. 2 S. 150, und BGE 84 II 324, S. 327.

⁴⁹⁰ Vgl. CAVIEZEL, S. 33, S. 177 und S. 191, sowie MARXER KELLER, S. 15.

⁴⁹¹ So benutzt beispielsweise CAVIEZEL alle drei Begriffe, um die verwaltungsbezogene Rechtsstellung des Vormunds zu umschreiben (vgl. die Verweise in Fn. 488 ff. hiervor).

⁴⁹² *Stellvertretend* für die zum Teil recht unterschiedlichen Auffassungen der Rechtsnatur des subjektiven Rechts sei an dieser Stelle auf die formalen Analysen von EUGEN BUCHER und JÜRGEN SCHMIDT hingewiesen: Während BUCHER die Meinung vertritt, das subjektive Recht sei «die einem Rechtssubjekt von objektivem Recht verliehene Befugnis, in einem bestimmten Umfang (nach freiem Belieben) *Rechtsnormen zu setzen*» (BUCHER, Normsetzungsbefugnis, S. 191, im Original alles in Kursivschrift; vgl. a.a.O. auch S. 55 ff.), erblickt SCHMIDT darin eine «notwendige Verbindung einer *Erlaubens(-privilege-)-Aussage* und einer *Verbots(-right-)-Aussage zu demselben Sachverhalt*» (SCHMIDT, S. 277, Kursiv-

denz und der Theorie des subjektiven Rechts als Willensmacht vermittelnde Meinung sein⁴⁹³, welche namentlich von LARENZ/WOLF vertreten wird: Ihnen zufolge ist das subjektive Recht «eine dem Berechtigten von der Rechtsordnung verliehene *Rechtsmacht zur selbstbestimmten Wahrnehmung der durch das jeweilige Recht geschützten Interessen*»⁴⁹⁴. Subjektive Rechte sichern mithin Sphären selbstbestimmter Freiheit⁴⁹⁵.

Der *Zuweisungsgehalt*, also «der Inhalt des subjektiven Rechts und sein Schutzgegenstand»⁴⁹⁶, lässt sich gemäss LARENZ/WOLF in verschiedene *Befugnisse* aufschlüsseln⁴⁹⁷. Zu denken ist etwa an die jedem Vermögens-

3.65

schrift hinzugefügt; vgl. a.a.O. auch S. 13 ff. und 73 ff.). Die Ansätze BUCHERS und SCHMIDTS unterscheiden sich auf einer *formalen Ebene* also insbesondere dadurch, dass das subjektive Recht im Denken BUCHERS eine einfache Struktur (right) aufweist und bei SCHMIDT (right-privilege) eine doppelte (so U. HUBER, S. 250 f., in seiner ausführlichen Besprechung dieser beiden Thesen). Beide Auffassungen vermochten sich nicht durchzusetzen; kritisch äussern sich zu diesen namentlich AICHER (S. 29 ff. und S. 45 ff.) sowie PORTMANN (Rz. 33 ff. und Rz. 39 ff.), die jeweils auch eigene Theorien zur Rechtsnatur des subjektiven Rechts entwickelt haben. Vgl. unlängst SCHLUEP, Rz. 469 ff. (insbesondere Rz. 471).

Zur *geschichtlichen Entwicklung* dieses Grundbegriffs unserer Rechtsordnung siehe z.B. den Überblick bei HELMUT COING, Zur Geschichte des Begriffs „Subjektives Recht“, in: HELMUT COING, Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht, 1947–1975, Band I, S. 241 ff.

⁴⁹³ SPR VI/1-MERZ, S. 53 m.w.H.

Das Verständnis des subjektiven Rechts als *Rechts- oder Willensmacht* geht auf die historische Rechtsschule bzw. Pandektistik zurück. Dabei wird das einer Person zustehende Recht definiert als «ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unserer Einstimmung herrscht» (VON SAVIGNY, System I, S. 7, vgl. zum Ganzen a.a.O. S. 7 f.) bzw. als «eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft» (WINDSCHEID/KIPP, Pandektenrecht I, S. 131, vgl. zum Ganzen a.a.O. S. 130 ff.).

Für die Vertreter der *Interessenjurisprudenz* ist dagegen nicht die Willensmacht das bestimmende Merkmal des subjektiven Rechts, sondern dass subjektive Rechte Interessen schützen; vgl. VON JHERING, Geist III, S. 339: «Rechte sind rechtlich geschützte Interessen» (Hervorhebungen entfernt).

⁴⁹⁴ LARENZ/WOLF, § 14 Rz. 1 (Hervorhebungen im Original in Fettschrift). Vgl. a.a.O. auch Rz. 10 ff.

⁴⁹⁵ LARENZ/WOLF, § 14 Rz. 4 ff.

⁴⁹⁶ LARENZ/WOLF, § 14 Rz. 15, vgl. a.a.O. auch Rz. 16 ff.

⁴⁹⁷ LARENZ/WOLF, § 13 Rz. 25.

recht inhärente Verfügungsbefugnis⁴⁹⁸. Befugnisse sind entsprechend «unselbständige *Teilinhalte eines Rechts*»⁴⁹⁹. Über die Befugnisse eines Rechts kann in der Regel nicht einzeln verfügt werden⁵⁰⁰.

3.66 Mit jeder Befugnis korrespondiert eine *Pflicht*⁵⁰¹. Der Zuweisungsgehalt einer Pflicht besteht also darin, die *Rechtsstellung* des Verpflichteten in irgendeiner Art und Weise zu *belasten*⁵⁰².

b. Innen- und Aussenverhältnis der Vermögensverwaltung, weitere verwaltungsbezogene Rechtsbeziehungen

aa. Innen- und Aussenverhältnis der Vermögensverwaltung

3.67 Bei der Vermögensverwaltung werden oft Rechtsbeziehungen mit Dritten eingegangen; man denke etwa an einen Elternteil, der im Rahmen der Verwaltung des Kindesvermögens (Art. 318 ZGB) einen Vermögensgegenstand des Kindes an einen Dritten veräussert. Es erweist sich daher als zweckmässig, analog der entsprechenden Unterscheidung im Stellvertretungsrecht⁵⁰³ oder bei den Personengesellschaften⁵⁰⁴ zwischen dem *Innen-* und dem *Aussenverhältnis der Vermögensverwaltung* zu differenzieren.

⁴⁹⁸ Zum Begriff des *Verfügungsgeschäfts* siehe oben Rz. 2.29 und zur Abgrenzung zwischen den *verfügbaren* Vermögensgegenständen und den *nicht verfügbaren* Persönlichkeitsrechten oben Rz. 2.77 ff.

⁴⁹⁹ LARENZ/WOLF, § 13 Rz. 25 (Hervorhebungen im Original in Fettschrift).

⁵⁰⁰ Verfügungsgeschäfte betreffen normalerweise das gesamte subjektive Recht. In gewissen Fällen lassen sich indes einzelne Befugnisse eines Rechts verselbständigen und *derivativ-konstitutiv* übertragen (vgl. dazu unten Fn. 531). Ungenau daher wohl LARENZ/WOLF, § 13 Rz. 25, wonach Befugnisse «nicht selbständig übertragbar» sind.

⁵⁰¹ Vgl. BUCHER, Normsetzungsbefugnis, S. 60 f.: «Jedem subjektiven Recht steht eine Pflicht gegenüber, jedem Berechtigten ein Verpflichteter». BUCHER vertritt im Übrigen aber eine andere Auffassung des subjektiven Rechts (vgl. dazu oben Fn. 492).

⁵⁰² Vgl. auch LARENZ/WOLF, § 13 Rz. 31 ff., wobei a.a.O. zwischen Rechtspflichten und anderen rechtlichen Gebundenheiten unterschieden wird. Beides gilt hier als Pflicht.

⁵⁰³ Dazu statt vieler BK-ZÄCH, N. 148 ff. und N. 160 ff. zu Art. 32 OR; SCHWENZER, Rz. 42.06, sowie ENGEL, S. 383.

⁵⁰⁴ Dazu statt vieler MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 Rz. 36 ff. und Rz. 62 ff. (einfache Gesellschaft, Art. 530 ff. OR), § 13 Rz. 42 ff. und Rz. 59 ff. (Kollektivge-

Das zwischen den Trägern der verwalteten Vermögensgegenstände und dem Vermögensverwalter bestehende Rechtsverhältnis⁵⁰⁵ – im Beispiel also die rechtliche Verbindung zwischen den Eltern und ihren Kindern (Art. 252 ff. ZGB) – heisst fortan *Innenverhältnis*⁵⁰⁶. Das Innenverhältnis ist somit diejenige Rechtsbeziehung, die der Vermögensverwaltung zugrunde liegt. Aus dem Innenverhältnis muss demnach erschlossen werden, welche Befugnisse dem Vermögensverwalter gegenüber den Trägern der verwalteten Vermögensgegenstände zustehen (rechtliches «*Dürfen*») und welche Pflichten seine Rechtsstellung belasten (rechtliches «*Müssen*»)⁵⁰⁷.

3.68

Die hier als Innenverhältnis bezeichnete Rechtsbeziehung umfasst oft auch Befugnisse und Pflichten, welche sich *nicht* auf die Verwaltung von Vermögen beziehen. So gehen aus dem vorerwähnten Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und ihren Kindern (Art. 252 ff. ZGB) nicht nur Pflichten hinsichtlich der Verwaltung des Kindesvermögens hervor (Art. 318 ZGB), sondern beispielsweise auch gegenseitige Rechte auf persönlichen Verkehr (Art. 273 f. ZGB). Die noch näher zu untersuchenden Befugnisse und Pflichten zur Verwaltung bilden daher oft nur einen *Teil des gesamten Regelungsgehalts* des Innenverhältnisses.

3.69

sellschaft, Art. 552 ff. OR), sowie § 14 Rz. 25 ff. und Rz. 50 ff. (Kommanditgesellschaft, Art. 594 ff. OR).

⁵⁰⁵ Zum *Begriff des Rechtsverhältnisses* siehe LARENZ/WOLF, § 13 Rz. 1: «Ein *Rechtsverhältnis* ist im Gegensatz zu sonstigen sozialen Lebensverhältnissen eine *rechtlich geregelte Beziehung zwischen Personen*», welche «*mit individuellen Rechten und Pflichten* ausgestattet ist, die über die allgemeinen staatsbürgerlichen Pflichten hinausgehen» (Hervorhebungen im Original in Fettschrift). Das Rechtsverhältnis kann «in einem einzigen subjektiven Recht bestehen, es kann aber auch eine Mehrheit von Rechten, Pflichten, Befugnissen, Obliegenheiten und sonstigen rechtlichen Regelungen enthalten, die untereinander in einem bestimmten Zusammenhang stehen» (a.a.O., Rz. 5). Es handelt sich daher um einen «*Inbegriff*, d.h. eine Gesamtheit von *Berechtigungen und Verpflichtungen*» (a.a.O., Rz. 5, Hervorhebungen im Original in Fettschrift). Diese sind «zu einer auf einen einheitlichen Zweck bezogenen rechtlichen Beziehung zwischen Personen zusammengefaßt» (a.a.O., Rz. 23, vgl. dazu a.a.O. auch Rz. 5). Zu den Rechtsverhältnissen zählen z.B. *Schuldverhältnisse* oder *familienrechtliche Beziehungen* (a.a.O., Rz. 6).

⁵⁰⁶ Gleichbedeutend ist der Begriff «*Vermögensverwaltungsverhältnis*» (so die Terminologie bei BARBATTI, S. 2).

⁵⁰⁷ Vgl. auch oben Rz. 3.64 ff. sowie im Einzelnen unten Rz. 3.76 ff. und Rz. 3.82 ff. (insbesondere Rz. 3.89 ff.).

3.70 Vom hier vorrangig interessierenden Innenverhältnis ist das *Aussenverhältnis* der Vermögensverwaltung abzugrenzen, womit alle verwaltungsbezogenen, rechtlichen Beziehungen gemeint sind, die der Vermögensverwalter mit Dritten eingeht. Oft knüpft der Vermögensverwalter zwecks Verwaltung sogar mit verschiedenen Dritten rechtliche Bande oder er begründet mit demselben Dritten verschiedene Rechtsbeziehungen, weshalb im Aussenverhältnis häufig mehrere Rechtsverhältnisse vorliegen. Der Vermögensverwalter handelt dabei grundsätzlich mit unmittelbarer Wirkung für und gegen die eigene Rechtssphäre, ausser es seien ihm besondere Machtbefugnisse eingeräumt, wie z.B. eine Vertretungsmacht oder eine Verfügungsmacht⁵⁰⁸. Diese *Machtbefugnisse*, welche das rechtliche «*Können*» einer Person hinsichtlich einer fremden Rechtssphäre erweitern⁵⁰⁹, sind aber *nicht* Teil der Aussenrechtsverhältnisse und daher von diesen zu unterscheiden⁵¹⁰.

bb. Abgrenzung des Innen- und Aussenverhältnisses von anderen verwaltungsbezogenen Rechtsverhältnissen

3.71 Vom Innen- und Aussenverhältnis der Vermögensverwaltung zu unterscheiden sind sodann die Rechtsbeziehungen zwischen dem Vermögensverwalter und den in die *Verwaltung involvierten Behörden*. So wird beispielsweise der Vormund, der gemäss Art. 413 ZGB zur Verwaltung des Mündelvermögens verpflichtet ist, durch die Vormundschaftsbehörde im Amt eingesetzt (Art. 379 ff. ZGB) und muss bei gewissen Geschäften die Zustimmung dieser Behörde einholen (vgl. Art. 421 ZGB)⁵¹¹.

3.72 Ebenfalls mit dem Innenverhältnis der Vermögensverwaltung nicht zu verwechseln sind die Rechtsbeziehungen des Verwalters zu Personen, deren *Interessen er zu wahren* hat und die *nicht zugleich Träger* der verwalteten Vermögensgegenstände sind. Der amtliche Erbschaftsliquidator (Art. 595 ff. ZGB) muss z.B. bei der Verwaltung des Nachlasses auch die Interessen der Erbschaftsgläubiger berücksichtigen⁵¹², was wohl auf eine gewisse rechtliche

⁵⁰⁸ Zur Vertretungs- bzw. Verfügungsmacht des Vermögensverwalters siehe unten Rz. 3.155 ff.

⁵⁰⁹ Zum rechtlichen «*Können*» des Vermögensverwalters und insbesondere zu seinen Machtbefugnissen siehe unten Rz. 3.146 ff.

⁵¹⁰ Unten Rz. 3.153.

⁵¹¹ Vgl. auch nArt. 400 ff. und nArt. 416 ff. ZGB für den Beistand des künftigen Erwachsenenschutzrechts.

⁵¹² Oben Rz. 3.27.

Gebundenheit zwischen dem Erbschaftsliquidator und den Erbschaftsgläubigern schliessen lässt⁵¹³.

Derartige Rechtsbeziehungen treten nicht bei allen Vermögensverwaltungstatbeständen auf. Es ist vielmehr die Regel, dass keine Behörden in die Verwaltung involviert sind und nur die Interessen der Träger der verwalteten Vermögensgegenstände gewahrt werden müssen. Beide vorgenannten Erscheinungen sind also *nicht typisch* für den allgemeinen Tatbestand der Vermögensverwaltung, weshalb sie in der vorliegenden Arbeit nicht weiter interessieren⁵¹⁴.

3.73

c. Weiteres Vorgehen

Im Folgenden soll das *Innenverhältnis* der hier einbezogenen Vermögensverwaltungstatbestände darauf untersucht werden, ob der Verwalter die betreffenden fremden Vermögensgegenstände verwalten *darf* (rechtliches «Dürfen») oder *muss* (rechtliches «Müssen»)⁵¹⁵.

3.74

Muss aus Sicht des Vermögensverwalters verwaltet werden, ist dieser – falls man der vorstehend erläuterten Begrifflichkeit des subjektiven Rechts, der Befugnis sowie der Pflicht folgt⁵¹⁶ – zur Verwaltung verpflichtet, d.h. es liegt eine *Verwaltungspflicht* vor. *Darf* der Vermögensverwalter dagegen verwalten, so besteht eine *Verwaltungsbefugnis*. Ein eigentliches *Verwaltungsrecht* (also ein subjektives Recht des Vermögensverwalters auf Verwaltung, und nicht nur eine Befugnis⁵¹⁷) kann, das sei hier vorweggenommen, bei keinem der untersuchten Tatbestände ausgemacht werden.

3.75

⁵¹³ Die zu Rate gezogene Lehre zum amtlichen Erbschaftsliquidator (Art. 595 ff. ZGB) äussert sich hierzu nicht. Vgl. aber VON TUHR, AT BGB II/2, S. 428 f., der diese Rechtsverhältnisse den *Quasi-Kontrakten* zuordnet.

⁵¹⁴ Vgl. zur Methodik oben Rz. 1.07 ff.

⁵¹⁵ Zum rechtlichen «Dürfen» und «Müssen» siehe oben Rz. 3.68.

⁵¹⁶ Oben Rz. 3.63 ff.

⁵¹⁷ Zum subjektiven Recht und den Befugnissen als Teilinhalte subjektiver Rechte siehe oben Rz. 3.64 f.

2. Grundsatz: Verwaltungspflicht (rechtliches «Müssen»)

a. Verwaltungspflicht als Recht-Pflicht-Beziehung

3.76

Bei den meisten der hier einbezogenen Verwaltungstatbeständen ist der Vermögensverwalter zur Verwaltung verpflichtet, sei es vertraglich oder von Gesetzes wegen. So besteht bei der Überlassung der Vermögensverwaltung unter Ehegatten (Art. 195 ZGB)⁵¹⁸ sowie bei der Vermögensverwaltung im Bankgeschäft (Art. 394 ff. OR)⁵¹⁹ eine *vertragliche Verwaltungspflicht*. Des Weiteren sind die sorgeberechtigten Eltern *von Gesetzes wegen* zur Verwaltung des Vermögens ihrer Kinder (Art. 318 ZGB) *verpflichtet*⁵²⁰. Ebenfalls von Gesetzes wegen müssen die vormundschaftlichen Vermögensverwalter (Art. 393/394 i.V.m. Art. 419 ZGB, Art. 395 Abs. 2 bzw. Art. 413 ZGB) sowie der zur Verwaltung eingesetzte Beistand des Erwachsenenschutzrechts (nArt. 395/398 Abs. 2 i.V.m. Art. 408 ZGB) die Vermögensgegenstände der

⁵¹⁸ Die Überlassung der Vermögensverwaltung an den anderen Ehegatten erfolgt immer *willentlich* (BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 16 zu Art. 195 ZGB m.w.H.; a.M. BARBATTI, S. 43), durch ausdrückliches oder konkludentes (auch stillschweigendes) Handeln (vgl. BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 11 zu Art. 195 ZGB, und CR-PHILIPPIN, N. 16 zu Art. 195 ZGB). Nach zutreffender Ansicht ist darin ein Geschäftswille zu erkennen, weshalb bei Bestehen übereinstimmender Willenserklärungen ein *Vertrag* über die Vermögensverwaltung zustande kommt (BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 17 zu Art. 195 ZGB; BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 12 zu Art. 195 ZGB, sowie CR-PHILIPPIN, N. 1 zu Art. 195 ZGB; a.M. BARBATTI, S. 42 f.).

Aufgrund der *ehelichen Beistandspflicht* (Art. 159 Abs. 3 ZGB), also von Gesetzes wegen, ist der Ehegatte in seltenen Fällen zudem verpflichtet, die Verwaltung des Vermögens des anderen Ehegatten zu übernehmen (vgl. BARBATTI, S. 59 m.w.H., und BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 20 zu Art. 195 ZGB; unklar BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 13 zu Art. 195 ZGB).

Zur Überlassung der Verwaltung von *Gesamtgut* unter Ehegatten im Rahmen von Art. 195 ZGB siehe zudem unten Rz. 3.102 f.

⁵¹⁹ Statt vieler GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 14 und S. 52, sowie BRETTON-CHEVALLIER, S. 76 f. und S. 84 ff.

⁵²⁰ Vgl. statt vieler MARXER KELLER, S. 15; BSK-BREITSCHMID, N. 6 zu Art. 318 ZGB; CR-PAPAUX VAN DELDEN, N. 11 zu Art. 318 ZGB, sowie BGE 136 III 353, E. 3.1 S. 356.

Schutzbefohlenen verwalten⁵²¹. Gleiches gilt für die Nachlassverwaltung durch einen Willensvollstrecker (Art. 517 f. ZGB)⁵²², amtlichen Nachlassverwalter (Art. 554 f. ZGB)⁵²³ bzw. Erbschaftsliquidator (Art. 595 ff. ZGB)⁵²⁴ oder Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB)⁵²⁵.

Mit jeder der vorstehenden Pflichten zur Verwaltung korrespondiert ein entsprechendes Recht⁵²⁶. Dieses Recht ist aber *kein Verwaltungsrecht* (Recht zur Verwaltung fremder Vermögensgegenstände), sondern ein *Recht, vom Vermögensverwalter die Verwaltung verlangen zu dürfen*. Bei diesem subjektiven Recht gegenüber dem Vermögensverwalter handelt es sich um eine *Forderung* und somit um ein *relatives Recht*⁵²⁷. Komplementär zu dieser Verwaltungsforderung besteht, wie bei jeder Obligation, eine entsprechende Verwaltungspflicht des Vermögensverwalters⁵²⁸.

Typischerweise steht bei einer Obligation, wie sie hier vorliegt, die Sicht des Berechtigten im Vordergrund, weshalb von der Lehre meistens die jeweilige Forderung genauer untersucht wird. Für die Zwecke dieser Arbeit erscheint es dagegen sinnvoller, die *Perspektive des Vermögensverwalters* – also des Verpflichteten – einzunehmen, zumal seine Sichtweise auch bei der

3.77

3.78

⁵²¹ Vgl. statt vieler CAVIEZEL, S. 162; PFANDER, S. 84; DESCHENAUX/STEINAUER, Rz. 999, Rz. 1137 und Rz. 1153; BSK-GULER, N. 2 zu Art. 413 ZGB, sowie zum Erwachsenenschutzrecht BALESTRIERI, S. 213 ff.

⁵²² Vgl. KÜNZLE, S. 196; BK-KÜNZLE, N. 93 und N. 95 zu Art. 517–518 ZGB; SPR IV/1-PIOTET, S. 160; STEINAUER, droit des successions, Rz. 1173, sowie ferner BSK-KARRER, N. 13 zu Art. 518 ZGB.

⁵²³ Vgl. BSK-KARRER, N. 40 zu Art. 554 ZGB; SPR IV/2-PIOTET, S. 707, sowie STEINAUER, droit des successions, Rz. 878.

⁵²⁴ Vgl. BSK-KARRER, N. 6 und N. 9 zu Art. 596; SPR IV/2-PIOTET, S. 827, sowie ferner BK-TUOR/PICENONI, N. 10 zu Art. 595 ZGB.

⁵²⁵ J. PICENONI, S. 44 f.; vgl. auch BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N. 47 zu Art. 602 ZGB.

⁵²⁶ Vgl. auch oben Rz. 3.66.

⁵²⁷ Zur Forderung siehe statt vieler LARENZ/WOLF, § 15 Rz. 38 ff.; zudem VON TUHR/PETER, AT OR I/1, S. 9 ff.; SCHWENZER, Rz. 4.06 f. und Rz. 4.29 ff., sowie ENGEL, S. 18 ff.

⁵²⁸ Vgl. VON TUHR/PETER, AT OR I/1, S. 9: «Die Obligation ist vom Standpunkt des Gläubigers aus betrachtet eine Forderung; für den Schuldner eine Verbindlichkeit oder Schuld». Ebenso SCHWENZER, Rz. 4.29: «Das *Korrelat zur Leistungspflicht* der Schuldnerin ist das Forderungsrecht des Gläubigers» (Kursivschrift im Original).

nachstehend zu thematisierenden Verwaltung gemeinschaftlicher Vermögensgegenstände massgebend sein wird⁵²⁹. Überhaupt erweist es sich als anschaulicher, die Aufgaben des Vermögensverwalters aus seinem Blickwinkel zu umschreiben.

b. Erwerb der Verwaltungspflicht

3.79 Ein subjektives Recht kann derivativ oder originär erworben werden: Ein *derivativer Erwerb* liegt vor, wenn sich das erworbene Recht von der Existenz eines bisherigen ableitet; erfolgt der Erwerb dagegen unabhängig vom Bestehen eines anderen Rechts, ist er *originär*⁵³⁰.

3.80 Wendet man diese Dogmatik zum Erwerb von subjektiven Rechten entsprechend auf die hier interessierenden Verwaltungspflichten an, scheidet ein derivativer Erwerb derselben (auch ein derivativ-konstitutiver⁵³¹) aus, weil normalerweise keine vorbestehenden (Verwaltungs-)Pflichten auf den Vermögensverwalter übertragen werden. Die jeweilige Verwaltungspflicht wird somit *originär* erworben⁵³².

3.81 Anders verhält es sich nur bei einem *Austausch des Verwalters*, wenn also der bisherige Verwalter ausscheidet und an seiner Stelle eine andere Person zur Vermögensverwaltung berufen wird. Dabei ist im *Einzelfall* zu entscheiden, ob sich die Rechtsstellung des neuen Verwalters derivativ-trans-

⁵²⁹ Siehe dazu unten Rz. 3.89 ff.

⁵³⁰ Zum Ganzen statt vieler VON TUHR, AT BGB II/1, S. 34 ff., und LARENZ/WOLF, § 14 Rz. 25 ff.

⁵³¹ Vgl. VON TUHR, AT BGB II/1, S. 62: «Die Rechtsnachfolge ist *konstitutiv*, wenn nicht das ganze Recht des Autors übergeht, sondern aus dessen Inhalt ein Recht geringeren Inhaltes entsteht und zugleich auf ein anderes Subjekt übergeht. Das Ursprungsrecht kann man Mutterrecht nennen, das abgeleitete Recht geringeren Umfangs: Tochterrecht» (Kursivschrift hinzugefügt). Siehe zum Ganzen a.a.O. S. 62 ff. und LARENZ/WOLF, § 14 Rz. 29.

Im Gegensatz zum derivativ-konstitutiven Erwerb wird bei einem *derivativ-translativen* Erwerb das ganze Recht übertragen (unten Fn. 533).

⁵³² Vgl. VON TUHR, AT BGB II/1, S. 41: Ein *originärer* Rechtserwerb liegt vor, «wenn das Recht des Erwerbers nicht auf dem Recht eines Vorgängers beruht», was «immer dann der Fall [ist], wenn ein Recht dieses Inhaltes im Moment des Erwerbes nicht existierte. So wird z. B. eine Forderung durch den sie begründenden Schuldvertrag *originär* erworben». Siehe zum Ganzen a.a.O. S. 41 ff. und statt vieler LARENZ/WOLF, § 14 Rz. 25 f.

lativ⁵³³ aus derjenigen des bisherigen ableitet (so etwa bei der schuldrechtlichen Übernahme der Verwaltung vom derzeitigen Verwalter), oder ob diese originär begründet wird (beispielsweise bei Auswechslung eines Vormunds⁵³⁴).

3. Sonderfall: Rechtsgemeinschaften

a. Anwendungsbereich

Bei der Verwaltung gemeinschaftlicher Vermögensgegenstände durch die Rechtsgemeinschafter bestehen von Gesetzes wegen gewisse Abweichungen vom vorstehenden Grundsatz, wonach der Verwalter zur Vermögensverwaltung verpflichtet ist. Im Folgenden gilt es deshalb, bei den hier einbezogenen Rechtsgemeinschaften die *gesetzlichen Verwaltungsbefugnisse bzw. -pflichten der Rechtsgemeinschafter* zu untersuchen. In Frage stehen also die Verwaltungsbefugnisse und -pflichten der Ehegatten hinsichtlich des Gesamtguts (Art. 227 f. ZGB), der Miterben in Bezug auf den Nachlass (Art. 602 Abs. 2 ZGB) sowie der Miteigentümer betreffend das Miteigentum (Art. 647 ff. ZGB)⁵³⁵. 3.82

Die hiernach zu thematisierenden Fragen lassen sich nicht losgelöst von der *dogmatischen Konzeption der gemeinschaftlichen Zuständigkeit* an subjektiven Rechten und Pflichten beantworten, weshalb vorgängig auf die massgebliche Theorie der gemeinschaftlichen Zuständigkeit näher einzugehen ist. 3.83

b. Dogmatik der gemeinschaftlichen Zuständigkeit

aa. Theorie der mehrfachen Rechtszuständigkeit

Bei Rechtsgemeinschaften⁵³⁶ – seien es Gemeinschaften zur gesamten Hand oder Bruchteilsgemeinschaften⁵³⁷ – besteht das dogmatische Problem 3.84

⁵³³ Vgl. VON TUHR, AT BGB II/1, S. 59: «Die Rechtsnachfolge ist *translativ*, wenn das Recht in seinem vollen Bestande auf ein neues Subjekt übergeht, so daß das bisherige Rechtssubjekt einen definitiven Rechtsverlust erleidet» (Kursivschrift hinzugefügt). Siehe zum Ganzen a.a.O. S. 59 ff.

⁵³⁴ Die Rechtsstellung des neu eingesetzten Vormunds ergibt sich direkt aus dem Gesetz (vgl. für das BGB VON TUHR, AT BGB II/1, S. 44).

⁵³⁵ Siehe auch oben Rz. 3.04 (und dort insbesondere Fn. 367 und Fn. 370 f.).

⁵³⁶ Der wichtigste Anwendungsfall gemeinschaftlicher Rechtsträgerschaft ist im schweizerischen Recht im *Mit- und Gesamteigentum* zu erblicken (vgl. statt vieler

lem darin, dass der Einheit des subjektiven Rechts eine Vielheit von zuständigen Rechtssubjekten gegenüber steht. Gemäss der von ENGLÄNDER begründeten Theorie der mehrfachen Rechtszuständigkeit lässt sich diese «Antinomie von *Einheit* und *Vielheit*»⁵³⁸ nur überbrücken, wenn jeder der mehreren Rechtsträger selbst am gemeinschaftlichen Recht zuständig ist⁵³⁹. Bei gemeinschaftlichen Rechten besteht also eine *mehrfache*, wenn auch bloss anteilige⁵⁴⁰ *Zuständigkeit*⁵⁴¹ am gemeinsamen, *ungeteilten Recht*⁵⁴². Dieses Konzept ist in der Schweiz zu Recht *herrschend*⁵⁴³; alle anderen Theorien sind abzulehnen⁵⁴⁴.

SPR V/1-LIVER, S. 50). Dabei sind die detaillierten Bestimmungen von Art. 646 ff. ZGB als *allgemeine Grundsätze* aufzufassen, welche auf die anderen Rechtsgemeinschaften ebenfalls Anwendung finden, wenn auch bloss *per analogiam* und soweit für diese *keine speziellen Vorschriften* gelten (vgl. statt vieler BK-MEIER-HAYOZ, N. 24 ff. der Vorbem. zu den Art. 646–654 ZGB, und SPR V/1-LIVER, S. 50 f.). Der Gesetzgeber folgte bei der Normierung der mehrfachen Rechtsträgerschaft also seiner Maxime, Rechtsinstitute dort zu regeln, wo er ihren primären Anwendungsbereich erkennt (SPR V/1-LIVER, S. 50 m.H. auf HUBER, Erläuterungen I, S. 10 f.; siehe bei HUBER a.a.O. auch S. 29 f.). Vgl. zudem § 741 BGB, wonach die Vorschriften über die Gemeinschaft nach Bruchteilen Anwendung finden, falls ein Recht mehreren Personen gemeinschaftlich zusteht und sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt.

⁵³⁷ Zu den Unterschieden zwischen der Mit- und Gesamtberechtigung siehe unten Fn. 545.

⁵³⁸ WOLF, Grundfragen, S. 27 m.w.H. (Kursivschrift im Original).

⁵³⁹ ENGLÄNDER, S. 29 ff. (insbesondere S. 33 ff.); vgl. auch WOLF, Grundfragen, S. 40.

⁵⁴⁰ ENGLÄNDER, S. 104. Dass die mehreren Rechtsträger am Inhalt des gemeinschaftlichen Rechts jeweils nicht voll – sondern nur *anteilig* – zuständig sind ergibt sich, so WOLF, Grundfragen, Fn. 203 auf S. 41, «zwingend sowohl aus der mehrfachen Rechtsträgerschaft am ungeteilten Recht als auch aus dem Grundsatz der Konstanz des Rechtsinhalts, wonach die durch die mehreren Zuständigkeiten vermittelten Rechtspositionen zusammen inhaltlich nicht plus iuris ergeben dürfen als der Alleinberechtigte hat».

⁵⁴¹ Zum Begriff der Zuständigkeit siehe oben Rz. 3.02.

⁵⁴² Damit bleibt der Grundsatz der *Konstanz des Rechtsinhalts* gewahrt (WOLF, Grundfragen, S. 40 m.w.H.; vgl. auch ENGLÄNDER, S. 45 ff.).

⁵⁴³ Zum Stand der Lehre vgl. WOLF, Grundfragen, Fn. 219 auf S. 43 m.w.H., und die Hinweise in Fn. 544 hiernach.

⁵⁴⁴ Der Gegensatz zwischen der Einheit des gemeinschaftlichen Rechts und der Vielheit der Rechtsträger liesse sich grundsätzlich auch auflösen, indem das gemeinschaftliche Recht entweder *vervielfältigt* oder auf die mehreren Subjekte

Die bloss anteilige Zuständigkeit jedes Rechtsträgers am gemeinschaftlichen Recht – einerlei, ob eine Mit- oder Gesamtberechtigung vorliegt⁵⁴⁵ – hat wiederum zur Folge, dass das gemeinschaftliche Recht nur durch ein *Zusammenwirken aller Rechtsträger* ausgeübt werden kann. Die Aufgliederung des Zuweisungsgehalts auf mehrere Rechtsträger führt also dazu, dass es dem einzelnen Rechtsträger grundsätzlich nicht möglich ist, Befugnisse des gemeinschaftlichen Rechts ohne Mitwirkung der anderen Rechtsträger wahrzu-

aufgeteilt wird (Theorie des condominium plurium in solidum bzw. Theorie der geteilten Mitberechtigung, siehe dazu WOLF, Grundfragen, S. 28 ff. und S. 32 f.). Diese Konzepte verdienen aus den von WOLF vorgebrachten Gründen keine Zustimmung (vgl. a.a.O. S. 29 ff. und S. 32 f.).

Überbrückt werden könnte der Gegensatz sodann, indem man die mehreren Rechtssubjekte *zu einer Einheit zusammenfasst* und dieser Einheit die *Zuständigkeit* am gemeinschaftlichen Recht zuerkennt (dazu WOLF, a.a.O., S. 34 ff.). In der deutschen Doktrin wird diese Theorie nunmehr als *Gruppenlehre* bezeichnet (vgl. statt vieler WOLF, a.a.O., Fn. 190 auf S. 37 ff. m.w.H.). Die Rechtsprechung hat für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 705 ff. BGB), welche gesamthänderisch organisiert ist (vgl. § 719 BGB), die Gruppenlehre als zutreffend erkannt (BGHZ 146, 341 [Urteil II ZR 331/00 vom 29.01.2001]; dazu WOLFGANG WIEGAND, «Weisses Ross» – Ein trojanisches Pferd vor Schweizer Mauern?, in: VON DER CRONE et al. [Hrsg.], Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für PETER FORSTMOSER zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, S. 33 ff.). Für eine *teilweise Übernahme* der Erkenntnisse der neueren deutschen Doktrin in das schweizerische Recht sprechen sich BK-FELLMANN/MÜLLER, N. 151 ff. der Vorbem. zu den Art. 530–551 OR, aus. Die Gruppenlehre ist indes aus verschiedenen Gründen *abzulehnen* (vgl. im Einzelnen WOLF, a.a.O., S. 35 ff., insbesondere Fn. 190 auf S. 37 ff.).

⁵⁴⁵ Gemäss der zutreffenden Ansicht von LARENZ sind die Mit- und die Gesamtberechtigung folgendermassen auseinanderzuhalten: Bei der *Mitberechtigung* erscheint die Rechtsgemeinschaft «lediglich als Folge oder besser als Begleitererscheinung der Mitberechtigung», während «die Zugehörigkeit zu der Personengemeinschaft durch die Innehabung eines Anteils vermittelt» wird (LARENZ, Rechtsgemeinschaft, S. 156). Dagegen ist der *Gesamthänder* am gemeinschaftlichen Recht «nur Kraft seiner Zugehörigkeit zu der personalen Gemeinschaft» berechtigt (LARENZ, a.a.O., S. 159). Bei der Mitberechtigung erwirbt man also den *Anteil* und wird als Folge davon Teil der entsprechenden Rechtsgemeinschaft, während man bei der Gesamthand umgekehrt zuerst *Teil der entsprechenden Rechtsgemeinschaft* werden muss und erst gestützt darauf am gesamthänderischen Recht berechtigt ist (vgl. zum Ganzen auch BK-MEIER-HAYOZ, N. 12 der Vorbem. zu den Art. 646–654 ZGB). Für die vorliegende Untersuchung ist die *Unterscheidung* zwischen Mit- und Gesamtberechtigung aber grundsätzlich *nicht von Belang*.

nehmen. Diese starre Ordnung wird indes verschiedentlich *durchbrochen*. So kann jeder Mitberechtigte über seinen Mitberechtigungsanteil selbst verfügen (vgl. Art. 646 Abs. 3 ZGB)⁵⁴⁶ und gewisse Verwaltungshandlungen, auf welche im Folgenden zurückzukommen ist, dürfen die Mit- bzw. Gesamtberechtigten jeweils alleine ergreifen⁵⁴⁷.

3.86 Eine mehrfache Zuständigkeit kann nicht nur auf Seiten der Berechtigten bestehen, sondern ebenso auf Seiten der Verpflichteten (gemeinschaftliche Verpflichtung). Liegt eine *mehrfache Verpflichtungszuständigkeit* vor, sind die entsprechenden Rechte nicht gegenüber einem der mehreren Verpflichteten geltend zu machen, sondern gegenüber allen Schuldnern, weil die Leistung nur durch ein Zusammenwirken aller zu erbringen ist⁵⁴⁸. Die praktische Relevanz gemeinschaftlicher Verpflichtungen ist freilich gering: Oft werden diese von Gesetzes wegen durch eine *solidarische Haftung* aller Schuldner *überlagert* – man denke beispielsweise an die Haftung der Erben für die Schulden des Erblassers (vgl. Art. 603 Abs. 1 ZGB)⁵⁴⁹ –, weshalb in diesen Fällen jeder Verpflichtete gegenüber dem Berechtigten sowieso für die gesamte Schuld eintreten muss⁵⁵⁰.

bb. Rechtsgemeinschaften und Anwendbarkeit von Art. 2 ZGB

3.87 Gemeinschaftliche Rechte können oft nur ausgeübt werden, wenn sich die verschiedenen Rechtsträger untereinander koordinieren⁵⁵¹. Zwischen den verschiedenen Rechtsträgern – seien diese mit- oder gesamtberechtig –

⁵⁴⁶ Dies im Gegensatz zu den Gesamtberechtigten, welche über ihren ideellen *Anteil* grundsätzlich nicht selbständig verfügen können (vgl. Art. 652 ZGB, siehe aber auch Art. 635 ZGB). Zudem erfordern Verfügungsgeschäfte über das *gemeinschaftliche Recht* als Ganzes bei der Gesamthands- und der Mitberechtigungs-gemeinschaft einen – in der Regel einstimmigen – Beschluss aller Rechtsgemeinschaftler (vgl. Art. 648 Abs. 2 und Art. 653 Abs. 2 ZGB sowie zum Anwendungsbereich der Bestimmungen über das Mit- und Gesamteigentum oben Fn. 536).

⁵⁴⁷ Siehe unten Rz. 3.89 ff.

⁵⁴⁸ Vgl. statt vieler SCHWENZER, Rz. 88.06.

⁵⁴⁹ Die Miterben sind an den vererbten Schulden gesamthänderisch zuständig (Art. 602 Abs. 2 ZGB); es handelt sich also um *Gesamthandschulden* aller Erben. Gemäss Art. 603 Abs. 1 ZGB haften die Miterben für die Schulden des Erblassers zudem aber auch noch *solidarisch* (zum Ganzen WOLF, Grundfragen, S. 336 ff.).

⁵⁵⁰ Siehe statt vieler BUCHER, OR AT, S. 503 f., und SCHWENZER, Rz. 88.07.

⁵⁵¹ Oben Rz. 3.85.

besteht daher eine gewisse rechtliche Gebundenheit⁵⁵². Diese wechselseitige Rechtsbeziehung unter den Mit- und Gesamtberechtigten, also die *personale Verbindung* unter ihnen, heisst *Rechtsgemeinschaft*⁵⁵³. Dabei darf diese Bezeichnung nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Gemeinschaftler fallweise nicht nur an subjektiven Rechten, sondern ebenso an Pflichten (oder an Rechtsverhältnissen) gemeinschaftlich zuständig sind⁵⁵⁴.

Für die vorliegende Untersuchung von besonderer Bedeutung ist zudem der Umstand, dass Art. 2 ZGB auf jede Rechtsbeziehung – also auch auf das Rechtsverhältnis unter den Rechtsgemeinschaftlern – Anwendung findet⁵⁵⁵. Die Rechtsgemeinschaftler schulden sich somit ein Verhalten nach *Treu und Glauben*⁵⁵⁶.

3.88

c. Gesetzliche Verwaltungsbefugnisse und -pflichten der Rechtsgemeinschaftler

aa. Gesetzliche Einzelbefugnisse (rechtliches «Dürfen») zur ordentlichen und dringlichen Verwaltung

Da an gemeinschaftlichen Gegenständen mehrere Personen zuständig sind, muss deren *Verwaltung* grundsätzlich durch *alle Gemeinschaftler gemeinsam* erfolgen⁵⁵⁷. Die gemeinsame Verwaltung stösst freilich bald an ihre Grenzen, etwa wenn von einem gemeinschaftlichen Recht eine unmittelbar drohende Schädigung abgewendet werden soll oder wenn bloss kleinere

3.89

⁵⁵² Vgl. statt vieler LARENZ, *Rechtsgemeinschaft*, S. 113 ff. und S. 146 ff.; BK-MEIER-HAYOZ, N. 12 der Vorbem. zu den Art. 646–654 ZGB m.w.H., sowie bereits HUBER, *Erläuterungen II*, S. 37, wonach «das gemeinschaftliche Eigentum mehrerer stets in irgendeinem persönlichen Verhältnis seine Grundlage haben muss».

⁵⁵³ Zur Rechtsgemeinschaft als *Oberbegriff* für die Gemeinschaft nach Bruchteilen und die Gemeinschaft zur gesamten Hand vgl. WOLF, *Grundfragen*, Fn. 86 auf S. 20 m.w.H.

⁵⁵⁴ Rz. 3.86 hiervor.

⁵⁵⁵ Vgl. BSK-HONSELL, N. 11 zu Art. 2 ZGB m.w.H.: «Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben richtet sich an alle Rechtssubjekte und ordnet eine Haltung gegenseitiger Rücksichtnahme an, und zwar sowohl bei der *Rechtsausübung* als auch bei der *Pflichterfüllung*» (Hervorhebungen im Original in Fettschrift). Vgl. a.a.O. zudem N. 4 und statt vieler BK-MERZ, N. 17 ff. zu Art. 2 ZGB.

⁵⁵⁶ Siehe auch BK-MEIER-HAYOZ, N. 106 zu Art. 646 ZGB, und BSK-BRUNNER/WICHTERMANN, N. 6 zu Art. 647 ZGB.

⁵⁵⁷ Zur gemeinschaftlichen Rechtsausübung als Folge des Bestehens einer mehrfachen Rechtsträgerschaft vgl. oben Rz. 3.84 f.

Verwaltungshandlungen vorzunehmen sind. Der Gesetzgeber hat denn auch erkannt, dass das Prinzip der gemeinsamen Rechtsausübung in dieser Strenge hinsichtlich der Verwaltung der gemeinschaftlichen Vermögensgegenstände nicht sachgerecht ist. In der Regel sind deshalb die Rechtsgemeinschaftler – wie an anderer Stelle noch ausführlich zu zeigen sein wird – *von Gesetzes wegen einzeln zuständig*, um Vorkehren der *ordentlichen und der dringlichen Verwaltung* zu ergreifen⁵⁵⁸. Bei den in dieser Arbeit besonders untersuchten Rechtsgemeinschaften trifft dies auf die ordentliche und gegebenenfalls dringliche Verwaltung des Gesamtguts durch die Ehegatten zu (Art. 227 Abs. 2 ZGB)⁵⁵⁹; ebenso verhält es sich nach der hier vertretenen Auffassung bei der ordentlichen und dringlichen Verwaltung des Nachlasses durch die Miterben (Art. 602 Abs. 2 ZGB)⁵⁶⁰. Und auch die Miteigentümer sind zur gewöhnlichen und dringlichen Verwaltung des Miteigentums einzeln zuständig (Art. 647a bzw. Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB)⁵⁶¹.

3.90 Dabei scheint weitgehend Einigkeit zu bestehen, dass es sich bei diesen Einzelzuständigkeiten nicht um Verpflichtungen, sondern um Berechtigungen bzw. Befugnisse handelt⁵⁶². Die Gemeinschaftler *dürfen* also aufgrund der

⁵⁵⁸ Siehe unten Rz. 3.216 ff. und Rz. 3.248 ff. Die ordentliche und die gewöhnliche Verwaltung sind *synonym* (unten Rz. 3.233).

⁵⁵⁹ Zur ordentlichen Verwaltung des Gesamtguts durch die Ehegatten siehe unten Rz. 3.216 und zur umstrittenen Frage der dringlichen Verwaltung unten Rz. 3.248 f.

⁵⁶⁰ Siehe unten Rz. 3.223 ff. und Rz. 3.250.

⁵⁶¹ Siehe unten Rz. 3.230 und Rz. 3.252.

Aber auch bei den hier nicht untersuchten Rechtsgemeinschaften – also bei der *Gemeinderschaft* (Art. 336 ff. ZGB) sowie bei den *Gesamthandschaften des Gesellschaftsrechts* (Art. 530 ff. OR) – sind die Gemeinschaftler zu Vorkehren der ordentlichen und dringlichen Verwaltung bzw. Geschäftsführung jeweils einzeln zuständig (vgl. unten Fn. 928 und Fn. 964).

⁵⁶² Zur *ordentlichen Verwaltung des Gesamtguts durch die Ehegatten* (Art. 227 Abs. 2 ZGB) vgl. MASANTI-MÜLLER, S. 62 und insbesondere S. 117; ferner BK-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, N. 24 zu Art. 227 und 228 ZGB, sowie BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 11 zu Art. 227/228 ZGB; vgl. aber CR-MEIER, N. 12 zu Art. 227/228 ZGB. Die Frage der *dringlichen Verwaltung* des Gesamtguts durch die Ehegatten wird in der Lehre kaum thematisiert (siehe unten Rz. 3.248 f.).

Hinsichtlich der *Verwaltung des Nachlasses* anerkennen nur wenige Autoren, dass die *Miterben* einzeln zuständig sind, um Vorkehren der *ordentlichen Verwaltung* (Art. 602 Abs. 2 ZGB) zu ergreifen (zu dieser Kontroverse unten Rz. 3.223 ff.). Diese Autoren erblicken in der Einzelzuständigkeit zur ordentlichen Verwaltung wohl ein *Dürfen* (und nicht ein *Müssen*), vgl. WIDMER, S. 59 f.;

hiervor angeführten Bestimmungen Vorkehren der ordentlichen und der dringlichen Verwaltung ergreifen, aber sie *müssen nicht*. Eine *Verpflichtung* zur Verwaltung kann sich indessen aus rechtsgeschäftlichen Abreden oder aufgrund anderer gesetzlicher Bestimmungen (insbesondere aus Treu und Glauben) ergeben; auf beides ist noch ausführlich zurückzukommen⁵⁶³.

Die hier fraglichen Einzelzuständigkeiten zur ordentlichen und dringlichen Verwaltung weisen *mitgliedschaftsrechtliche Natur* auf⁵⁶⁴. Sie sind Ausfluss der jeweiligen Mitgliedschaft in der Rechtsgemeinschaft und daher an die Gemeinschafterstellung geknüpft (vgl. auch Art. 649a ZGB). Eine rechtliche Verselbständigung dieser Befugnisse ist somit nicht möglich, weshalb es sich um *Befugnisse im technischen Sinn* (und nicht um selbständige Rechte) handelt⁵⁶⁵.

3.91

Aufgrund ihrer mitgliedschaftsrechtlichen Natur haben diese Befugnisse die *Mitwirkung an der Verwaltung* zum Inhalt⁵⁶⁶. Sie richten sich gegen die jeweils anderen Gemeinschaftler. Es handelt sich also um *Befugnisse im Innenverhältnis*⁵⁶⁷, die dem einzelnen Gemeinschaftler erlauben, Vorkehren der ordentlichen und dringlichen Verwaltung zu ergreifen, und die umgekehrt die jeweils anderen Gemeinschaftler verpflichten, die entsprechenden Handlungen

3.92

PROD'HOM, S. 80 f., sowie ZK-ESCHER, 1. Aufl., Ziff. 4 zu Art. 602 ZGB. Zur *dringlichen Verwaltung* des Nachlasses durch die Miterben siehe statt vieler BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N. 18 zu Art. 602 ZGB.

Zur *gewöhnlichen und dringlichen Verwaltung von Miteigentum durch die Miteigentümer* (Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 bzw. Art. 647a ZGB) vgl. statt vieler SCHNEIDER, S. 99 und S. 102; BK-MEIER-HAYOZ, N. 72 zu Art. 647 ZGB und N. 1 zu Art. 647a ZGB; BSK-BRUNNER/WICHTERMANN, N. 56 zu Art. 647 ZGB und N. 9 zu Art. 647a ZGB, sowie STEINAUER, *droits réels* I, Rz. 1243 und Rz. 1248.

⁵⁶³ Unten Rz. 3.95 ff. und Rz. 3.102 f.

⁵⁶⁴ Vgl. LARENZ/WOLF, § 15 Rz. 79, und ferner BK-MEIER-HAYOZ, N. 37 zu Art. 647 ZGB (Vereinbarungen der Miteigentümer über die Verwaltungsordnung «sind keine synallagmatischen Verträge, sondern solche gesellschaftsvertragsähnlichen Inhalts»).

⁵⁶⁵ Zur Unterscheidung zwischen subjektiven Rechten und den diesen inhärenten Befugnissen siehe oben Rz. 3.64 f.

⁵⁶⁶ Vgl. auch LARENZ/WOLF, § 15 Rz. 80.

⁵⁶⁷ Zur Unterscheidung zwischen dem Innen- und Aussenverhältnis der Vermögensverwaltung siehe oben Rz. 3.67 ff.

gen zu dulden. Davon zu *unterscheiden* ist die Frage, welche Vorkehren ein Gemeinschafter zwecks Verwaltung ergreifen *kann*⁵⁶⁸.

bb. Gesetzliche Pflichten (rechtliches «Müssen») zur gemeinsamen ausserordentlichen Verwaltung

3.93 Im Gegensatz zur ordentlichen und dringlichen Verwaltung müssen Ehegatten und Miterben Vorkehren der *ausserordentlichen Verwaltung* hinsichtlich des Gesamtguts (Art. 228 Abs. 1 ZGB) bzw. Nachlasses (Art. 602 Abs. 2 ZGB) jeweils *gemeinsam* ergreifen⁵⁶⁹. Im Falle von Miteigentum genügt für Vorkehren der wichtigeren Verwaltung (gemeint ist ebenfalls die ausserordentliche Verwaltung⁵⁷⁰) teilweise ein Mehrheitsentscheid der Miteigentümer (Art. 647b ZGB, vgl. aber Art. 648 Abs. 2 ZGB)⁵⁷¹.

3.94 Die Rechtsgemeinschaftler sind somit – wie es der Grundsatz der gemeinschaftlichen Rechtsausübung gebietet⁵⁷² – hinsichtlich der ausserordentlichen Verwaltung verpflichtet (rechtliches «Müssen»), *zusammenzuwirken*. Hierbei handelt es sich um *mitgliedschaftsrechtliche Pflichten*⁵⁷³. Das bedeutet indes nicht, dass die Gemeinschaftler allen Vorkehren der ausserordentlichen Verwaltung zustimmen müssen. Sie sind vielmehr gehalten, sich einer *Diskussion nicht grundlos zu verschliessen*. Inwiefern ein derartiges Verhalten justiziabel ist, erscheint indes fraglich, zumal das Gesetz für solche Fälle verschiedene Sondervorschriften enthält: Ehegatten werden vorzugsweise ein Eheschutzverfahren (Art. 171 ff. ZGB) ins Auge fassen (vgl. Art. 172 Abs. 1 ZGB), während Miterben wohl ihren Teilungsanspruch (Art. 604 Abs. 1 ZGB) geltend machen oder um die Bestellung eines Erbenvertreters (Art. 602 Abs. 3 ZGB) ansuchen. Bei Miteigentum scheint die Frage insofern von weniger grosser praktischer Relevanz, als für viele ausserordentliche Verwal-

⁵⁶⁸ Das rechtliche «Können» einer Person – hier des Verwalters – ergibt sich aus seinen *Machtbefugnissen*. Anhand dieser ist also beispielsweise zu erschliessen, ob der Verwalter im Aussenverhältnis zur Vertretung ermächtigt ist oder ob er über die zu verwaltenden Vermögensgegenstände verfügen kann (siehe zum Ganzen unten Rz. 3.146 ff.).

⁵⁶⁹ Siehe unten Rz. 3.216 sowie Rz. 3.223 bzw. Rz. 3.228.

⁵⁷⁰ Unten Rz. 3.233.

⁵⁷¹ Siehe unten Rz. 3.230.

⁵⁷² Oben Rz. 3.85.

⁵⁷³ Zur analogen Frage bei der Einzelbefugnis der Gemeinschaftler zur ordentlichen und dringlichen Verwaltung vgl. oben Rz. 3.91 f.

tungshandlungen gemäss Art. 647b ZGB sowieso ein Mehrheitsentscheid hinreichend ist und nur Fälle von Art. 648 Abs. 2 ZGB Einstimmigkeit erfordern⁵⁷⁴.

cc. *Gesetzliche Pflichten (rechtliches «Müssen») aus Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB)*

Befugnisse sind ihrer Natur nach auf Seiten des Befugten mit keinen Verpflichtungen verbunden⁵⁷⁵, also auch nicht mit einer Pflicht, sich bei der Verwaltung sorgfältig zu verhalten. Dies gilt insbesondere auch für die Einzelbefugnisse der Gemeinschaftler zur ordentlichen und dringlichen Verwaltung der gemeinschaftlichen Vermögensgegenstände⁵⁷⁶. Dass sich die Gemeinschaftler *bei der Verwaltung* der gemeinschaftlichen Vermögensgegenstände gleichwohl *sorgfältig verhalten müssen*, lässt sich aus Art. 2 Abs. 1 ZGB ableiten, wonach die Rechtsgenossen in Fällen wie hier⁵⁷⁷ verpflichtet sind, bei der Wahrnehmung von Rechten bzw. der Erfüllung von Pflichten die erforderliche Sorgfalt aufzuwenden⁵⁷⁸. Wie sich noch zeigen wird, verpflichtet zudem Art. 398 Abs. 1 und 2 OR alle Vermögensverwalter, somit auch die Rechtsgemeinschaftler, bei der Verwaltungstätigkeit die gebotene Sorgfalt walten zu lassen⁵⁷⁹.

3.95

Im Falle von *Dringlichkeit*⁵⁸⁰ verhält sich ein Rechtsgemeinschaftler den anderen gegenüber bereits treuwidrig (Art. 2 Abs. 1 ZGB), wenn er nicht alle zumutbaren Vorkehren ergreift, um den drohenden (weiteren) Schaden abzuwenden. Dies deshalb, weil die Gemeinschaftler *aufgrund von Treu und Glauben gegenseitig verpflichtet* sind, dringliche Vorkehren – soweit zumut-

3.96

⁵⁷⁴ Gemäss Art. 649b Abs. 1 ZGB besteht zudem die Möglichkeit, den fehlbaren Miteigentümer aus der Gemeinschaft *auszuschliessen*, falls den anderen die Fortsetzung sonst nicht zumutbar ist.

⁵⁷⁵ Vgl. oben Rz. 3.64 f.

⁵⁷⁶ Siehe zu diesen Befugnissen oben Rz. 3.89 ff.

⁵⁷⁷ Bei gemeinschaftlichen Vermögensgegenständen besteht zwischen den mehreren Rechtsträgern eine Rechtsgemeinschaft, weshalb sich diese gegenseitig ein *Verhalten nach Treu und Glauben* (Art. 2 ZGB) schulden (siehe oben Rz. 3.87 f.).

⁵⁷⁸ Zur *Sorgfaltspflicht* als Ausfluss von Art. 2 Abs. 1 ZGB vgl. statt vieler BSK-HONSELL, N. 16 zu Art. 2 ZGB. Vgl. zudem auch BK-MEIER-HAYOZ, N. 105 f. zu Art. 646 ZGB.

⁵⁷⁹ Siehe unten Rz. 3.196 ff. (insbesondere Rz. 3.198).

⁵⁸⁰ Zu diesem Begriff vgl. unten Rz. 3.254 f.

bar – zu ergreifen⁵⁸¹. Die aus Treu und Glauben abzuleitende Verpflichtung zur Schadenabwehr (rechtliches «Müssen») überlagert somit die ebenfalls vorliegende Befugnis der Gemeinschaftler zur dringlichen Verwaltung (rechtliches «Dürfen»)⁵⁸².

dd. Zusammenfassung

3.97 Aus dem Vorstehenden ergibt sich zusammengefasst, dass bei den hier untersuchten Rechtsgemeinschaften jeder Gemeinschaftler von Gesetzes wegen Handlungen, die zur *ordentlichen Verwaltung* der gemeinschaftlichen Vermögensgegenstände zählen, ergreifen darf, aber nicht muss (Einzelverwaltungsbefugnis)⁵⁸³. Für Vorkehren der *ausserordentlichen Verwaltung* ist dagegen ein Zusammenwirken der Rechtsgemeinschaftler erforderlich (Pflicht zur gemeinsamen Verwaltung)⁵⁸⁴. Diese Befugnisse bzw. Pflichten sind Ausfluss der Zugehörigkeit zur jeweiligen Rechtsgemeinschaft⁵⁸⁵.

3.98 Als Mitglieder der entsprechenden Rechtsgemeinschaften dürfen die Gemeinschaftler zudem Vorkehren der *dringlichen Verwaltung* grundsätzlich von Gesetzes wegen ergreifen (Verwaltungsbefugnis)⁵⁸⁶. Aufgrund ihrer personalen Verbindung sind sie bei Dringlichkeit zur Schadenabwehr überdies – wenigstens aus Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) – verpflichtet⁵⁸⁷. *Im Ergebnis* überlagert diese *Pflicht* die mitgliedschaftsrechtliche Befugnis zur dringlichen Verwaltung derart, dass Letztere nur von untergeordneter Bedeutung ist.

⁵⁸¹ Vgl. SCHNEIDER, S. 99 f.; BK-MEIER-HAYOZ, N. 106 f. zu Art. 646 ZGB, sowie BSK-BRUNNER/WICHTERMANN, N. 7 zu Art. 647 ZGB.

In Bezug auf die *Verwaltung des Gesamtguts durch die Ehegatten* (Art. 227 f. ZGB) lässt sich die gegenseitige Verpflichtung, dringliche Vorkehren zu ergreifen, zudem auf Art. 159 Abs. 3 ZGB abstützen, wonach die Ehegatten einander *Treue und Beistand* schulden (vgl. ferner statt vieler MASANTI-MÜLLER, S. 116 m.w.H.).

⁵⁸² Zu dieser Befugnis siehe oben insbesondere Rz. 3.91 f.

⁵⁸³ Oben Rz. 3.89 ff.

⁵⁸⁴ Oben Rz. 3.93 f.

⁵⁸⁵ Oben Rz. 3.91 f. und Rz. 3.94.

⁵⁸⁶ Oben Rz. 3.89 ff.

⁵⁸⁷ Oben Rz. 3.96.

Bei *jeder Verwaltungstätigkeit* – seien es also Vorkehren der ordentlichen, der ausserordentlichen oder der dringlichen Verwaltung – müssen sich die Gemeinschaftler zudem *sorgfältig* verhalten (Sorgfaltspflicht, Art. 2 Abs. 1 ZGB bzw. Art. 398 Abs. 1 und 2 OR)⁵⁸⁸. 3.99

ee. Erwerb der gesetzlichen Verwaltungsbefugnisse und -pflichten

Die Verwaltungsordnungen – also jene Vorschriften, aus welchen bei den jeweiligen Rechtsgemeinschaften die Verwaltungsbefugnisse und -pflichten der Gemeinschaftler hervorgehen – leiten sich nicht aus einem vorbestehenden Recht ab. Sie entstehen vielmehr von Gesetzes wegen bei der Begründung der entsprechenden Gemeinschaft und somit *originär*⁵⁸⁹. 3.100

Anders verhält es sich beim Eintritt einer Person in eine bereits bestehende Gemeinschaft: Falls dabei keiner der bisherigen Gemeinschaftler seine Rechtsposition aufgibt, erwirbt die eintretende Person die gemeinschaftsbezogene Rechtsstellung – namentlich die entsprechenden Verwaltungsbefugnisse und -pflichten – *derivativ-konstitutiv*⁵⁹⁰. Wenn ihr dagegen die Rechtsstellung eines bisherigen Gemeinschaftlers übertragen wird, erfolgt der Erwerb *derivativ-translativ*⁵⁹¹. 3.101

d. Verwaltung der gemeinschaftlichen Vermögensgegenstände durch einen eingesetzten Rechtsgemeinschaftler

Bisweilen wird ein Rechtsgemeinschaftler auch zur *Verwaltung* der gemeinschaftlichen Vermögensgegenstände *eingesetzt*. Man denke etwa an die Überlassung der Verwaltung des Gesamtguts an den anderen Ehegatten 3.102

⁵⁸⁸ Oben Rz. 3.95.

⁵⁸⁹ Dies schliesst nicht aus, dass die Gemeinschaftler die entsprechenden Verwaltungsordnungen mitunter *abändern* können, was z.B. Art. 647 ZGB für die Gemeinschaft der Miteigentümer ausdrücklich vorsieht. Zum originären Erwerb im Allgemeinen vgl. die Hinweise oben in Fn. 532.

⁵⁹⁰ Zum analogen Fall der *Aufnahme* eines Gesellschaftlers in eine *einfache Gesellschaft* siehe WOLF, Subjektwechsel, S. 7 ff., und zum derivativ-konstitutiven Erwerb im Allgemeinen vgl. die Hinweise oben in Fn. 531.

⁵⁹¹ Zum analogen Fall der *Übertragung* der Gesellschaftlerstellung bei einer *einfachen Gesellschaft* siehe WOLF, Subjektwechsel, S. 12 f., und zum derivativ-translativen Erwerb im Allgemeinen vgl. die Hinweise oben in Fn. 533.

(Art. 195 ZGB)⁵⁹² oder an die Ernennung eines Miterben als amtlichen Erbschaftsverwalter (Art. 554 f. ZGB)⁵⁹³. In diesen Fällen hat der zur Verwaltung eingesetzte Rechtsgemeinschaftler grundsätzlich *dieselben Rechte und Pflichten wie jeder andere Verwalter in derselben Position*. Bei den genannten Beispielen ist demnach der Ehegatte bzw. Miterbe – wie jeder Verwalter im Rahmen von Art. 195 bzw. Art. 554 f. ZGB – zur Verwaltung des Gesamtguts bzw. des Nachlasses *verpflichtet*⁵⁹⁴.

3.103

Unterschiede können allenfalls dann auftreten, wenn die aus der Einsetzung als Verwalter fließenden Verwaltungspflichten *weniger weit* reichen als die Befugnisse und Pflichten aus der Gemeinschafterstellung. Zu denken ist etwa an den Fall, dass ein Miteigentümer vertraglich⁵⁹⁵ nur zu gewissen Vorkehren der ausserordentlichen Verwaltung des Miteigentums bestellt wird⁵⁹⁶. Vorkehren der gewöhnlichen (also ordentlichen) Verwaltung darf dieser gleichwohl ergreifen; die entsprechende gesetzliche Befugnis (Art. 647a ZGB) ist Ausfluss seiner Rechtsstellung als Miteigentümer⁵⁹⁷.

⁵⁹² Zum *Anwendungsbereich* von Art. 195 ZGB siehe oben Rz. 1.16.

BARBATTI, S. 28 f., vertritt die Meinung, für eine Überlassung der Vermögensverwaltung im Sinne von Art. 195 ZGB bleibe bei der *ordentlichen Verwaltung des Gesamtguts* kein Raum, da diese gemäss Art. 227 Abs. 2 ZGB sowieso jedem Ehegatten einzeln zustehe. Dem kann nicht gefolgt werden, weil nach der hier vertretenen Auffassung der einzelne Ehegatte aufgrund von Art. 227 Abs. 2 ZGB nicht zur ordentlichen Verwaltung verpflichtet ist, sondern *bloss befugt*: Er darf insoweit verwalten, muss aber nicht (vgl. oben Rz. 3.90). Es besteht daher durchaus Raum dafür, dass sich ein Ehegatte dem anderen gegenüber vertraglich zur Verwaltung des Gesamtguts verpflichtet, zumal bei Vorkehren der *ausserordentlichen Verwaltung* ein eigenmächtiges Vorgehen grundsätzlich sowieso nicht zulässig ist (vgl. oben Rz. 3.93 f.).

⁵⁹³ Vgl. statt vieler BSK-KARRER, N. 22 zu Art. 554 ZGB.

⁵⁹⁴ Es gilt das oben in Rz. 3.76 ff. Ausgeführte.

⁵⁹⁵ Zur vertraglichen Einsetzung eines Verwalters von Miteigentum vgl. statt vieler BSK-BRUNNER/WICHTERMANN, N. 13 zu Art. 647 ZGB.

⁵⁹⁶ Vgl. auch unten Rz. 3.237.

⁵⁹⁷ Siehe oben Rz. 3.89 ff.

§ 18: Zu den weiteren Tatbestandselementen

1. Rekapitulation der wichtigsten Grundlagen

Gemäss der hier vertretenen Begrifflichkeit, welche sich auf eine Analyse diverser Tatbestände abstützt⁵⁹⁸, ist unter *Vermögensverwaltung* die Befugnis oder Pflicht zu verstehen, selbständig und unter Wahrung fremder Interessen den Geldwert der zu verwaltenden Vermögensgegenstände möglichst zu erhöhen und Verluste möglichst zu minimieren⁵⁹⁹. Gegenstand der vorstehenden Ausführungen war die Frage, bei welchen der hier einbezogenen Tatbestände der Vermögensverwalter verwalten darf (Befugnis zur Verwaltung) und in welchen Fällen er verwalten muss (Verpflichtung zur Verwaltung)⁶⁰⁰. 3.104

Dabei hat sich gezeigt, dass der Vermögensverwalter bei den meisten der einbezogenen Tatbestände betreffend die Verwaltung fremder Vermögensgegenstände zur *Verwaltung verpflichtet* ist (rechtliches «Müssen»)⁶⁰¹. Eine Verwaltungsbefugnis (blosses rechtliches «Dürfen», nicht «Müssen») ist einzig im Falle der untersuchten *Rechtsgemeinschaften* auszumachen, denn die betreffenden Rechtsgemeinschaftler sind grundsätzlich von Gesetzes wegen zur ordentlichen und dringlichen Verwaltung der gemeinschaftlichen Gegenstände einzelbefugt⁶⁰². Bei Bestehen von Dringlichkeit werden diese Befugnisse aber von einer aus Art. 2 Abs. 1 ZGB abzuleitenden Pflicht zur Schadenabwehr überlagert⁶⁰³. Im Ergebnis sind die Gemeinschaftler deshalb zur *ordentlichen Verwaltung einzelbefugt* und zur *dringlichen Verwaltung vorwiegend einzelverpflichtet*, während sie bei der *ausserordentlichen Verwaltung zusammenwirken müssen*⁶⁰⁴. 3.105

Nachfolgend gilt es, die *weiteren Tatbestandselemente* des hier vertretenen Begriffs der Vermögensverwaltung zu erläutern, also auf welche Vermö- 3.106

⁵⁹⁸ Oben Rz. 3.07 ff.

⁵⁹⁹ Oben Rz. 3.61.

⁶⁰⁰ Oben Rz. 3.74 f. und Rz. 3.76 ff.

⁶⁰¹ Oben Rz. 3.76, vgl. zudem oben Rz. 3.93 f. und Rz. 3.102 f.

⁶⁰² Oben Rz. 3.89 ff.

⁶⁰³ Oben Rz. 3.96.

⁶⁰⁴ Oben Rz. 3.97 ff.

gensgegenstände sich die Verwaltungsbefugnis bzw. -pflicht bezieht⁶⁰⁵, inwiefern der Verwalter eine möglichst grosse Wertzunahme bzw. eine möglichst kleine Wertabnahme anzustreben hat⁶⁰⁶ und inwieweit dabei selbständig⁶⁰⁷ fremde Interessen zu wahren sind⁶⁰⁸.

3.107 Die Ziele der vorliegenden Untersuchung⁶⁰⁹ gebieten, Befugnisse und Pflichten, die *nicht typischerweise* bei allen Verwaltungstatbeständen vorliegen, ausser Acht zu lassen. Unbeachtlich ist also beispielsweise, ob dem Vermögensverwalter für seine Tätigkeit ein Entgelt zusteht, weil die Verwaltung sowohl entgeltlich als auch unentgeltlich erfolgen kann und die Entgeltlichkeit somit für diese nicht charakteristisch ist⁶¹⁰.

2. Zu verwaltende Vermögensgegenstände

3.108 Die im Einzelfall zu verwaltenden Vermögensgegenstände gilt es anhand der *Verwaltungsbefugnis bzw. -pflicht* des jeweiligen Vermögensverwalters zu ermitteln. Aus den verwaltungsbezogenen Befugnissen und Pflichten ist also zu erschliessen, auf welche Vermögensgegenstände sich die Verwaltung im konkreten Fall bezieht. Manchmal erstreckt sich diese nur auf einen *einzigsten* Vermögensgegenstand, etwa auf das Eigentum an einer Liegenschaft (Art. 641 i.V.m. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB). Oft werden aber *mehrere* Vermögensgegenstände erfasst, z.B. bei der Verwaltung der Eigentumsrechte an verschiedenen Briefmarken (Art. 641 i.V.m. Art. 713 ZGB). Mitunter bezieht sich die Verwaltung auf ein *Sondervermögen* wie beispielsweise bei der Verwaltung des Nachlasses durch einen Willensvollstrecker (Art. 517 f. ZGB)⁶¹¹. Im Falle eines neugeborenen Kindes müssen die sorge-

⁶⁰⁵ Unten Rz. 3.108 ff.

⁶⁰⁶ Unten Rz. 3.112 ff.

⁶⁰⁷ Unten Rz. 3.128 f.

⁶⁰⁸ Unten Rz. 3.130 ff.

⁶⁰⁹ Dazu oben Rz. 1.01 ff.

⁶¹⁰ So steht etwa den sorgeberechtigten Eltern für die Verwaltung des Kindesvermögens (Art. 318 ZGB) in der Regel kein Anspruch auf Entgelt zu (statt vieler BSK-BREITSCHMID, N. 6 zu Art. 318 ZGB m.w.H.), während die Vermögensverwaltung im Bankwesen (Art. 394 ff. OR) grundsätzlich entgeltlich erfolgt (vgl. statt vieler GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 13).

⁶¹¹ Zum Nachlass als Sondervermögen siehe auch die Nachweise oben in Fn. 150.

berechtigten Eltern gelegentlich sogar *alle* Gegenstände des Kindesvermögens verwalten⁶¹².

Die Tätigkeit des Vermögensverwalters führt oft dazu, dass sich der *Bestand der zu verwaltenden Vermögensgegenstände* im Laufe der Zeit *verändert*. Bei der Verwaltung von Wertschriften beispielsweise erfordert eine sorgfältige Verwaltung häufig, dass zumindest gewisse der ursprünglich verwalteten Wertschriften veräussert und mit dem Erlös andere erworben werden. Ob Vermögensgegenstände im Zuge der Verwaltung zu veräussern sind und inwieweit die Verwaltung an neu erworbenen Vermögensgegenständen fort dauert, hat der Vermögensverwalter ebenfalls anhand seiner verwaltungsbezogenen Befugnisse und Pflichten zu ermitteln.

3.109

Als *Regel* gilt, dass die Verwaltung an allen *Vermögensgegenständen*, die aus der *Verwaltungstätigkeit hervorgegangen* sind, *weiterbesteht*. Normalerweise erstreckt sich die Verwaltung also auch auf die *Surrogate* (beispielsweise den Erlös) aus der Veräusserung bisher verwalteter Vermögensgegenstände, sei dies Eigentum an Bargeld (Art. 641 i.V.m. Art. 713 ZGB) oder seien es andere Vermögensgegenstände. Mitunter werden im Zuge der Verwaltung *neue Vermögensgegenstände durch Arbeitsleistung* geschaffen. Man denke etwa an die Vermostung von Äpfeln, die auf der verwalteten Liegenschaft gewachsen sind. Auch das Eigentum am dadurch gewonnenen Apfelsaft ist aus der Verwaltungstätigkeit hervorgegangen, weshalb der Vermögensverwalter dieses regelmässig verwalten darf bzw. muss, beispielsweise indem er es entgeltlich veräussert⁶¹³.

3.110

Grundsätzlich *nicht massgeblich* ist dagegen, *welche Person* die Vermögensgegenstände *erwirbt*, die aus der Verwaltungstätigkeit resultieren: Wird etwa der Vermögensverwalter selbst Eigentümer am Bargeld, das er aus dem Verkauf bisher verwalteter fremder Vermögensgegenstände gelöst hat, erstreckt sich seine Verwaltungsbefugnis bzw. -pflicht auch auf das Eigentum an diesem Bargeld, ausser die Auslegung der verwaltungsbezogenen Befug-

3.111

⁶¹² Kindesvermögen, das statt durch die Eltern durch Dritte oder durch das Kind verwaltet wird (vgl. Art. 321 ff. ZGB), liegt bei der Geburt regelmässig (noch) nicht vor. Deshalb erstreckt sich in diesen Fällen die elterliche Verwaltungspflicht (Art. 318 ZGB) auf alle Gegenstände des Kindesvermögens.

⁶¹³ Eine (entgeltliche) Veräusserung ist geboten, wenn der Verwalter dadurch den Wert des verwalteten Vermögens insgesamt (unten Rz. 3.117) – unter Wahrung der massgeblichen fremden Interessen – möglichst vermehrt bzw. Wertverluste möglichst abwendet.

nisse bzw. Pflichten ergäbe etwas anderes. Der Vermögensverwalter muss dabei den Erlös, also das Eigentum am Bargeld bzw. dessen Surrogate, spätestens bei Beendigung der Verwaltung an diejenige Person herausgeben, der gegenüber er zur Verwaltung verpflichtet ist (vgl. auch Art. 400 Abs. 1 OR)⁶¹⁴.

3. Möglichst grosse Wertzunahme bzw. möglichst kleine Wertabnahme

a. Erfolgsgerichtetes Tätigwerden

3.112 Die einleitende Untersuchung hat ergeben, dass der Vermögensverwalter nicht zur Erreichung eines Erfolgs befugt bzw. verpflichtet ist, sondern zu einem *erfolgsgerichteten Tätigwerden*⁶¹⁵. Wer sich zur Verwaltung verpflichtet bzw. seine Verwaltungsbefugnis ausübt, schuldet also ein Wirken (*facere*) und nicht ein Werk⁶¹⁶. Der anzustrebende Erfolg besteht bei der Verwaltung darin – so die bisherigen Erkenntnisse – einen Wertverlust der verwalteten Vermögensgegenstände zu verhindern und wenn immer möglich eine Wertzunahme zu generieren⁶¹⁷. Der Erfolg selbst (also eine ziffernmässig bestimmte Zunahme des wirtschaftlichen Werts der verwalteten Vermögensgegenstände) ist dagegen grundsätzlich nicht geschuldet.

3.113 Die vorgeschlagene Definition trägt – im Gegensatz zur herrschenden Begrifflichkeit⁶¹⁸ – alledem Rechnung: Einerseits impliziert der Terminus «*möglichst*», dass der Vermögensverwalter nicht zu einem Erfolg, sondern zu einer erfolgsgerichteten Tätigkeit befugt bzw. verpflichtet ist; andererseits stellt diese Definition klar, dass der anzustrebende Erfolg sowohl in einer *Vermeidung von Wertverlusten* liegen kann als auch in der *Steigerung des Geldwerts* der verwalteten Vermögensgegenstände.

⁶¹⁴ Art. 400 Abs. 1 OR begründet – entgegen dem zu engen Wortlaut – «eine *umfassende Ablieferungspflicht*» (BK-FELLMANN, N. 10 zu Art. 400 OR, Hervorhebungen im Original in Fettschrift; vgl. statt vieler auch BSK-WEBER, N. 10 ff. zu Art. 400 OR, und CR-WERRO, N. 11 ff. zu Art. 400 OR). Subsidiär und analog findet diese Bestimmung auf alle Vermögensverwaltungsverhältnisse Anwendung (zum Ganzen unten Rz. 3.192 f.).

⁶¹⁵ Oben Rz. 3.51 ff.

⁶¹⁶ Für die Dienstleistungen im Allgemeinen vgl. statt vieler WALTER, Abgrenzung, S. 48 m.w.H.

⁶¹⁷ Vgl. oben Rz. 3.40 ff., Rz. 3.43 f. und Rz. 3.51 ff.

⁶¹⁸ Siehe die Würdigung des herrschenden Verwaltungsbegriffs oben Rz. 3.38 ff.

Um eine möglichst grosse Wertzunahme bzw. eine möglichst kleine Abnahme des Geldwerts der verwalteten Vermögensgegenstände zu erreichen, darf bzw. muss der Vermögensverwalter im Rahmen seines rechtlichen Könnens⁶¹⁹ alle erforderlichen Handlungen ergreifen, seien diese *rechtlicher oder tatsächlicher Natur*⁶²⁰. 3.114

b. Wirtschaftliche Zielsetzung der Vermögensverwaltung

Das Ziel der Vermögensverwaltung liegt auf einer *wirtschaftlichen Ebene*⁶²¹ (möglichst weitgehende Steigerung bzw. Nichtverminderung des Geldwerts der verwalteten Vermögensgegenstände), weshalb die Tätigkeit des Vermögensverwalters anhand der *Veränderung der wirtschaftlichen Werte*, die mit den verwalteten Vermögensgegenständen korrespondieren, zu beurteilen ist. 3.115

Gilt es beispielsweise eine vermietete und zwecks Darlehenssicherung grundpfandbelastete Liegenschaft zu verwalten⁶²², wird bei der Beurteilung der Tätigkeit des Verwalters insbesondere zu berücksichtigen sein, wie sich die Bewertung der Liegenschaft verändert hat, welche Mietzinseinnahmen verbucht werden konnten, ob die grundpfandgesicherte Schuld verringert wurde oder ob die Mieterschaft treuer geworden ist und der Verwalter somit Goodwill geschaffen hat⁶²³. Gegenstand der Verwaltung sind zwar Vermö- 3.116

⁶¹⁹ Das rechtliche «Können» des Verwalters hinsichtlich *fremder* Rechtskreise ist aus allenfalls vorhandenen Machtbefugnissen zu erschliessen (zum Ganzen unten Rz. 3.146 ff.).

⁶²⁰ Siehe zum Ganzen unten Rz. 3.260 f.

⁶²¹ Vgl. dazu oben Rz. 3.41.

⁶²² Verwaltet werden hier die folgenden *Vermögensgegenstände*: Eigentum an der grundpfandbelasteten Liegenschaft (Art. 641 i.V.m. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB i.V.m. Art. 824 ff. ZGB [Grundpfandverschreibung] bzw. Art. 842 ff. und Art. 854 ff. ZGB [Schuldbrief]), Vermieterstellung hinsichtlich der Mietverträge (Art. 253 ff. OR) sowie Darlehensnehmerstellung hinsichtlich des grundpfandgesicherten Darlehens (Art. 312 ff. OR).

⁶²³ Falls bei diesem (stark vereinfachten) Beispiel eine Buchführung vorliegen würde, müssten zur Beurteilung der Tätigkeit des Verwalters aus der Bilanz etwa die *Aktivkonten* «Liegenschaft», «Bank» (hinsichtlich der Mietzinseinnahmen) und «Goodwill Mieterschaft» sowie das *Passivkonto* «Hypothek» herangezogen werden. Aus der Erfolgsrechnung wären insbesondere das *Aufwandkonto* «Zinsendienst» und das *Ertragskonto* «Mietzinseinnahmen» zu berücksichtigen. Anhand dieser Konten gälte es also zu ermitteln, ob der Verwalter – unter Wahrung der

gensgegenstände – also Vermögen im privatrechtlichen Sinn –⁶²⁴, die Aufgabe des Vermögensverwalters ist dagegen eine wirtschaftliche und beurteilt sich somit aufgrund des *Vermögens im wirtschaftlichen Sinn*⁶²⁵, das den zu verwaltenden Vermögensgegenständen auf der wirtschaftlichen Ebene entspricht⁶²⁶.

- 3.117 Der Vermögensverwalter ist verpflichtet, den *Gesamtwert aller wirtschaftlichen Werte, die mit den verwalteten Vermögensgegenständen korrespondieren*, möglichst zu erhöhen bzw. Verluste möglichst abzuwenden. Dabei kann es notwendig sein, dass der Verwalter den Wert einzelner Vermögensgegenstände verringert, Vermögensgegenstände veräussert oder diese gar untergehen lässt⁶²⁷. Man denke etwa an einen Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB), der im Zuge der Verwaltung des Nachlasses dem Unternehmen des Erblassers erlaubt, einen Tanklastwagen käuflich zu erwerben, damit das Unternehmen seine Geschäftstätigkeit fortführen kann⁶²⁸. Dieses Vorgehen ist geeignet, den wirtschaftlichen Wert des Nachlasses insgesamt zu vergrössern bzw. Verluste abzuwenden, auch wenn der Wert der Kontokorrentforderung des Unternehmens gegenüber der Hausbank aufgrund der Bezahlung des Kaufpreises für den Tanklastwagen abnimmt. Analog verhält es sich etwa, wenn der Vormund gewisse Geldschulden des Mündels tilgt (Art. 413 ZGB), damit sich das Gesamtvermögen des Mündels nicht (weiter) vermindert⁶²⁹.

massgeblichen fremden Interessen – den wirtschaftlichen Wert der verwalteten Vermögensgegenstände möglichst vermehrt bzw. Verluste möglichst abgewendet hat.

⁶²⁴ Oben Rz. 2.113 ff. und Rz. 3.108 ff.

⁶²⁵ Zu diesem Begriff oben Rz. 2.80 ff.

⁶²⁶ Beim vorliegend untersuchten Beispiel entsprechen den zu verwaltenden *Vermögensgegenständen* (zu diesen oben Fn. 622) die folgenden *wirtschaftlichen Positionen* (zu diesen oben Fn. 623): Mit dem Vermögensgegenstand der *Vermieterstellung* korrespondieren auf der wirtschaftlichen Ebene die Aktivkonten «Bank» (hinsichtlich der Mietzinseinnahmen) und «Goodwill Mieterschaft» bzw. das Ertragskonto «Mietzinseinnahmen»; dem Vermögensgegenstand der *Darlehensnehmerstellung* entspricht das Passivkonto «Hypothek» bzw. das Aufwandkonto «Zinsendienst», und der Vermögensgegenstand der *grundpfandbelasteten Liegenschaft* korrespondiert mit dem Aktivkonto «Liegenschaft» (wobei darauf der Verkehrswert der unbelasteten Liegenschaft zu verbuchen ist).

⁶²⁷ Siehe auch MARXER KELLER, S. 14.

⁶²⁸ Zu diesem Beispiel siehe unten Rz. 3.141.

⁶²⁹ Vgl. CAVIEZEL, S. 214.

Auch wenn sich der *Wert* des verwalteten Vermögens während der Dauer der Verwaltung *vermindert* hat, kann eine *pflichtgemässe* Vermögensverwaltung vorliegen, sofern für den Wertverlust das wirtschaftliche Umfeld – und nicht eine unzureichende Verwaltung – ursächlich ist⁶³⁰. Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass die Schädigung aufgrund einer Sorgfaltspflichtverletzung des Vermögensverwalters eintritt, für welche dieser grundsätzlich schadenersatzpflichtig wird⁶³¹. 3.118

c. Konkretisierung der Zielsetzung aufgrund der zu wahrenen Interessen

Weiter hat sich in der vorstehenden Untersuchung herausgestellt, dass der Vermögensverwalter nicht schlechthin jegliche Vorkehren ergreifen darf, um eine Wertvermehrung herbeizuführen. Er muss vielmehr *fremden Interessen* Rechnung tragen, wobei sich diese je nach Verwaltungstatbestand erheblich unterscheiden können⁶³². 3.119

Die zu wahrenen Interessen gebieten dem Vermögensverwalter – bei im Übrigen gleicher Sachlage – *fallweise* kleinere oder grössere *Risiken* einzugehen. Bei der Verwaltung des Mündelvermögens durch den Vormund (Art. 413 ZGB) stehen beispielsweise mündelsichere Anlagen im Vordergrund, weshalb das Barvermögen des Mündels insbesondere auf einem Sparkonto oder in Kassaobligationen anzulegen ist⁶³³. Demgegenüber muss ein Ehegatte, dem vom anderen Gatten die Verwaltung seines Vermögens überlassen wurde (Art. 195 ZGB), je nach den konkreten Umständen die zu verwaltenden Vermögensgegenstände etwa auch in Aktien investieren⁶³⁴, die bei grösserem Risiko eine grössere Rendite versprechen. Gleiches gilt für die Abwendung von Wertverlusten⁶³⁵. 3.120

Anhand der für ihn massgeblichen fremden Interessen hat der Verwalter überdies zu ermitteln, inwiefern er in den *Bestand der zu verwaltenden Ver-* 3.121

⁶³⁰ Siehe auch oben Rz. 3.51.

⁶³¹ Unten Rz. 3.194 ff. und Rz. 3.265 ff.

⁶³² Oben Rz. 3.54 f. Zu den zu wahrenen Interessen ausführlich unten Rz. 3.130 ff.

⁶³³ Statt vieler BSK-GULER, N. 5 zu Art. 401 ZGB.

⁶³⁴ Vgl. BARBATTI, S. 34.

⁶³⁵ Riskantere Vorkehren zur Abwendung von Wertverlusten gehen ebenfalls mit der Chance einher, Wertverluste weitgehender minimieren zu können als dies mit weniger risikobehafteten Vorkehren der Fall ist.

mögensgegenstände eingreifen darf. Je mehr diese darauf hindeuten, dass diejenigen Personen, deren Interessen der Verwalter wahren muss, *persönlich an die zu verwaltenden Vermögensgegenstände gebunden* sind, desto weniger darf er diese veräussern, auch wenn eine Veräusserung unter ökonomischen Gesichtspunkten geboten wäre. Eine derartige persönliche Bindung liegt regelmässig dann vor, wenn die Aufgabe darin besteht, bloss einen einzigen oder lediglich einige wenige Vermögensgegenstände zu verwalten. Beschränkt sich die Verwaltung beispielsweise auf eine Liegenschaft (Art. 641 i.V.m. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB), gebieten die zu wahren fremden Interessen dem Verwalter in aller Regel, den *Vermögensgegenstand bzw. die entsprechende Sachsubstanz in natura zu erhalten*. Bei dieser Interessenlage wäre es deshalb pflichtwidrig, wenn der Verwalter die Liegenschaft in Ausübung bestehender Verfügungsmacht veräussern würde.

3.122 Die zu wahren Interessen erfordern gelegentlich, die zu verwaltenden Vermögensgegenstände bzw. deren Sachsubstanz in einem derart grossen Umfang zu *konservieren*, dass es dem Verwalter kaum mehr möglich ist, einen Wertzuwachs zu erzielen⁶³⁶. Letztlich muss der Verwalter aber *trotzdem eine Wertzunahme anstreben*. Obwohl der Verwalter im vorstehenden Beispiel die Liegenschaft nicht veräussern darf, ist er in der Regel gleichwohl verpflichtet, diese gegebenenfalls zu marktüblichen Konditionen zu vermieten.

3.123 In anderen Fällen – beispielsweise bei der Verwaltung eines Wertschriftentdepots – gebieten es die zu wahren Interessen dagegen, in den Bestand der verwalteten Vermögensgegenstände einzugreifen, wenn dadurch Verluste abgewendet bzw. der Wert der verwalteten Vermögensgegenstände insgesamt erhöht wird. Soweit opportun muss der Verwalter hier also Wertschriften *veräussern*⁶³⁷.

3.124 Anhand der zu wahren Interessen hat der Vermögensverwalter sodann zu eruieren, über welchen *Zeitraum* eine möglichst weitgehende Wertzunahme bzw. eine möglichst weitgehende Verlustvermeidung anzustreben ist. So muss ein Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB) bei der Verwaltung des Nachlasses, dessen Gegenstände letztlich in die Zuständigkeit der Erben bzw. Vermächtnisnehmer überführt werden sollen, meistens einen anderen

⁶³⁶ Es kann sich also ergeben, dass die *Vermögenserhaltung* – und nicht die Wertvermehrung – *im Vordergrund* steht (vgl. BGE 115 II 62, E. 2 S. 63 f.).

⁶³⁷ Die Verwaltung besteht regelmässig am *Surrogat fort* (dazu oben Rz. 3.110), hier also an den neu erworbenen Wertschriften.

Zeithorizont beachten als eine Bank im Rahmen eines auf Dauer angelegten Vermögensverwaltungsvertrags (Art. 394 ff. OR).

Daraus folgt zusammengefasst, dass der Verwalter nicht bei jeder Vermögensverwaltung dieselbe Wertsteigerung erreichen muss. In welchem Umfang eine Werterhöhung anzustreben ist, ergibt sich namentlich aus dem wirtschaftlichen Umfeld und aus den Interessen, zu deren Wahrung der Vermögensverwalter verpflichtet ist. Der Vermögensverwalter hat also unter *gegebenen Umständen* – wozu insbesondere das ökonomische Umfeld und die zu wahrenen fremden Interessen zählen – *das Beste zu leisten*.

3.125

d. Kein Verbrauch

Von der Vermögensverwaltung als wirtschaftender Tätigkeit abzugrenzen ist der Verbrauch des Vermögens: Vorkehren, die den *Wert* der verwalteten Vermögensgegenstände *insgesamt vermindern*, zählen – wie sich in der einleitenden Analyse gezeigt hat – *nicht* zur Verwaltung, selbst wenn sie den massgeblichen fremden Interessen dienen⁶³⁸.

3.126

Dies gilt insbesondere für die Verwaltung des Gesamtguts durch die Ehegatten (Art. 227 f. ZGB) sowie für die Verwaltung des Vermögens des Schutzbefohlenen durch den Beistand (Art. 393/394 i.V.m. Art. 419 ZGB), den Beirat (Art. 395 Abs. 2 ZGB), den Vormund (Art. 413 ZGB) oder den Beistand des künftigen Erwachsenenschutzrechts (nArt. 395/398 Abs. 2 i.V.m. nArt. 408 ZGB). Bei diesen Tatbeständen wird zum Teil vertreten, die Verwaltung umfasse auch den Verbrauch des Vermögens zu gewissen (Unterhalts-)Zwecken⁶³⁹. Dem ist entgegenzuhalten, dass hier – wie bei den anderen Verwaltungstatbeständen – ebenfalls *zwischen der Verwaltung und dem Verbrauch von Vermögen zu unterscheiden* ist. Diese Abgrenzung dient freilich nur der begrifflichen Klarstellung: Materiell ändert sich damit nichts, denn so oder anders zählt bei diesen Tatbeständen der Verbrauch des Vermögens unter gewissen Voraussetzungen zu den Aufgaben der verwaltenden Person, wobei aber die Verbrauchsaufgabe nicht mit der Verwaltungsaufgabe zu verwechseln ist.

3.127

⁶³⁸ Oben Rz. 3.45 ff. (insbesondere Rz. 3.47). Zu Recht unterscheidet deshalb das Gesetz hinsichtlich der Pflichten der sorgeberechtigten Eltern zwischen der Verwaltung und der Verwendung bzw. Anzehrung des Kindesvermögens (vgl. Art. 318 ff. ZGB und oben Rz. 3.17).

⁶³⁹ Vgl. oben Rz. 3.14 und Rz. 3.21 f.

4. Selbständigkeit des Vermögensverwalters

3.128

Der Vermögensverwalter ist, wie gesehen, bei seiner Tätigkeit typischerweise in einem gewissen Umfang selbständig⁶⁴⁰. Gleiches gilt für den Beauftragten im Allgemeinen, womit hier grundsätzlich auf die entsprechende Literatur zum Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) verwiesen werden kann⁶⁴¹, weil diese Bestimmungen – zumindest subsidiär und analog – auf das Innenverhältnis jeder Vermögensverwaltung anwendbar sind⁶⁴². Unter Selbständigkeit ist demzufolge zu verstehen, dass dem Vermögensverwalter *bei der Ausübung der Verwaltungstätigkeit in organisatorischer, zeitlicher und örtlicher Hinsicht* eine gewisse *Unabhängigkeit* zukommt⁶⁴³.

3.129

Zuweilen untersteht der Vermögensverwalter Weisungen anderer Personen, wobei sich dadurch an seiner Eigenschaft als Vermögensverwalter grundsätzlich nichts ändert⁶⁴⁴. Erreichen die Weisungen aber eine derart grosse Intensität, dass eine *Subordination* erfolgt, fehlt es dem Vermögensverwalter am nötigen Entscheidungsspielraum und somit an der erforderlichen Selbständigkeit⁶⁴⁵. Die Vermögensverwaltung erfolgt in diesen Fällen durch die weisungsbefugte Person, d.h. durch den Geschäftsherrn, während die solchermaßen weisungsgebundene Person vom Geschäftsherrn regelmässig als Arbeitnehmerin (Art. 319 ff. OR) – also als *Hilfsperson* (Art. 101 OR) – zur Verwaltung beigezogen wird⁶⁴⁶.

⁶⁴⁰ Oben Rz. 3.53. Siehe zudem unten Rz. 3.239 zur Frage, inwieweit Rechtsgemeinschaftler bei der *ausserordentlichen Verwaltung* der gemeinschaftlichen Gegenstände selbständig sind.

⁶⁴¹ Vgl. etwa BK-FELLMANN, N. 113 ff. zu Art. 394 OR; BSK-WEBER, N. 3 und N. 27 zu Art. 394 OR; CR-WERRO, N. 3 f. zu Art. 394 OR, sowie SPR VII/6-HOFSTETTER, S. 18.

⁶⁴² Unten Rz. 3.188 und Rz. 3.192 f.

⁶⁴³ Vgl. statt vieler SPR VII/6-HOFSTETTER, S. 18.

⁶⁴⁴ Dazu unten Rz. 3.134 f.

⁶⁴⁵ Vgl. statt vieler BK-FELLMANN, N. 114 zu Art. 394 OR.

⁶⁴⁶ Zur Abgrenzung zwischen einfachem Auftrag (Art. 394 ff. OR) und Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR) vgl. statt vieler BK-FELLMANN, N. 301 ff. zu Art. 394 OR; BSK-WEBER, N. 25 ff. zu Art. 394 OR; CR-WERRO, N. 26 f. zu Art. 394 OR, sowie SPR VII/6-HOFSTETTER, S. 16 ff.

5. Wahrung fremder Interessen

a. Im Allgemeinen

Bei der Analyse der massgeblichen Vermögensverwaltungstatbestände hat sich weiter gezeigt, dass der Vermögensverwalter *fremde Interessen wahren* muss, seien es die Interessen einzelner Personen oder die gemeinschaftlichen Interessen mehrerer Personen⁶⁴⁷. In der vorgeschlagenen Definition der Vermögensverwaltung wird dieser Umstand berücksichtigt. Im Gegensatz zum herrschenden Begriff der Vermögensverwaltung⁶⁴⁸ erfährt der hier vertretene Begriff also die geforderte Individualisierung. 3.130

Die Pflicht zur Wahrung konkreter, fremder Interessen ist nicht nur eine Eigenheit der vorstehend untersuchten Tatbestände, sondern ebenso *typisch für den einfachen Auftrag* (Art. 394 ff. OR) im Allgemeinen. Es kann daher wiederum auf die Literatur zum Auftragsrecht verwiesen werden⁶⁴⁹. Grundsätzlich erübrigen sich somit an dieser Stelle weiterführende Erläuterungen zum Tatbestandselement der Wahrung fremder Interessen. 3.131

Der Klarstellung halber ist darauf hinzuweisen, dass dieser Arbeit ein *umfassendes Verständnis der Interessenwahrungspflicht* zugrunde liegt: Diese umfasst auch eine Verpflichtung zu entsprechender *Treue* bzw. sie ist mit dieser gleichzusetzen⁶⁵⁰. Aus der extensiv verstandenen Pflicht zur Interes- 3.132

⁶⁴⁷ Vgl. oben Rz. 3.54 und zudem HGer ZH vom 03.06.1993, ZR 91 (1992) Nr. 84, E. IV.2 S. 301: «Das A und O des Masstabes der Sorgfalts- und Treuepflicht ist das Kundeninteresse. Aufgabe des Vermögensverwalters ist es, dieses herauszukristallisieren».

⁶⁴⁸ Siehe oben Rz. 3.55.

⁶⁴⁹ Das Innenverhältnis der Vermögensverwaltung richtet sich zumindest subsidiär und analog nach *Auftragsrecht* (unten Rz. 3.188 und Rz. 3.192 f.). Hinsichtlich der Interessenwahrungs- bzw. Treuepflicht kann daher auf die entsprechende Literatur zum Auftragsrecht verwiesen werden; vgl. aus dieser etwa BK-FELLMANN, N. 105 ff. zu Art. 394 OR und N. 23 ff. zu Art. 398 OR; BSK-WEBER, N. 3 und N. 8 zu Art. 394 OR sowie N. 8 ff. zu Art. 398 OR; CR-WERRO, N. 16 f. zu Art. 394 OR und N. 26 ff. zu Art. 398 OR, sowie SPR VII/6-HOFSTETTER, S. 35 ff.

⁶⁵⁰ Anders als hier vertreten wird im Schrifttum zum *Auftragsrecht* (Art. 394 ff. OR) die Treuepflicht mitunter nicht aus der Interessenwahrungspflicht abgeleitet (vgl. z.B. BK-FELLMANN, N. 105 ff. zu Art. 394 OR). So oder so ist der Beauftragte zur Wahrung fremder Interessen und zu entsprechender Treue verpflichtet.

senwahrung leiten sich im Einzelfall ferner weitere Pflichten ab, z.B. zur Beratung oder Information⁶⁵¹.

b. Ausgewählte Besonderheiten

3.133 Ergänzend zur auftragsrechtlichen Literatur⁶⁵² gilt es an dieser Stelle auf einige Besonderheiten hinsichtlich der Wahrung fremder Interessen durch den Vermögensverwalter aufmerksam zu machen. Der Vermögensverwalter hat zunächst – wie jeder Fremdgeschäftsführer⁶⁵³ – die jeweils aktuellen fremden Interessen zu berücksichtigen, welche sich mitunter auch aus entsprechenden Beschlüssen der Träger der verwalteten Vermögensgegenstände ergeben können⁶⁵⁴. Er muss also im Zeitpunkt der Vornahme jeder Verwaltungshandlung die dannzumal *aktuellen, konkreten (also subjektiven) fremden Interessen*, denen er verpflichtet ist, beachten. Nur wenn sich diese auf zumutbare Weise nicht ermitteln lassen, darf der Vermögensverwalter auf die objektive Interessenlage abstellen⁶⁵⁵.

3.134 Die für den Vermögensverwalter massgeblichen Interessen können bei vielen Verwaltungstatbeständen durch *Weisungen* (vgl. Art. 397 OR) – also durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärungen – *zusätzlich konkretisiert* werden⁶⁵⁶. Weisungen entsprechen insofern dem ausdrücklich geäußerten aktuellen Interesse, zu dessen Wahrung der Vermögensverwalter verpflichtet ist. Der Vermögensverwalter muss zudem auf fehlende Weisun-

⁶⁵¹ Vgl. etwa BGE 115 II 62, E. 3.a S. 64 f., und dazu WIEGAND, Haftung, insbesondere S. 138 f.

⁶⁵² Oben Fn. 649.

⁶⁵³ Vgl. statt vieler SPR VII/6-HOFSTETTER, S. 101.

⁶⁵⁴ Oben Rz. 3.54.

⁶⁵⁵ Der Vermögensverwalter hat sich dann zu fragen, welche Interessen Personen im Allgemeinen haben, die sich *in einer vergleichbaren Situation* befinden wie diejenigen, deren Interessen er wahren muss.

⁶⁵⁶ Oben Rz. 3.54. Zum Begriff der *Weisung* («Vorschrift» in der Terminologie von Art. 397 OR) siehe statt vieler BK-FELLMANN, N. 13 ff. zu Art. 397 OR; BSK-WEBER, N. 5 und N. 9 zu Art. 397 OR; CR-WERRO, N. 3 f. zu Art. 397 OR, sowie SPR VII/6-HOFSTETTER, S. 100 ff. Vgl. zudem oben Rz. 3.129 zur Problematik der *Subordination* als Folge von Weisungen.

gen aufmerksam machen sowie unklare, unzweckmässige oder interessenwidrige Weisungen *abmahnen*⁶⁵⁷.

Mitunter sind andere Personen weisungsbefugt, als jene, deren Interessen der Vermögensverwalter wahrnehmen soll. Zu denken ist etwa an die Verwaltung des Kindesvermögens (Art. 318 ZGB): Hierbei werden den Eltern (wenn überhaupt) von *Behörden* Weisungen erteilt, während die Eltern ihre Verwaltungstätigkeit an den Interessen des Kindes ausrichten müssen⁶⁵⁸. Ähnliches gilt beispielsweise auch für den Willensvollstrecker (Art. 517 f. ZGB), der gemäss überwiegender Meinung primär den Interessen des Erblassers verpflichtet ist, aber Weisungen der Aufsichtsbehörden befolgen muss⁶⁵⁹.

Die zu wahren fremden Interessen decken sich sodann nicht notwendigerweise mit den *Interessen* der an den verwalteten *Vermögensgegenständen zuständigen Personen*, also der Träger der verwalteten Vermögensgegenstände. Namentlich bei gewissen Verwaltern des Nachlasses, aber auch beim Vermögensverwaltungsauftrag zu Gunsten eines Dritten, hat der Verwalter andere Interessen zu beachten als jene der Träger der zu verwaltenden Vermögensgegenstände⁶⁶⁰.

Die zu wahren *fremden Interessen gehen* denjenigen des Verwalters *vor*. So ist etwa bei der Überlassung der Verwaltung unter Ehegatten (Art. 195 ZGB) der verwaltende Ehegatte verpflichtet, die Interessen des nicht verwal-

3.135

3.136

3.137

⁶⁵⁷ Vgl. aus der Lehre zum Auftragsrecht statt vieler BK-FELLMANN, N. 101 ff. zu Art. 397 ZGB; BSK-WEBER, N. 8 zu Art. 397 ZGB; CR-WERRO, N. 10 f. zu Art. 397 OR, sowie aus der Rechtsprechung BGE 115 II 62, E. 3.a S. 65. Illustrativ zum Ganzen auch BGer vom 30.08.2007, 4A_223/2007, E. 6; zur *Genehmigung* abrede- oder weisungswidriger Verwaltungshandlungen siehe zudem HGER ZH vom 02.07.2004, ZR 105 (2006) Nr. 4, E. VI.3.b S. 18 ff.

⁶⁵⁸ Oben Rz. 3.18.

⁶⁵⁹ Oben Rz. 3.27 f.

⁶⁶⁰ So ist der *Willensvollstrecker* (Art. 517 f. ZGB) nach wohl überwiegender Auffassung bei der Verwaltung des Nachlasses nicht primär den Interessen der Erben, die an den Gegenständen des Nachlasses zuständig sind (oben Fn. 370), verpflichtet, sondern denjenigen des Erblassers (oben Rz. 3.27). Ähnlich verhält es sich beim *amtlichen Erbschaftsliquidator* (Art. 595 ff. ZGB), der neben den Interessen der Erben jene der Erbschaftsgläubiger beachten muss (oben Rz. 3.27). Und auch bei Bestehen eines (*Vermögensverwaltungs-*)*Auftrags zu Gunsten eines Dritten* (Art. 394 ff. OR; siehe dazu statt vieler SPR VII/6-HOFSTETTER, S. 44 ff.) hat der Verwalter andere Interessen zu wahren, nämlich jene des Dritten (statt jene der an den zu verwaltenden Vermögensgegenständen zuständigen Personen).

tenden Gatten zu verfolgen, selbst wenn seine eigenen Interessen diesen entgegenstehen⁶⁶¹. Gleiches gilt beispielsweise auch für den Verwaltungsbeirat gegenüber dem Verbeirateten (Art. 395 Abs. 2 ZGB)⁶⁶² oder für die vermögensverwaltende Bank gegenüber ihren Kunden (Art. 394 ff. OR)⁶⁶³. Dagegen ist bei einer elterlichen Vermögensverwaltung nach Art. 318 ZGB um die Ernennung eines Beistands anzusuchen, falls die Kindesinteressen mit den Interessen der sorgeberechtigten Eltern kollidieren (Art. 306 Abs. 2 i.V.m. Art. 392 Ziff. 2 ZGB)⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ Siehe statt vieler BARBATTI, S. 95 ff. m.H. auf verschiedene Interessenkollisionen.

⁶⁶² Vgl. etwa BGE 136 III 113, E. 3.4 S. 122 f. m.H. auf BGer vom 16.10.2002, 5P.320/2002, E. 2.3.

⁶⁶³ Gerade im Falle der *Vermögensverwaltung im Bankwesen* (bei welcher oft fremde Vermögensgegenstände verwaltet werden, siehe oben Rz. 3.06) sind Interessenkollisionen häufig, vgl. dazu ausführlich GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 165 ff. Verschiedene Autoren vertreten dabei die Auffassung, die Interessen der Kunden seien gewahrt, solange den Kunden durch Eigengeschäfte der Bank, welche im Rahmen der Vermögensverwaltung getätigt werden, *keine Nachteile* entstehen (vgl. z.B. ZIMMERMANN, S. 141 f.; ZOBL, Vermögensverwaltungsauftrag, S. 326 ff.; SPÄLTI, S. 92 ff.; CHRISTEN, S. 124 f., sowie GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 171). Dem ist insofern zu *widersprechen*, als auch bei der Vermögensverwaltung im Bankwesen das Kundeninteresse dem Eigeninteresse der Bank bzw. des bankexternen Vermögensverwalters stets vorgeht: Diese werden von ihren Kunden nicht dafür bezahlt, dass sie dem Kundenvermögen im Rahmen der Verwaltung keine Nachteile zufügen, sondern dass sie dessen Wert nach Massgabe des Kundeninteresses möglichst erhöhen bzw. Verluste möglichst abwenden. Eigengeschäfte der Bank bzw. des Vermögensverwalters sind nur in diesem Rahmen zulässig. Eine andere Auslegung des Vermögensverwaltungsvertrags wird vom Konsens in aller Regel nicht getragen sein. Solange keine gleichgerichteten Interessen der Vertragspartner bestehen, haben die Banken bzw. Vermögensverwalter ihre Eigeninteressen daher *immer* hinter diejenigen des Kunden zurückzustellen, zumal ihnen die Möglichkeit offensteht, ihr Mandat – namentlich im Falle von Interessenkollisionen – niederzulegen (Art. 404 Abs. 1 OR, dazu unten Rz. 3.193).

⁶⁶⁴ Vgl. statt vieler MARXER KELLER, S. 81 ff., sowie zur Veranschaulichung auch BGE 118 II 101, E. 4 S. 103 ff.: Ein Erbaufkauf-Vertrag, den die sorgeberechtigte Mutter im Namen ihrer Kinder abschliesst, ist unverbindlich (so die Regeste), wenn die Mutter ein eigenes Interesse am Vertragsschluss hat, das nicht notwendigerweise demjenigen der Kinder entspricht. Dabei genügt eine abstrakte Gefährdung des Kindesinteresses.

c. Beispiele

Während ein Vermögensverwalter noch verhältnismässig leicht abschätzen kann, ob eine von ihm geplante Tätigkeit dazu führt, den Wert der betreffenden Vermögensgegenstände insgesamt zu erhöhen bzw. Verluste zu minimieren, ist es für ihn nicht immer einfach vorherzusehen, ob die ins Auge gefasste Vorkehr auch den fremden Interessen entspricht, die er durch seine Tätigkeit zu wahren hat. Anhand ausgesuchter Urteile soll daher aufgezeigt werden, welche *Vorkehren* der Vermögensverwalter *im Lichte seiner Interessenwahrungspflicht* im konkreten Fall ergreifen durfte bzw. musste. Im Vordergrund stehen dabei die Verwaltung des Nachlasses durch einen Willensvollstrecker (Art. 517 f. ZGB) bzw. Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB), die Verwaltung von Miteigentum (Art. 647 ff. ZGB) sowie die Vermögensverwaltung im Bankwesen (Art. 394 ff. OR), weil diese vergleichsweise oft Anlass zu einer gerichtlichen Beurteilung gegeben haben.

3.138

Hinsichtlich der *Willensvollstreckung* (Art. 517 f. ZGB) mussten die Gerichte etwa entscheiden, ob ein Willensvollstrecker im Rahmen der Verwaltung eines Mehrfamilienhauses verpflichtet ist, eine (freiwillige) Gebäudehaftpflichtversicherung abzuschliessen oder den Erben den Abschluss derselben zu empfehlen, obwohl der Erblasser seinerzeit darauf verzichtete⁶⁶⁵. Folgt man der wohl überwiegenden Auffassung, wonach der Willensvollstrecker in erster Linie die Interessen des Erblassers zu wahren hat⁶⁶⁶, wird man hier zum Schluss kommen, dass der Willensvollstrecker in dieser Hinsicht nichts unternehmen muss⁶⁶⁷.

3.139

⁶⁶⁵ KGer GR vom 19.05.2008, ZF 08 21/25, PKG 2008 Nr. 3, insbesondere E. 4 S. 24 ff.

⁶⁶⁶ Oben Rz. 3.27. Das KGer GR hat im vorliegenden Fall allerdings die «Gesamtheit der schutzwürdigen Interessen aller Beteiligten» als für den Willensvollstrecker massgeblich erkannt (KGer GR vom 19.05.2008, ZF 08 21/25, PKG 2008 Nr. 3, E. 4.b.bb S. 26). In der Tat erscheint es fraglich, ob der Willensvollstrecker nicht auch – zumindest in gewissem Umfang – den Interessen der *Erben* verpflichtet ist, zumal die Erben durch die Erbschaftsschulden und Schulden, die der Willensvollstrecker im Rahmen der Nachlassverwaltung begründet, persönlich verpflichtet werden (vgl. Art. 560 Abs. 2 ZGB und statt vieler BSK-KARRER, N. 35 zu Art. 518 ZGB).

⁶⁶⁷ Das KGer GR musste diese Frage insofern nicht beurteilen, als das schädigende Ereignis erst *nach* Abschluss der Willensvollstreckung eingetreten ist (vgl. KGer GR vom 19.05.2008, ZF 08 21/25, PKG 2008 Nr. 3, E. 4.c.aa S. 27). Der Willensvollstrecker war gemäss dem KGer GR nicht einmal verpflichtet, die Erben

3.140 In einem anderen Fall verlangte einer von mehreren Erben, der *Willensvollstrecker* (Art. 517 f. ZGB) solle einen Vermögensverwaltungsvertrag kündigen, den der Erblasser zu Lebzeiten mit seiner Bank vereinbart hatte⁶⁶⁸. Befürwortet man wiederum die wohl überwiegende Meinung⁶⁶⁹, so dürfte auch hier der Schluss zu ziehen sein, dass es am ehesten dem Erblasserinteresse entspricht, wenn der fragliche Vermögensverwaltungsvertrag durch den Willensvollstrecker nicht aufgekündigt wird⁶⁷⁰, zumal sowieso nur einer der Erben die Kündigung forderte⁶⁷¹.

3.141 Gerichtlich zu entscheiden war weiter die Frage, ob ein *Erbenvertreter* (Art. 602 Abs. 3 ZGB) im Zuge der Nachlassverwaltung dem Unternehmen des Erblassers erlauben darf, einen Tanklastwagen käuflich zu erwerben, weil dieser zur Fortführung der Geschäftstätigkeit benötigt wurde⁶⁷². Im Lichte der Gesamtinteressen aller Erben, welche für den Erbenvertreter massgeblich sind⁶⁷³, erscheint der Kauf des Tanklastwagens – also eine die Geschäftstätigkeit aufrechterhaltende Massnahme – geboten, weshalb der Erbenvertreter den Kauf richtigerweise bewilligte, auch wenn die Mehrheit der Erben damit nicht einverstanden war⁶⁷⁴.

am Ende der Willensvollstreckung auf das Fehlen der (freiwilligen) Gebäudehaftpflichtversicherung aufmerksam zu machen (a.a.O., E. 4.c.bb S. 27 f.), weshalb es eine Haftung verneinte (a.a.O., E. 4.d S. 28 f.).

⁶⁶⁸ BGer vom 23.12.2002, 5P.440/2002, insbesondere E. 2.

⁶⁶⁹ Siehe oben Rz. 3.27.

⁶⁷⁰ Im Ergebnis gl.M. BGer vom 23.12.2002, 5P.440/2002, E. 2, wobei das BGer den Entscheid der Vorinstanz nur auf Willkür (Art. 9 BV) überprüfen konnte (a.a.O., E. 2.1). Im Rahmen dieser Willkürprüfung verweist es einerseits auf Art. 518 Abs. 2 ZGB, wonach der Willensvollstrecker verpflichtet ist, «den *Willen des Erblassers* zu vertreten», um sogleich zu betonen, der Willensvollstrecker habe «auf die schutzwürdigen *Interessen aller Beteiligten* Rücksicht zu nehmen» (a.a.O., E. 2.2 m.H. auf BSK-KARRER, N. 13 f. zu Art. 518 ZGB, Kursivschrift hinzugefügt). Diese Auffassung scheint widersprüchlich, zumal am Willen des Erblassers keine Zweifel bestanden.

⁶⁷¹ Somit war hier nicht von Belang, ob der einstimmig geäusserte Wille der Erben dem Erblasserwillen vorgeht, wie dies in der Lehre zum Teil vertreten wird (vgl. oben Fn. 431).

⁶⁷² OGer ZH vom 28.11.1985, ZBGR 69 (1980), S. 13 ff.

⁶⁷³ Oben Rz. 3.27.

⁶⁷⁴ OGer ZH vom 28.11.1985, ZBGR 69 (1980), S. 15 ff.

Unter den *Miteigentümern* einer Parzelle war sodann strittig, ob die Parzelle im Rahmen der Verwaltung (Art. 647 ff. ZGB) mit einer Erschliessungsstrasse bebaut werden darf⁶⁷⁵. Dabei hatte das Gericht dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sich die fragliche Parzelle aufgrund ihrer Form und Lage nur dazu eignet, angrenzende, überbaubare Grundstücke zu erschliessen (sogenannte Wegparzelle)⁶⁷⁶. Die beabsichtigte Erschliessungsstrasse dient folglich dem Zweck dieser Wegparzelle, wobei sich im Zweck die gemeinsamen Interessen aller Miteigentümer manifestiert⁶⁷⁷. Die verwaltende Natur dieser Vorkehr wurde daher zu Recht bejaht⁶⁷⁸.

3.142

Ähnlich verhält es sich mit der Erneuerung einer bestehenden Schrägliftanlage auf einem Grundstück im *Miteigentum*⁶⁷⁹: Auch wenn die Schrägliftanlage nicht für alle Miteigentümer (die zugleich Eigentümer verschiedener angrenzender Grundstücke in Hanglage sind) einen direkten Nutzen aufweist, ist die Sanierung als Verwaltungshandlung zu qualifizieren, weil dadurch der Zweck der Parzelle und somit das Interesse aller daran beteiligten Miteigentümer⁶⁸⁰ gewahrt wird⁶⁸¹.

3.143

In Bezug auf die *Vermögensverwaltung im Bankwesen* (Art. 394 ff. OR) mussten die Gerichte verschiedentlich beurteilen, ob die Banken bzw. die bankexternen Vermögensverwalter das für sie jeweils massgebliche Kunden-

3.144

⁶⁷⁵ KGer GR vom 16.03.2001, PZ 01 14, PKG 2001 Nr. 37, E. 2.a S. 157 ff., auch abgedruckt in: ZBGR 85 (2004), S. 395 ff.

⁶⁷⁶ Vgl. KGer GR vom 16.03.2001, PZ 01 14, PKG 2001 Nr. 37, E. 2.a S. 157 f., auch abgedruckt in: ZBGR 85 (2004), S. 395 f. Dafür, dass die Parzelle als Wegparzelle genutzt werden soll, spricht gemäss dem KGer GR, a.a.O., S. 157 f. bzw. S. 396, zudem ein entsprechender *Beschluss* der damaligen Miteigentümer.

⁶⁷⁷ Oben Rz. 3.34.

⁶⁷⁸ KGer GR vom 16.03.2001, PZ 01 14, PKG 2001 Nr. 37, E. 2.a S. 158 ff., auch abgedruckt in: ZBGR 85 (2004), S. 396 ff. Das KGer Graubünden qualifizierte die Erstellung der Zufahrtsstrasse als *notwendige Verwaltungshandlung* i.S.v. Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB, weil erst durch die Errichtung der Zufahrtsstrasse die Gebrauchsfähigkeit der Wegparzelle hergestellt wird (a.a.O., S. 158 f. bzw. S. 396 f.).

⁶⁷⁹ BGer vom 15.07.2009, 5A_604/2008 und 5A_681/2008, E. 5.2.2 f.

⁶⁸⁰ Oben Rz. 3.34.

⁶⁸¹ Vgl. BGer vom 15.07.2009, 5A_604/2008 und 5A_681/2008, E. 5.2.3. Die Sanierung der Schrägliftanlage beurteilte das BGer a.a.O. als *notwendige Verwaltungshandlung* i.S.v. Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB, bestehend aus einer notwendigen baulichen Massnahme (Art. 647c ZGB).

interesse⁶⁸² auch tatsächlich gewahrt haben. So liegt es beispielsweise an der Bank bzw. am bankexternen Vermögensverwalter, anhand der Interessen des Bankkunden zu ermitteln, ob bei der Verwaltung die Erhaltung oder die Vermehrung der Vermögenswerte im Vordergrund stehen soll⁶⁸³. Aus der Interessenwahrungs- bzw. Rechenschaftspflicht folgt zudem, so die Rechtsprechung, dass die Bank ihre Kunden über Einnahmen, die sich aus der Verwaltungstätigkeit ergeben (namentlich Retrozessionen), informieren muss⁶⁸⁴.

3.145 Insgesamt zeigen die vorstehenden Beispiele, dass sich mit dem Tatbestandselement der *Wahrung fremder Interessen* viele *Probleme sachgerecht lösen* lassen. Durch dieses Tatbestandselement werden die Befugnisse und Pflichten des Vermögensverwalters *individualisiert*, damit er den unterschiedlich gelagerten Einzelfällen Rechnung trägt.

⁶⁸² Oben Rz. 3.37.

⁶⁸³ Banken bzw. Vermögensverwalter erstellen hierzu in der Regel ein Kundenprofil, wobei diesem ausdrückliche Abmachungen hinsichtlich der anzustrebenden Rendite und den damit verbundenen Risiken grundsätzlich vorgehen (vgl. BGer vom 10.11.2006, 4C.158/2006, E. 3.3.1 f., und BGer vom 27.06.2011, 4A_140/2011, E. 2.1).

⁶⁸⁴ BGE 132 III 460, E. 4 S. 463 ff. Auch eine vertragliche *Wegbedingung* der vom Bundesgericht als dispositiv erkannten *Ablieferungspflicht* (Art. 400 OR) vermag nichts daran zu ändern, dass der Bankkunde über Retrozessionen und dergleichen zu informieren ist: «Die Pflicht zur Ablieferung bildet aber auch hier ein zentrales Element der Fremdnützigkeit des Auftrags und ist mit der Rechenschaftspflicht des Beauftragten so eng verbunden, dass sie als deren Folge erscheint [...]. Von der Lehre wird daher zutreffend verlangt, dass der Auftraggeber über zu erwartende Retrozessionen *vollständig und wahrheitsgetreu informiert* sein muss, und dass sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung entsprechend klar hervorgehen muss» (BGE 132 III 460, E. 4.2 S. 465 f. m.w.H., Kursivschrift hinzugefügt; vgl. zu dieser Entscheidung statt vieler die Dissertation von F. SCHMID).

Siehe zudem auch BGE 124 III 155, E. 3.a S. 162 f.; BGer vom 03.12.2004, 4C.18/2004, E. 1.8; BGer vom 13.06.2008, 4C.68/2007, E. 7.1; BGE 137 III 393, E. 2 S. 395 ff., und a.a.O. insbesondere E. 2.3 S. 397 m.w.H.: «Die *Ablieferungspflicht* [...] stellt insofern eine präventive Massnahme *zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers* dar, indem sie der Gefahr begegnet, der Beauftragte könnte sich aufgrund der Zuwendung eines Dritten veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen» (Kursivschrift hinzugefügt).

§ 19: Einzelfragen

1. Rechtliches «Können» des Vermögensverwalters

a. Dogmatik der Machtbefugnisse

aa. Im Allgemeinen

Die einzelnen Tatbestandselemente des hier vertretenen Verwaltungsbegriffs wurden vorstehend diskutiert; im Folgenden gilt es, auf verschiedene Einzelfragen, die sich bei der Vermögensverwaltung mitunter stellen, näher einzugehen. So interessiert nicht nur, zu welchen Verwaltungshandlungen der Vermögensverwalter intern *befugt bzw. verpflichtet* ist⁶⁸⁵, sondern ebenso, welche Vorkehren der Vermögensverwalter gegenüber Dritten – also im Aussenverhältnis⁶⁸⁶ – überhaupt ergreifen *kann*. Man denke etwa an eine verwaltete fremde Forderung, welcher ein Wertverlust droht und die der Vermögensverwalter (obwohl selbst nicht Gläubiger) umgehend an einen Dritten zedieren will. In solchen Fällen erfordert die Verwaltung, dass der Vermögensverwalter in den Rechtskreis der Träger der zu verwaltenden, fremden Vermögensgegenstände eingreifen kann, also in den Rechtskreis derjenigen Personen, die an den zu verwaltenden Vermögensgegenständen zuständig sind⁶⁸⁷.

3.146

Privatrechtliche Eingriffe in fremde Rechtssphären setzen auf Seiten des Handelnden entsprechende *Machtbefugnisse* voraus. Machtbefugnisse zeichnen sich dadurch aus, dass sie das *rechtliche «Können»* einer Person *in Bezug auf einen fremden Rechtskreis erweitern*⁶⁸⁸, nicht aber den Bestand ihrer

3.147

⁶⁸⁵ Zum *Innenverhältnis* der Vermögensverwaltung siehe oben Rz. 3.68 f. und zur daraus resultierenden Pflicht bzw. Befugnis zur Verwaltung oben Rz. 3.76 ff. bzw. Rz. 3.82 ff.

⁶⁸⁶ Zum *Aussenverhältnis* der Vermögensverwaltung siehe oben Rz. 3.70.

⁶⁸⁷ Vgl. etwa auch die Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7046: «Verwaltung durch den Beistand oder die Beiständin ist kaum denkbar ohne Vertretung der betroffenen Person».

⁶⁸⁸ Vgl. VON TUHR, AT BGB I, S. 165: *Machtbefugnisse* lassen sich «im Allgemeinen charakterisieren als eine Erweiterung der Geschäftsfähigkeit des G [sc. Gestors] über seinen eigenen Rechtskreis hinaus, als eine ihm über das fremde Vermögen oder einzelne Bestandteile desselben verliehene *Macht*» (Hervorhebung im Original in Sperrschrift).

Pflichten⁶⁸⁹. Zu den Machtbefugnissen zählt beispielsweise die Vertretungsmacht, aber auch die Verfügungsmacht hinsichtlich fremder Vermögensgegenstände; auf beide Erscheinungen ist noch zurückzukommen⁶⁹⁰. Machtbefugnisse können durch *einseitige Rechtsgeschäfte* begründet werden oder von *Gesetzes wegen* bestehen⁶⁹¹.

3.148 Die *Rechtsnatur* der Machtbefugnisse scheint bisher nur *unvollständig aufgearbeitet* worden zu sein, weshalb VON TUHR nach wie vor beizupflichten ist, dass die «Systematik und Terminologie der Machtbefugnisse [...] viel zu wünschen übrig» lässt⁶⁹². Unklar ist namentlich, ob es sich bei den Machtbefugnissen um Befugnisse im hier verstandenen, technischen Sinn handelt oder doch eher um selbständige subjektive Rechte⁶⁹³. So oder anders wird im Folgenden an der herrschenden Bezeichnung dieser Erscheinungen als Machtbefugnisse festgehalten.

3.149 Der Begriff der Machtbefugnis ist nicht zu verwechseln mit dem ähnlich klingenden Ausdruck «Rechtsmacht» (also dem Zuweisungsgehalt eines Rechts oder einer Befugnis)⁶⁹⁴. Wie allen Rechten und Befugnissen ist auch den *Machtbefugnissen eine Rechtsmacht inhärent*. Die Rechtsmacht besteht hier darin, dass die an der Machtbefugnis zuständige Person (der Träger der Machtbefugnis) auf eine gewisse Art und Weise in einen fremden Rechtskreis eingreifen kann. Trotz ihres ähnlichen Wortlauts bezeichnen die Begriffe *Machtbefugnis* und *Rechtsmacht* also Verschiedenes, weshalb sie strikt *auseinanderzuhalten* sind.

⁶⁸⁹ Siehe zum Ganzen VON TUHR, AT BGB I, S. 169 ff.

⁶⁹⁰ Unten Rz. 3.155 ff.

⁶⁹¹ Vgl. VON TUHR, AT BGB I, S. 164, und unten Rz. 3.156.

⁶⁹² VON TUHR, AT BGB I, S. 165.

⁶⁹³ Zum Begriff des subjektiven Rechts und der Befugnis siehe oben Rz. 3.64 f. Da es an einer detaillierten systematischen Aufarbeitung bzw. dogmatischen Durchdringung der Machtbefugnisse fehlt, ist es nicht möglich, zu dieser Frage hier abschliessend – mit Geltung für alle Machtbefugnisse – Stellung zu nehmen. In der Tendenz müssen diese wohl als (selbständige) *subjektive Rechte* aufgefasst werden, zumindest insoweit sie vom zugrunde liegenden Rechtsverhältnis unabhängig sind (vgl. dazu unten Rz. 3.152).

⁶⁹⁴ Vgl. auch oben Rz. 3.64 f.

bb. *Abgrenzung der Machtbefugnisse vom Innen- und Aussenverhältnis der Vermögensverwaltung*

Machtbefugnisse (wie die Vertretungsmacht und die Verfügungsmacht über fremde Vermögensgegenstände) erweitern nur das rechtliche «Können» einer Person hinsichtlich eines fremden Rechtskreises⁶⁹⁵; sie verpflichten für sich alleine den Berechtigten – hier den Vermögensverwalter – zu keinen Handlungen⁶⁹⁶. Massgeblich dafür, wie Machtbefugnisse ausgeübt werden dürfen bzw. müssen, ist vielmehr das ihnen zugrunde liegende Rechtsverhältnis⁶⁹⁷, hier also das *Innenverhältnis der Vermögensverwaltung*⁶⁹⁸.

Aus dem Innenverhältnis ergibt sich *oft*, dass der Vermögensverwalter *verpflichtet* ist, bei seiner Tätigkeit bestehende Machtbefugnisse – soweit zweckdienlich – auch auszuüben, andernfalls er womöglich schadenersatzpflichtig wird⁶⁹⁹. Gilt es etwa fremde Wertpapiere zu verwalten und droht diesen ein Wertverlust, ist es in aller Regel geboten, dass der Verwalter diese in Ausübung einer bestehenden Vertretungs- oder Verfügungsmacht veräussert.

Zumindest die Vertretungsmacht – also die von der Lehre am intensivsten diskutierte Machtbefugnis – ist in ihrem rechtlichen Bestand *unabhängig* (abstrakt) vom zugrunde liegenden Rechtsverhältnis⁷⁰⁰. Inwiefern Gleiches auch für die Verfügungsmacht über fremde Vermögensgegenstände gilt, scheint nicht geklärt⁷⁰¹. So oder anders müssen die *Machtbefugnisse* und das ihnen *zugrunde liegende Rechtsverhältnis* (hier das Innenverhältnis der Vermögensverwaltung) *auseinandergehalten* werden. Dafür spricht namentlich, dass eine Machtbefugnis – jedenfalls die von der Lehre untersuchte Voll-

⁶⁹⁵ Oben Rz. 3.146 ff.

⁶⁹⁶ Oben Rz. 3.147.

⁶⁹⁷ VON TUHR, AT BGB I, S. 167 f.

⁶⁹⁸ Dazu oben Rz. 3.68 f. Vereinzelt resultieren verwaltungsbezogene Pflichten zudem aus Rechtsbeziehungen des Vermögensverwalters *mit Dritten*, namentlich Behörden (vgl. oben Rz. 3.71 ff.).

⁶⁹⁹ Vgl. VON TUHR, AT BGB II/2, S. 427 m.w.H.: «Der gesetzlichen Vertretungsmacht, wie der Vollmacht liegt ein Rechtsverhältnis zugrunde, aus welchem sich obligatorische Rechte des Vertreters und Pflichten ergeben insbesondere die Verpflichtung zu ordnungsmäßigem Gebrauch der Vertretungsmacht und zu Schadensersatz bei schlechter Amtsführung».

⁷⁰⁰ Unten Rz. 3.164.

⁷⁰¹ Unten Rz. 3.165.

macht – oft weiter reicht⁷⁰² oder länger bestehen bleibt⁷⁰³ als das entsprechende schuld- bzw. mitgliedschaftsrechtliche Grundverhältnis.

3.153 *Abzugrenzen* sind die *Machtbefugnisse* zudem vom *Aussenverhältnis der Vermögensverwaltung*⁷⁰⁴: Machtbefugnisse erweitern zwar das rechtliche «Können» (hier des Vermögensverwalters) gegenüber Dritten; sie werden aber nicht Teil des Aussenverhältnisses, also der (schuld-)rechtlichen Beziehungen, die der Vermögensverwalter in Ausübung spezifischer Machtbefugnisse mit Dritten begründet. Wenn etwa die sorgeberechtigten Eltern zwecks Verwaltung des Kindesvermögens (Art. 318 ZGB) im Namen des Kindes mit Dritten Verträge abschliessen – und somit ihre gesetzliche Vertretungsmacht ausüben⁷⁰⁵ –, bildet die Vertretungsmacht nicht Inhalt dieses Vertrags.

3.154 Im Folgenden gilt es, auf die Machtbefugnisse des Vermögensverwalters näher einzugehen. Die Vertretungsmacht sowie die Verfügungsmacht über (auch) fremde Vermögensgegenstände weisen dabei die *grösste praktische Relevanz* auf, weshalb auf diese sogleich zurückzukommen ist⁷⁰⁶. Daran anschliessend ist zu untersuchen, ob bei den hier einbezogenen Vermögensverwaltern weitere (insbesondere gesetzliche) Machtbefugnisse bestehen⁷⁰⁷.

b. Vertretungs- und Verfügungsmacht des Vermögensverwalters bei ausgewählten Tatbeständen

aa. Vertretungsmacht für die Träger der verwalteten Vermögensgegenstände

3.155 Will der Verwalter *im Namen* und *mit unmittelbarer Wirkung* für die *Träger der zu verwaltenden Vermögensgegenstände* rechtsgeschäftlich tätig werden, setzt dies – wie bei jedem Vertreter – *Vertretungsmacht* voraus, also eine Befugnis, «für den Vertretenen Rechtsgeschäfte vornehmen zu können, deren Wirkungen nicht beim Vertreter, sondern beim Vertretenen eintre-

⁷⁰² Man denke etwa an eine Generalvollmacht; siehe dazu statt vieler BUCHER, OR AT, S. 605 f.; SCHWENZER, Rz. 42.11, sowie ENGEL, S. 389.

⁷⁰³ Die Vollmacht beispielsweise erlöscht regelmässig, aber nicht immer, wenn das Grundverhältnis aufgelöst wird (statt vieler SCHWENZER, Rz. 42.22).

⁷⁰⁴ Dazu oben Rz. 3.70.

⁷⁰⁵ Siehe unten Rz. 3.158.

⁷⁰⁶ Rz. 3.155 ff. hiernach.

⁷⁰⁷ Unten Rz. 3.166 ff.

ten»⁷⁰⁸. Liegt Vertretungsmacht vor *und* handelt der Vertreter (hier der Vermögensverwalter) in fremdem Namen⁷⁰⁹, wirken die Geschäfte direkt in der fremden Rechtssphäre «ohne den Rechtskreis des Vertreters zu berühren»⁷¹⁰. Stellvertretung ist grundsätzlich auch in einem *Prozess* möglich (vgl. Art. 68 f. ZPO)⁷¹¹.

Eine Vertretungsmacht kann entweder durch ein einseitiges Rechtsgeschäft – mittels empfangsbedürftiger Willenserklärung – begründet werden (*gewillkürte Vertretungsmacht* bzw. *Vollmacht*⁷¹²) oder aber sie besteht unabhängig vom Willen des Vertretenen (*gesetzliche Vertretungsmacht*^{713,714}).

Bei den hier untersuchten Verwaltungstatbeständen steht eine *Bevollmächtigung* primär dann in Frage, wenn die Vermögensverwaltung ebenfalls auf einer rechtsgeschäftlichen Grundlage beruht⁷¹⁵. So wird dem Verwalter

3.156

3.157

⁷⁰⁸ LARENZ/WOLF, § 46 Rz. 8. Zur *Stellvertretung im Allgemeinen* vgl. VON TUHR/PETER, AT OR I/2, S. 347 ff., S. 354 ff. und S. 377 ff.; ferner statt vieler BK-ZÄCH, N. 1 ff. zu Art. 32 OR; BUCHER, OR AT, S. 594 ff.; SCHWENZER, Rz. 40.01 ff., sowie ENGEL, S. 372 ff.

⁷⁰⁹ Das *Offenkundigkeitsprinzip* erfordert, das Vertretungsverhältnis dem Erklärungsempfänger gegenüber offen zu legen, also ein Handeln in fremdem Namen. Eine *Ausnahme* von diesem Prinzip besteht gemäss Art. 32 Abs. 2 OR in fine für sogenannte *Geschäfte für den, den es angeht* (Geschäfte, bei denen es dem Dritten gleichgültig ist, ob er den Vertrag mit dem Vertreter oder dem Vertretenen abschliesst); siehe dazu statt vieler SCHWENZER, Rz. 41.05; ENGEL, S. 377 ff.; ferner BK-ZÄCH, N. 90 ff. zu Art. 32 OR, sowie aus der Rechtsprechung BGE 117 II 387, E. 2.c S. 390 f.; a.M. BUCHER, OR AT, S. 621 ff.

⁷¹⁰ VON TUHR/PETER, AT OR I/2, S. 348, vgl. a.a.O. auch S. 385 ff.

⁷¹¹ Dazu statt vieler SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 24 Rz. 116 ff.

⁷¹² Zur *Vollmacht* siehe etwa BK-ZÄCH, N. 28 ff. zu Art. 33 OR; CR-CHAPPUIS, N. 6 zu Art. 33 OR; VON TUHR/PETER, AT OR I/2, S. 354 ff.; SCHWENZER, Rz. 42.01 ff.; ENGEL, S. 381 ff.; ferner BSK-WATTER/SCHNELLER, N. 8 ff. zu Art. 33 OR, sowie BUCHER, OR AT, S. 601 ff.

⁷¹³ Die gesetzliche Vertretungsmacht beruht auf einer direkten Anordnung des Gesetzes oder auf sonstigen, *ausserhalb des Willens des Vertretenen* liegenden Gründen (vgl. VON TUHR/PETER, AT OR I/2, S. 377 ff.). Eine gesetzliche Vertretungsmacht liegt auch vor, wenn deren Begründung die Mitwirkung von *Behörden* erfordert (vgl. VON TUHR/PETER, a.a.O., S. 378).

⁷¹⁴ Zur *Unterscheidung* zwischen gesetzlicher und gewillkürter Vertretungsmacht vgl. statt vieler VON TUHR/PETER, AT OR I/2, S. 349, und BK-ZÄCH, N. 6 ff. der Vorbem. zu Art. 32–40 OR.

⁷¹⁵ Zu den Anwendungsfällen einer *vertraglichen* Verwaltungspflicht siehe oben Rz. 3.76.

bei der Vermögensverwaltung im Bankwesen (Art. 394 ff. OR) in der Regel für alle verwaltungsbezogenen Geschäfte eine Vollmacht erteilt (vgl. Art. 396 Abs. 2 OR)⁷¹⁶. Gleiches gilt auch bei der Überlassung der Vermögensverwaltung unter Ehegatten (Art. 195 ZGB)⁷¹⁷.

3.158 Bei Bestehen einer gesetzlichen Verwaltungspflicht bzw. -befugnis⁷¹⁸ ist der Vermögensverwalter dagegen oft *von Gesetzes wegen* zur Vertretung ermächtigt. Die Ehegatten können sich etwa – unabhängig vom vereinbarten Güterstand – von Gesetzes wegen gegenseitig für die laufenden Bedürfnisse der Familie sowie in dringlichen Angelegenheiten vertreten (vgl. Art. 166 ZGB)⁷¹⁹. Im Umfang der elterlichen Sorge steht sodann den Eltern eine gesetzliche Vertretungsmacht hinsichtlich ihrer Kinder zu (Art. 304 ZGB)⁷²⁰. In ihrem jeweiligen Aufgabenbereich können zudem auch der Beistand⁷²¹, der Beirat⁷²² und der Vormund (Art. 407 ZGB)⁷²³ ihre Schutzbefohlenen von

⁷¹⁶ Vgl. statt vieler SPÄLTI, S. 62 ff. (insbesondere S. 65 f.); BRETTON-CHEVALLIER, S. 111 f., sowie ferner GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 42 f. Zu Art. 396 Abs. 2 OR siehe zudem statt vieler BSK-WEBER, N. 4 ff. (insbesondere N. 9) zu Art. 396 OR.

⁷¹⁷ Statt vieler BK-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, N. 25 zu Art. 195 ZGB m.H. auf Art. 396 Abs. 2 OR. Zudem können sich die Ehegatten im Rahmen von Art. 166 ZGB sowieso ex lege in einem gewissen Umfang vertreten (vgl. Rz. 3.158 hier-nach).

⁷¹⁸ Zu den Anwendungsfällen einer *gesetzlichen* Verwaltungspflicht bzw. -befugnis siehe oben Rz. 3.76 und Rz. 3.89 ff.

⁷¹⁹ Statt vieler BARBATTI, S. 72 ff.; MASANTI-MÜLLER, S. 73 ff. und S. 86 f.; BSK-ISENRING/KESSLER, N. 9 ff. und N. 23 zu Art. 166 ZGB, sowie CR-LEUBA, N. 15 ff. und N. 26 ff. zu Art. 166 ZGB; vgl. zur Vertretung im Rahmen der Überlassung der Vermögensverwaltung an den anderen Ehegatten (Art. 195 ZGB) auch Rz. 3.157 hiervor.

⁷²⁰ Statt vieler MARXER KELLER, S. 63 ff. und S. 72 ff.; BSK-SCHWENZER, N. 1 und N. 4 ff. zu Art. 304/305 ZGB, sowie CR-CHAPPUIS, N. 1 ff. zu Art. 304 ZGB.

⁷²¹ Statt vieler PFANDER, S. 83; BK-SCHNYDER/MURER, N. 26 zu Art. 393 ZGB; BSK-BIDERBOST, N. 29 zu Art. 419 ZGB, sowie DESCHENAUX/STEINAUER, Rz. 1138.

⁷²² Statt vieler LÜSCHER, S. 74; BACHMANN, S. 120; BK-SCHNYDER/MURER, N. 117 zu Art. 395 ZGB; BSK-LANGENEGGER, N. 14 zu Art. 395 ZGB, sowie DESCHENAUX/STEINAUER, Rz. 1153.

⁷²³ Statt vieler CAVIEZEL, S. 173 ff.; BSK-LEUBA, N. ff. und N. 16 ff. zu Art. 407 ZGB, sowie DESCHENAUX/STEINAUER, Rz. 984 ff.

Gesetzes wegen vertreten. Ähnlich verhält es sich beim Beistand des künftigen Erwachsenenschutzrechts (nArt. 408 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB)⁷²⁴.

Soweit die Miteigentümer zur Verwaltung des Miteigentums einzelverwaltungsbefugt sind – also im Umfang der gewöhnlichen und dringlichen Verwaltung (Art. 647a bzw. Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB) – können sie sich ebenfalls *von Gesetzes wegen* vertreten⁷²⁵. Nach der hier vertretenen Ansicht sind auch die Miterben zur ordentlichen und dringlichen Verwaltung des Nachlasses (Art. 602 Abs. 2 ZGB) einzelbefugt⁷²⁶ und in diesem Umfang von Gesetzes wegen zur Vertretung der anderen Miterben ermächtigt⁷²⁷.

Zum Teil *umstritten* ist, ob der Willensvollstrecker (Art. 517 f. ZGB)⁷²⁸, der amtliche Erbschaftsverwalter (Art. 554 f. ZGB)⁷²⁹, der amtliche Erb-

3.159

3.160

⁷²⁴ Gemäss nArt. 408 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB kann der Beistand die verbeiständete Person hinsichtlich der hier interessierenden Vermögensverwaltung «für die laufenden Bedürfnisse vertreten». Da diese Bestimmung Art. 166 ZGB *nachgebildet* ist (Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7053), erstreckt sich die verwaltungsbezogene Vertretungsmacht des Beistands wohl auch auf dringliche Vorkehren (vgl. Art. 166 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB).

⁷²⁵ Statt vieler BK-MEIER-HAYOZ, N. 78 zu Art. 647 ZGB und N. 12 zu Art. 647a ZGB; BSK-BRUNNER/WICHTERMANN, N. 13 zu Art. 647a ZGB, sowie STEINAUER, *droits réels* I, Rz. 1243 und Rz. 1248.

Zum *Umfang* der Vertretungsmacht der Miteigentümer vgl. BK-MEIER-HAYOZ, N. 12 zu Art. 647a ZGB m.w.H.: «Jeder Miteigentümer handelt im Rahmen der gewöhnlichen (wie auch der dringlichen [...]) Verwaltungshandlungen zugleich für die übrigen Miteigentümer (weshalb er die ihm entstandenen notwendigen Auslagen von den andern im Verhältnis ihrer Anteile ersetzt verlangen kann, ZGB 649 II), und es steht ihm insoweit (und nur insoweit [...]) auch die gesetzliche Vertretungsmacht nach aussen zu [...]. Einschränkende Anordnungen der Mehrheit [...] sind Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie ihnen bekannt geworden sind [...]».

⁷²⁶ Vgl. unten Rz. 3.223 ff. und Rz. 3.250 f.

⁷²⁷ Siehe auch BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N. 17 zu Art. 602 ZGB, und STEINAUER, *droit des successions*, Rz. 1213.

⁷²⁸ Gemäss SCHULER-BUCHE, S. 102 f.; BSK-KARRER, N. 8 der Vorbem. zu Art. 517/518 ZGB, sowie SPR IV/1-PIOTET, S. 153 f. und S. 164, handelt der Willensvollstrecker *nur in eigenem Namen*, was ein stellvertretendes Handeln grundsätzlich ausschliesst (vgl. oben Rz. 3.155). KÜNZLE vertritt dagegen die Auffassung, dass der Willensvollstrecker von Gesetzes wegen im Umfang seiner Aufgaben (auch) zur Vertretung ermächtigt ist und insofern *in fremdem Namen* tätig werden kann (KÜNZLE, S. 254 ff., und BK-KÜNZLE, N. 207 ff. zu Art. 517–518 ZGB; vgl. schon STIERLIN, S. 66 ff.).

schaftsliquidator (Art. 595 ff. ZGB)⁷³⁰ und der Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB)⁷³¹ die Erben von Gesetzes wegen vertreten können oder nicht. So oder anders sind diese erbrechtlichen Vermögensverwalter aber befugt, in den Nachlass einzugreifen – nämlich in eigenem Namen –, weshalb sie (wenn man ihnen eine gesetzliche Vertretungsmacht absprechen will) jedenfalls Verfügungsmacht hinsichtlich der Nachlassgegenstände haben, worauf so gleich näher einzugehen ist⁷³².

bb. Verfügungsmacht hinsichtlich der verwalteten Vermögensgegenstände

3.161 Beabsichtigt der Vermögensverwalter, *in eigenem Namen unmittelbar* in den Bestand der verwalteten fremden Vermögensgegenstände einzugreifen, setzt dies entsprechende *Verfügungsmacht* voraus, mithin die Befugnis, unmittelbar rechtsändernd auf einen – hier fremden – Vermögensgegenstand einwirken zu können⁷³³. Vertretungs- und Verfügungsmacht unterscheiden sich also insbesondere darin, «daß die Vertretungsmacht durch

⁷²⁹ Gemäss SCHULER-BUCHE, S. 168; BSK-KARRER, N. 4 f. zu Art. 554 ZGB; SPR-IV/2-PIOTET, S. 705, sowie STEINAUER, droit des successions, Rz. 879, handelt der amtliche Erbschaftsverwalter *nur in eigenem Namen* und ist daher grundsätzlich nicht Stellvertreter (vgl. oben Rz. 3.155). A.M. BK-TUOR/PICENONI, N. 18 und N. 20 zu Art. 554 ZGB, wonach der amtliche Erbschaftsverwalter *gesetzlicher Vertreter des Nachlasses* ist. Dem gilt es anzufügen, dass der Nachlass nicht rechtsfähig ist, weshalb er auch nicht vertreten werden kann; wenn überhaupt würde der amtliche Erbschaftsverwalter die Erben, welche an den Gegenständen des Nachlasses gemeinschaftlich zuständig sind (oben Fn. 370), vertreten, nicht den Nachlass.

⁷³⁰ Für ein Handeln *in eigenem Namen* – und damit gegen stellvertretendes Auftreten (siehe oben Rz. 3.155) – plädieren SCHULER-BUCHE, S. 189, und BSK-KARRER, N. 11 der Vorbem. zu Art. 593–597 ZGB.

⁷³¹ J. PICENONI, insbesondere S. 180, und ZK-ESCHER/ESCHER, N. 78 zu Art. 602 ZGB, sprechen sich dafür aus, dass der Erbenvertreter *nur in eigenem Namen* handelt, also nicht vertretungsweise (vgl. oben Rz. 3.155). A.M. SPR IV/2-PIOTET, S. 662 f., wonach der Erbenvertreter als *Stellvertreter* auftritt; ebenso BK-TUOR/PICENONI, N. 58 zu Art. 602 ZGB; BGer vom 08.07.2003, 5P.83/2003, E. 1, und wohl auch BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N. 47 zu Art. 602 ZGB.

⁷³² Siehe Rz. 3.161 ff. hiernach (insbesondere Rz. 3.162).

⁷³³ Vgl. LARENZ/WOLF, § 46 Rz. 52, und zum Begriff der Verfügung oben Rz. 2.29. Siehe zum Ganzen zudem VON TUHR/PETER, AT OR I/1, S. 214 ff., und VON TUHR, AT BGB II/1, S. 365 ff. (insbesondere S. 374 ff.).

Handeln im Namen des Vertretenen ausgeübt wird, die Verfügungsmacht durch Handeln im eigenen Namen»⁷³⁴. Prozessuales Gegenstück der Verfügungsmacht über fremde Vermögensgegenstände ist die *Prozessstandschaft*⁷³⁵.

Im Schrifttum zu den einbezogenen Verwaltungstatbeständen erfahren allfällige Verfügungsbefugnisse des Verwalters in Bezug auf die durch ihn zu verwaltenden Vermögensgegenstände verhältnismässig wenig Beachtung. Unbestritten ist immerhin, dass bei der Vermögensverwaltung im Bankwesen (Art. 394 ff. OR) den Banken bzw. bankexternen Vermögensverwaltern normalerweise *rechtsgeschäftlich Verfügungsmacht* hinsichtlich der zu verwaltenden Vermögensgegenstände eingeräumt wird⁷³⁶. Gemäss ebenfalls h.L. sind zudem der Willensvollstrecker (Art. 517 f. ZGB)⁷³⁷, der amtliche Erbschaftsverwalter (Art. 554 f. ZGB)⁷³⁸, der amtliche Erbschaftsliquidator (Art. 595 ff.

3.162

⁷³⁴ VON TUHR, AT BGB II/1, S. 374. Vgl. auch VON TUHR/PETER, AT OR I/1, S. 216. Gewisse Verfügungen über fremde Vermögensgegenstände erfordern die *Nennung der Person des Berechtigten*. In diesen Fällen muss im Namen des Berechtigten gehandelt werden; mithin ist *nur stellvertretendes Handeln möglich*. Vgl. VON TUHR, AT BGB II/1, S. 375: «[B]ei einigen Rechten (Grundstücksrechte, Forderungen, die nicht an ein Inhaberpapier gebunden sind) ist die Person des Berechtigten wesentlich für die Kennzeichnung des Rechts; die Verfügung über fremde Rechte dieser Art kann in der Regel nur auf dem Wege der Vertretung stattfinden [...]».

⁷³⁵ Vgl. VON TUHR, AT BGB II/1, S. 380 f. Der Kläger macht hierbei *ein fremdes Recht in eigenem Namen als Partei* geltend, ohne dass er den Vorschriften über die Prozessvertretung unterliegt (VON TUHR, a.a.O., S. 381). Zur Prozessstandschaft siehe statt vieler SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 19 Rz. 42 ff.

⁷³⁶ Statt vieler GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 13; DERS., Rechtsfragen, S. 23; LOMBARDINI, S. 155; ROTH, Rz. 65, sowie ROSAT, S. 3.

⁷³⁷ STIERLIN, S. 19 und S. 62 f.; KÜNZLE, S. 247 ff.; SCHULER-BUCHE, S. 68 ff. und S. 102; BK-KÜNZLE, N. 198 ff. zu Art. 517–518 ZGB; vgl. auch BSK-KARRER, N. 8 der Vorbem. zu Art. 517/518 ZGB, sowie SPR IV/1-PIOTET, S. 160. Zum *Umfang* der Verfügungsmacht des *Willensvollstreckers* (Art. 517 f. ZGB) vgl. BK-KÜNZLE, N. 201 zu Art. 517–518 ZGB.

⁷³⁸ SCHULER-BUCHE, S. 156 ff. und S. 168; vgl. SPR IV/2-PIOTET, S. 707; ferner BSK-KARRER, N. 5 zu Art. 554 ZGB, sowie STEINAUER, droit des successions, Rz. 879; A.M. BK-TUOR/PICENONI, N. 18 und N. 20 zu Art. 554 ZGB, die dem amtlichen Erbschaftsverwalter nur Vertretungsmacht zubilligen (siehe auch oben Fn. 729).

ZGB)⁷³⁹ und der Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB)⁷⁴⁰ von Gesetzes wegen ermächtigt, über die Gegenstände des Nachlasses in eigenem Namen zu verfügen; sie haben also gesetzliche Verfügungsmacht. Inwieweit auch die anderen Verwalter in eigenem Namen über die zu verwaltenden Vermögensgegenstände verfügen können, lässt sich aus der untersuchten Literatur nur unzureichend erschliessen⁷⁴¹.

3.163 Hat der Verwalter zugleich Verfügungs- und Vertretungsmacht, stehen ihm zwei Möglichkeiten offen, um über die verwalteten Vermögensgegenstände zu verfügen⁷⁴²: Entweder verfügt der Verwalter erkennbar im Namen der zuständigen Personen, womit er seine *Vertretungsmacht* ausübt⁷⁴³. Oder aber er trifft die Verfügungen in eigenem Namen und damit in Ausübung seiner *Verfügungsmacht*.

cc. *Verhältnis der Vertretungs- bzw. Verfügungsmacht zum Innenverhältnis der Vermögensverwaltung*

3.164 Nach h.L. ist die *Vertretungsmacht* vom zugrunde liegenden Rechtsverhältnis *abstrakt*, d.h. die Vertretungsmacht und das Grundverhältnis sind «in ihrem rechtlichen Bestand voneinander unabhängig»⁷⁴⁴. Somit ist es für die Wirksamkeit einer entsprechenden Vertretungshandlung prinzipiell nicht

⁷³⁹ SCHULER-BUCHE, S. 189 und S. 197 ff.; vgl. BK-TUOR/PICENONI, N. 1a zu Art. 596 ZGB; BSK-KARRER, N. 11 der Vorbem. zu Art. 593–597 ZGB bzw. N. 3, N. 21 und N. 24 zu Art. 596 ZGB, sowie STEINAUER, droit des successions, Rz. 1068.

⁷⁴⁰ J. PICENONI, S. 60 ff. und S. 180; ZK-ESCHER/ESCHER, N. 78 ff. (insbesondere N. 81) zu Art. 602 ZGB; vgl. BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N. 47 zu Art. 602 ZGB; a.M. wohl BK-TUOR/PICENONI, N. 58 zu Art. 602 ZGB.

⁷⁴¹ Vgl. aber VON TUHR, AT BGB II/1, S. 377, wonach u.a. «der gesetzliche Vertreter (Vater, Vormund) [...] über Rechte des Mündels oder Kindes, die sich dazu eignen, auch in eigenem Namen verfügen [kann]. Dasselbe gilt vom Testamentsvollstrecker, Nachlaß- und Konkursverwalter und anderen Verwaltern von Sondergütern». Siehe zudem CAVIEZEL, S. 61, und S. 154 ff.; ferner MARXER KELLER, S. 16.

⁷⁴² Zu diesen zwei Handlungsalternativen vgl. VON TUHR/PETER, AT OR I/1, S. 216.

⁷⁴³ Nur ausnahmsweise ist eine Stellvertretung auch ohne Nennung der Person des Vertretenen wirksam (sogenannte Geschäfte für den, den es angeht), siehe dazu oben Fn. 709.

⁷⁴⁴ BUCHER, OR AT, S. 616 (Kursivschrift entfernt), für die Vollmacht; ebenso statt vieler BK-ZÄCH, N. 160 zu Art. 32 OR; VON TUHR/PETER, AT OR I/2, S. 359, sowie SCHWENZER, Rz. 42.07. Gleiches muss auch für die gesetzliche Vertretungsmacht gelten (vgl. z.B. MARXER KELLER, S. 105 f.).

erheblich, ob sich diese mit den Befugnissen und Pflichten des Vertreters (hier des Vermögensverwalters) aus dem Grundverhältnis (vorliegend also dem Innenverhältnis der Vermögensverwaltung⁷⁴⁵) deckt⁷⁴⁶.

Die analoge Frage in Bezug auf die Verfügungsmacht hat dagegen in der Lehre kaum Beachtung erfahren. Bei den hier interessierenden Verwaltungstatbeständen liegt mithin im Ungewissen, ob (bzw. in welchem Umfang) eine allfällig bestehende *Verfügungsmacht* des Verwalters hinsichtlich der zu verwaltenden Vermögensgegenstände vom zugrunde liegenden Innenverhältnis (also dem Rechtsverhältnis zwischen dem Verwalter und den Rechtsträgern der verwalteten Vermögensgegenstände) abhängig ist oder nicht⁷⁴⁷.

3.165

c. **Andere Machtbefugnisse des Vermögensverwalters**

In der Lehre sind neben der Vertretungsmacht und der Verfügungsmacht über fremde Vermögensgegenstände weitere Machtbefugnisse bekannt, nämlich die Erwerbs- und die Verpflichtungsmacht: Die *Erwerbsmacht* berechtigt dazu, in eigenem Namen mit unmittelbarer Wirkung für eine andere Person Vermögensgegenstände zu erwerben, während das Bestehen einer *Verpflichtungsmacht* dem Berechtigten ermöglicht, in eigenem Namen fremde Personen als Schuldner unmittelbar zu verpflichten⁷⁴⁸. Im Gegensatz zum Stellvertreter kann also ein Erwerbs- bzw. Verpflichtungsermächtigter *in eigenem Namen* unmittelbar (durch einen Erwerb bzw. die Begründung einer Verpflichtung) in einen fremden Rechtskreis einwirken⁷⁴⁹.

3.166

⁷⁴⁵ Dazu oben Rz. 3.68 f.

⁷⁴⁶ Vgl. statt vieler BUCHER, OR AT, S. 616.

⁷⁴⁷ VON TUHR, AT BGB II/1, S. 379 m.w.H., vertritt die Meinung, dass je nach Rechtsverhältnis zu entscheiden ist: «Zwischen dem Inhaber der Verfügungsmacht und dem Subjekt des Rechtes, über welches verfügt wird, besteht, wie bei der Vertretungsmacht, ein obligatorisches Rechtsverhältnis, aus welchem sich ergibt, in welcher Art und zu welchem Zwecke die Verfügungsmacht auszuüben ist. In einigen Fällen ist der *Umfang der Verfügungsmacht* entsprechend diesen Verpflichtungen des Verfügungsberechtigten *begrenzt*; in anderen Fällen ist die *Verfügungsmacht abstrakt*, d. h. unabhängig von den ihre Ausübung betreffenden Verpflichtungen, so daß auch pflichtwidrige Verfügungen wirksam sind» (Kursivschrift hinzugefügt).

⁷⁴⁸ Zum Ganzen LARENZ/WOLF, § 46 Rz. 53; siehe zudem schon VON TUHR, AT BGB II/1, S. 395 ff.

⁷⁴⁹ Ein *Stellvertreter* handelt *in fremdem Namen* mit unmittelbarer Wirkung für den fremden Rechtskreis (oben Rz. 3.155). Bei Vorliegen einer entsprechenden Ver-

Die Erwerbs- und die Verpflichtungsmacht ähneln somit der bereits thematisierten Verfügungsmacht über fremde Vermögensgegenstände⁷⁵⁰ mit dem Unterschied, dass gestützt darauf nicht Verfügungs-, sondern Erwerbs- bzw. Verpflichtungsgeschäfte in eigenem Namen für eine andere Rechtssphäre getätigt werden.

3.167 Eine *Verpflichtungsermächtigung* in Bezug auf eine fremde Rechtssphäre kann, aus Gründen des Gläubigerschutzes, *nicht rechtsgeschäftlich* begründet werden⁷⁵¹. Sie kommt deshalb namentlich bei der Vermögensverwaltung im Bankwesen (Art. 394 ff. OR) nicht in Frage. Gemäss LARENZ/WOLF sind zudem *Erwerbsermächtigungen* ebenfalls nicht rechtsgeschäftlich begründbar⁷⁵².

3.168 Dagegen scheint nicht von vornherein ausgeschlossen, dass der Vermögensverwalter *von Gesetzes wegen* ermächtigt ist, in eigenem Namen die Träger der verwalteten Vermögensgegenstände unmittelbar zu verpflichten bzw. für diese in eigenem Namen unmittelbar Vermögensgegenstände zu erwerben. Eine *gesetzliche Verpflichtungs- und Erwerbsermächtigung* kann jedenfalls in Art. 166 Abs. 1 ZGB erblickt werden, wonach der in eigenem Namen handelnde Ehegatte beim Vertragsschluss seinen Partner bei gewissen Geschäften mitverpflichten und für diesen erwerben kann⁷⁵³. Im Allgemeinen bedarf die Thematik der Verpflichtungs- und Erwerbsermächtigung

tretungsmacht kann der Stellvertreter z.B. Vermögensgegenstände in fremdem Namen erwerben, sich in fremdem Namen verpflichten oder Verfügungen in fremdem Namen treffen. Sollen diese Handlungen (Erwerbe bzw. Verpflichtungen für eine andere Personen, Verfügungen über fremde Vermögensgegenstände) *in eigenem Namen* erfolgen, bedarf es – je nach Rechtsgeschäft – entsprechender Erwerbs-, Verpflichtungs- oder Verfügungsmacht.

⁷⁵⁰ Dazu oben Rz. 3.161 ff.; vgl. auch Fn. 749 hiavor.

⁷⁵¹ Der Gläubiger soll erkennen können, wer sein Schuldner ist (vgl. LARENZ/WOLF, § 46 Rz. 53; ferner Art. 111 OR und oben Fn. 709).

⁷⁵² LARENZ/WOLF, § 46 Rz. 53.

⁷⁵³ So ZINGG, S. 31, mit Blick auf die gegenseitige gesetzliche Verpflichtungsmacht der Ehegatten. Vgl. auch LARENZ/WOLF, § 46 Rz. 53, zur analogen Bestimmung im BGB: Im Rahmen der Schlüsselgewalt ist nach § 1357 BGB jeder Ehegatte ermächtigt, durch Handeln in eigenem Namen bei Geschäften zur Deckung des Lebensbedarfs der Familie zugleich den anderen Ehegatten zu berechtigen und zu verpflichten. Darin ist gemäss LARENZ/WOLF, a.a.O., eine gesetzliche Verpflichtungs- und Erwerbsermächtigung zu erblicken.

freilich noch weiterer Untersuchung, zumal sich damit eventuell einige Rechtsprobleme besser erfassen liessen⁷⁵⁴.

2. Vermögensverwaltung als Machtbefugnis?

a. Lehrmeinungen

Die vorstehende Untersuchung hat ergeben, dass es sich bei der Vermögensverwaltung um eine *Pflicht* oder (in seltenen Fällen) um eine *Befugnis* im *Innenverhältnis* handelt, also um ein rechtliches «Müssen» bzw. «Dürfen» des Verwalters gegenüber den Trägern der verwalteten Vermögensgegenstände⁷⁵⁵. In der Lehre wird dieses Konzept der Vermögensverwaltung als Befugnis bzw. Pflicht im Innenverhältnis indes nicht durchwegs geteilt.

3.169

Eine abweichende Auffassung vertritt allen voran SIBER. Er ist zwar einerseits der Meinung, dass mit jeder Verwaltung eine *Pflicht* verbunden ist («Berechtigung [sc. zu Verwaltungshandlungen] als Pflichtmässigkeit»)⁷⁵⁶ und diese Pflicht «regelmäßig auf Führung der Verwaltung [...], bisweilen nur auf ordnungsmässige Durchführung der freiwillig übernommenen Verwaltungshandlung», geht⁷⁵⁷. Andererseits vertritt er die Ansicht, dass die

3.170

⁷⁵⁴ Mit der Lehre von der Verpflichtungs- und Erwerbsmacht könnten womöglich gewisse *Verwalter des Erbrechts* besser in die bestehende Dogmatik eingeordnet werden. Man denke etwa an den Willensvollstrecker (Art. 517 f. ZGB), dessen Rechtsstellung oft als «Institut sui generis» (so z.B. BSK-KARRER, N. 7 der Vorbem. zu Art. 517/518 ZGB) oder als «privates Amt» (vgl. z.B. SPR IV/1-PIOTET, S. 153, und BGE 91 II 177, E. 1 S. 180 m.w.H.) bezeichnet wird. Zwar schaden beide Bezeichnungen nicht; sie führen aber auch nicht weiter, weil sich aus ihnen für die Rechtsstellung des Willensvollstreckers – insbesondere hinsichtlich seiner Machtbefugnisse – nichts ableiten lässt. Zu untersuchen wäre namentlich, ob der Willensvollstrecker von Gesetzes wegen ermächtigt ist, in eigenem Namen für die Erben Vermögensgegenstände zu *erwerben* oder ob er die Erben in eigenem Namen unmittelbar *verpflichten* kann (Bestehen von Erwerbs- bzw. Verpflichtungsmacht für die Erben; zur Vertretungsmacht für die Erben und zur Verfügungsmacht hinsichtlich der Nachlassgegenstände siehe oben Rz. 3.160 und Rz. 3.162).

⁷⁵⁵ Vgl. zum Ganzen oben Rz. 3.63 ff. (insbesondere Rz. 3.76 ff. und Rz. 3.89 ff.).

⁷⁵⁶ SIBER, Verwaltungsrecht, S. 116 (Hervorhebungen entfernt). Siehe zum Ganzen a.a.O. S. 116 ff. und S. 131 ff.

⁷⁵⁷ SIBER, Verwaltungsrecht, S. 116 (Hervorhebungen entfernt).

Berechtigung zur Verwaltung auch gewisse *Befugnisse gegenüber Dritten* umfasst («Berechtigung zu Verwaltungshandlungen als Zuständigkeit») ⁷⁵⁸, weshalb beispielsweise «eine Verfügung des Verwalters dem Eigner [...] gegenüber wirksam ist» und «ein Schuldgeschäft des Verwalters den Eigner bindet» ⁷⁵⁹. SIBER zieht deshalb den Schluss, dass die «„Berechtigung“ einer Verwaltungshandlung [...] bald als Zuständigkeit, bald als Pflichtmäßigkeit» zu verstehen ist ⁷⁶⁰.

3.171 Versucht man, das Konzept von SIBER in die hier vertretene Dogmatik einzuordnen, ergibt sich, dass die Vermögensverwaltung im Denken SIBERS sowohl aus einer *obligatorischen Pflicht* zur Verwaltung besteht ⁷⁶¹ als auch Befugnisse umfasst, die das rechtliche «Können» des Vermögensverwalters in Bezug auf den Rechtskreis der Träger der zu verwaltenden Vermögensgegenstände erweitern, mithin also sogenannte *Machtbefugnisse* (wie die Vertretungsmacht oder die Verfügungsmacht über fremde Vermögensgegenstände) ⁷⁶². Die Vermögensverwaltung wird also als *Inbegriff* von verwaltungsbezogenen, obligatorischen Pflichten und verwaltungsbezogenen Machtbefugnissen aufgefasst.

3.172 Im Ergebnis *gleicher Meinung* wie SIBER scheint CAVIEZEL zu sein; jedenfalls erachtet er die Unterscheidung zwischen Verpflichtung und Verfügung bei der Verwaltung als aufgehoben ⁷⁶³. Auch MASANTI-MÜLLER schliesst sich wohl (zumindest teilweise) der Ansicht SIBERS an ⁷⁶⁴.

⁷⁵⁸ SIBER, Verwaltungsrecht, S. 114 (Hervorhebungen entfernt). Siehe zum Ganzen a.a.O. S. 114 ff. und S. 121 ff.

⁷⁵⁹ SIBER, Verwaltungsrecht, S. 115.

⁷⁶⁰ SIBER, Verwaltungsrecht, S. 114 (Hervorhebungen entfernt).

⁷⁶¹ Vgl. dazu oben Rz. 3.66 und Rz. 3.76 f.

⁷⁶² Vgl. dazu oben Rz. 3.146 ff.

⁷⁶³ CAVIEZEL, S. 159 («Der Verzicht auf die konsequente Durchführung der dogmatischen Unterscheidung zwischen Verfügung und Verpflichtung und die Einführung des Begriffes "Verwaltung" trägt dem Umstand Rechnung, dass jemand mit einem fremden Vermögen "umzugehen" hat»).

⁷⁶⁴ Vgl. MASANTI-MÜLLER, S. 62 ff. Die Verwaltungsbefugnis umfasst gemäss MASANTI-MÜLLER, a.a.O., *Verfügungsmacht* über das verwaltete Gut (bzw. sie ist mit dieser gleichzusetzen), während eine allfällige *Vertretungsmacht* grundsätzlich selbständig neben der Verwaltungsbefugnis steht und in diesen Fällen keinen Bestandteil der Verwaltungsbefugnis bildet.

Nochmals anderer Auffassung sind VON TUHR/PETER. Ihrer Ansicht nach bilden die Vertretungsmacht und die Verfügungsmacht über fremde Vermögensgegenstände in ihrer Totalität die Verwaltungsrechte oder Machtbefugnisse⁷⁶⁵. VON TUHR/PETER verwenden den Begriff der Verwaltung bzw. der Verwaltungsrechte somit als *Synonym für die Machtbefugnisse*. Anders als in der vorliegenden Arbeit vertreten, verstehen sie unter der Verwaltung also keine Befugnis bzw. Pflicht im Innenverhältnis zwischen dem Verwalter und den Trägern der verwalteten Vermögensgegenstände.

3.173

b. Gegenargumente

Der Auffassung von VON TUHR/PETER, die Verwaltung sei mit der Gruppe der Machtbefugnisse gleichzusetzen⁷⁶⁶, kann zunächst entgegengehalten werden, dass der Verwalter in vielen Fällen zur Vermögensverwaltung *verpflichtet* – und nicht bloss *berechtigt* – ist⁷⁶⁷. Die Begründung einer Verpflichtung führt aber dazu, dass die Rechtsstellung des Verpflichteten belastet wird⁷⁶⁸. Befugnisse, insbesondere Machtbefugnisse, erweitern dagegen das rechtliche «Dürfen» oder «Können» einer Person, ohne eine Verpflichtungslage herbeizuführen⁷⁶⁹. Soweit der Verwalter zur Vermögensverwaltung verpflichtet ist, kann es sich deshalb von vornherein *nicht um eine Befugnis*, auch nicht um eine Machtbefugnis, handeln.

3.174

Aber auch soweit ausnahmsweise Verwaltungsbefugnisse bestehen – nämlich hinsichtlich gewisser Verwaltungshandlungen der Rechtsgemeinschaft⁷⁷⁰ – weisen diese blossen *Verwaltungsbefugnisse nicht die Qualität von Machtbefugnissen* auf: Die Verwaltungsbefugnisse der Rechtsgemeinschaft sind mitgliedschaftsrechtlicher Natur und regeln, inwieweit (nämlich im Umfang der ordentlichen und dringlichen Verwaltung) jeder Gemeinschaft im Innenverhältnis für alle anderen handeln *darf*, wobei die nicht handelnden Gemeinschaftler ohne Bestehen dieser Befugnisse ein entspre-

3.175

⁷⁶⁵ Vgl. VON TUHR/PETER, AT OR I/1, S. 26 f.; anders aber noch VON TUHR, AT BGB I, S. 159 ff. (insbesondere S. 164 ff.).

⁷⁶⁶ Vgl. Rz. 3.173 hiervor.

⁷⁶⁷ Oben Rz. 3.76 ff., Rz. 3.93 f. und Rz. 3.95 f.

⁷⁶⁸ Oben Rz. 3.66.

⁷⁶⁹ Oben Rz. 3.64 f. und Rz. 3.146 ff. (insbesondere Rz. 3.147).

⁷⁷⁰ Oben Rz. 3.89 ff.

chendes Tätigwerden nicht dulden müssten⁷⁷¹. Machtbefugnisse dagegen erweitern per definitionem das rechtliche «Können» einer Person hinsichtlich eines fremden Rechtskreises⁷⁷² und nicht sein «Dürfen» innerhalb der Gemeinschaft. Bei einer Gleichsetzung der Vermögensverwaltung mit den Machtbefugnissen wird letztlich *verkannt*, dass zwischen dem Verwalter und den Trägern der zu verwaltenden Vermögensgegenstände ein (obligatorisches oder mitgliedschaftsrechtliches) *Innenverhältnis* besteht und der Verwalter gestützt darauf zur Vermögensverwaltung befugt (rechtliches «Dürfen») bzw. verpflichtet (rechtliches «Müssen») ist⁷⁷³.

3.176

Einer Qualifikation der Verwaltung als Machtbefugnis steht zudem entgegen, dass sich die *Machtbefugnisse* der einzelnen Vermögensverwalter *stark unterscheiden*. So handelt beispielsweise der amtliche Erbschaftsverwalter (Art. 554 f. ZGB) gemäss der wohl h.L. in eigenem Namen und damit nicht als gesetzlicher Vertreter der Erben⁷⁷⁴, demgegenüber etwa die Eltern von Gesetzes wegen zur Vertretung des Kindes ermächtigt sind (Art. 304 ZGB) und daher im Namen des Kindes verwaltende Vorkehren (Art. 318 ZGB) ergreifen können⁷⁷⁵. Würde man die Verwaltung, wie dies zuweilen vorgeschlagen wird, als Machtbefugnis auffassen, enthielte diese im einen Fall (elterliche Verwaltung des Kindesvermögens) eine Vertretungsmacht, im anderen Fall (amtlicher Erbschaftsverwalter) dagegen nicht⁷⁷⁶. Setzt man also die Verwaltungsbefugnis mit den Machtbefugnissen der Vermögensverwalter gleich, würde sich der Regelungsgehalt der Verwaltung je nach Tatbestand derart stark unterscheiden, dass eine einheitliche Definition nicht möglich

⁷⁷¹ Oben Rz. 3.91 f. Ohne diese Einzelverwaltungsbefugnisse wären die Gemeinschaftler verpflichtet, alle Verwaltungshandlungen gemeinsam zu ergreifen (oben Rz. 3.84 f.).

⁷⁷² Zum Ganzen oben Rz. 3.146 ff.

⁷⁷³ Zum Ganzen oben Rz. 3.76 ff. (insbesondere Rz. 3.77) und Rz. 3.89 ff. (insbesondere Rz. 3.91).

⁷⁷⁴ Oben Rz. 3.160 (insbesondere Fn. 729). Der amtliche Erbschaftsverwalter hat aber Verfügungsmacht über die Nachlassgegenstände (oben Rz. 3.162).

⁷⁷⁵ Oben Rz. 3.158.

⁷⁷⁶ Eine Verwaltung ist sogar denkbar, ohne dass dem Vermögensverwalter Machtbefugnisse eingeräumt werden (vgl. unten Rz. 3.178).

wäre. In letzter Konsequenz müssten die Vertreter dieser Meinung deshalb die Existenz eines einheitlichen Verwaltungsbegriffs negieren⁷⁷⁷.

Die namentlich von SIBER vertretene Auffassung, wonach die Verwaltung aus einem Inbegriff von verwaltungsbezogenen, obligatorischen Pflichten und verwaltungsbezogenen Machtbefugnissen besteht⁷⁷⁸, impliziert sodann, dass bei der Vermögensverwaltung nicht strikt zwischen den Pflichten des Verwalters im Innenverhältnis sowie seinen Machtbefugnissen gegenüber Dritten zu unterscheiden ist. Dem gilt es entgegenzuhalten, dass bei der Vermögensverwaltung – wie bei vergleichbaren Fragestellungen⁷⁷⁹ – das *Innenverhältnis* der Vermögensverwaltung sowie die *Machtbefugnisse* des Verwalters gegenüber Dritten *auseinandergehalten* werden müssen; allfällige Machtbefugnisse des Verwalters sind mithin nicht Teil der Verwaltungsbefugnis bzw. -pflicht.

Dafür spricht insbesondere, dass Machtbefugnisse – jedenfalls die Vollmacht – die entsprechenden Pflichten oder Befugnisse des Innenverhältnisses *zeitlich* häufig überdauern⁷⁸⁰. Auch reichen die verwaltungsbezogenen Pflichten und Befugnisse des Innenverhältnisses regelmässig weniger weit als die Machtbefugnisse des Vermögensverwalters gegenüber Dritten, weshalb sich diese bezüglich ihres *Umfangs* oft unterscheiden. So können beispielsweise Eltern ihre Kinder nicht nur hinsichtlich der Verwaltung des Kindesvermögens (Art. 318 ZGB) vertreten, sondern – nach Massgabe von Art. 304 ZGB – ganz allgemein im Umfang der elterlichen Sorge⁷⁸¹. Schliesslich bestehen *nicht bei jeder Verwaltung* zwingend auch *Machtbefugnisse* hinsichtlich der zu verwaltenden fremden Vermögensgegenstände. Man denke etwa an die

3.177

3.178

⁷⁷⁷ Man ist sich freilich fast durchwegs einig, dass die Verwaltung von Vermögen einen einheitlichen Tatbestand aufweist (vgl. oben Rz. 1.47 ff. und Rz. 3.59).

⁷⁷⁸ Vgl. oben Rz. 3.170 ff.

⁷⁷⁹ Man denke insbesondere an die Vertretung, bei welcher nach einhelliger Meinung das Grundverhältnis («Dürfen» bzw. «Müssen» des Vertreters) und die Vertretungsmacht («Können») klar zu trennen sind (oben Rz. 3.164).

⁷⁸⁰ Zur Vollmacht vgl. statt vieler BUCHER, OR AT, S. 616, wonach etwa «eine Vertragsungültigkeit aus irgendwelchen Gründen die Gültigkeit der Vollmachterteilung nicht hindern kann».

⁷⁸¹ Oben Rz. 3.158. Im Rahmen der elterlichen Sorge ist es den Eltern möglich, ihre Kinder selbst bei Handlungen zu vertreten, die zur Verwendung bzw. Anzehrung der Substanz des Kindesvermögens führen (vgl. Art. 319 f. ZGB und dazu statt vieler MARXER KELLER, S. 17 ff.).

Verwaltung des Eigentums an einer Liegenschaft (Art. 641 i.V.m. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB), ohne dass dem Verwalter eine Vollmacht erteilt oder ihm Verfügungsmacht über das Eigentum an der Liegenschaft eingeräumt wird.

3.179 Da das rechtliche «Können» des Vermögensverwalters regelmässig weiter reicht als seine Befugnisse bzw. Pflichten im Innenverhältnis, muss sich der Träger der verwalteten Vermögensgegenstände zuweilen Handlungen des Vermögensverwalters anrechnen lassen, die intern pflichtwidrig sind. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn eine pflichtwidrige Vertretungshandlung des Verwalters die Vertretenen gleichwohl bindet⁷⁸². Auch unter dem *Aspekt der Haftung bzw. Verkehrsschutzes* scheint es daher geboten, die Befugnisse und Pflichten des Verwalters im Innenverhältnis sowie seine Machtbefugnisse gegenüber Dritten strikt zu trennen.

3.180 Die soeben angeführten Argumente untermauern die hier vertretene These, wonach es sich bei der Vermögensverwaltung um eine *Befugnis bzw. Pflicht im Innenverhältnis* handelt⁷⁸³. Abweichende Meinungen, die in der Vermögensverwaltung nur (oder auch) eine Machtbefugnis des Verwalters gegenüber Dritten erblicken⁷⁸⁴, haben sich dagegen als unzutreffend erwiesen.

3. Konkurrierende, exklusive und gemeinsame Verwaltungsbefugnis bzw. -pflicht

3.181 In vielen Fällen dürfen neben dem Verwalter auch die Träger der verwalteten Vermögensgegenstände Verwaltungshandlungen ergreifen. Bei der Vermögensverwaltung im Bankwesen (Art. 394 ff. OR) beispielsweise wird sich der Kunde regelmässig vorbehalten, seine Vermögensgegenstände (notfalls) parallel selbst zu verwalten, weshalb in diesen Fällen die Verwaltung durch die Bank bzw. den bankexternen Vermögensverwalter (nur) *konkurrierend* erfolgt⁷⁸⁵. Eine in diesem Sinne *konkurrierende Verwaltung* besteht

⁷⁸² Vgl. oben Rz. 3.164.

⁷⁸³ Oben Rz. 3.63 ff. (insbesondere Rz. 3.76 ff. und Rz. 3.89 ff.).

⁷⁸⁴ Vgl. oben Rz. 3.170 ff.

⁷⁸⁵ Bei der Vermögensverwaltung durch einen bankexternen Verwalter kann dies etwa dadurch geschehen, dass der Kunde direkt der Depotbank – und nicht dem Vermögensverwalter – die Weisung (Art. 397 OR) erteilt, gewisse Vermögenswerte zu veräussern.

auch bei der Verwaltungsbeistandschaft des geltenden Rechts (Art. 393/394 i.V.m. Art. 419 ZGB)⁷⁸⁶ sowie bei der Vermögensverwaltung durch den Beistand des künftigen Erwachsenenschutzrechts (nArt. 395/398 Abs. 2 i.V.m. nArt. 408 ZGB), sofern der Schutzbefohlene hinsichtlich der fraglichen Verwaltungsgeschäfte ebenfalls handlungsfähig ist (vgl. nArt. 395 i.V.m. nArt. 394 Abs. 2 ZGB)⁷⁸⁷.

Eine *konkurrierende Verwaltungsbefugnis bzw. -pflicht* steht zudem bei *Rechtsgemeinschaften* in Frage, soweit mehrere bzw. alle Gemeinschaftler *einzelbefugt* oder *einzelverpflichtet* sind, die gemeinschaftlichen Rechte zu verwalten. Bei den untersuchten Rechtsgemeinschaften trifft dies auf die ordentliche und gegebenenfalls auf die dringliche Verwaltung des Gesamtguts durch die Ehegatten (Art. 227 Abs. 2 ZGB) zu; ebenso verhält es sich nach der hier vertretenen Ansicht bei der ordentlichen bzw. dringlichen Verwaltung des Nachlasses durch die Miterben (Art. 602 Abs. 2 ZGB), und Gleiches gilt schliesslich bei der gewöhnlichen bzw. dringlichen Verwaltung von Miteigentum durch die Miteigentümer (Art. 647a bzw. Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB)⁷⁸⁸.

Mitunter wird dagegen die *Verwaltung* gewisser Vermögensgegenstände einer *fremden Person exklusiv* zugewiesen, womit die Träger der betreffenden Vermögensgegenstände von der Verwaltung ausgeschlossen sind. Zu denken ist etwa an die Verwaltung des Vermögens des Schutzbefohlenen durch einen Beirat (Art. 395 Abs. 2 ZGB)⁷⁸⁹, einen Vormund (Art. 413 ZGB)⁷⁹⁰ oder einen Beistand im Falle einer umfassenden erwachsenenschutzrechtli-

⁷⁸⁶ Vgl. statt vieler BSK-BIDERBOST, N. 7 zu Art. 417 ZGB.

⁷⁸⁷ Die Erwachsenenschutzbehörde kann die Handlungsfähigkeit des zu Verbeiständenden einschränken, aber sie muss dies nicht (vgl. nArt. 394 Abs. 2 ZGB). Soweit der Verbeiständete handlungsfähig ist und zugleich zur Verwaltung seines Vermögens ein Beistand eingesetzt wurde, besteht zwischen dem Verbeiständeten und dem Beistand eine konkurrierende Verwaltungsbefugnis bzw. -pflicht (vgl. auch nArt. 394 Abs. 3 ZGB sowie H. SCHMID, N. 3 ff. zu nArt. 394 ZGB).

⁷⁸⁸ Siehe oben Rz. 3.89 ff. sowie im Einzelnen unten Rz. 3.216, Rz. 3.223 ff., Rz. 3.230, Rz. 3.248 f., Rz. 3.250 und Rz. 3.252. Vgl. zudem statt vieler BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 11 zu Art. 227/228 ZGB, und CR-MEIER, N. 12 zu Art. 227/228 ZGB, welche die Verwaltungsbefugnisse der Ehegatten ausdrücklich als konkurrierend bezeichnen.

⁷⁸⁹ Vgl. statt vieler BSK-LANGENEGGER, N. 14 zu Art. 395 ZGB.

⁷⁹⁰ Vgl. statt vieler BSK-LEUBA, N. 9 zu Art. 407 ZGB.

3.182

3.183

chen Beistandschaft (nArt. 398 Abs. 2 und 3 ZGB)⁷⁹¹. Ausschliesslich ist die Vermögensverwaltung ausserdem, wenn zur Verwaltung ein einzelner Willensvollstrecker (Art. 517 f. ZGB)⁷⁹², amtlicher Erbschaftsverwalter (Art. 554 f. ZGB)⁷⁹³, amtlicher Erbschaftsliquidator (Art. 595 ff. ZGB)⁷⁹⁴ oder Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB)⁷⁹⁵ eingesetzt wird.

3.184 Müssen dagegen mehrere Verwalter zusammen Vermögensgegenstände verwalten, besteht eine *gemeinsame Verwaltungspflicht*. Eine solcherart gemeinsame Pflicht mehrerer Personen – die gegenüber den Trägern der verwalteten Vermögensgegenstände *exklusiv* ist –, liegt beispielsweise vor bei der Verwaltung des Kindesvermögens durch beide sorgeberechtigten Elternteile (Art. 318 ZGB)⁷⁹⁶ oder bei der Verwaltung des Nachlasses durch mehrere Willensvollstrecker (Art. 517 f. ZGB)⁷⁹⁷ bzw. mehrere amtliche Erbschaftsverwalter (Art. 554 f. ZGB)⁷⁹⁸.

3.185 Eine *gemeinsame Pflicht zur Vermögensverwaltung* ist zudem bei *Rechtsgemeinschaften* gegeben, soweit die mehreren Gemeinschaftler bei der Verwaltung der gemeinschaftlichen Vermögensgegenstände *zusammenwirken* müssen. Bei den hier untersuchten Tatbeständen trifft dies auf die ausserordentliche Verwaltung des Gesamtguts durch die Ehegatten (Art. 228 Abs. 1 ZGB) zu; ebenso verhält es sich bei der ausserordentlichen Verwaltung des Nachlasses durch die Miterben (Art. 602 Abs. 2 ZGB) und der wichtigeren Verwaltung von Miteigentum durch die Miteigentümer (Art. 647b ZGB)⁷⁹⁹.

⁷⁹¹ Vgl. statt vieler H. SCHMID, N. 3 und N. 10 zu nArt. 398 ZGB.

⁷⁹² Statt vieler BSK-KARRER, N. 6 und N. 14 zu Art. 518 ZGB.

⁷⁹³ Statt vieler BSK-KARRER, N. 37 zu Art. 554 ZGB.

⁷⁹⁴ Statt vieler BSK-KARRER, N. 3 zu Art. 596 ZGB.

⁷⁹⁵ Siehe ferner J. PICENONI, S. 61.

⁷⁹⁶ Vgl. statt vieler BSK-BREITSCHMID, N. 12 zu Art. 318 ZGB, und CR-PAPAUX VAN DELDEN, N. 14 zu Art. 318 ZGB.

⁷⁹⁷ Statt vieler BSK-KARRER, N. 91 f. zu Art. 518 ZGB.

⁷⁹⁸ Vgl. statt vieler BSK-KARRER, N. 21 zu Art. 554 ZGB.

⁷⁹⁹ Vgl. oben Rz. 3.93 f. sowie im Einzelnen unten Rz. 3.216, Rz. 3.223 und Rz. 3.230.

4. Vermögensverwaltung und Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR)

a. Vermögensverwaltung als besonderer Typus eines Geschäftsführungstatbestands

Der einfache Auftrag (Art. 394 ff. OR) ist, so die überwiegende Meinung, ein «zweiseitiger Vertrag, durch den sich der Beauftragte (Mandatar) zur Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte (rechtlicher oder tatsächlicher Art) im Interesse des Auftraggebers (Mandanten) verpflichtet»⁸⁰⁰. Jeder Beauftragte schuldet – zumindest insoweit scheint sich die Lehre einig zu sein – die *selbständige Besorgung von Geschäften oder Diensten in fremdem Interesse*⁸⁰¹.

3.186

Ganz ähnlich verhält es sich bei der hier interessierenden Vermögensverwaltung: Der Verwalter ist – wie auch jeder Beauftragte – zur selbständigen Wahrung fremder Interessen verpflichtet⁸⁰². Dabei muss der Verwalter den Wert der zu verwaltenden Vermögensgegenstände möglichst steigern und Wertverluste möglichst abwenden⁸⁰³. Der Verwalter hat also, wie die Beauftragten⁸⁰⁴, fremde Geschäfte zu führen. Die Besonderheit der Vermögensverwaltung besteht darin, dass der Verwalter nicht irgendwelchen Geschäften nachgehen muss, sondern verpflichtet ist, eine Wertvermehrung bzw. Verlustabwendung anzustreben. Die Verwaltung von Vermögen ent-

3.187

⁸⁰⁰ HONSELL, S. 315. Vgl. auch SPR VII/6-HOFSTETTER, S. 1; BUCHER, OR BT, S. 223; ferner BSK-WEBER, N. 1 ff. zu Art. 394 OR, sowie CR-WERRO, N. 2 zu Art. 394 OR. BK-FELLMANN, N. 85 ff. zu Art. 394 OR, hält den einfachen Auftrag für einen Typus und deshalb eine genaue Begriffsumschreibung nicht für möglich.

⁸⁰¹ Vgl. etwa BK-FELLMANN, N. 91 ff.; BSK-WEBER, N. 2 f. zu Art. 394 OR; CR-WERRO, N. 15 f. zu Art. 394 OR; SPR VII/6-HOFSTETTER, S. 35 ff. und S. 42 ff.; BUCHER, OR BT, S. 223, sowie HONSELL, OR BT, S. 315.

Ob der einfache Auftrag wesentliche Tatbestandselemente – sogenannte *essentialia negotii* – aufweist, ist umstritten (kritisch BK-FELLMANN, N. 88 zu Art. 394 OR, und wohl auch BSK-WEBER, N. 7 zu Art. 394 OR).

⁸⁰² Zum Ganzen oben Rz. 3.128 f. und Rz. 3.130 ff., wobei die Interessenwahrungspflicht in der vorliegenden Arbeit umfassend verstanden wird und namentlich auch die *Verpflichtung zur Treue* mitumfasst (oben Rz. 3.132).

⁸⁰³ Oben Rz. 3.112 ff. Der Vermögensverwalter schuldet (wie auch jeder Beauftragte) ein *erfolgsgerichtetes Tätigwerden* und nicht den Eintritt eines Erfolgs (oben Rz. 3.51 ff.; siehe statt vieler auch BK-FELLMANN, N. 101 ff. und N. 234 f. zu Art. 394 OR).

⁸⁰⁴ Siehe Rz. 3.186 hiavor.

spricht also einem *besonderen Typus einer Geschäftsführung*, wobei das gemeinsame Merkmal dieses Typus darin besteht, eine möglichst weitgehende Wertvermehrung bzw. Verlustabwendung zu erreichen. Bei der Vermögensverwaltung handelt es sich mithin um einen besonderen, nicht kodifizierten Geschäftsführungstatbestand⁸⁰⁵.

3.188 Es erstaunt daher nicht, dass bereits das Gesetz selbst zuweilen die Vorschriften über den einfachen Auftrag auf die Vermögensverwaltung (oder auf einzelne verwaltungsbezogene Pflichten) für anwendbar erklärt⁸⁰⁶ und gemäss der h.L. Auftragsrecht auch in den meisten anderen Fällen zumindest subsidiär Anwendung findet⁸⁰⁷. Der einfache Auftrag bildet nämlich – wie HOFSTETTER herausstellt – «das *Muster zur juristischen Erfassung der Geschäftsbesorgungen in fremdem Interesse* überhaupt, sei es, dass sie [sc. die Geschäftsbesorgungen] auf Gesetz beruhen, sei es, dass sie ausserhalb des Mandats im Rahmen anderer Rechtsgeschäfte auftreten; denn das Auftragsrecht enthält allgemein gültige Prinzipien zur Lösung von Interessenkonflikten bei der Besorgung von fremden Geschäften»⁸⁰⁸. Daher ist im einfachen Auftrag, wie WEBER zutreffend festhält, ein «*Mustervertrag für die Geschäftsführung im fremden Interesse*» zu erblicken⁸⁰⁹.

b. Lückenhaftigkeit einzelner Vermögensverwaltungstatbestände

3.189 Bei den untersuchten Tatbeständen betreffend die Vermögensverwaltung finden die Bestimmungen des einfachen Auftrags (Art. 394 ff. OR) einzig auf den Vermögensverwaltungsvertrag im Bankwesen von vornherein

⁸⁰⁵ Für die Vermögensverwaltung durch den Vormund (Art. 413 ZGB) wird in der Lehre denn auch ausdrücklich festgehalten, es handle sich um eine Geschäftsführung, die den *gleichen Grundtatbestand* aufweise wie der einfache Auftrag (vgl. CAVIEZEL, S. 227 f., und ferner GOOD, S. 15 ff.).

⁸⁰⁶ Siehe oben Rz. 3.13, ferner oben Rz. 3.16, Rz. 3.19 und Rz. 3.24. Vgl. zudem Art. 394 Abs. 2 OR, wonach alle Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart des OR unterstellt sind, den Vorschriften über den Auftrag unterstehen.

⁸⁰⁷ Siehe oben Rz. 3.19, Rz. 3.24, Rz. 3.29 und Rz. 3.37; vgl. aber auch Rz. 3.31 und Rz. 3.35. Für eine generelle Anwendung des Auftragsrechts auf die Vermögensverwaltung spricht sich BREITSCHMID, S. 220 f., aus.

⁸⁰⁸ SPR VII/6-HOFSTETTER, S. 3 (Kursivschrift hinzugefügt).

⁸⁰⁹ BSK-WEBER, N. 2 der Vorbem. zu Art. 394 ff. OR (Kursivschrift im Original). Vgl. auch GOOD, S. 17, der im einfachen Auftrag die «*sedes materiae*» des Geschäftsführungsrechts erkennt.

unmittelbare Anwendung⁸¹⁰. Soweit die Rechtsbeziehungen zwischen dem Verwalter und den Trägern der verwalteten Vermögensgegenstände durch eine *gesetzliche Verweisung* (teilweise) dem Auftragsrecht unterstellt werden – vgl. z.B. Art. 195 Abs. 1, Art. 231 Abs. 1, Art. 327 Abs. 1 und nArt. 413 Abs. 1 ZGB –, sind die Art. 394 ff. OR dagegen nur *per analogiam* heranzuziehen⁸¹¹.

Zuweilen fehlt es bei den hier untersuchten Vermögensverwaltungstatbeständen sowohl an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung der Einzelheiten der Verwaltung als auch an einer Verweisung auf das Auftragsrecht; man denke etwa an den amtlichen Erbschaftsverwalter (Art. 554 f. ZGB) oder an den Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB). In diesen Fällen gilt es durch *Auslegung* zu ermitteln, ob die gesetzliche Regelung *Lücken* aufweist und – falls dies zu bejahen ist – wie diese zu schliessen sind⁸¹².

Es liegt auf der Hand, dass auch bei solchen Tatbeständen, welche die Rechte und Pflichten des Vermögensverwalters gar nicht oder nur fragmentarisch normieren, Regelungsbedarf besteht. In diesen Fällen bleibt also «das – bis zur Grenze des möglichen Wortsinns interpretierte – Gesetz planwidrig [...] eine positive Antwort auf eine Rechtsfrage schuldig»⁸¹³. Diese Tatbe-

3.190

3.191

⁸¹⁰ Oben Rz. 3.37.

⁸¹¹ Gesetzliche Verweisungen – hier auf das Auftragsrecht – werden in der Lehre als Lücken «intra verba legis» erkannt und deshalb auch als «*Delegationslücken*» bezeichnet (KRAMER, S. 184 f., Kursivschrift im Original; gl.M. HUWILER, Methode, S. 14; vgl. auch LARENZ/CANARIS, S. 81 f.). Da gesetzliche Verweisungen zu (Delegations-)Lücken führen, sind die verwiesenen Bestimmungen nicht direkt, sondern *analog anwendbar*: «Auch wo dies nicht im Gesetz ausdrücklich erwähnt ist, kann die Anwendung der Norm, auf die in der Verweisungsnorm verwiesen wird, immer nur eine „entsprechende“ sein» (LARENZ/CANARIS, S. 82; zustimmend MASANTI-MÜLLER, S. 169).

⁸¹² Fraglich ist also, ob die betreffenden Bestimmungen *planwidrig unvollständig* sind (KRAMER, S. 181 f., und HUWILER, Methode, S. 14, jeweils m.w.H.). Dabei liegt eine *Lücke* vor, wenn das Gesetz «trotz erfolgter Auslegung des möglichen Wortsinnes eine Regelung nicht bietet, obschon eine solche gefordert wäre» (HUWILER, a.a.O., S. 14; zur Auslegung von Gesetzesvorschriften anhand der verschiedenen Interpretationselemente vgl. KRAMER, S. 53 ff., und HUWILER, a.a.O., S. 2 ff.).

⁸¹³ KRAMER, S. 186. Für ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers (dazu KRAMER, S. 201 f.) bestehen hier *keine* Anhaltspunkte.

stände weisen daher *offene (echte), technische Gesetzeslücken* auf⁸¹⁴. Solche offenen Gesetzeslücken gilt es, namentlich im Lichte des Rechtsgleichheitsgebots von Art. 8 Abs. 1 BV, primär durch einen *Analogieschluss* zu füllen⁸¹⁵. Darauf ist im Folgenden näher einzugehen.

c. Lückenfüllung mittels Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR)

3.192

Die Vermögensverwaltung bildet, wie bereits erläutert, eine besondere Art eines Geschäftsführungstatbestands⁸¹⁶. Zudem gilt es zu bedenken, dass der Gesetzgeber die Geschäftsführung in fremdem Interesse exemplarisch anhand des Rechts des einfachen Auftrags geregelt hat⁸¹⁷. Es erscheint daher geboten, Verwaltungstatbestände, die lückenhaft sind, durch eine *analoge*⁸¹⁸ Anwendung von Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) zu ergänzen⁸¹⁹, selbst wenn die Vermögensverwaltung nicht vertraglich, sondern durch gesetzliche Anordnung begründet worden ist⁸²⁰.

3.193

Die bloss sinngemässe Anwendung des Auftragsrechts bringt es mit sich, dass die auftragsrechtlichen Normen nicht unbesehen auf die als lückenhaft erkannten Verwaltungstatbestände übertragen werden können. Fraglich erscheint insbesondere, inwiefern das *jederzeitige Widerrufs- und Kündigungsrecht* von Art. 404 Abs. 1 OR bei den betreffenden Verwaltungstatbeständen zur Anwendung gelangt. Diese Bestimmung ist gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) – also nament-

⁸¹⁴ Eine *offene, technische Lücke* liegt vor, «wenn der Gesetzgeber die Regelung eines Sachverhaltes zwar unternimmt, diesen aber nicht vollständig normiert» (HUWILER, Methode, S. 14; vgl. auch KRAMER, S. 186 f.).

⁸¹⁵ KRAMER, S. 195 ff., und HUWILER, Methode, S. 15 ff.

⁸¹⁶ Oben Rz. 3.186 ff.

⁸¹⁷ Oben Rz. 3.188.

⁸¹⁸ Rz. 3.191 hiervor.

⁸¹⁹ Vgl. aus der Lehre zu den einzelnen Verwaltungstatbeständen beispielsweise CAVIEZEL S. 234; MARXER KELLER, S. 67, sowie J. PICENONI, S. 8 m.w.H.

Für die Regeln der *Geschäftsführung ohne Auftrag* (Art. 419 ff. OR) bleibt *kein Raum*, da zwischen den Beteiligten bei den hier untersuchten Vermögensverwaltungstatbeständen ein Rechtsverhältnis besteht (siehe zum Ganzen unten Rz. 3.274 ff.).

⁸²⁰ Zur Anwendbarkeit von Art. 394 ff. OR auf gesetzliche Geschäftsführungstatbestände vgl. BK-FELLMANN, N. 21 f. der Vorbem. zu den Art. 394 bis 406 OR, und ferner SPR VII/6-HOFSTETTER, S. 3 f.

lich auch bei der Vermögensverwaltung im Bankwesen⁸²¹ – zwingender Natur⁸²². Bei denjenigen Verwaltungstatbeständen, auf welche das Recht des einfachen Auftrags nur analoge Anwendung findet, muss dagegen im Einzelfall ermittelt werden, ob bzw. inwiefern Art. 404 Abs. 1 OR gilt⁸²³.

5. Sorgfaltspflicht des Vermögensverwalters

a. Verpflichtung zur sorgfältigen Verwaltung als nicht typisches Tatbestandselement der Vermögensverwaltung

Bereits in anderem Zusammenhang wurde darauf hingewiesen, dass Art. 2 ZGB auf jede Rechtsbeziehung anwendbar ist⁸²⁴ und Art. 2 Abs. 1 ZGB die Beteiligten zu gegenseitiger Sorgfalt verpflichtet⁸²⁵. Dem gilt es hinzuzufügen, dass Art. 2 ZGB als Rechtsprinzip⁸²⁶ die gesamte Rechtsordnung überlagert⁸²⁷. Die aus Art. 2 Abs. 1 ZGB fließende Verpflichtung zur Sorgfalt ist daher *nicht an den Bestand einer Verwaltungsbefugnis oder*

3.194

⁸²¹ Vgl. GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 24 f.; DERS., Rechtsfragen, S. 81 ff.; SPÄLTI, S. 51 ff.; BRETTON-CHEVALLIER, S. 110 f., sowie ROTH, Rz. 72.

⁸²² Grundlegend BGE 115 II 464, E. 2.a S. 466 ff.; aus der neueren Praxis vgl. etwa BGer vom 10.02.2009, 4A_437/2008, E. 1.5 f. m.H. auf die Lehre, sowie BGer vom 06.07.2011, 4A_141/2011, E. 2.2. Aus dem Schrifttum vgl. statt vieler BSK-WEBER, N. 9 ff. zu Art. 404 OR m.w.H. Siehe ferner MARKUS REBER, Art. 404 OR – ein erratischer Block aus dem Römischen Recht im heutigen Auftragsrecht, Thesen zur Kündigung des einfachen Auftrages, in: PASCAL PICHONNAZ/NEDIM PETER VOGT/STEPHAN WOLF (Hrsg.), Spuren des römischen Rechts, Festschrift für BRUNO HUWILER zum 65. Geburtstag, Bern 2007, S. 499 ff.

⁸²³ So darf beispielsweise der *Erbenvertreter* (Art. 602 Abs. 3 ZGB) das Amt gestützt auf Art. 404 Abs. 1 OR jederzeit niederlegen (HUX, S. 232; J. PICENONI, S. 160 f., sowie BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N. 55 zu Art. 602 ZGB). Umgekehrt können die Erben diesem nicht kündigen, sondern nur die zuständige Behörde, wobei in der Lehre die Meinung vertreten wird, die Behörde müsse den Erbenvertreter bei übereinstimmendem Antrag aller Erben ohne Weiteres absetzen (BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N. 54 zu Art. 602 ZGB; gl.M. J. PICENONI, S. 154; a.M. HUX, S. 218).

⁸²⁴ Oben Rz. 3.88.

⁸²⁵ Oben Rz. 3.95.

⁸²⁶ Statt vieler BSK-HONSELL, N. 4 zu Art. 2 ZGB m.w.H.

⁸²⁷ Zum Ganzen statt vieler BSK-HONSELL, N. 4 ff. zu Art. 2 ZGB, und CR-CHAPPUIS, N. 6 zu Art. 2 ZGB (jeweils m.w.H.).

-pflicht geknüpft, sondern kann bereits vorher bestehen oder diese überdauern⁸²⁸.

3.195 Die Beteiligten sind daher nicht nur bei der Vermögensverwaltung, sondern ganz generell im Rahmen jeder rechtlichen Beziehung verpflichtet, sich sorgfältig zu verhalten. Da Sorgfalt sowieso bei jeder Rechtsbeziehung geschuldet ist, eignet sich diese nicht als Abgrenzungskriterium. In der *Verpflichtung zur Sorgfalt* kann deshalb *kein charakteristisches Merkmal der Vermögensverwaltung* erblickt werden. Es erscheint daher nicht opportun, die Sorgfaltspflicht in den Tatbestand der Vermögensverwaltung aufzunehmen⁸²⁹.

**b. Auftragsrechtlicher Sorgfaltsmassstab
(Art. 398 Abs. 1 und 2 OR)**

3.196 Auch wenn die Verpflichtung zur Sorgfalt nicht zum Tatbestand der Vermögensverwaltung gehört, hat sie bei der Verwaltungstätigkeit eine *grosse Bedeutung*: Muss der Schuldner – wie bei der Vermögensverwaltung – nicht einen Erfolg herbeiführen, sondern erfolgsgerichtet tätig werden, löst das Nichterreichen des Erfolgs für sich alleine grundsätzlich noch keine Haftung aus; erst ein sorgfaltswidriges Fehlverhalten desselben wirkt, unter weiteren Voraussetzungen⁸³⁰, haftungsbegründend⁸³¹. Im Ergebnis gleicht die Verpflichtung zur Sorgfalt in diesen Fällen die fehlende Erfolgshaftung teilweise aus⁸³².

3.197 Dies mag auch erklären, weshalb die allgemeine Sorgfaltspflicht von Art. 2 Abs. 1 ZGB gerade im Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) – also im Mustervertrag für alle Geschäftsführungen⁸³³ – durch eine besondere Bestimmung,

⁸²⁸ Siehe auch WIEGAND, Schuldverhältnis, S. 89 ff. (insbesondere das Schaubild auf S. 92).

⁸²⁹ Zutreffend GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 85 m.w.H.: «Indes ist die Verpflichtung zur Sorgfalt kein Spezifikum des Auftragsrechts. Sorgfalt schuldet nicht nur der Beauftragte, den das Gesetz ausdrücklich hierzu verpflichtet, sondern auch derjenige, der von Vertrags wegen einen bestimmten Erfolg zu bewirken hat».

⁸³⁰ Dazu unten Rz. 3.265.

⁸³¹ Grundlegend WALTER, Abgrenzung, S. 50; vgl. zudem statt vieler BK-FELLMANN, N. 97 zu Art. 394 OR.

⁸³² Vgl. SPR VII/6-HOFSTETTER, S. 39.

⁸³³ Oben Rz. 3.188.

Art. 398 Abs. 1 und 2 OR, «konkretisiert und institutionalisiert»⁸³⁴ wird. Nach konstanter Rechtsprechung ist dabei anhand *objektiver Kriterien* zu beurteilen, ob der Beauftragte *im jeweiligen Einzelfall* die erforderliche Sorgfalt aufgewendet hat⁸³⁵.

Die Grundsätze von Art. 398 Abs. 1 und 2 OR finden, darin besteht Einigkeit, ebenfalls auf die hier untersuchten Verwaltungstatbestände Anwendung⁸³⁶. Der *Vermögensverwalter* schuldet bei seiner Tätigkeit also grundsätzlich Sorgfalt entsprechend den Regeln von Art. 398 Abs. 1 und 2 OR⁸³⁷.

3.198

⁸³⁴ WALTER, Abgrenzung, S. 52.

⁸³⁵ Vgl. aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beispielsweise BGE 115 II 62, E. 3.a S. 64 m.w.H.: «Erforderlich ist die Sorgfalt, welche ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt [...]. Höhere Anforderungen sind an den Beauftragten zu stellen, der seine Tätigkeit berufsmässig, gegen Entgelt ausübt [...]. Dabei ist nach der Art des Auftrages zu differenzieren und auch den besonderen Umständen des Einzelfalles Rechnung zu tragen [...]. Bestehen für eine Berufsart oder ein bestimmtes Gewerbe allgemein befolgte Verhaltensregeln und Usancen, können sie bei der Bestimmung des Sorgfaltsmasses herangezogen werden». Fehlt es dem Vermögensverwalter an den Eigenschaften, die für die Verwaltungstätigkeit erforderlich sind, besteht bereits in der Übernahme der Tätigkeit ein haftungsbe gründendes Moment (BGE 124 III 155, E. 3.b S. 164 m.w.H.).

Siehe zudem WALTER, Abgrenzung, S. 53 ff.; WIEGAND, Gratwanderungen, S. 79 f.; ferner statt vieler BSK-WEBER, N. 24 ff. zu Art. 398 OR; CR-WERRO, N. 13 ff. zu Art. 398 OR; BGE 133 III 121, E. 3.1 S. 123 ff.; BGE 134 III 534, E. 3.2 S. 537 ff., sowie BGer vom 27.06.2011, 4A_140/2011, E. 2.1.

⁸³⁶ Vgl. z.B. HUX, S. 77 ff, S. 147 f., S. 185 und S. 226; CAVIEZEL, S. 232 f.; GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 45 ff.; DERS., Rechtsfragen, S. 85 ff.; BARBATTI, S. 88 ff.; MASANTI-MÜLLER, S. 170 f.; MARXER KELLER, S. 53 ff.; KÜNZLE, S. 165; J. PICENONI, S. 141 f., sowie aus der Rechtsprechung BGE 101 II 47, E. 2 S. 53 f.; BGE 115 II 62, E. 3 S. 64 ff., und BGer vom 27.06.2011, 4A_140/2011, E. 2.1.

Zur Anwendung von Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) im Allgemeinen auf die Verwaltung siehe oben Rz. 3.186 ff.

⁸³⁷ Besondere *gesetzliche Regelungen* gehen indes Art. 398 Abs. 1 und 2 OR vor; Gleiches gilt – im Rahmen der Privatautonomie – für entsprechende *rechtsge schäftliche Abreden* (dazu WALTER, Abgrenzung, S. 53 f.).

6. Verwandte Institute und Abgrenzungen

a. Vergleich mit der Geschäftsführung des Gesellschaftsrechts

3.199 An dieser Stelle ist auf Erscheinungen zurückzukommen, die Ähnlichkeiten mit der Vermögensverwaltung aufweisen, allen voran auf die *Geschäftsführung*⁸³⁸. Bestimmungen über die Geschäftsführung finden sich insbesondere im *Gesellschaftsrecht*, und zwar bei allen Gesellschaften⁸³⁹. Der Begriff der Geschäftsführung wird dabei umschrieben als «[j]ede auf die Förderung und Verwirklichung des Gesellschaftszweckes gerichtete Tätigkeit für die Gesellschaft»⁸⁴⁰. Dabei darf der Zweck einer Gesellschaft innerhalb der Schranken von Art. 19 f. OR bzw. Art. 52 Abs. 3 ZGB grundsätzlich frei gewählt werden⁸⁴¹ und kann wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Art sein⁸⁴².

3.200 Von der *Geschäftsführung bei Gesellschaften mit nichtwirtschaftlicher* (also idealer oder gemeinnütziger) *Zielsetzung*⁸⁴³ unterscheidet sich die Vermögensverwaltung insofern, als bei Letzterer ein wirtschaftlicher Vorteil – die möglichst weitgehende Wertvermehrung bzw. Abwendung von Wertverlusten – anzustreben ist⁸⁴⁴, während die Geschäftsführung bei nichtwirtschaftlich oder nicht nur wirtschaftlich orientierten Gesellschaften *zumindest auch* auf einen *Verbrauch* von Vermögen zielt; man denke etwa an eine einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR), die zwecks Veranstaltung und Finanzie-

⁸³⁸ Sowohl mit der Vermögensverwaltung als auch mit der Geschäftsführung *nicht zu verwechseln* sind die *Organe* «Verwaltung» und «Verwaltungsrat»: Die Aufgaben dieser Organe sind weitreichender als jene der Vermögensverwalter bzw. Geschäftsführer (zum Ganzen oben Rz. 1.37 ff.).

⁸³⁹ Vgl. insbesondere Art. 535, Art. 557 Abs. 2 i.V.m. Art. 535, Art. 599, Art. 716 Abs. 2, Art. 765 Abs. 1, Art. 809 ff. und Art. 898 ff. OR.

⁸⁴⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 Rz. 112 (sogenannte Geschäftsführung i.w.S.; zur Geschäftsführung i.e.S., also der Ausübung der gesellschaftsinternen Funktionen, vgl. a.a.O. Rz. 114).

⁸⁴¹ Vgl. statt vieler MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 Rz. 66, Rz. 70 ff. und Rz. 108 ff.

⁸⁴² Statt vieler MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 Rz. 1 ff. (insbesondere Rz. 15 ff.).

⁸⁴³ Ein *idealer* Zweck zielt auf «die Befriedigung nichtwirtschaftlicher – geselliger, sportlicher, kultureller ... – Bedürfnisse der Mitglieder», ein *gemeinnütziger* auf «die Befriedigung materieller oder idealer Bedürfnisse *Dritter*» (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 Rz. 6, Kursivschrift im Original).

⁸⁴⁴ Oben Rz. 3.112 ff.

zung eines geselligen Anlasses eingegangen wird, an welchem die Besucher unentgeltlich teilnehmen dürfen⁸⁴⁵.

Schwieriger erscheint die Abgrenzung zur *Geschäftsführung bei Gesellschaften mit ausschliesslich wirtschaftlicher Zielsetzung*. Eine Gesellschaft mit ausschliesslich wirtschaftlicher Zielsetzung liegt vor, wenn diese «einen ökonomischen Vorteil (geldwerten Nutzen) zugunsten ihrer Mitglieder erstrebt»⁸⁴⁶. Die Aufgaben des Geschäftsführers stimmen bei solchen Gesellschaften weitgehend mit denjenigen eines Vermögensverwalters überein, wie das nachstehende Beispiel zur Verwaltung des Nachlasses durch einen der Miterben zeigt.

Miterben sind nach der hier vertretenen Meinung zur ordentlichen Verwaltung des Nachlasses einzelbefugt (Art. 602 Abs. 2 ZGB)⁸⁴⁷. Im Umfang der *ordentlichen Verwaltung* darf also jeder Miterbe selbständig und unter Wahrung der Interessen aller Erben Vorkehren ergreifen, um den Geldwert des Nachlasses zu erhöhen bzw. Verluste zu minimieren⁸⁴⁸. Bleibt die Erbengemeinschaft (aus welchen Gründen auch immer) noch während längerer Zeit bestehen, finden auf diese nun fortgesetzte Erbengemeinschaft grundsätzlich die Regeln über die einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) Anwendung⁸⁴⁹. Gestützt darauf darf jeder Miterbe (Gesellschafter) Vorkehren der *gewöhnlichen Geschäftsführung* (Art. 535 Abs. 3 OR) ergreifen, um den Nachlass *im Interesse aller Erben zu bewirtschaften*⁸⁵⁰. Die Geschäftsführung

3.201

3.202

⁸⁴⁵ Beispiel inspiriert durch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 Rz. 25. Ein Verbrauch von Vermögen ist mit der Verwaltung grundsätzlich nicht vereinbar, selbst wenn damit das massgebliche fremde Interesse gewahrt wird (vgl. oben insbesondere Rz. 3.126 f.).

⁸⁴⁶ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 Rz. 5 (Kursivschrift im Original).

⁸⁴⁷ Siehe oben Rz. 3.89 ff. und unten Rz. 3.223 ff.

⁸⁴⁸ Siehe oben Rz. 3.61 und Rz. 3.104 ff. Zum Umfang der ordentlichen Verwaltungsbefugnis vgl. unten Rz. 3.233 ff. (insbesondere Rz. 3.240 zum Begriff der ordentlichen Verwaltung); zum massgeblichen Interesse siehe oben Rz. 3.31.

⁸⁴⁹ Statt vieler MOOR, S. 41 ff., und BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N. 36 ff. zu Art. 602 ZGB.

⁸⁵⁰ Vgl. BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N. 37 zu Art. 602 ZGB, wonach der *Zweck* einer als *einfachen Gesellschaft* fortgeführten Erbengemeinschaft «in der gemeinschaftlichen Bewirtschaftung des Nachlasses oder einzelner Teile davon» besteht. Siehe zudem unten Fn. 900 zur Geschäftsführung durch die einfachen Gesellschafter.

(Bewirtschaftung des Nachlasses im Interesse aller Erben) und die Vermögensverwaltung (Wertvermehrung bzw. Verlustvermeidung im Interesse aller Erben) unterscheiden sich hier also kaum voneinander.

3.203 Daraus geht hervor, dass der Tatbestand der Geschäftsführung bei Gesellschaften mit ausschliesslich wirtschaftlichem Zweck und der Tatbestand der Vermögensverwaltung *weitgehend ähnlich* sind: Derweil die Verwaltung auf eine möglichst weitgehende Wertvermehrung bzw. Verlustvermeidung abzielt⁸⁵¹, muss der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit wirtschaftlichem Zweck ökonomische Vorteile für die Mitglieder erstreben⁸⁵². Und während der Verwalter selbständig fremde Interessen zu wahren hat⁸⁵³, ist der Geschäftsführer zur Förderung und Verwirklichung des Gesellschaftszwecks (z.B. die Führung eines Unternehmens) verpflichtet⁸⁵⁴.

3.204 Analoges dürfte auch für die *Geschäftsführung* bei *Vereinen* (Art. 60 ff. ZGB) und *Stiftungen* (Art. 80 ff. ZGB) mit jeweils ausschliesslich wirtschaftlichem Zweck⁸⁵⁵ gelten, wobei hier der Begriff der Geschäftsführung – im Gegensatz zu den Geschäftsführungstatbeständen des Gesellschaftsrechts – im Gesetz keine Erwähnung findet, sondern nur von der Lehre benützt wird⁸⁵⁶.

b. Abgrenzung zur Benutzung, zur Nutzung und zum Gebrauch

3.205 Der Gesetzgeber bedient sich – insbesondere im ZGB – an verschiedenen Stellen der Begriffe *Benutzung*⁸⁵⁷, *Nutzung*⁸⁵⁸ und *Gebrauch*⁸⁵⁹. Was

⁸⁵¹ Oben Rz. 3.61 und Rz. 3.112 ff.

⁸⁵² Oben Rz. 3.201.

⁸⁵³ Oben Rz. 3.61, Rz. 3.128 f. und Rz. 3.130 ff.

⁸⁵⁴ Oben Rz. 3.199.

⁸⁵⁵ Stiftungen können eine wirtschaftliche Zielsetzung aufweisen (BGE 127 III 337, E. 2 S. 338 ff.); bei Vereinen wird diese durch das Bundesgericht zumindest geduldet (vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 Rz. 24 ff., sowie aus der neueren Rechtsprechung BGE 131 III 97, E. 3.1 S. 103).

⁸⁵⁶ Aus der Lehre vgl. etwa BSK-HEINI/SCHERRER, N. 17 zu Art. 69 ZGB, und BSK-GRÜNINGER, N. 10a zu Art. 83 ZGB.

⁸⁵⁷ Vgl. z.B. Art. 644 Abs. 2, Art. 709, Art. 712a Abs. 1 und 2, Art. 712g Abs. 3 und Marginalie, Art. 712k, Art. 777 Abs. 3 sowie Art. 778 Abs. 2 ZGB.

⁸⁵⁸ Vgl. z.B. Art. 201 Abs. 1 und Marginalie, Art. 247, Art. 647 Abs. 1 und Marginalie, Art. 648 Abs. 1, Art. 649a sowie Art. 649c ZGB; vgl. auch Art. 745 ff. ZGB («Nutznüessung»).

diese Begriffe im Einzelnen bedeuten und wie sie sich zueinander verhalten, scheint bisher nicht restlos geklärt⁸⁶⁰.

So oder anders steht bei der Befugnis zur Benutzung, zur Nutzung oder zum Gebrauch eines Vermögensgegenstands das *Eigeninteresse* im Vordergrund, während bei der Verwaltung fremder Vermögensgegenstände fremde Interessen zu wahren sind⁸⁶¹. Diese Erscheinungen lassen sich daher ohne Weiteres anhand der Interessenlage von der Vermögensverwaltung abgrenzen.

3.206

§ 20: Zusammenfassung

Der herrschende Begriff der Vermögensverwaltung von SIBER hat sich im Lichte der hier untersuchten Tatbestände als unzutreffend erwiesen⁸⁶². Die Analyse dieser Tatbestände hat vielmehr ergeben, dass unter *Vermögensverwaltung* die Befugnis oder Pflicht zu verstehen ist, selbständig und unter Wahrung fremder Interessen den Geldwert der zu verwaltenden Vermögensgegenstände möglichst zu erhöhen bzw. Verluste möglichst zu minimieren⁸⁶³.

3.207

⁸⁵⁹ Vgl. z.B. Art. 27 Abs. 2, Art. 645, Art. 647c, Art. 647d Abs. 1 und Abs. 2, Art. 647e, Art. 648 Abs. 1, Art. 649b Abs. 1, Art. 752 Abs. 2 und 3, Art. 755 Abs. 1 sowie Art. 938 Abs. 1 ZGB.

⁸⁶⁰ Siehe aus der Lehre etwa BSK-BRUNNER/WICHTERMANN, N. 10 zu 648 ZGB m.w.H.: «*Nutzung* wird i.d.R. als Oberbegriff verstanden und umfasst sämtliche Vorteile jeder Art, welche aus dem Miteigentum fliessen [...]. *Gebrauch* oder *Benutzung* (als Untergruppe der Nutzungen) meint dagegen die persönliche unmittelbare Verwendung der Sache [...]» (Hervorhebungen im Original in Fettschrift). Dagegen verwendet z.B. BARBATTI, S. 35 m.w.H., diese Begriffe etwas anders: «[D]as *Nutzungsrecht* ist die wirtschaftliche Berechtigung zum *Gebrauch* und am Ertrag eines Vermögenswertes [...]. Die Bewirtschaftung bezweckt, eine gute Nutzung zu ermöglichen» (Kursivschrift hinzugefügt). Vgl. schliesslich BGer vom 10.01.2000, 5P.433/1999, E. 2.a: «Der Begriff *Nutzung* ist als Erscheinung des Immobiliarsachenrechts keineswegs so eindeutig, wie die Beschwerdeführer es glauben machen wollen».

⁸⁶¹ Oben Rz. 3.130 ff.

⁸⁶² Oben Rz. 3.07 ff. und Rz. 3.38 ff.

⁸⁶³ Oben Rz. 3.61, Rz. 3.63 ff. und Rz. 3.104 ff.

3.208 Normalerweise ist der Vermögensverwalter *im Innenverhältnis*, also gegenüber den Trägern der verwalteten Vermögensgegenstände⁸⁶⁴, *zur Verwaltung verpflichtet* (rechtliches «Müssen»)⁸⁶⁵. Mit dieser schuldrechtlichen Verpflichtung korrespondiert innerhalb der entsprechenden Obligation eine Forderung, vom Vermögensverwalter die Verwaltung verlangen zu dürfen⁸⁶⁶.

3.209 Teilweise anders verhält es sich bei der *Verwaltung gemeinschaftlicher Vermögensgegenstände durch die Rechtsgemeinschafter*⁸⁶⁷. Die Gemeinschaftler dürfen die gemeinschaftlichen Vermögensgegenstände im Prinzip nur gemeinsam verwalten⁸⁶⁸. Aufgrund besonderer gesetzlicher Anordnungen sind sie aber für Vorkehren der *ordentlichen und dringlichen Verwaltung* grundsätzlich *einzelbefugt* (rechtliches «Dürfen»)⁸⁶⁹. Ein Zusammenwirken der Rechtsgemeinschafter ist somit bloss bei der *ausserordentlichen Verwaltung* erforderlich; insofern besteht also eine Pflicht zum *gemeinsamen Handeln* (rechtliches «Müssen»)⁸⁷⁰. Diese Befugnisse bzw. Pflichten sind alleamt mitgliedschaftsrechtlicher Natur⁸⁷¹. Im Falle von *Dringlichkeit* besteht gestützt auf Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) zudem eine wechselseitige *Verpflichtung* (rechtliches «Müssen»), alle zumutbaren Vorkehren zu ergreifen, um Schaden abzuwehren⁸⁷². Im *Ergebnis* sind die Gemeinschaftler deshalb zur *ordentlichen Verwaltung einzelbefugt* und zur *dringlichen Verwaltung* vorwiegend *einzelverpflichtet*, während sie bei der *ausserordentlichen Verwaltung zusammenwirken* müssen⁸⁷³. Auf den Umfang dieser einzelnen gesetzlichen Beschränkungen der Verwaltung wird noch zurückzukommen sein⁸⁷⁴.

⁸⁶⁴ Oben Rz. 3.68 f.

⁸⁶⁵ Oben Rz. 3.76, vgl. auch Rz. 3.102 f.

⁸⁶⁶ Oben Rz. 3.77.

⁸⁶⁷ Zum Ganzen oben Rz. 3.82 ff.

⁸⁶⁸ Oben Rz. 3.89, vgl. auch oben Rz. 3.84 f.

⁸⁶⁹ Oben Rz. 3.89 f.

⁸⁷⁰ Oben Rz. 3.93 f. Für Vorkehren der *ausserordentlichen Verwaltung von Miteigentum* genügt oft ein Mehrheitsentscheid (Art. 647b ZGB, vgl. aber Art. 648 Abs. 2 ZGB), dazu oben Rz. 3.93 bzw. unten Rz. 3.230.

⁸⁷¹ Oben Rz. 3.91 f. und Rz. 3.94.

⁸⁷² Oben Rz. 3.96.

⁸⁷³ Vgl. auch oben Rz. 3.97 ff.

⁸⁷⁴ Unten Rz. 3.216 ff. und Rz. 3.248 ff.

Die Verwaltungspflichten und -befugnisse erweitern das rechtliche «Können» des Vermögensverwalters nicht: Ob bzw. inwiefern der Vermögensverwalter in die Rechtssphäre der Träger der verwalteten Vermögensgegenstände unmittelbar einwirken kann, ergibt sich – wie bei jeder Person – aus seinen *Machtbefugnissen*, wozu insbesondere die Vertretungsmacht und die Verfügungsmacht über fremde Vermögensgegenstände zählen⁸⁷⁵. 3.210

Verwaltungsbefugnisse bzw. -pflichten sind – wie soeben angemerkt⁸⁷⁶ – obligatorischer oder mitgliedschaftsrechtlicher Natur und somit *keine Machtbefugnisse*⁸⁷⁷. Sie weisen dem Vermögensverwalter also keine Rechtsmacht zu, in einen fremden Rechtskreis – z.B. durch stellvertretendes Handeln – unmittelbar einwirken zu können. 3.211

Die Vermögensverwaltung entspricht einem *besonderen Typus einer Geschäftsführung* in fremdem Interesse⁸⁷⁸. Auf Geschäftsführungen findet grundsätzlich *Auftragsrecht* (Art. 394 ff. OR) Anwendung⁸⁷⁹. Soweit das Innenverhältnis der Vermögensverwaltung nicht von vornherein dem Recht des einfachen Auftrags untersteht – wie dies etwa bei der vertraglichen Vermögensverwaltung im Bankwesen der Fall ist –, sind deshalb die Art. 394 ff. OR lückenfüllend und somit analog heranzuziehen⁸⁸⁰. 3.212

§ 21: Gesetzliche Beschränkungen des Umfangs der Vermögensverwaltung

1. Im Allgemeinen

Im ZGB finden sich verschiedentlich Bestimmungen, welche die Vermögensverwaltung auf einen Teil aller verwaltenden Vorkehren beschränken. Zu denken ist an die Vorschriften betreffend die *ordentliche* (Art. 227 Abs. 2 ZGB), *gewöhnliche* (Art. 421 Ziff. 2 und 3 sowie Art. 647a 3.213

⁸⁷⁵ Zum Ganzen oben Rz. 3.146 ff.

⁸⁷⁶ Oben Rz. 3.208 f.

⁸⁷⁷ Zum Ganzen oben Rz. 3.169 ff.

⁸⁷⁸ Oben Rz. 3.186 f.

⁸⁷⁹ Oben Rz. 3.188.

⁸⁸⁰ Oben Rz. 3.189 ff. und Rz. 3.192 ff.

ZGB), *blosse* (Art. 571 Abs. 2 ZGB), *ausserordentliche* (Art. 228 Abs. 1 ZGB), *notwendige* (Art. 585 und Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB), *wichtigere* (Art. 647b ZGB) oder *dringliche* (Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB) Verwaltung.

3.214 Liegen derartige Einschränkungen vor, darf der Vermögensverwalter im Innenverhältnis – also gegenüber den Trägern der verwalteten Vermögensgegenstände⁸⁸¹ – lediglich einen *Ausschnitt* aller Vorkehren, die grundsätzlich verwaltend sind, ausüben. Dem zur ordentlichen Verwaltung berufenen Vermögensverwalter ist es beispielsweise nur gestattet, aus der Gesamtheit der verwaltenden Handlungen ordentliche Vorkehren zu ergreifen, nicht aber ausserordentliche. In diesen Fällen muss sich der Vermögensverwalter also auf eine *Teilmenge aller verwaltenden Vorkehren* beschränken.

3.215 Im Folgenden gilt es, die verschiedenen gesetzlichen Beschränkungen des Umfangs der Vermögensverwaltung systematisch zu erfassen⁸⁸². Das *Vorgehen* gestaltet sich dabei ähnlich wie bei der Untersuchung des Verwaltungsbegriffs im Allgemeinen⁸⁸³. Anhand einer Analyse der fraglichen Tatbestände muss zuerst ermittelt werden, durch welche Eigenschaften sich die verschiedenen gesetzlichen Beschränkungen der Vermögensverwaltung typischerweise auszeichnen. Gestützt darauf lassen sich diese Beschränkungen der Vermögensverwaltung definitorisch erfassen, wobei dem hiervoor erarbeiteten Begriff der Vermögensverwaltung⁸⁸⁴ Rechnung zu tragen ist.

2. Ordentliche bzw. ausserordentliche Verwaltung von Vermögen

a. Analyse der relevanten Tatbestände

aa. *Ordentliche bzw. ausserordentliche Verwaltung von Gesamtgut durch die Ehegatten (Art. 227 f. ZGB)*

3.216 Bestimmungen, welche zwischen verwaltenden Vorkehren mit unterschiedlicher Tragweite differenzieren, finden sich zunächst bei den Vorschriften über das Gesamtgut (Art. 222 ff. ZGB). Gemäss Art. 227 Abs. 2 ZGB ist *jeder Ehegatte* zur ordentlichen Verwaltung des Gesamtguts befugt, während Vorkehren der ausserordentlichen Verwaltung nach Art. 228 Abs. 1 ZGB

⁸⁸¹ Oben Rz. 3.68 f.

⁸⁸² Rz. 3.216 ff. hiernach.

⁸⁸³ Vgl. dazu oben Rz. 3.07 ff.

⁸⁸⁴ Siehe oben Rz. 3.60 ff., Rz. 3.63 ff. und Rz. 3.104 ff.

ein *gemeinsames Vorgehen* beider Ehegatten (bzw. eine Ermächtigung oder Genehmigung des nicht-handelnden Ehegatten) erfordern.

Die *ordentliche Verwaltung* i.S.v. Art. 227 Abs. 2 ZGB umfasst gemäss einer der verschiedenen Lehrmeinungen (welche sich im Ergebnis aber ähnlich sind) alle Vorkehren, die sich «nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge für die Verwaltung als notwendig und zweckmässig erweisen»⁸⁸⁵. Nicht von Bedeutung soll dagegen sein, «ob die entsprechende Handlung häufig oder selten vorgenommen wird»⁸⁸⁶.

Soweit eine verwaltende Vorkehr über die ordentliche Verwaltung hinausgeht, ist sie *ausserordentlich* (Art. 228 Abs. 1 ZGB)⁸⁸⁷. Zur ausserordentlichen Verwaltung zählen demzufolge (die Lehre äussert sich hierzu nicht ausdrücklich) alle Vorkehren, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge für die Verwaltung nicht notwendig und zweckmässig sind.

bb. Zustimmungspflichtigkeit von Vorkehren der aussergewöhnlichen bzw. ausserordentlichen Verwaltung durch die Vormundschafts- bzw. Erwachsenenschutzbehörde (Art. 421 Ziff. 2 und 3 ZGB bzw. nArt. 416 Ziff. 4 und 5 ZGB)

Im Vormundschaftsrecht, welches zur Zeit (noch) in Kraft ist, finden sich gesetzliche Beschränkungen des Umfangs der Vermögensverwaltung insbesondere⁸⁸⁸ in Art. 421 Ziff. 2 und 3 ZGB, wonach gewisse Geschäfte der nicht gewöhnlichen Verwaltung der *Zustimmung durch die Vormundschaftsbehörde* bedürfen.

Mit Blick auf die in Art. 421 Ziff. 2 bzw. 3 ZGB genannten Geschäfte wird in der Lehre vertreten, die *gewöhnliche* (nicht zustimmungsbedürftige)

⁸⁸⁵ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 22 zu Art. 227 und Art. 228 ZGB m.w.H. (siehe a.a.O. auch N. 23); vgl. zudem MASANTI-MÜLLER, S. 118 ff.; CR-MEIER, N. 10 zu Art. 227/228 ZGB, und ferner BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 8 ff. zu Art. 227/228 ZGB. Der Begriff der «laufenden Bedürfnisse der Familie» gemäss Art. 166 Abs. 1 ZGB ist inhaltlich weniger umfassend als der Begriff der ordentlichen Verwaltung nach Art. 227 Abs. 2 ZGB (MASANTI-MÜLLER, S. 122 f.).

⁸⁸⁶ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 22 zu Art. 227 und Art. 228 ZGB. Gl.M. MASANTI-MÜLLER, S. 119.

⁸⁸⁷ Siehe zum Ganzen BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 27 ff. zu Art. 227 und Art. 228 ZGB; MASANTI-MÜLLER, S. 130 ff.; BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 13 ff. zu Art. 227/228 ZGB, sowie CR-MEIER, N. 14 ff. zu Art. 227/228 ZGB.

⁸⁸⁸ Vgl. auch Art. 395 Abs. 1 Ziff. 4 und Art. 419 ZGB.

Verwaltung umfasse «alle Handlungen, die eine gewissenhafte Vermögensverwaltung nach allg. Lebenserfahrung normalerweise erfordert»⁸⁸⁹. Zudem dürften im Rahmen der gewöhnlichen Verwaltung «keine ausserordentlichen oder unverhältnismässigen Verpflichtungen» verursacht werden⁸⁹⁰, namentlich keine besonderen Kosten⁸⁹¹.

3.221 Im Umkehrschluss – der von der untersuchten Lehre freilich nicht gezogen wird – folgt daraus, dass die *Verwaltung aussergewöhnlich* und somit zustimmungsbedürftig ist, falls eine gewissenhafte Vermögensverwaltung die ins Auge gefasste Vorkehr nach allgemeiner Lebenserfahrung normalerweise nicht erfordert.

3.222 Die Unterscheidung zwischen gewöhnlicher und aussergewöhnlicher Verwaltung ist, wie sich zeigen wird, *gleichbedeutend* mit dem Begriffspaar ordentliche bzw. ausserordentliche Verwaltung⁸⁹². Die analoge Regelung des künftigen Erwachsenenschutzrechts sieht denn auch vor, dass der Beistand für gewisse Vorkehrungen der *ausserordentlichen Verwaltung* die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde einholen muss (nArt. 416 Ziff. 4 und 5 ZGB)⁸⁹³.

cc. *Ordentliche bzw. ausserordentliche Verwaltung des Nachlasses durch die Miterben (Art. 602 Abs. 2 ZGB)*

3.223 Art. 602 Abs. 2 ZGB wird von der h.L. und Rechtsprechung dahingehend ausgelegt, dass die Gegenstände des Nachlasses – mit Ausnahme abweichender vertraglicher oder gesetzlicher Verwaltungsbefugnisse – durch alle Miterben *gemeinsam zu verwalten* sind⁸⁹⁴. Eine *Durchbrechung* des

⁸⁸⁹ BSK-GEISER, N. 14 zu Art. 421/422 ZGB m.w.H. (siehe a.a.O. auch N. 14a f.); ähnlich CAVIEZEL, S. 168, und DESCHENAUX/STEINAUER, Rz. 1006.

⁸⁹⁰ CAVIEZEL, S. 168.

⁸⁹¹ DESCHENAUX/STEINAUER, Rz. 1006.

⁸⁹² Unten Rz. 3.233.

⁸⁹³ Gemäss der Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7056, ist nArt. 416 ZGB dem *bisherigen Art. 421 ZGB* (sowie dem hier nicht interessierenden Art. 422 ZGB) *nachgebildet*. Hinsichtlich der Zustimmungsbedürftigkeit von Vorkehrungen der ausserordentlichen Verwaltung dürfte also dasselbe gelten wie unter dem aktuellen Recht.

⁸⁹⁴ PROD'HOM, S. 80; WIDMER, S. 58; BK-TUOR/PICENONI, N. 20 f. zu Art. 602 ZGB; ZK-ESCHER/ESCHER, N. 12 zu Art. 602 ZGB; BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N. 16 zu Art. 602 ZGB; SPR-IV/2-PIOTET, S. 660 f.; PIOTET, Principe, S. 378; STEINAUER, droit des successions, Rz. 1213; BGer vom 21.12.2007, 5A_141/2007,

Gesamthandprinzip anerkennt die h.L. nur für Vorkehren der dringlichen Verwaltung (auf die noch näher einzugehen sein wird⁸⁹⁵), *nicht* aber für Vorkehren der hier interessierenden *ordentlichen Verwaltung*⁸⁹⁶. Auch die Rechtsprechung steht einer Einzelbefugnis der Miterben zur ordentlichen Verwaltung wohl ablehnend gegenüber⁸⁹⁷. Diese Auslegung vermag indes nicht zu überzeugen.

Bereits der *Wortlaut* von Art. 602 Abs. 2 ZGB impliziert Ausnahmen vom Gesamthandprinzip, indem der Gesetzestext (Einzel-)Verwaltungsbefugnisse der Miterben ausdrücklich vorbehält⁸⁹⁸. Zu bedenken ist sodann, dass die Gesamthänder bei allen anderen Gesamthandschaften des ZGB jeweils von Gesetzes wegen befugt sind, Vorkehren der gewöhnlichen bzw.

3.224

E. 4.2.3; vgl. auch BGE 121 III 118, E. 3 S. 121, und BGE 125 III 219, E. 1.a S. 220.

Die grundsätzliche Verpflichtung zur gemeinsamen Rechtsausübung – einschliesslich der gemeinsamen Verwaltung – ist *Folge* davon, dass die Erben an den Nachlassgegenständen *gemeinschaftlich zuständig* sind (oben Rz. 3.85 und Rz. 3.89).

⁸⁹⁵ Unten Rz. 3.250 f.

⁸⁹⁶ BK-TUOR/PICENONI, N. 20 zu Art. 602 ZGB; BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N. 16 und N. 18 ff. zu Art. 602 ZGB; SPR-IV/2-PIOTET, S. 666; PIOTET, Principe, S. 381, sowie STEINAUER, droit des successions, Rz. 1213 f. A.M. PROD'HOM, S. 80 f., und WIDMER, S. 59 f., welche von einer *gesetzlichen Einzelbefugnis* jedes Miterben zur *gewöhnlichen bzw. ordentlichen Verwaltung* der Nachlasses ausgehen. Ursprünglich wurde diese Ansicht auch bei ZK-ESCHER vertreten (vgl. ZK-ESCHER, 1. Aufl., Ziff. 4 zu Art. 602 ZGB), anschliessend aber wohl verworfen (vgl. ZK-ESCHER, 2. Aufl., N. 12 f. zu Art. 602 ZGB, und ZK-ESCHER/ESCHER, N. 14 zu Art. 602 ZGB).

⁸⁹⁷ In BGE 50 II 216, E. 1 S. 221, äusserte sich das BGER kritisch zu dieser Frage, wobei es nicht abschliessend dazu Stellung nehmen musste, da im konkreten Fall eine Vorkehr von ausserordentlicher Tragweite zu beurteilen war. Fortan vertrat das BGER die Auffassung, dass die Miterben – ausser in Fällen von Dringlichkeit – *nicht alleine mit Wirkung für alle Erben* handeln können (vgl. zuletzt BGE 125 III 219, E. 1.a S. 220 m.H. auf die Rechtsprechung). Damit verneint es implizit eine Einzelbefugnis der Miterben zur ordentlichen Verwaltung.

⁸⁹⁸ Gemäss Art. 602 Abs. 2 ZGB werden die Miterben «Gesamteigentümer der Erbschaftsgegenstände und verfügen *unter Vorbehalt der vertraglichen oder gesetzlichen Vertretungs- und Verwaltungsbefugnisse* über die Rechte der Erbschaft gemeinsam» (Kursivschrift hinzugefügt).

ordentlichen Verwaltung alleine zu ergreifen⁸⁹⁹. Ähnliches gilt auch für die Gesamthandschaften des OR⁹⁰⁰. Unter *gesetzsystematischen Gesichtspunkten* muss daher Art. 602 Abs. 2 ZGB dahingehend ausgelegt werden, dass auch die Miterben von Gesetzes wegen zur ordentlichen Verwaltung des Nachlasses einzelbefugt sind.

3.225 Diese Auffassung wird durch die anderen Auslegungselemente gestützt: Der *historische Gesetzgeber* scheint ebenfalls davon ausgegangen zu sein, dass jeder Miterbe Vorkehren der ordentlichen Nachlassverwaltung alleine ergreifen darf; jedenfalls legen das die Erläuterungen EUGEN HUBERS nahe⁹⁰¹. *Teleologische Überlegungen* deuten in dieselbe Richtung⁹⁰².

⁸⁹⁹ Vgl. Art. 227 ZGB Abs. 2 ZGB (Gütergemeinschaft, siehe dazu oben Rz. 3.216) und Art. 340 Abs. 2 ZGB (Gemeinderschaft, vgl. dazu auch unten Fn. 901); ferner PROD'HOM, S. 81; WIDMER, S. 59 f., sowie ZK-ESCHER, 1. Aufl., Ziff. 4 zu Art. 602 ZGB.

⁹⁰⁰ Vgl. Art. 535 OR, wonach bei der einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) jeder Gesellschafter dispositiv befugt ist, die *Geschäftsführung im Rahmen des gewöhnlichen Betriebs sowie im Falle von Dringlichkeit* zu besorgen (Umkehrschluss aus Art. 535 Abs. 3 OR). Art. 535 OR ist aufgrund der Verweisungen in Art. 557 Abs. 2 und Art. 598 Abs. 2 OR auf die Kollektivgesellschaft (Art. 552 ff. OR) sowie – mit Einschränkungen (siehe Art. 599 f. OR) – auf die Kommanditgesellschaft (Art. 594 ff. OR) analog anzuwenden (vgl. zum Ganzen statt vieler MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 Rz. 52, § 13 Rz. 51 und § 14 Rz. 44).

⁹⁰¹ Vgl. HUBER, Erläuterungen I, S. 459 m.w.H.: «Die Besorgung der Angelegenheiten der Gemeinschaft steht grundsätzlich bei der Gesamthand, ohne dass in Wirklichkeit stets und ausnahmslos ein gemeinsames Handeln aller vollzogen werden könnte. Für kleinere, zur ordentlichen Verwaltung gehörige Geschäfte muss die *Handlung auch nur eines Erben genügen*, der sich dabei auf eine selbstverständlich anzuerkennende Vertretungsbefugnis berufen kann. Der Entwurf kennt diese Befugnis des einzelnen bei der Gemeinderschaft (Art. 370, Abs. 2 [entspricht heute Art. 340 Abs. 2 ZGB]), und sie *gilt für das durchaus analoge Verhältnis der Erbengemeinschaft ohne weiteres* in gleichem Sinne» (Kursivschrift hinzugefügt).

⁹⁰² Es wird wohl *nicht Sinn und Zweck* von Art. 602 Abs. 2 ZGB sein, denjenigen Erben, der sich der ordentlichen Verwaltung des Nachlasses annimmt, schlechter zu stellen als die untätigen Erben. Nicht stimmig scheint zudem, dass jeder Erbe bei einer fortgesetzten Erbengemeinschaft – welche als einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) qualifiziert wird – im Rahmen des gewöhnlichen Betriebs zur Geschäftsführung einzelbefugt ist (vgl. oben Fn. 900), während die Erben dieselben Vorkehren zuvor, während der Dauer der Erbengemeinschaft, nicht alleine sollen ergreifen dürfen (vgl. dazu auch oben Rz. 3.202).

In der neueren Lehre hat sich namentlich PAUL PIOTET mehrmals gegen eine Einzelbefugnis der Miterben zur ordentlichen Verwaltung ausgesprochen. PIOTET begründet seine Auffassung insbesondere damit, die Erbengemeinschaft entstehe – im Gegensatz zu den anderen Gesamthandschaften – *unfreiwillig*, weshalb (aus Gründen des Schutzes vor unliebsamen Miterben) eine selbständige Verwaltung des Nachlasses ausgeschlossen sei⁹⁰³.

3.226

Dem wiederum kann entgegengehalten werden, dass auch die *einfache Gesellschaft* (Art. 530 ff. OR) mitunter von Gesetzes wegen und damit ebenfalls willensunabhängig bzw. *unfreiwillig* entsteht⁹⁰⁴. Gleichwohl sind die (unfreiwilligen) Gesellschafter *ex lege zur gewöhnlichen Geschäftsführung befugt bzw. verpflichtet* (Art. 535 OR)⁹⁰⁵. Es trifft also nicht zu, dass alle Gesamthandschaften, bei denen eine gesetzliche Einzelbefugnis zur ordentlichen Verwaltung bzw. zur gewöhnlichen Geschäftsführung⁹⁰⁶ besteht, freiwillig begründet werden. Das gesetzessystematische Argument von PIOTET ist damit entkräftet.

3.227

Im Lichte der massgebenden Auslegungselemente kann Art. 602 Abs. 2 ZGB zusammengefasst nur so verstanden werden, dass jeder Miterbe von Gesetzes wegen befugt ist, Vorkehren der ordentlichen Verwaltung zu ergreifen⁹⁰⁷.

3.228

⁹⁰³ Vgl. PIOTET, Principe, S. 381, und SPR-IV/2-PIOTET, S. 666.

⁹⁰⁴ Zur Entstehung einer einfachen Gesellschaft reicht es aus, wenn nur hinsichtlich der *Zweckverfolgung* ein *gemeinsamer Wille* besteht. Der Wille, eine einfache Gesellschaft einzugehen, ist nicht erforderlich (zum Ganzen MARCEL KELLER, Die ungewollte einfache Gesellschaft, Diss. BS 2002, Berlin 2003, insbesondere S. 31). Analog verhält es sich bei der Erbengemeinschaft: Auch wenn die Erben keine Erbengemeinschaft eingehen wollen, sind sie sich über die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks – nämlich letztlich die Teilung des Nachlasses – einig, andernfalls sie ausgeschlagen hätten.

⁹⁰⁵ Vgl. oben Fn. 900.

⁹⁰⁶ Zu den *Ähnlichkeiten* zwischen der Geschäftsführung und der Verwaltung siehe oben Rz. 3.199 ff.

⁹⁰⁷ In *methodischer Hinsicht* gilt es anzumerken, dass eine Interpretation des Wortlauts von Art. 602 Abs. 2 ZGB bis an die Grenzen des möglichen Wortsinns keine eindeutige Antwort auf die durch den Gesetzgeber eigentlich zu regelnde Rechtsfrage gibt, ob die Miterben zu gewissen Verwaltungshandlungen einzelbefugt sind oder nicht (vgl. auch oben Rz. 3.224). Es besteht daher eine planwidrige Unvollständigkeit und somit eine *offene* (echte) *Gesetzeslücke*, welche durch eine Analogie zu schliessen ist (zur offenen Gesetzeslücke und zur Lückenfüllung mittels Analogie siehe oben Rz. 3.190 f. und Rz. 3.192 f.). Analoge Vorschriften betreffend die Verwaltung finden sich bei den *anderen Gesamthandschaften*,

Nach der hier vertretenen Meinung besteht also eine *gesetzliche Einzelbefugnis* der Miterben zur *ordentlichen Nachlassverwaltung*⁹⁰⁸, während sie aufgrund des Gesamthandprinzips zur *gemeinsamen ausserordentlichen Verwaltung* verpflichtet sind⁹⁰⁹.

3.229 Diejenigen Autoren, welche eine gesetzliche Einzelbefugnis der Miterben zur *ordentlichen Verwaltung* anerkennen, zählen zu dieser «kleinere [...] Geschäfte»⁹¹⁰ bzw. «Rechts- und Tathandlungen werterhaltender und schadenabwendender Natur»⁹¹¹. Die *ausserordentliche Verwaltung*, welche alle Miterben gemeinsam besorgen müssen, umfasst dagegen alle Vorkehren, «welche auf Veränderung der bisherigen Sachlage in einem den Rahmen des vorerwähnten [sc. der ordentlichen Verwaltung] überschreitenden Umfang oder Werterhöhung» abzielen⁹¹².

dd. Gewöhnliche bzw. wichtigere Verwaltung von Miteigentum durch die Miteigentümer (Art. 647a und Art. 647b ZGB)

3.230 Bei der Verwaltung von Miteigentum unterscheidet das Gesetz zwischen gewöhnlichen (Art. 647a ZGB) und wichtigeren Verwaltungshandlungen (Art. 647b ZGB)⁹¹³. Gewöhnliche Verwaltungshandlungen dürfen ge-

wobei die jeweiligen Verwaltungsordnungen allesamt vorsehen, dass die Gesamthänder zur ordentlichen Verwaltung bzw. zur gewöhnlichen Geschäftsführung einzelbefugt sind (oben Rz. 3.224). Die entsprechenden Bestimmungen über die Einzelbefugnisse der Gesamthänder zur ordentlichen Verwaltung bzw. gewöhnlichen Geschäftsführung (siehe oben Fn. 899 f.) können hier deshalb lückenfüllend im Sinne einer *Gesamtanalogie* (dazu KRAMER, S. 197 ff.) herangezogen werden.

Auf die *Verwaltungstätigkeit* des einzelnen Miterben findet – wie bei jeder Verwaltung – *subsidiär und analog Auftragsrecht* (Art. 394 ff. OR) Anwendung (zum Ganzen oben Rz. 3.186 ff.). Grundsätzlich kein Platz bleibt somit für die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR, dazu unten Rz. 3.274 ff.).

⁹⁰⁸ Es handelt sich hierbei also um *konkurrierende Verwaltungsbefugnisse* der mehreren, einzelnen Miterben (oben Rz. 3.182).

⁹⁰⁹ Vgl. oben Rz. 3.223 und zum Ganzen auch oben Rz. 3.89 ff.

⁹¹⁰ ZK-ESCHER, 1. Aufl., Ziff. 4 zu Art. 602 ZGB, und PROD'HOM, S. 81; so schon HUBER, Erläuterungen I, S. 459.

⁹¹¹ WIDMER, S. 60.

⁹¹² WIDMER, S. 60.

⁹¹³ Die Unterscheidung ist gleichbedeutend mit jener zwischen ordentlicher und ausserordentlicher Verwaltung (unten Rz. 3.233).

mäss Art. 647a Abs. 1 ZGB von *jedem Miteigentümer* ergriffen werden. Für wichtigere Verwaltungshandlungen ist dagegen die *Zustimmung der Mehrheit aller Miteigentümer*, die zugleich den *grösseren Teil der Sache* vertritt (Art. 647b Abs. 1 ZGB), notwendig⁹¹⁴; gewisse wichtigere Handlungen – seien diese verwaltend oder nicht – erfordern sogar die *Zustimmung aller Miteigentümer* (vgl. Art. 648 Abs. 2 ZGB).

Die *gewöhnliche Verwaltung* (Art. 647a ZGB) umfasst gemäss der Lehre alle Vorkehren, «die sich im gewöhnlichen Verlauf der Dinge als notwendig und [...] zweckmässig erweisen, im wesentlichen den Interessen aller Miteigentümer dienen und keine besonderen Kosten erfordern»⁹¹⁵.

Zur *wichtigeren Verwaltung* (Art. 647b ZGB) zählen dagegen «jene Verwaltungsangelegenheiten, die von nicht mehr alltäglicher Bedeutung sind und deren Erledigung – aus welchen Gründen auch immer – keine Selbstverständlichkeit mehr darstellt»⁹¹⁶. Abgrenzungskriterium zwischen gewöhnlichen und wichtigeren Verwaltungsvorkehren ist die Tragweite einer Anordnung⁹¹⁷, wobei namentlich auch die finanziellen Folgen zu berücksichtigen sind⁹¹⁸.

b. Ergebnisse der vorstehenden Analyse und Ergänzungen

aa. Terminologie und Unterscheidungskriterium des gewöhnlichen Laufs der Dinge

Die Begriffe «ordentliche» und «gewöhnliche» Verwaltung sind *synonym*; Gleiches gilt für die «wichtigere» und die «ausserordentliche» Verwaltung⁹¹⁹. Da sich der Gesetzgeber zumindest ab dem Inkrafttreten der Be-

⁹¹⁴ Zur Mehrheitsfindung siehe statt vieler BK-MEIER-HAYOZ, N. 3 f. zu Art. 647b ZGB.

⁹¹⁵ Klang-KLANG, S. 1110 (zitiert bei BK-MEIER-HAYOZ, N. 7 zu Art. 647a ZGB, der diese Definition als richtig erachtet); gl.M. SCHNEIDER, S. 101; vgl. zudem BSK-BRUNNER/WICHTERMANN, N. 4 zu Art. 647a ZGB.

⁹¹⁶ BSK-BRUNNER/WICHTERMANN, N. 1 zu Art. 647b ZGB; siehe zudem SCHNEIDER, S. 104, und BK-MEIER-HAYOZ, N. 5 zu Art. 647b ZGB.

⁹¹⁷ BK-MEIER-HAYOZ, N. 16 zu Art. 647 ZGB; vgl. auch SCHNEIDER, S. 104.

⁹¹⁸ SCHNEIDER, S. 104; BK-MEIER-HAYOZ, N. 7 zu Art. 647b ZGB, sowie BSK-BRUNNER/WICHTERMANN, N. 6 zu Art. 647b ZGB.

⁹¹⁹ Vgl. BSK-GEISER, N. 14 zu Art. 421/422 ZGB; ferner CAVIEZEL, S. 164; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 20 zu Art. 227/228 ZGB, sowie CR-MEIER, N. 9 und N. 14 zu Art. 227/228 ZGB.

stimmungen über den Erwachsenenschutz⁹²⁰ mehrheitlich des Begriffspaares «ordentliche» bzw. «ausserordentliche» Verwaltung bedient, hält sich auch diese Arbeit im Folgenden an diese Terminologie.

3.234 Aus der vorstehenden Zusammenstellung geht hervor, dass der Umfang der ordentlichen bzw. ausserordentlichen Verwaltung ziemlich unterschiedlich umschrieben wird. Immerhin scheint man sich mehrheitlich einig zu sein, dass die *ordentliche Verwaltung* alle verwaltenden Handlungen umfasst, die sich aus dem alltäglichen, gewöhnlichen Lauf der Dinge ergeben («Actes d'administration courante»⁹²¹), und dass alle Vorkehren, die nicht aus dem alltäglichen, gewöhnlichen Lauf der Dinge resultieren, zur *ausserordentlichen Verwaltung* zählen⁹²². Zwischen der ordentlichen und der ausserordentlichen Verwaltung ist also anhand des *gewöhnlichen Laufs der Dinge* zu unterscheiden, wobei sich die ordentliche und die ausserordentliche Verwaltung *komplementär* zueinander verhalten. Ausschlaggebend dafür, ob eine Vorkehr dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entspricht oder nicht, muss zudem ein *objektiver Massstab* sein.

3.235 Für die Zuordnung einer Vorkehr zur ordentlichen bzw. ausserordentlichen Verwaltung ist insbesondere auf das *Verhältnis zwischen den Kosten der ins Auge gefassten Vorkehr und dem Wert der verwalteten Vermögensgegenstände insgesamt* abzustellen⁹²³. Je grösser der Wert der zu verwaltenden Vermögensgegenstände, desto eher ist eine verwaltende Vorkehr noch mit dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu vereinbaren, und umgekehrt. Gilt es wertvolle Vermögensgegenstände zu verwalten, können auch Vorkehren, die vergleichsweise hohe Kosten verursachen, dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entsprechen und somit eine ordentliche Tragweite aufweisen.

⁹²⁰ Vgl. nArt. 374 Abs. 2 Ziff. 2 und nArt. 374 Abs. 3 ZGB (dazu oben Rz. 1.23) bzw. nArt. 416 Ziff. 4 und 5 ZGB (dazu oben Rz. 3.222).

⁹²¹ Marginalie zu Art. 647a ZGB in der französischen Fassung.

⁹²² Vgl. oben Rz. 3.217 f., Rz. 3.220 f., Rz. 3.231 f. und ferner Rz. 3.229. In der spärlichen Gerichtspraxis wurde eine gewöhnliche (also ordentliche) Verwaltungshandlung *bejaht*, wenn eine im Miteigentum stehende Grenzhecke im üblichen Mass zurückgeschnitten wird (vgl. OGer SH vom 25.09.2009, OGE 50/2005/39, E. 3.c.bb). Für weitere Beispiele sei auf die Literatur zu den fraglichen Verwaltungstatbeständen verwiesen (siehe etwa BK-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, N. 23 zu Art. 227 und Art. 228 ZGB; CAVIEZEL, S. 166 f.; BK-MEIER-HAYOZ, N. 8 zu Art. 647a und N. 6 zu Art. 647b ZGB, sowie WIDMER, S. 60).

⁹²³ Vgl. oben Rz. 3.232 und ferner oben Rz. 3.220.

Im Einzelfall erfordert der gewöhnliche Lauf der Dinge auch Verwaltungshandlungen, die kaum je getroffen werden müssen⁹²⁴. Für die Zuordnung einer Verwaltungshandlung zu den ordentlichen bzw. ausserordentlichen Vorkehren ist also *nicht massgeblich*, ob ein Verwalter diese *selten oder oft* ergreifen muss⁹²⁵. 3.236

Grundsätzlich ist es auch denkbar, dass eine ordentliche bzw. ausserordentliche Verwaltung *privatautonom* begründet wird, etwa indem ein Bankkunde seine Bank beauftragt (Art. 394 ff. OR), hinsichtlich der zu verwaltem Vermögensgegenstände nur Vorkehren zu tätigen, die sich aus dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ergeben. Dabei wird im Einzelfall zu bestimmen sein, ob die Parteien bei einer derartigen Vertragsgestaltung dasselbe meinen wie bei den entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen über die ordentliche bzw. ausserordentliche Verwaltung. 3.237

bb. Gesetzliche Kompetenzordnung bei Rechtsgemeinschaften und Selbständigkeit des verwaltenden Rechtsgemeinschafters

Bei den hier einbezogenen Rechtsgemeinschaften dürfen die Gemeinschaftlicher Vorkehren der ordentlichen Verwaltung von Gesetzes wegen alleine (d.h. ohne entsprechenden Beschluss der Gemeinschaftler) ergreifen⁹²⁶, weshalb sie zur *ordentlichen Verwaltung einzelbefugt*⁹²⁷ sind. Grundsätzlich gleich verhält es sich – wie bereits erörtert – auch bei den anderen, nicht untersuchten Rechtsgemeinschaften⁹²⁸. Eine gesetzliche Einzelbefugnis zur *ausserordentlichen Verwaltung* besteht dagegen nicht: Vorkehren der ausserordentlichen Verwaltung verlangen jeweils *Einstimmigkeit* der Gemeinschaftler oder zumindest einen *Mehrheitsentscheid*⁹²⁹, *ausser* es liege zugleich ein Fall von *Dringlichkeit* vor⁹³⁰. 3.238

⁹²⁴ Vgl. oben Rz. 3.217.

⁹²⁵ So dürfte der Ersatz eines defekten Lichtschalters einer ordentlichen Verwaltungshandlung entsprechen, da Lichtschalter wenig kosten. Unerheblich für die Qualifikation als ordentliche Verwaltungshandlung ist dabei, dass Lichtschalter nur sehr selten ersetzt werden müssen.

⁹²⁶ Oben Rz. 3.216, Rz. 3.223 ff. und Rz. 3.230.

⁹²⁷ Zur Qualifikation dieser Rechtsmacht als *mitgliedschaftsrechtliche Befugnis* (rechtliches «Dürfen») siehe oben Rz. 3.90 f.

⁹²⁸ Oben Rz. 3.224.

⁹²⁹ Oben Rz. 3.216, Rz. 3.223 bzw. Rz. 3.228 und Rz. 3.230. Bei der ausserordentlichen Verwaltung müssen die Rechtsgemeinschaftler somit zusammenwirken, wo-

3.239 Da die einzelnen Gemeinschafter Vorkehren der ausserordentlichen Verwaltung nicht alleine ergreifen dürfen, besteht insofern kein Raum für ein selbständiges Handeln. Auch bei der eigentlichen ausserordentlichen Verwaltungstätigkeit – also nachdem der entsprechende Beschluss gefasst worden ist –, dürfte die zu ergreifende *ausserordentliche Verwaltungshandlung* regelmässig derart genau spezifiziert sein, dass die für die Vermögensverwaltung typische *Selbständigkeit* des Verwalters in organisatorischer, zeitlicher und örtlicher Hinsicht⁹³¹ *stark eingeschränkt* ist.

c. Hier vertretener Begriff der ordentlichen bzw. ausserordentlichen Verwaltung von Vermögen

3.240 Im Lichte des hier vertretenen Begriffs der Vermögensverwaltung⁹³² ist unter der *ordentlichen Verwaltung* die Befugnis oder Pflicht zu verstehen, mit Vorkehren, die sich *aus dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ergeben*, selbständig und unter Wahrung fremder Interessen den Geldwert der zu verwaltenden Vermögensgegenstände möglichst zu erhöhen bzw. Verluste möglichst zu minimieren.

3.241 Die *ausserordentliche Verwaltung* kann dagegen definiert werden als Befugnis oder Pflicht, mit Vorkehren, die *nicht mit dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu vereinbaren sind*, selbständig⁹³³ und unter Wahrung fremder Interessen den Geldwert der zu verwaltenden Vermögensgegenstände möglichst zu erhöhen bzw. Verluste möglichst zu minimieren.

bei es sich hierbei um eine *mitgliedschaftsrechtliche Pflicht* (rechtliches «Müssen») handelt (oben Rz. 3.94).

Zu den Rechtsfolgen, welche Vorkehren zeitigen, die der ausserordentlichen Verwaltung zuzuordnen sind und *ohne* die erforderliche *Entscheidfindung* ergriffen werden (und auch nicht dringlich sind), siehe unten Rz. 3.274 ff. (insbesondere Rz. 3.276).

⁹³⁰ Zu dringlichen verwaltenden Vorkehren sind die Rechtsgemeinschafter *einzelbefugt*; siehe unten Rz. 3.248 ff. (insbesondere Rz. 3.257).

⁹³¹ Oben Rz. 3.128.

⁹³² Oben Rz. 3.61.

⁹³³ Siehe aber das oben in Rz. 3.239 Ausgeführte zur nur sehr beschränkten Selbständigkeit der Rechtsgemeinschafter bei Vorkehren der ausserordentlichen Verwaltung.

3. Notwendige Verwaltung von Vermögen

a. Analyse der relevanten Tatbestände

aa. *Blosse und notwendige Verwaltung des Nachlasses* (Art. 571 Abs. 2 bzw. Art. 585 Abs. 1 ZGB)

In einzelnen Fällen beschränkt das Gesetz die Verwaltung auf notwendige oder blosse Vorkehren. Derartige Vorschriften finden sich zunächst im Erbrecht: Gemäss Art. 571 Abs. 2 ZGB verwirkt ein Erbe seine Ausschlagungsbefugnis durch eine *blosse Verwaltung* des Nachlasses noch nicht. Zudem bestimmt Art. 585 Abs. 1 ZGB, dass während der Dauer des öffentlichen Inventars nur *notwendige Verwaltungshandlungen* vorgenommen werden dürfen.

3.242

Auch wenn in der Lehre zum Teil umstritten ist, ob sich der Umfang der blossen Verwaltung des Nachlasses (Art. 571 Abs. 2 ZGB) mit dem Umfang der notwendigen Nachlassverwaltung (Art. 585 Abs. 1 ZGB) deckt⁹³⁴, scheint zumindest insoweit Konsens zu bestehen, als die blosse und die notwendige Verwaltung *Vorkehren zur Sicherung der Erbschaftsgegenstände* umfassen⁹³⁵.

3.243

bb. *Notwendige Verwaltung von Miteigentum durch die Miteigentümer* (Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB)

Gemäss Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB kann *jeder Miteigentümer* verlangen, dass alle Verwaltungshandlungen, die für die Erhaltung des Werts und der Gebrauchsfähigkeit der Sache notwendig sind, durchgeführt und gegebenenfalls vom Gericht angeordnet werden.

3.244

⁹³⁴ Ein Teil der Lehre vertritt die Meinung, die notwendige und die blosse Verwaltung seien weitgehend *identisch* (vgl. BK-TUOR/PICENONI, N. 8 zu Art. 585 ZGB, und BSK-WISSMANN, N. 5 zu Art. 585 ZGB). Andere Autoren sind dagegen der Ansicht, die notwendige Verwaltung sei *enger* auszulegen als die blosse (vgl. SPR IV/2-PIOTET, S. 808; ebenso wohl ZK-ESCHER/ESCHER, N. 1 und ferner N. 5 zu Art. 585 ZGB).

⁹³⁵ Vgl. BK-TUOR/PICENONI, N. 13 zu Art. 571 ZGB und N. 8 zu Art. 585 ZGB; BSK-SCHWANDER, N. 5 zu Art. 571 ZGB; BSK-WISSMANN, N. 5 zu Art. 585 ZGB; ferner SPR IV/2-PIOTET, S. 602 f. und S. 808 f., sowie KIRCHHOFER, S. 95 ff. (insbesondere S. 98).

3.245 Der Begriff der *Notwendigkeit* ist dabei gleich auszulegen wie bei den notwendigen baulichen Massnahmen nach Art. 647c ZGB⁹³⁶. Als notwendig für die Erhaltung des Werts oder der Gebrauchsfähigkeit – die beiden Voraussetzungen müssen nicht kumulativ vorliegen⁹³⁷ – erachtet die Lehre «[j]ede zur Vermeidung von Zerfall, Zerstörung oder anderer Verschlechterung des Zustandes der Sache unausweichliche Massnahme»⁹³⁸. Notwendig sind also einerseits Vorkehren, die den *Geldwert* des Miteigentums erhalten⁹³⁹, und andererseits Massnahmen, welche die *Substanz* oder die *Gebrauchsfähigkeit* der davon erfassten Sachen sichern.

b. Keine allgemeine Definition der notwendigen Verwaltung von Vermögen

3.246 Die Besonderheit der notwendigen Verwaltung besteht darin, dass der Begriff der Notwendigkeit für sich alleine nichts darüber aussagt, *wozu* eine Vorkehr *notwendig* sein muss. Aus der vorstehenden Analyse geht denn auch hervor, dass je nach Tatbestand andere Vorkehren als notwendig gelten. Bei der blossen bzw. notwendigen Nachlassverwaltung (Art. 571 Abs. 2 bzw. Art. 585 Abs. 1 ZGB) zeigte sich, dass nur solche verwaltenden Vorkehren notwendig sind, die den *Geldwert* der Nachlassgegenstände erhalten⁹⁴⁰. Demgegenüber muss bei der notwendigen Verwaltung von Miteigentum

⁹³⁶ BSK-BRUNNER/WICHTERMANN, N. 6 zu Art. 647c ZGB; siehe auch BK-MEIER-HAYOZ, N. 55 zu Art. 647 ZGB und ferner N. 6 zu Art. 647c ZGB.

⁹³⁷ BK-MEIER-HAYOZ, N. 57 zu Art. 647 ZGB; gl.M. SCHNEIDER, S. 93; BSK-BRUNNER/WICHTERMANN, N. 49 zu Art. 647 ZGB, sowie STEINAUER, *droits réels* I, Rz. 1246.

⁹³⁸ SCHNEIDER, S. 93; gl.M. BK-MEIER-HAYOZ, N. 58 zu Art. 647 ZGB, und BSK-BRUNNER/WICHTERMANN, N. 49 zu Art. 647 ZGB. Im BGB ist der Begriff der notwendigen Verwaltung dagegen weiter gefasst (BK-MEIER-HAYOZ, a.a.O., N. 60 m.w.H.).

⁹³⁹ Hinsichtlich der *Werterhaltung* im Speziellen kann (mangels entsprechender Ausführungen in der sachenrechtlichen Literatur) auf die Untersuchungen von CAVIEZEL, S. 202 f., verwiesen werden, der sich a.a.O. mit der Erhaltung des Mündelvermögens durch den Vormund auseinandergesetzt hat. Überträgt man seine Erkenntnisse auf den vorliegenden Fall, erweisen sich alle Vorkehren als werterhaltend, die erforderlich sind, um den Wert des Miteigentums *teuerungsbereinigt konstant* zu halten.

⁹⁴⁰ Oben Rz. 3.243.

(Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB) eine Massnahme den *Geldwert*, die *Sachsubstanz* oder die *Gebrauchstauglichkeit* bewahren, damit sie notwendig ist⁹⁴¹.

Die notwendige Verwaltung entzieht sich daher einer allgemeinen begrifflichen Erfassung. Eine *allgemeine Definition* der notwendigen Verwaltung ist mithin *nicht möglich*. Es gilt vielmehr, bei jedem Tatbestand einzeln zu ermitteln, *zu welchen Zwecken* die entsprechenden Verwaltungshandlungen *notwendig* sein müssen⁹⁴².

3.247

4. Dringliche Verwaltung von Vermögen

a. Analyse der relevanten Tatbestände

aa. Dringliche Verwaltung des Gesamtguts durch die Ehegatten?

Der Gesetzgeber hat *nicht geregelt*, ob die Ehegatten befugt sind, Vorkehren der *dringlichen Verwaltung des Gesamtguts* alleine zu ergreifen. Anlässlich der Revision des Ehegüterrechts wurde anscheinend diskutiert, ob dringliche Handlungen nicht zur ordentlichen Verwaltung des Gesamtguts zu zählen seien⁹⁴³. Würde man Art. 227 Abs. 2 ZGB entsprechend auslegen, wäre jeder Ehegatte nicht nur zur ordentlichen Verwaltung einzelbefugt⁹⁴⁴,

3.248

⁹⁴¹ Oben Rz. 3.245. Als *notwendige Verwaltungshandlung* qualifizierten die Gerichte beispielsweise die Erstellung einer Zufahrtsstrasse auf einer Wegparzelle (siehe oben Rz. 3.142 und insbesondere Fn. 678). Als *nicht notwendig* erwiesen hat sich in der Rechtsprechung zu Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 bzw. Art. 647c ZGB die Isolierung gewisser Teile einer Baute, wenn die Wärmedämmung zur Zeit ihrer Errichtung den Anforderungen genügt und diese aufgrund der heute geltenden Verkehrsauffassung noch bewohnbar ist (vgl. KG GR vom 05.07.1995, PF 6/95, PKG 1995 Nr. 51, S. 171 ff.). Ebenfalls keine zur Werterhaltung notwendige Verwaltungshandlung liegt vor, wenn eine Wohnung zu vorteilhafteren Konditionen als bisher vermietet werden soll (vgl. BGE 97 II 320, E. 4 S. 324 f.). Für weitere Beispiele sei auf die Literatur zu den fraglichen Verwaltungstatbeständen verwiesen (siehe etwa BK-MEIER-HAYOZ, N. 62 f. zu Art. 647 ZGB).

⁹⁴² Eine Norm, welche eine notwendige Verwaltung anordnet, ohne den durch die notwendige Verwaltung anzustrebenden Zweck zu spezifizieren, wäre lückenhaft.

⁹⁴³ Vgl. MASANTI-MÜLLER, Fn. 732 auf S. 121.

⁹⁴⁴ Dazu oben Rz. 3.216.

sondern auch zur dringlichen. In der Lehre wird das Bestehen einer Einzelbefugnis zur dringlichen Verwaltung wohl verneint⁹⁴⁵.

3.249 Die *praktische Bedeutung* dieser Thematik ist indes *gering*, weil die Ehegatten gemäss Art. 166 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB unabhängig vom Güterstand sowieso ermächtigt sind, sich gegenseitig auch für die weiteren Bedürfnisse der Familie (und somit auch für die meisten dringenden Geschäfte) zu vertreten, falls sich die Zustimmung des anderen Ehegatten nicht einholen lässt⁹⁴⁶.

bb. Dringliche Verwaltung des Nachlasses durch die Miterben
(Art. 602 Abs. 2 ZGB)

3.250 Gemäss der h.L. und Rechtsprechung ist *jeder Miterbe* – in Durchbrechung des Gesamthandprinzips – einzelbefugt, Vorkehren der dringlichen Verwaltung zu ergreifen⁹⁴⁷. Nach der hier vertretenen Auffassung besteht in diesen Fällen aufgrund von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) meist sogar eine Handlungspflicht⁹⁴⁸.

3.251 *Dringlichkeit* liegt vor, «wo es gilt, eine kurze Frist zu wahren oder sonstwie drohenden Schaden durch rasches Handeln von der Erbengemeinschaft abzuwenden»⁹⁴⁹. Es ist also «Gefahr im Verzug»⁹⁵⁰. Vorkehren der dringlichen Nachlassverwaltung können ordentliche oder ausserordentliche Tragweite aufweisen⁹⁵¹.

⁹⁴⁵ Vgl. MASANTI-MÜLLER, S. 121; ferner BK-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, N. 23 und N. 36 zu Art. 227 und Art. 228 ZGB.

⁹⁴⁶ Zur Vertretungsmacht der Ehegatten (Art. 166 ZGB) siehe die Nachweise oben in Fn. 719.

⁹⁴⁷ WIDMER, S. 60; ZK-ESCHER/ESCHER, N. 60 zu Art. 602 ZGB; BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N. 18 zu Art. 602 ZGB; STEINAUER, droit des successions, Rz. 1213, sowie ferner BK-TUOR/PICENONI, N. 20 zu Art. 602 ZGB. A.M. PIOTET, Principe, S. 390 ff., und SPR IV/2-PIOTET, S. 668 f. Aus der Rechtsprechung vgl. etwa BGE 58 II 195, E. 2 S. 200; BGE 93 II 11, E. 2.b S. 14 f.; BGE 121 III 118, E. 3 S. 121 f.; BGE 125 III 219, E. 1.a S. 220, sowie BGer vom 21.12.2007, 5A_141/2007, E. 4.2.3.

⁹⁴⁸ Oben Rz. 3.96.

⁹⁴⁹ BGE 58 II 195, E. 2 S. 200.

⁹⁵⁰ WIDMER, S. 60.

⁹⁵¹ Vgl. WIDMER, S. 60.

cc. *Dringliche Verwaltung von Miteigentum durch die Miteigentümer*
(Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB)

Gemäss Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB darf *jeder Miteigentümer* in dringenden Fällen alle Massnahmen ergreifen, «um die Sache vor drohendem oder wachsendem Schaden zu bewahren». Es besteht mithin eine gesetzliche Einzelbefugnis zur Ergreifung aller dringenden Verwaltungshandlungen⁹⁵². Auch diese Befugnis wird – wie bereits ausgeführt⁹⁵³ – von einer aus Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) abzuleitenden Handlungspflicht überlagert, weshalb die Miteigentümer im Ergebnis zur dringlichen Verwaltung vorwiegend verpflichtet sind.

3.252

Gemäss der h.L. liegt *Dringlichkeit* vor, «wenn Handeln keinen Aufschub duldet, ohne dass ernsthaft und vernünftigerweise mit der Verwirklichung drohenden Schadens oder der Vergrösserung bereits eingetretenen Schadens an der Sache gerechnet werden muss»⁹⁵⁴. Dringliche Massnahmen setzen also voraus, dass die beabsichtigte Vorkehr *sofort* zu treffen ist, damit ein (weiterer) *Wert- oder Substanzverlust ausbleibt*. Das unverzügliche Eingreifen muss zudem *objektiv* geboten sein: «Entscheidend wird sein, ob ein verständiger Mensch unter den gleichen Umständen mit seinem Eingreifen ebenfalls nicht länger gezögert hätte»⁹⁵⁵. Vorkehren der dringlichen Verwaltung des Miteigentums können ordentliche oder ausserordentliche Tragweite aufweisen⁹⁵⁶.

3.253

⁹⁵² Dringliche Massnahmen nach Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB sind gemäss der h.L. stets auch notwendige Verwaltungshandlungen i.S.v. Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB (BK-MEIER-HAYOZ, N. 73 zu Art. 647 ZGB; SCHNEIDER, S. 98, sowie STEINAUER, Rz. 1250; vgl. ferner BSK-BRUNNER/WICHTERMANN, N. 57 zu Art. 647 ZGB). Mit dringlichen Massnahmen meint Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB also dringliche Verwaltungshandlungen, obwohl der Begriff der Verwaltung nur in der Marginalie dieser Bestimmung Erwähnung findet.

⁹⁵³ Oben Rz. 3.96.

⁹⁵⁴ BSK-BRUNNER/WICHTERMANN, N. 58 zu Art. 647 ZGB (Hervorhebungen entfernt). Vgl. schon BK-MEIER-HAYOZ, N. 75 zu Art. 647 ZGB; ferner SCHNEIDER, S. 98 f., und STEINAUER, *droits réels* I, Rz. 1248.

⁹⁵⁵ BK-MEIER-HAYOZ, N. 76 zu Art. 647 ZGB m.w.H.; gl.M. SCHNEIDER, S. 98; BSK-BRUNNER/WICHTERMANN, N. 58 zu Art. 647 ZGB, sowie STEINAUER, *droits réels* I, Rz. 1250.

⁹⁵⁶ BK-MEIER-HAYOZ, N. 73 zu Art. 647 ZGB.

b. Ergebnisse der vorstehenden Analyse und Ergänzungen

aa. Unterscheidungskriterium der zeitlichen Dringlichkeit

3.254 Die vorstehende Untersuchung hat ergeben, dass Dringlichkeit eine *Gefährdung des bestehenden Zustands* voraussetzt⁹⁵⁷. Den verwalteten Vermögensgegenständen droht ein *Wertverlust* bzw. den entsprechenden körperlichen Sachen ein *Substanzverlust*. Dringende Vorkehrungen zielen darauf, den Eintritt dieses Verlusts zu vereiteln. Sie dienen somit dazu, den Wert der verwalteten *Vermögensgegenstände* oder die entsprechende *Sachsubstanz* zu *erhalten*. Dazu stehen dem Verwalter alle schadenabwendenden Verwaltungshandlungen zur Verfügung, seien sie von ordentlicher oder von ausserordentlicher Tragweite⁹⁵⁸.

3.255 Dringlich sind notwendige Vorkehrungen erst, wenn sie unverzüglich an die Hand genommen werden müssen, ansonsten der angestrebte Erfolg – also die Verhinderung des Wertverlusts oder der Beeinträchtigung der Sachsubstanz – ausbleibt⁹⁵⁹. Gemeint ist somit *zeitliche Dringlichkeit*. Das Vorliegen von Dringlichkeit beurteilt sich dabei anhand eines *objektiven Massstabs*⁹⁶⁰, also danach, ob ein verständiger Dritter in derselben Situation ebenfalls unverzüglich gehandelt hätte.

3.256 Prinzipiell erscheint es auch möglich, eine dringliche Verwaltung *vertraglich* zu begründen⁹⁶¹. Man denke etwa an ein Wertschriftendepot bei einer Bank, das durch den Bankkunden verwaltet wird, wobei aber die Bank parallel beauftragt wird (Art. 394 ff. OR), Vorkehrungen der dringlichen Verwaltung – beispielsweise im Falle von Kursstürzen an den Börsen – zu ergreifen.

bb. Gesetzliche Kompetenzordnung bei Rechtsgemeinschaften

3.257 Bei der Verwaltung des Gesamtguts (Art. 227 f. ZGB) scheint nicht restlos geklärt, inwiefern die Ehegatten Vorkehrungen der dringlichen Verwal-

⁹⁵⁷ Vgl. oben Rz. 3.251 und Rz. 3.253.

⁹⁵⁸ Vgl. oben Rz. 3.251 und Rz. 3.253.

⁹⁵⁹ Vgl. oben Rz. 3.251 und Rz. 3.253. Als *dringlich* i.S.v. Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB beurteilten die Gerichte beispielsweise die vorsorgliche Sanierung einer schadhafte Kanalisationsleitung und die entsprechenden vorsorglichen Beweisaufnahmen (vgl. BGE 111 II 26, E. 6 S. 30 f.). Für weitere Beispiele sei auf die Literatur verwiesen (siehe etwa BK-MEIER-HAYOZ, N. 77 zu Art. 647 ZGB).

⁹⁶⁰ Vgl. oben Rz. 3.253.

⁹⁶¹ Siehe auch oben Rz. 3.237.

tung alleine ergreifen dürfen⁹⁶², während die *Gemeinschafter* bei den anderen beiden untersuchten Rechtsgemeinschaften *jeweils zur dringlichen Verwaltung einzelbefugt* sind⁹⁶³. Dass es sich hierbei um einen *Grundsatz* handelt, der die gesamte Rechtsordnung durchdringt, zeigt sich daran, dass die *Gemeinschafter* auch bei den hier nicht untersuchten Rechtsgemeinschaften von Gesetzes wegen befugt sind, Vorkehren der dringlichen Verwaltung bzw. der Notgeschäftsführung alleine zu ergreifen⁹⁶⁴. Die Befugnisse zur dringlichen Verwaltung werden dabei – wie bereits ausführlich erläutert⁹⁶⁵ – in vielen Fällen von einer aus Art. 2 Abs. 1 ZGB fliessenden Verpflichtung überlagert, bei Dringlichkeit alle zumutbaren Vorkehren zu ergreifen, um Schaden abzuwehren.

Dringlichkeit ist bei Rechtsgemeinschaften insbesondere dann zu bejahen, wenn ein entsprechender *Beschluss* der *Gemeinschafter* – beispielsweise der Miterben oder Miteigentümer – *nicht rechtzeitig* eingeholt werden kann⁹⁶⁶.

3.258

⁹⁶² Oben Rz. 3.248 f. Unter *gesetzssystematischen Gesichtspunkten* ist eine dringliche Einzelverwaltungsbefugnis der Ehegatten zu befürworten, weil die *Gemeinschafter* bei allen anderen Rechtsgemeinschaften ebenfalls zur dringlichen Verwaltung einzelbefugt sind (vgl. sogleich im Haupttext).

⁹⁶³ Oben Rz. 3.250 und Rz. 3.252. Zur Qualifikation dieser Rechtsmacht als *mitgliedschaftsrechtliche Befugnis* (rechtliches «Dürfen») siehe oben Rz. 3.90 f. Die *Ratio legis* dieser Einzelbefugnis der *Gemeinschafter* zur dringlichen Verwaltung kann darin erblickt werden, dass die *Gemeinschafter* an den zu verwaltenen Vermögensgegenständen *auch* – aber nicht alleine – *zuständig* sind (vgl. dazu oben Rz. 3.02 f. und Rz. 3.84 ff.), weshalb sie sich nicht rechtswidrig verhalten sollen, wenn sie bei Gefährdung ihres *auch eigenen Vermögens* die zur Schadenabwehr dringend notwendigen Vorkehren ergreifen.

⁹⁶⁴ Bei der *Gemeinderschaft* (Art. 336 ff. ZGB) darf jeder Gemeinder dringliche Massnahmen ergreifen (BSK-HÄNSELER/LEHMANN, N. 14 zu Art. 340 ZGB m.H. auf Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB). Gemäss Art. 535 Abs. 3 OR ist zudem bei *einfachen Gesellschaften* (Art. 530 ff. OR) jeder Gesellschafter zur Notgeschäftsführung befugt (vgl. dazu statt vieler BK-FELLMANN, N. 238 ff. zu Art. 535 OR), wobei diese Bestimmung auf die *Kollektiv- und Kommanditgesellschaft* (Art. 552 ff. bzw. Art. 594 ff. OR) analoge Anwendung findet (oben Fn. 900).

⁹⁶⁵ Oben Rz. 3.96.

⁹⁶⁶ Zu den Rechtsfolgen, welche Vorkehren zeitigen, bei denen *keine Dringlichkeit* vorliegt (und die zugleich auch nicht zur ordentlichen Verwaltung zählen), siehe unten Rz. 3.274 ff. (insbesondere Rz. 3.276).

c. Hier vertretener Begriff der dringlichen Verwaltung von Vermögen

3.259

Aufbauend auf den vorstehenden Erkenntnissen und in Anwendung des hier vertretenen Begriffs der Vermögensverwaltung⁹⁶⁷ kann die *dringliche Verwaltung* umschrieben werden als Befugnis oder Pflicht, selbständig und unter Wahrung fremder Interessen *den Geldwert der zu verwaltenden Vermögensgegenstände oder die entsprechende Sachsubstanz zu erhalten, wenn diesen ein Wertverlust oder eine Beeinträchtigung der Sachsubstanz unmittelbar droht.*

§ 22: Verwaltungstätigkeit und Rechtsfolgen

1. Verwaltungstätigkeit (Handlungen des Vermögensverwalters)

a. Im Allgemeinen

3.260

Als Verwaltungshandlung eignet sich – wie bereits SIBER zutreffend festgestellt hat – «jedes tatsächliche oder rechtliche Gebaren»⁹⁶⁸. Um seine Verpflichtung zur Verwaltung zu erfüllen oder seine Verwaltungsbefugnis wahrzunehmen, kann sich mithin der Vermögensverwalter grundsätzlich *aller erdenklichen Vorkehren* bedienen, insbesondere aller *rechtlich bedeutsamen Handlungen* (also insbesondere rechtsgeschäftliche bzw. rechtsgeschäftsähnliche Willenserklärungen sowie Realakte)⁹⁶⁹. Als Verwaltungshandlungen kommen ebenso *Unterlassungen* in Frage⁹⁷⁰. In jedem Fall, somit

⁹⁶⁷ Oben Rz. 3.61.

⁹⁶⁸ SIBER, Verwaltungsrecht, S. 107. Gl.M. etwa WIDMER, S. 58; LÜSCHER, S. 76; SCHNEIDER, S. 90 und S. 104 (vgl. aber S. 96); CAVIEZEL, S. 159; BARBATTI, S. 31; MASANTI-MÜLLER, S. 64 und S. 66; MARXER KELLER, S. 13 f., sowie J. PICENONI, S. 44.

⁹⁶⁹ Vgl. zum Ganzen statt vieler VON TUHR/PETER, AT OR I/1, S. 174 ff. Die Vermögensverwaltung erfordert gelegentlich auch, dass der Vermögensverwalter *im Zuge der Verwaltung Verpflichtungen erfüllt*, also z.B. Schulden bezahlt (siehe oben Rz. 3.117).

⁹⁷⁰ Die Tätigkeit des Vermögensverwalters besteht häufig in Unterlassungen, etwa wenn er Vermögensgegenstände, deren Wert kontinuierlich steigt, nicht veräußert.

auch wenn ausnahmsweise nur eine Befugnis (und keine Pflicht) zur Verwaltung besteht, ist der Vermögensverwalter gestützt auf Art. 398 Abs. 1 und 2 OR bzw. Art. 2 Abs. 1 ZGB verpflichtet, die Verwaltungstätigkeit *sorgfältig* auszuüben⁹⁷¹.

Verwaltungsbezogene Besonderheiten hinsichtlich der tatsächlichen oder rechtlichen Vorkehren, die der Vermögensverwalter ergreifen kann, sind grundsätzlich *nicht auszumachen*: Rechtswirksames Handeln – sei es zur Verwaltung oder zu anderen Zwecken – setzt auch beim Vermögensverwalter *Handlungsfähigkeit* (Art. 12 ff. ZGB) voraus⁹⁷². Wie bei allen Personen ergibt sich seine Rechtsstellung insbesondere aus den Rechten, Pflichten und Rechtsverhältnissen, die in seine *Zuständigkeit* fallen⁹⁷³. Von grosser Bedeutung sind dabei seine *Machtbefugnisse* (wozu die Vertretungsmacht und die Verfügungsmacht über fremde Vermögensgegenstände zählen)⁹⁷⁴, weil diese das rechtliche «Können» des Vermögensverwalters erweitern⁹⁷⁵. Bei den Machtbefugnissen handelt es sich indes ebenfalls nicht um eine verwaltungsbezogene Spezialität⁹⁷⁶.

3.261

⁹⁷¹ Oben Rz. 3.95 und insbesondere Rz. 3.194 ff.

⁹⁷² Die Handlungsfähigkeit bildet insofern eine *Voraussetzung des rechtlichen Könnens* (vgl. VON TUHR, AT BGB I, S. 160 f.). Sie «ist denn auch nicht, soweit wie die Rechtsfähigkeit, ihrerseits ein subjektives Recht, sondern lediglich die Fähigkeit, durch eigenes Verhalten in den Bestand subjektiver Rechte und Pflichten gestaltend einzugreifen. Die Möglichkeit der normativen Einflussnahme auf faktische Verhältnisse verleihen nur die eigentlichen subjektiven Rechte [...]» (BK-BUCHER, N. 12 zu Art. 12 ZGB; vgl. zum Ganzen statt vieler a.a.O. auch N. 11 ff. sowie N. 1 ff. der Vorbem. vor Art. 12–19 ZGB).

⁹⁷³ So kann ein Liegenschaftsverwalter, der zugleich *Eigentümer* (Art. 641 ZGB) eines Rasenmähers ist, die Liegenschaft (bzw. genauer: das Eigentum an der Liegenschaft, Art. 641 i.V.m. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB) anders – nämlich unter Einsatz seines eigenen Rasenmähers – verwalten als ein Verwalter, der kein Eigentum an einer solchen Gerätschaft hat (zur Benutzungsbefugnis als Teil der Eigentümerstellung siehe statt vieler BSK-WIEGAND, N. 33 zu Art. 641 ZGB).

⁹⁷⁴ Anknüpfend an das Beispiel in Fn. 973 hiervor ist es dem Liegenschaftsverwalter etwa nur möglich, Mobilien, das sich auf dieser befindet, in eigenem Namen Dritten zu übereignen, soweit er entsprechende *Verfügungsmacht* hat (vgl. zum Ganzen auch oben Rz. 3.161 ff.).

⁹⁷⁵ Zu den Machtbefugnissen siehe oben Rz. 3.146 ff.

⁹⁷⁶ Vgl. oben Rz. 3.150 ff. (insbesondere Rz. 3.152).

b. SIBERS Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Verwaltungshandlungen

3.262

SIBER, der Urheber des herrschenden Begriffs der Vermögensverwaltung⁹⁷⁷, unterscheidet zwischen unmittelbaren und mittelbaren Verwaltungshandlungen: *Unmittelbare* Verwaltungshandlungen wirken «unmittelbar und nicht nur vermöge des Innenverhältnisses zwischen dem Verwalter und dem verwalteten Gut auf dieses [sc. das verwaltete Gut]»⁹⁷⁸; *mittelbare* Verwaltungshandlungen dagegen wirken «nur im Innenverhältnis zwischen ihrem Urheber und dem verwalteten Gut»⁹⁷⁹. SIBER scheint bei dieser Unterscheidung im Wesentlichen darauf abzustellen, ob eine verwaltende Rechts- oder Tathandlung unmittelbar im Rechtskreis der Träger der verwalteten Vermögensgegenstände Wirkung entfaltet (unmittelbare Verwaltungshandlungen) oder nicht (mittelbare Verwaltungshandlungen).

3.263

Mit dieser Unterscheidung ist indes kaum etwas gewonnen: Inwiefern der Vermögensverwalter in einen fremden Rechtskreis unmittelbar einwirken kann, ergibt sich bei ihm (wie bei allen Personen) in erster Linie aus seinen Machtbefugnissen⁹⁸⁰. Folgt man der Begrifflichkeit SIBERS, sind alle Vorkehren *unmittelbare Verwaltungshandlungen*, die in Ausübung einer Machtbefugnis erfolgen und deshalb direkt für andere Personen – hier die Träger der verwalteten Vermögensgegenstände – wirken. Als unmittelbar erweisen sich zudem auch Realakte oder unerlaubte Handlungen, falls diese direkt in den Rechtskreis der Träger der verwalteten Vermögensgegenstände eingreifen.

⁹⁷⁷ Oben Rz. 1.47 ff.

⁹⁷⁸ SIBER, Verwaltungsrecht, S. 107. Eine *unmittelbare Verwaltungshandlung* ist gemäss SIBER, a.a.O., «jedes tatsächliche Gebaren mit dazugehörigen [sc. zum verwalteten Vermögen gehörigen] Sachen [...], wenn sie ihrem Typus nach den Zweck einer berechtigten Erhaltung oder Mehrung haben kann [...]. Ferner jede Verfügung über Gegenstände des Gutes und jedes Verpflichtungsgeschäft, aus dem dieses unmittelbar haftet [...], jedes Erwerbsgeschäft für Rechnung des Gutes, wenn der Erwerb diesem unmittelbar zufällt, und jede Prozeßführung, die – namentlich hinsichtlich der Rechtskraft – unmittelbar für oder gegen oder auch für und gegen das Gut wirkt».

⁹⁷⁹ SIBER, Verwaltungsrecht, S. 109. In diesem Sinn *mittelbar* sind Verwaltungshandlungen, so SIBER, a.a.O., S. 108 f., «wenn der Verwalter dazugehörige Rechte im eigenen Namen verkauft oder ohne Wirkung für und gegen das Gut einklägt [...]» bzw. «wenn der Mann für das eingebrachte Gut der Frau im eigenen Namen ein Darlehn aufnimmt».

⁹⁸⁰ Oben Rz. 3.146 ff.

Soweit dagegen die Handlungen des Vermögensverwalters direkte Wirkung nur in seinem eigenen Rechtskreis (oder im Rechtskreis Dritter) entfalten, handelt es sich – in der Terminologie von SIBER – um *mittelbare Verwaltungshandlungen*. Mittelbare Verwaltungshandlungen resultieren beispielsweise bei der sogenannten indirekten bzw. mittelbaren Stellvertretung, wenn also eine Person (hier der Vermögensverwalter) in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung handelt (hier also auf Rechnung der Träger der verwalteten Vermögensgegenstände)⁹⁸¹.

3.264

2. Potentielle Rechtsfolgen der Verwaltungstätigkeit (Hinweise)

a. Haftung für eine pflicht- bzw. befugniswidrige Verwaltungstätigkeit

Die Rechtsfolgen einer *Schlechterfüllung der Vermögensverwaltung* ergeben sich zumindest subsidiär und analog aus den Bestimmungen über den einfachen Auftrag (Art. 394 ff. OR)⁹⁸². Mangels besonderer Vorschrift im Auftragsrecht ist die allgemeine Regel von Art. 97 Abs. 1 OR massgebend⁹⁸³. Der Vermögensverwalter muss also für jeden Schaden einstehen, den er durch seine Verwaltungs(un)tätigkeit adäquat kausal (bzw. bei Untätigkeit: hypothetisch kausal) verursacht hat und für den er sich nicht durch den Nachweis fehlenden Verschuldens befreien kann⁹⁸⁴. Bei den gesetzlichen

3.265

⁹⁸¹ Zur indirekten bzw. mittelbaren Stellvertretung (bei welcher es sich nicht um eine Stellvertretung im technischen Sinn handelt) vgl. statt vieler BK-ZÄCH, N. 165 ff. zu Art. 32 OR; BUCHER, OR AT, S. 597 f.; SCHWENZER, Rz. 40.04 f., sowie ENGEL, S. 407 ff.

⁹⁸² Zur Anwendbarkeit von Auftragsrecht auf die Verwaltung siehe oben Rz. 3.186 ff.

⁹⁸³ Art. 97 OR kommt jedenfalls dann subsidiär zur Anwendung, wenn die besonderen Bestimmungen des OR keine Vorschriften über Leistungsstörungen enthalten wie namentlich im Auftragsrecht (vgl. statt vieler BSK-WIEGAND, N. 16 der Einleitung zu Art. 97–109 OR). Diese Vorschrift ist auf *alle Obligationen* anwendbar, die erfüllt werden können, eingeschlossen entsprechende *gesetzliche* Verpflichtungen (BSK-WIEGAND, N. 3 zu Art. 97 OR).

⁹⁸⁴ Zum Ganzen statt vieler BSK-WIEGAND, N. 5 ff. zu Art. 97 OR.

Verwaltungstatbeständen gilt es zum Teil besondere Vorschriften zu beachten⁹⁸⁵.

3.266 Eine nicht pflichtgemässe Vermögensverwaltung liegt insbesondere dann vor, wenn der Verwalter die für ihn massgeblichen fremden Interessen⁹⁸⁶ nicht wahrt oder den Wert der verwalteten Vermögensgegenstände (trotz entsprechender Gelegenheit) nicht ausreichend vermehrt⁹⁸⁷. Jede *pflicht- oder befugniswidrige Verwaltungstätigkeit* – also jedes Fehlverhalten des Verwalters⁹⁸⁸ – stellt *zugleich* einen *Verstoss gegen* die von ihm *geforderte Sorgfalt* dar (Art. 398 Abs. 1 und 2 OR)⁹⁸⁹.

3.267 Auch *pflichtwidrige Verwaltungshandlungen*, die in Ausübung einer Machtbefugnis ergangen sind, entfalten bei den Rechtsträgern der verwalteten Vermögensgegenstände gewöhnlich *Wirkung*⁹⁹⁰. Insofern trifft es zu, dass die Wirksamkeit einer Verwaltungshandlung, wie SIBER schreibt⁹⁹¹, grundsätzlich nicht von ihrer Ordnungsmässigkeit abhängig ist⁹⁹². Für den Scha-

⁹⁸⁵ Vgl. etwa Art. 426 ff. ZGB (bzw. nArt. 454 ff. ZGB) zur Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen (bzw. erwachsenenschutzrechtlichen) Organe; siehe dazu beispielsweise BGE 135 III 198 und BGE 136 III 113 (jeweils *passim*).

⁹⁸⁶ Dazu oben Rz. 3.130 ff. Wenn der Verwalter *Weisungen missachtet*, werden damit Befugnisse oder Pflichten des Innenverhältnisses (dazu oben Rz. 3.68 f.) verletzt, weshalb sich die Rechtsfolgen des weisungswidrigen Verhaltens aus dem gesetzlichen bzw. vertraglichen Innenverhältnis ergeben, und nicht aus den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR; vgl. ZK-SCHMID, N. 79 zu Art. 419 OR m.w.H.).

⁹⁸⁷ Vgl. auch oben Rz. 3.112 ff.

⁹⁸⁸ Zur Tätigkeit des Vermögensverwalters siehe oben Rz. 3.260 f. und ferner oben Rz. 3.112 ff.

⁹⁸⁹ Vgl. WALTER, Abgrenzung, S. 52 ff. (insbesondere S. 53), und zur Anwendbarkeit von Art. 398 Abs. 1 und 2 OR auf die Verwaltung oben Rz. 3.196 ff.

⁹⁹⁰ Zumindest wenn man davon ausgeht, dass Machtbefugnisse vom zugrunde liegenden Rechtsverhältnis *abstrakt* sind (siehe oben Rz. 3.152).

⁹⁹¹ Vgl. SIBER, Verwaltungsrecht, S. 108 f. G.L.M. MASANTI-MÜLLER, S. 117: «Weil die Ordnungsmässigkeit nicht Wesensmerkmal des Begriffs der Verwaltung ist, ist aber selbst eine absichtliche Minderung des Gesamtgutes eine Verwaltungshandlung, sofern sie ihrem Typus nach an sich einem berechtigten Verwaltungszweck dienen *könnte*. Deshalb ist auch eine schlechte Vermögensanlage, etwa eine solche in unsichere Spekulationswerte, eine Verwaltungshandlung» (Kursivschrift im Original).

⁹⁹² Vgl. aber unten Rz. 3.274 ff.

den, der aus einer pflichtwidrigen Verwaltungshandlung entstanden ist, schuldet der Verwalter aber gegebenenfalls Ersatz⁹⁹³.

b. Weitere Rechtsfolgen und Beendigung der Verwaltungstätigkeit

Bei der vorliegenden Fragestellung – es interessieren die Gemeinsamkeiten zwischen den verschiedenen Verwaltungstatbeständen⁹⁹⁴ – wäre es nicht zielgerichtet, alle Rechtsfolgen, welche eine Vermögensverwaltung im Einzelfall potentiell nach sich ziehen kann, umfassend darzustellen. Neben den vorstehenden Ausführungen zur befugnis- bzw. pflichtwidrigen Vermögensverwaltung⁹⁹⁵ müssen einige weitere, allgemein gehaltene *Hinweise* genügen.

3.268

Zunächst gilt es sich erneut zu vergegenwärtigen, dass bei Fehlen anderweitiger Bestimmungen, also auch bei fehlenden Vorschriften über die Rechtsfolgen der Vermögensverwaltung, grundsätzlich *Auftragsrecht* (Art. 394 ff. OR) analoge Anwendung findet⁹⁹⁶. Gegebenenfalls sind zudem die *allgemeinen Bestimmungen* des Obligationenrechts heranzuziehen⁹⁹⁷.

3.269

Unter den auftragsrechtlichen Bestimmungen erweist sich in diesem Zusammenhang Art. 401 OR als besonders bedeutsam⁹⁹⁸. Aus dem in Art. 401 Abs. 1 OR verankerten Grundsatz der *Subrogation*⁹⁹⁹ folgt, dass Forderungen, die der Vermögensverwalter in eigenem Namen, aber auf Rechnung der Träger der verwalteten Vermögensgegenstände begründet hat (indirekte bzw. mittelbare Stellvertretung¹⁰⁰⁰), von Gesetzes wegen auf Letztere übergehen, sobald diese ihrerseits alle Verbindlichkeiten aus dem Innenverhältnis erfüllt haben. Selbst ein *Konkurs des Vermögensverwalters* vermag die Subrogation nicht zu verhindern (Art. 401 Abs. 2 OR), derweil in Bezug auf Rechte an

3.270

⁹⁹³ Oben Rz. 3.265.

⁹⁹⁴ Oben Rz. 1.01 ff.

⁹⁹⁵ Oben Rz. 3.265 ff.

⁹⁹⁶ Zum Ganzen oben Rz. 3.186 ff.

⁹⁹⁷ Vgl. statt vieler BSK-BUCHER, N. 32 f. der Einleitung vor Art. 1 ff. OR, und BSK-WIEGAND, N. 16 der Einleitung zu Art. 97–109 OR; ferner oben Rz. 3.265.

⁹⁹⁸ Zur Anwendbarkeit von Art. 401 OR bei der *Vermögensverwaltung* siehe etwa HUX, S. 100 ff., S. 150, S. 190 und S. 228 f.; GUTZWILLER, *Vermögensverwaltungsvertrag*, S. 85 ff.; BARBATTI, S. 103 ff., sowie MARXER KELLER, S. 127 f.

⁹⁹⁹ Dazu statt vieler BK-FELLMANN, N. 12 ff. zu Art. 401 OR; BSK-WEBER, N. 4 ff. und N. 9 ff. zu Art. 401 OR, sowie CR-WERRO, N. 4 ff. zu Art. 401 OR.

¹⁰⁰⁰ Vgl. auch oben Rz. 3.264.

beweglichen Sachen, die der Vermögensverwalter erworben hat, im Konkursfall ein *Aussonderungsrecht* (Art. 401 Abs. 3 OR)¹⁰⁰¹ besteht¹⁰⁰².

3.271 Im Zuge der Vermögensverwaltung tritt zuweilen eine *Surrogation* ein¹⁰⁰³, also eine «ipso iure sich vollziehende Zuordnung eines erworbenen Rechts in ein bestimmtes Vermögen, falls dieses eine mit diesem Erwerb ursächlich verbundene Verminderung in seinem Bestand erlitten hat»¹⁰⁰⁴. Die Dogmatik der Surrogation kann hier nicht weiter vertieft werden, zumal im Einzelnen Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen, welche Vorgänge überhaupt als Surrogation zu qualifizieren sind¹⁰⁰⁵.

3.272 Praxisrelevant für die Vermögensverwaltung sind unter den auftragsrechtlichen Bestimmungen namentlich auch die entsprechenden Grundsätze über das *Entgelt* des Beauftragten bzw. Verwalters (Art. 394 Abs. 3 OR)¹⁰⁰⁶, den *Ersatz seiner Auslagen und Verwendungen* sowie der *Befreiung von gewissen Verbindlichkeiten* (Art. 402 Abs. 1 OR)¹⁰⁰⁷.

3.273 Bei der *Beendigung der Vermögensverwaltung* gilt es der bereits erwähnten Problematik des jederzeitigen *Widerrufs- und Kündigungsrechts* (Art. 404 Abs. 1 OR) Rechnung zu tragen¹⁰⁰⁸. In vielen Fällen (wenn nicht sogar im-

¹⁰⁰¹ Dazu statt vieler BK-FELLMANN, N. 80 ff. zu Art. 401 OR, und BSK-WEBER, N. 12 ff. zu Art. 401 OR.

¹⁰⁰² Im *Ergebnis* findet aufgrund von Art. 401 OR eine gewisse Annäherung der Rechtswirkungen der indirekten bzw. mittelbaren Stellvertretung an die direkte Stellvertretung statt (BSK-WEBER, N. 1 zu Art. 401 OR m.w.H.).

¹⁰⁰³ Zu denken ist beispielsweise an die Verwaltung der jeweiligen Gütermassen im Ehegüterrecht (siehe dazu HUWILER, Errungenschaftsbeteiligung, S. 79 ff. mit einer allgemeinen Darstellung des Prinzips der Surrogation in ein Vermögen).

¹⁰⁰⁴ HUWILER, Errungenschaftsbeteiligung, S. 79.

¹⁰⁰⁵ Mit der Dogmatik der Surrogation befasst sich MARTIN EGGEL (Universität Bern) in seiner demnächst erscheinenden Dissertation ausführlich.

¹⁰⁰⁶ Dazu statt vieler BK-FELLMANN, N. 362 ff. zu Art. 394 OR; BSK-WEBER, N. 35 ff. zu Art. 394 OR, sowie CR-WERRO, N. 37 ff. zu Art. 394 OR. Zur Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf die Vermögensverwaltung siehe etwa BARBATTI, S. 118 ff., und J. PICENONI, S. 168 ff.

¹⁰⁰⁷ Dazu statt vieler BK-FELLMANN, N. 11 ff. und N. 85 ff. zu Art. 402 OR; BSK-WEBER, N. 3 ff. zu Art. 402, sowie CR-WERRO, N. 5 ff. zu Art. 402 OR. Zur Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf die Vermögensverwaltung siehe etwa HUX, S. 103 ff., S. 151 f., S. 191 und S. 229; BARBATTI, S. 114 ff.; MARXER KELLER, S. 115 ff., sowie SPALTI, S. 104.

¹⁰⁰⁸ Oben Rz. 3.193.

mer) müssen zudem die Regeln über die Beendigung von *Dauerschuldverhältnissen* berücksichtigt werden¹⁰⁰⁹. Mitunter sind zudem *Behörden* in die Beendigung der Vermögensverwaltung involviert¹⁰¹⁰. Im Falle von *Rechtsgemeinschaften* ist schliesslich zu beachten, dass die gesetzlichen Verwaltungsbefugnisse und -pflichten der Rechtsgemeinschaftler¹⁰¹¹ grundsätzlich enden, sobald sie aus der Rechtsgemeinschaft ausgeschieden sind¹⁰¹².

3. Rechtslage bei Nicht-Verwaltung (Handlungen ausserhalb einer bestehenden Verwaltungspflicht bzw. -befugnis)

Soweit zwischen den Beteiligten – wie bei der Verwaltung von Vermögen¹⁰¹³ – ein Rechtsverhältnis besteht, bleibt für die Regeln der *Geschäftsführung ohne Auftrag* (Art. 419 ff. OR) *grundsätzlich kein Platz*¹⁰¹⁴. Erst wenn die Geschäftsführung (bzw. hier die Verwaltung) mit der Abwicklung der Rechte und Pflichten aus dem Rechtsverhältnis keinen Zusammenhang mehr aufweist, sind die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag anwendbar¹⁰¹⁵.

Hinsichtlich der diesbezüglichen Abgrenzungsfragen wurden in der Lehre *Fallgruppen* entwickelt, auf die hier integral verwiesen sei¹⁰¹⁶. Die h.L. hält beispielsweise dafür, auch ein *weisungswidriges Handeln* nicht nach den

3.274

3.275

¹⁰⁰⁹ Typischerweise dauert die Vermögensverwaltung längere Zeit (vgl. auch oben Rz. 3.128). Zu den Besonderheiten der Beendigung von Dauerschuldverhältnissen siehe statt vieler SCHWENZER, Rz. 3.27.

¹⁰¹⁰ Gewisse Vermögensverwalter können von Behörden beispielsweise ernannt, überwacht oder abgesetzt werden; vgl. auch oben Rz. 3.18, Rz. 3.28 und Rz. 3.71.

¹⁰¹¹ Dazu oben Rz. 3.89 ff.

¹⁰¹² Die gesetzlichen Verwaltungsbefugnisse und -pflichten der Gemeinschaftler sind an die Gemeinschaftlerstellung geknüpft (oben Rz. 3.91).

¹⁰¹³ Siehe oben Rz. 3.68 f.

¹⁰¹⁴ Vgl. ZK-SCHMID, N. 77 ff. zu Art. 419 OR, und a.a.O. insbesondere N. 82 m.H. auf die abweichende Lehre, welche Vertragsüberschreitungen generell dem Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag unterstellt. Diese Auffassung wird aus den a.a.O., N. 83, genannten Gründen zu Recht abgelehnt. Vgl. auch BSK-WEBER, N. 17 der Vorbem. zu Art. 419–424 OR.

¹⁰¹⁵ Vgl. ZK-SCHMID, N. 84 f. zu Art. 419 OR.

¹⁰¹⁶ Siehe statt vieler die Aufstellung bei ZK-SCHMID, N. 78 ff. zu Art. 419 OR m.H. auf die Lehre und Rechtsprechung.

Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu beurteilen¹⁰¹⁷. Für die Vermögensverwaltung folgt daraus, dass sich die Rechtsfolgen einer weisungswidrigen Verwaltung grundsätzlich aus dem Innenverhältnis ergeben, zumindest subsidiär und analog also aus Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR)¹⁰¹⁸.

3.276 Besonders relevant ist die Abgrenzung zwischen (noch) verwaltendem Handeln und solchen Vorkehren, die sich nach Art. 419 ff. OR beurteilen, bei Bestehen *gesetzlicher Beschränkungen des Umfangs der Vermögensverwaltung*¹⁰¹⁹. Man denke etwa an einen Miterben oder Miteigentümer, welcher Vorkehren der ausserordentlichen, nicht dringlichen Verwaltung alleine ergreift, obwohl er von Gesetzes wegen verpflichtet ist, hierbei mit den anderen Gemeinschaftern zusammenzuwirken (Art. 602 Abs. 2 bzw. Art. 647b ZGB)¹⁰²⁰. In solchen Fällen werden die Verwaltungskompetenzen dermassen weitgehend überschritten, dass die internen Rechtsfolgen des Handelns aus den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) zu erschliessen sind¹⁰²¹, zumal Art. 540 Abs. 2 OR diese Auffassung ebenfalls nahelegt¹⁰²². Es besteht mithin eine Nicht-Verwaltung.

3.277 Eine Nicht-Verwaltung, auf welche intern die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) anwendbar sind, entfaltet im *Aussenverhältnis* oft dieselben *Rechtswirkungen*, wie wenn es sich im Innenverhältnis um eine (pflichtgemässe oder -widrige) Vermögensverwaltung handeln würde. So werden etwa die Träger der verwalteten Vermögensgegenstände durch stellvertretendes Handeln des Verwalters grundsätzlich auch gebunden, wenn dieses intern als nicht-verwaltend zu qualifizieren ist, da die Vertretungsmacht und das zugrunde liegende Innenverhältnis voneinander unab-

¹⁰¹⁷ ZK-SCHMID, N. 79 zu Art. 419 OR m.w.H.

¹⁰¹⁸ Oben Rz. 3.269.

¹⁰¹⁹ Dazu oben Rz. 3.213 ff.

¹⁰²⁰ Oben Rz. 3.223 bzw. Rz. 3.228 und Rz. 3.230.

¹⁰²¹ Vgl. auch BK-MEIER-HAYOZ, N. 80 f. zu Art. 647 ZGB, und BSK-BRUNNER/WICHTERMANN, N. 59 zu Art. 647 ZGB.

¹⁰²² Zwischen der Geschäftsführung bei einer einfachen Gesellschaft (Art. 535 OR) und der Verwaltung von Vermögen bestehen weitgehende Gemeinsamkeiten (vgl. oben Rz. 3.199 ff.), weshalb unter *gesetzsystematischen Gesichtspunkten* eine analoge Anwendung von Art. 540 Abs. 2 OR auch auf die vorliegende Fragestellung geboten ist.

hängig sind¹⁰²³. Analog verhält es sich, wenn der Verwalter in Ausübung einer entsprechenden Verfügungsmacht über die zu verwaltenden Vermögensgegenstände verfügt, falls die Verfügungsmacht – was nicht geklärt scheint¹⁰²⁴ – vom Innenverhältnis der Vermögensverwaltung ebenfalls abstrakt sein sollte¹⁰²⁵. Bei Verfügungen über das Eigentum an anvertrauten Fahrnissachen gilt es sodann zu berücksichtigen, dass der Dritte aufgrund der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb (Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB) auch erwirbt, wenn es dem Verwalter an diesbezüglicher Verfügungsmacht fehlt.

¹⁰²³ Oben Rz. 3.164.

¹⁰²⁴ Oben Rz. 3.165.

¹⁰²⁵ Soweit man der Auffassung folgt, die Verfügungsmacht über fremde Vermögensgegenstände sei *abstrakt* vom zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, sind auch Verfügungsgeschäfte rechtswirksam, die als Nicht-Verwaltungshandlungen zu qualifizieren sind. Falls dagegen die Meinung vertreten wird, die Verfügungsmacht sei *abhängig* vom Innenverhältnis, kann der Vermögensverwalter mit derartigen nicht-verwaltenden Handlungen keine Verfügungen bewirken.

Teil 4: Verwaltung eigener Vermögensgegenstände

Im Folgenden gilt es, auf die Besonderheiten der Verwaltung eigener Vermögensgegenstände näher einzugehen (vgl. § 23).

Dabei wird zwischen Befugnissen und Pflichten zur Verwaltung eigener Vermögensgegenstände unterschieden (§ 24 und § 25).

§ 23: Begriff der eigenen Vermögensgegenstände (Anwendungsbereich)

4.01 Ergänzend zur vorstehenden Untersuchung der Verwaltung fremder Vermögensgegenstände¹⁰²⁶ ist nachstehend zu erörtern, wie es sich mit der Verwaltung *eigener* Vermögensgegenstände verhält.

4.02 Eine Verwaltung eigener Vermögensgegenstände liegt vor, wenn der Verwalter an den zu verwaltenden Vermögensgegenständen (seien es verfügbare Rechte, Pflichten oder Rechtsverhältnisse)¹⁰²⁷ *alleine zuständig*¹⁰²⁸ ist. Der Verwalter ist also der einzige Träger der betreffenden Vermögensgegenstände. Auf die wirtschaftliche Berechtigung an den verwalteten Vermögensgegenständen kommt es dagegen nicht an.

§ 24: Befugnisse zur Verwaltung eigener Vermögensgegenstände

1. Im Allgemeinen

4.03 Vermögensverwaltung heisst, so die bisherigen Erkenntnisse, selbständig und unter Wahrung fremder Interessen den Wert der zu verwaltenden Vermögensgegenstände möglichst zu erhöhen und Verluste möglichst zu minimieren¹⁰²⁹. Es liegt auf der Hand, dass nicht nur fremde, sondern auch *ausschliesslich eigene* Vermögensgegenstände *verwaltet* werden können und dürfen (aber in aller Regel nicht müssen¹⁰³⁰). Einem Alleineigentümer (Art. 641 ZGB) beispielsweise stehen an der Sache, deren Eigentümer er ist,

¹⁰²⁶ Oben Rz. 3.01 ff.

¹⁰²⁷ Zum privatrechtlichen Vermögen als Gegenstand der Verwaltung siehe oben Rz. 2.113 ff.

¹⁰²⁸ Zum Begriff der Zuständigkeit siehe oben Rz. 3.02.

¹⁰²⁹ Zum Ganzen oben Rz. 3.60 ff.

¹⁰³⁰ Nur in seltenen Fällen bestehen *Verwaltungspflichten* hinsichtlich eigener Vermögensgegenstände (dazu unten Rz. 4.20 ff.).

umfassende Herrschaftsbefugnisse zu¹⁰³¹. Deshalb kann er mit der Sache grundsätzlich verfahren wie er will, was verwaltende Vorkehren¹⁰³², auch solche in fremdem Interesse, einschliesst. Eine *besondere Verwaltungsbefugnis* ist hierzu *nicht notwendig*¹⁰³³.

Gleichwohl finden sich *Tatbestände*, welche einem Rechtssubjekt ausdrücklich *erlauben, seine eigenen Vermögensgegenstände zu verwalten*. Bei den hier einbezogenen Verwaltungstatbeständen¹⁰³⁴ ist an die Vorschriften des Ehegüterrechts betreffend die Verwaltung des jeweils eigenen Vermögens (Art. 201 Abs. 1, Art. 232 Abs. 1 und Art. 247 ZGB) zu denken, aber auch an die Verwaltung des eigenen (freien) Kindesvermögens durch das Kind (Art. 323 Abs. 1 ZGB), die Verwaltung des eigenen (freien) Mündelvermögens durch den Mündel (Art. 414 ZGB) sowie die Verwaltung des Sonderrechts durch die jeweiligen Stockwerkeigentümer (Art. 712a Abs. 2 ZGB). Auf alle diese Tatbestände ist anschliessend näher einzugehen¹⁰³⁵.

4.04

¹⁰³¹ Der Zuweisungsgehalt von Eigentum (Art. 641 ZGB), also die dem Berechtigten durch das Eigentum zugewiesene Rechtsmacht, besteht aus einem «Inbegriff aller denkbaren Herrschaftsbefugnisse an einer Sache» (BSK-WIEGAND, N. 12 zu Art. 641 ZGB, im Original in Kursivschrift). Zum Zuweisungsgehalt des Eigentums zählt namentlich die *Veräusserungsbefugnis* (BSK-WIEGAND, a.a.O., N. 34). Vgl. zum Ganzen statt vieler BK-MEIER-HAYOZ, N. 25 ff. zu Art. 641 ZGB, und BSK-WIEGAND, a.a.O., N. 31 ff.

¹⁰³² Dazu oben insbesondere Rz. 3.112 ff. und Rz. 3.260 f.

¹⁰³³ Anders verhält es sich, wenn nicht Alleineigentum (Art. 641 ZGB), sondern *gemeinschaftliches Eigentum* (Art. 646 ff. ZGB) verwaltet werden soll: Am gemeinschaftlichen Eigentumsrecht sind alle Mit- bzw. Gesamteigentümer zuständig, weshalb die aus dem Eigentum fliessenden Befugnisse grundsätzlich auch nur durch alle Eigentümer gemeinsam ausgeübt werden können, ausser es bestehe eine Einzelverwaltungsbefugnis. Siehe zum Ganzen oben Rz. 3.82 ff. (insbesondere Rz. 3.89 ff.).

¹⁰³⁴ Zur Auswahl der Tatbestände, welche in der vorliegenden Untersuchung berücksichtigt werden, siehe oben Rz. 1.14 ff.

¹⁰³⁵ Rz. 4.05 ff. hiernach.

2. Bei den hier einbezogenen Tatbeständen

a. Befugnisse der Ehegatten zur Verwaltung ihrer eigenen Vermögensgegenstände

aa. *Im Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung (Art. 197 ff. ZGB) bzw. Gütertrennung (Art. 247 ff. ZGB)*

4.05 Tatbestände, welche in ihrem Wortlaut die Verwaltung von eigenem Vermögen anordnen, finden sich zunächst im *Ehegüterrecht* (Art. 181 ff. ZGB). Für die weitere Untersuchung erweist es sich als zweckmässig, zwischen den entsprechenden Vorschriften bei der Errungenschaftsbeteiligung (Art. 196 ff. ZGB) und der Gütertrennung (Art. 247 ff. ZGB)¹⁰³⁶ bzw. bei der Gütergemeinschaft (Art. 221 ff. ZGB)¹⁰³⁷ zu unterscheiden.

4.06 In den Güterständen der *Errungenschaftsbeteiligung* und *Gütertrennung* verwaltet gemäss Art. 201 Abs. 1 bzw. Art. 247 ZGB *jeder Ehegatte* seine Errungenschaft und sein Eigengut bzw. sein Vermögen *selbst*. Dabei gilt es sich zu vergegenwärtigen, dass die Ehegatten durch die Ehe in ihrer *Handlungsfähigkeit* (Art. 12 ff. ZGB) grundsätzlich nicht beschränkt werden (Art. 168 ZGB)¹⁰³⁸. Zudem verändern die ehегüterrechtlichen Vorschriften über die Errungenschaftsbeteiligung (Art. 196 ff. ZGB) und die Gütertrennung (Art. 247 ff. ZGB) die allgemeinen Regeln über die *Zuständigkeit*¹⁰³⁹ nicht: Die Ehegatten sind also an ihren Vermögensgegenständen grundsätzlich alleine zuständig¹⁰⁴⁰, ausser Vorschriften aus anderen Rechtsgebieten

¹⁰³⁶ Rz. 4.06 f. hiernach.

¹⁰³⁷ Unten Rz. 4.08 f.

¹⁰³⁸ Vgl. CR-LEUBA, N. 1 f. zu Art. 168 ZGB, und zum Ganzen statt vieler BSK-ISENRING/KESSLER, N. 1 ff. zu Art. 168 ZGB.

¹⁰³⁹ Zum Begriff der Zuständigkeit siehe oben Rz. 3.02.

¹⁰⁴⁰ Vgl. statt vieler BK-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, N. 13 f. der Vorbem. vor Art. 196 ff. ZGB und N. 12 der Vorbem. zu Art. 247 ff. ZGB. Die Ehegatten sind also auch an Gegenständen, die der *Errungenschaft* (Art. 197 ZGB) zugerechnet werden, grundsätzlich einzeln zuständig (vgl. aber Art. 200 Abs. 2 ZGB).

An der *Einzelzuständigkeit* – sei es an den Gegenständen der Errungenschaft oder des Eigenguts – ändert zudem nichts, dass zwischen den Ehegatten aufgrund von Art. 166 Abs. 3 ZGB hinsichtlich gewisser Pflichten Solidarität besteht. Denn bei einer *Solidarschuld* (Art. 143 ff. OR) sind die mehreren Schuldner einzeln zur Erfüllung der ganzen Schuld verpflichtet (statt vieler VON TUHR/ESCHER, AT OR II,

ordnen ausnahmsweise eine gemeinschaftliche Zuständigkeit beider Ehegatten (oder der Ehegatten und Dritten) an. Letzteres ist etwa der Fall bei rechtsgeschäftlich begründetem Miteigentum der Ehegatten (Art. 646 ff. ZGB, vgl. auch Art. 201 Abs. 2 ZGB)¹⁰⁴¹ oder bei einer Ehegattengesellschaft (Art. 530 ff. OR)¹⁰⁴². Zudem sind die Ehegatten insbesondere im Falle einer Errungenschaftsbeteiligung *nicht verpflichtet*, mit ihren eigenen Vermögensgegenständen *sorgfältig* umzugehen¹⁰⁴³.

Daraus wird einsichtig, dass sich die Rechtsstellung der Ehegatten, zumindest was die zur Verwaltung erforderlichen Befugnisse betrifft, nicht grundlegend von derjenigen unverheirateter Personen unterscheidet. Auch wenn Art. 201 Abs. 1 und Art. 247 ZGB den Ehegatten die Verwaltung ihrer Vermögensgegenstände nicht ausdrücklich erlauben würden, könnten die Ehegatten die entsprechenden Verwaltungshandlungen ergreifen, da ihnen die hierfür notwendigen Befugnisse durch den Eheschluss nicht entzogen worden sind. Art. 201 Abs. 1 und Art. 247 ZGB, wonach jeder Ehegatte seine Vermögensgegenstände selbst verwaltet, erweisen sich deshalb als *weitgehend deklaratorisch*. Bei den in diesen Bestimmungen aufgeführten Befug-

4.07

S. 297). Somit ist jeder Ehegatte an seiner (Solidar-)Schuld alleine zuständig (und nicht gemeinschaftlich mit dem anderen Ehegatten), während vice-versa auf Seiten des Gläubigers je eine (Solidar-)Forderung gegenüber beiden Ehegatten vorliegt, wobei diese beiden Forderungen miteinander konkurrieren (VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 297 f.).

¹⁰⁴¹ Vgl. statt vieler BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 8 zu Art. 196 ZGB, und zur Verwaltung von Miteigentum im Allgemeinen oben insbesondere Rz. 3.89 ff. und Rz. 3.213 ff.

¹⁰⁴² Siehe dazu GIAN SANDRO GENNA, Auflösung und Liquidation der Ehegattengesellschaft, unter Berücksichtigung des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz sowie der künftigen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Bern 2008 (INR Band 6), insbesondere S. 27 ff.

¹⁰⁴³ Die h.L. *verneint* eine gegenseitige *Haftung für die unsorgfältige Verwaltung der eigenen Errungenschaft* (vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 24 zu Art. 201 ZGB; BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 3 zu Art. 201 ZGB, sowie CR-STEINAUER, N. 3 zu Art. 201 ZGB). Dem in seinen Interessen gefährdeten Ehegatten stehen aber verschiedene Ansprüche bzw. Rechtsbehelfe zu (statt vieler BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, a.a.O.), nämlich das Begehren um Anordnung der Gütertrennung (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 185 ZGB), die Hinzurechnung (Art. 208 ZGB) sowie die Rückforderungsklage (Art. 220 ZGB), wobei diese Aufzählung *abschliessend* ist (BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, a.a.O.).

nissen (Verwaltung und Nutzung des eigenen Vermögens, entsprechende Verfügungsgeschäfte) handelt es sich um bloße *Beispiele* für mögliche Vorkehren, welche die Ehegatten hinsichtlich ihrer eigenen Vermögensgegenstände ergreifen können. Diese beispielhaft genannten Befugnisse verdeutlichen, dass die Rechtsstellung der Ehegatten insofern durch den Eheschluss nicht beschränkt wird.

bb. Im Güterstand der Gütergemeinschaft (Art. 221 ff. ZGB)

4.08 Bei Gütergemeinschaften (Art. 221 ff. ZGB) gilt es zwischen den beiden Gütermassen der Ehegatten zu unterscheiden. An den Vermögensgegenständen des *Gesamtguts* (Art. 222 ff. ZGB) sind die Ehegatten nicht alleine, sondern gesamthänderisch zuständig (Art. 222 Abs. 2 ZGB), weshalb sie, wenn man von verschiedenen Durchbrechungen absieht, die betreffenden Vermögensgegenstände auch gemeinsam verwalten müssen. Diese Thematik muss hier nicht erneut vertieft werden¹⁰⁴⁴.

4.09 Anders verhält es sich in Bezug auf die Vermögensgegenstände des *Eigenguts* (Art. 225 ZGB): Die Ehegatten sind an den Gegenständen ihres Eigenguts in der Regel – wie unverheiratete Personen – *alleine zuständig* und im Lichte des hiervor zur Errungenschaftsbeteiligung bzw. Gütertrennung Ausgeführten auch ohne Weiteres befugt, diese *selbst zu verwalten*¹⁰⁴⁵. Art. 232 Abs. 1 ZGB, wonach jeder Ehegatte die Gegenstände seines Eigenguts innerhalb der gesetzlichen Schranken selbst verwaltet, weist daher ebenfalls *deklaratorischen Charakter* auf. Die Verwaltungshandlungen und die in dieser Bestimmung ebenfalls erwähnten Verfügungsgeschäfte sind als bloße *Beispiele* für mögliche Vorkehren der Ehegatten aufzufassen, die sie hinsichtlich der Gegenstände ihres Eigenguts ergreifen können.

¹⁰⁴⁴ Siehe zum Ganzen oben insbesondere Rz. 3.89 ff. und Rz. 3.213 ff.

¹⁰⁴⁵ Vgl. oben Rz. 4.06 f.

b. Befugnis des Kindes bzw. Mündels zur Verwaltung seines freien Vermögens (Art. 323 Abs. 1 bzw. Art. 414 ZGB)

An den Gegenständen des Kindes- bzw. Mündelvermögens sind die *Kinder bzw. Mündel* – und nicht etwa ihre Eltern oder der Vormund – *zuständig*¹⁰⁴⁶. Mangels Mündigkeit bzw. infolge Entmündigung fehlt diesen aber die *Handlungsfähigkeit* (Art. 12 ff. ZGB), weshalb zur Verwaltung der Gegenstände des Kindes- bzw. Mündelvermögens von Gesetzes wegen die sorgeberechtigten Eltern (Art. 318 ZGB) bzw. der Vormund (Art. 413 ZGB) verpflichtet sind¹⁰⁴⁷.

4.10

Eine *Ausnahme* besteht für die Gegenstände des *freien Kindes- und Mündelvermögens*, welche das Kind bzw. der Bevormundete gemäss Art. 323 Abs. 1 bzw. Art. 414 ZGB selbst verwaltet. Die Befugnisse der Kinder und Mündel in Bezug auf ihr freies Vermögen beschränken sich freilich nicht nur auf verwaltende Handlungen. Art. 323 Abs. 1 und Art. 414 ZGB werden vielmehr dahingehend ausgelegt, dass Kinder bzw. Mündel hinsichtlich der Gegenstände ihres freien Vermögens in einem gewissen Umfang *autonom* handeln können¹⁰⁴⁸. So wird in der Lehre vertreten, dass Kinder ihr freies Vermögen mindestens zum Teil auch verbrauchen dürfen¹⁰⁴⁹, wobei im Verbrauch nach der hier vertretenen Meinung keine Verwaltungshandlung erblickt werden kann¹⁰⁵⁰.

4.11

¹⁰⁴⁶ Oben Fn. 368 f.

¹⁰⁴⁷ Mit Ausnahme der Gegenstände des freien Vermögens (dazu Rz. 4.11 hiernach) weist das Gesetz die Verwaltung des Kindes- bzw. Mündelvermögens *exklusiv* den *sorgeberechtigten Eltern* bzw. dem *Vormund* zu (oben Rz. 3.183 f.).

¹⁰⁴⁸ Gemäss der h.L. verschaffen Art. 323 Abs. 1 und Art. 414 ZGB den urteilsfähigen Kindern bzw. Mündeln *in einem bestimmten Ausmass Handlungsfähigkeit* (vgl. statt vieler DESCHENAUX/STEINAUER, Rz. 259 ff.). Die Handlungsfähigkeit des Kindes ist im Rahmen der in Art. 323 Abs. 1 ZGB genannten Geschäftsfelder grundsätzlich unbeschränkt (statt vieler BSK-BREITSCHMID, N. 4 zu Art. 323 ZGB; siehe zum Ganzen a.a.O. auch N. 3 ff. und CR-PAPAUX VAN DELDEN, N. 3 ff. zu Art. 323 ZGB). Demgegenüber erstreckt sich die Handlungsfähigkeit des Mündels im Anwendungsbereich von Art. 414 ZGB nur auf Geschäfte von alltäglicher Tragweite (statt vieler BSK-LEUBA, N. 12 zu Art. 414 ZGB).

¹⁰⁴⁹ Vgl. BSK-BREITSCHMID, N. 2 zu Art. 323 ZGB.

¹⁰⁵⁰ Oben Rz. 3.47 und Rz. 3.126 f.

4.12 Daraus ist zu schliessen, dass Art. 323 Abs. 1 und Art. 414 ZGB den Kindern bzw. Mündeln Befugnisse zuordnen, die sie ohne diese Bestimmungen nicht hätten. Im Gegensatz zu den ähnlichen Vorschriften des Ehegüterrechts¹⁰⁵¹ erweist sich somit der Regelungsgehalt dieser Bestimmungen als *konstitutiv*. In den darin ausdrücklich genannten Verwaltungsbefugnissen sind aber – wie bei den entsprechenden ehегüterrechtlichen Regeln – blosse *Beispiele* für mögliche Vorgehen zu erkennen, welche die Kinder und Mündel hinsichtlich der Gegenstände ihres freien Vermögens selbständig ergreifen können. Dies deshalb, weil die Kinder bzw. Mündel in Bezug auf die Gegenstände ihres freien Vermögens eine weitgehend autonome Rechtsstellung haben¹⁰⁵², welche sich nicht in der Verwaltungsbefugnis (oder in der in Art. 323 Abs. 1 ZGB ebenfalls genannten Nutzungsbefugnis) erschöpft.

4.13 Präziser ist insofern die Regelung im *künftigen Erwachsenenenschutzrecht*: Soweit der Beistand Vermögensgegenstände des Verbeiständeten verwaltet, hat ihm daraus der Beistand gemäss nArt. 409 ZGB «angemessene Beträge zur freien Verfügung» zu stellen¹⁰⁵³. Damit wird klargestellt, dass die Rechtsstellung des Verbeiständeten in Bezug auf die ihm überlassenen Vermögensgegenstände umfassend ist und sich nicht auf die Verwaltung beschränkt. Konsequenterweise findet die Verwaltung in nArt. 409 ZGB keine Erwähnung. Zudem gilt es zu beachten, dass dem Schutzbefohlenen die Verwaltung seines Vermögens nicht immer vollumfänglich entzogen wird (vgl. nArt. 394 ff. ZGB und insbesondere nArt. 395 bzw. nArt. 398 ZGB). Mit diesen nicht fremdverwalteten Gegenständen kann der handlungsfähige Schutzbefohlene grundsätzlich verfahren wie eine nicht verbeiständete Person, also nach seinem Belieben.

c. Befugnis des Stockwerkeigentümers zur Verwaltung seines Sonderrechts (Art. 712a Abs. 2 ZGB)

4.14 Die Stockwerkeigentümer (Art. 712a ff. ZGB) sind am gesamten zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Grundstück als *Miteigentümer* (Art. 646 ff.

¹⁰⁵¹ Oben Rz. 4.07 und Rz. 4.09.

¹⁰⁵² Rz. 4.12 hiavor.

¹⁰⁵³ Siehe auch Botschaft Erwachsenenenschutzrecht, S. 7053.

ZGB) berechtigt, ohne dass an irgendeinem Teil Sondereigentum existiert¹⁰⁵⁴. Miteigentum besteht insbesondere auch an den zu *Sonderrecht* ausgeschiedenen Teilen (Art. 712b ZGB)¹⁰⁵⁵.

Obwohl die Stockwerkeigentümer formal Miteigentümer der Sonderrechtsteile sind, darf jeder Stockwerkeigentümer seine Sonderrechtsräumlichkeiten gemäss Art. 712a Abs. 2 ZGB selbst verwalten, benutzen und baulich ausgestalten¹⁰⁵⁶. Diese Bestimmung wird von der Lehre dahingehend ausgelegt, dass die Stockwerkeigentümer in Bezug auf die zu Sonderrecht ausgeschiedenen Raumeinheiten eine *alleineigentümerähnliche Rechtsstellung* haben¹⁰⁵⁷. Dies zeigt sich etwa darin, dass die Stockwerkeigentümer nicht zur Instandhaltung ihrer Sonderrechtsräumlichkeiten verpflichtet sind¹⁰⁵⁸.

Angesichts der insofern einem Alleineigentümer nachgebildeten Stellung der Stockwerkeigentümer haben die in Art. 712a Abs. 2 ZGB genannten Verwaltungshandlungen nur *beispielhaften Charakter*, weil ein Alleineigen-

4.15

4.16

¹⁰⁵⁴ BK-MEIER-HAYOZ/REY, N. 31 der Vorbem. zu den Art. 712a–712t ZGB m.w.H. Vgl. zudem ZK-WERMELINGER, N. 71 der Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB; BSK-BÖSCH, N. 4 der Vorbem. zu Art. 712a–t ZGB; SPR V/1-LIVER, S. 89 ff., sowie STEINAUER, *droits réels* I, Rz. 1122 und Rz. 1125 f.

¹⁰⁵⁵ Das *Akzessionsprinzip* wird also *nicht durchbrochen* (statt vieler BK-MEIER-HAYOZ, N. 35 der Vorbem. zu den Art. 646–654 ZGB). Das Sonderrecht kann als Ausfluss des Stockwerkeigentumsanteils auch nur mit diesem zusammen übertragen werden (vgl. statt vieler BK-MEIER-HAYOZ/REY, N. 33 ff. der Vorbem. zu den Art. 712a–712t ZGB m.w.H.).

¹⁰⁵⁶ Für die *nicht zu Sonderrecht ausgeschiedenen Raumeinheiten* gelten hinsichtlich der Verwaltungsbefugnisse bzw. -pflichten der Stockwerkeigentümer grundsätzlich die Regeln über das Miteigentum (Art. 712g Abs. 1 i.V.m. Art. 647 ff. ZGB; dazu oben insbesondere Rz. 3.89 ff. und Rz. 3.213 ff.).

¹⁰⁵⁷ BK-MEIER-HAYOZ/REY, N. 39 zu Art. 712a ZGB; vgl. MÜLLER, S. 48. Zu den einzelnen, mit dem Sonderrecht verbundenen Befugnissen siehe statt vieler ZK-WERMELINGER, N. 17 zu Art. 712a ZGB. Die Befugnisse der anderen Stockwerkeigentümer in Bezug auf die gemeinschaftliche Sache werden durch die jeweiligen Sonderrechte *zurückgedrängt* (BK-MEIER-HAYOZ/REY, N. 33 der Vorbem. zu den Art. 712a–712t ZGB m.w.H.), weshalb es sich bei den Sonderrechten um unmittelbare gesetzliche Eigentumsbeschränkungen handelt (BK-MEIER-HAYOZ/REY, N. 72 zu Art. 712a ZGB und BGE 130 III 450, E. 1.2 S. 454).

¹⁰⁵⁸ Zumindest solange die Rechte der anderen Stockwerkeigentümer dadurch nicht tangiert werden (MÜLLER, S. 48).

tümer ohne Weiteres auch – aber nicht nur – verwaltende Vorkehren ergreifen kann¹⁰⁵⁹. Gleiches gilt für die Nutzung und die bauliche Ausgestaltung der Sonderrechtsräumlichkeiten, welche im Wortlaut von Art. 712a Abs. 2 ZGB ebenfalls erwähnt werden. Aufgrund der alleineigentümerähnlichen Stellung handelt es sich bei der Verwaltung des Sonderrechts durch die berechtigten Stockwerkeigentümer *faktisch* um eine *Verwaltung eigener Vermögensgegenstände*, obwohl an den Sonderrechtsteilen formal Miteigentum besteht. Anders als üblicherweise bei der Verwaltung von Miteigentum durch einen der Miteigentümer (Art. 647 ff. ZGB) kommen deshalb die Regeln über die Verwaltung fremder Vermögensgegenstände nicht zum Tragen¹⁰⁶⁰. So sind die Stockwerkeigentümer bei der Verwaltung ihrer Sonderrechtsräumlichkeiten grundsätzlich nicht verpflichtet, fremde Interessen zu wahren¹⁰⁶¹.

3. Begriff der Befugnis zur Verwaltung eigener Vermögensgegenstände und Interessenlage

4.17

In der vorstehenden Untersuchung hat sich gezeigt, dass Personen, denen das Gesetz die Verwaltung ihrer eigenen Vermögensgegenstände erlaubt, hinsichtlich der betreffenden Vermögensgegenstände sowieso eine *umfassende Rechtsstellung* aufweisen¹⁰⁶². Ihre diesbezüglichen Kompetenzen enden also nicht bei der Verwaltung. Verwaltende Tätigkeiten bilden in solchen Fällen nur ein *Beispiel* für die verschiedenen Handlungen, welche die betreffende Person hinsichtlich ihrer eigenen Vermögensgegenstände ergreifen kann¹⁰⁶³.

¹⁰⁵⁹ Zur Verwaltungsbefugnis des *Alleineigentümers* siehe oben Rz. 4.03.

¹⁰⁶⁰ Zur Verwaltung fremder Vermögensgegenstände siehe oben Rz. 3.01 ff.

¹⁰⁶¹ Die Stockwerkeigentümer müssen aber bei der Ausübung ihrer Sonderrechtsbefugnisse auf die Interessen der anderen Stockwerkeigentümer Rücksicht nehmen (zum Ganzen BK-MEIER-HAYOZ/REY, N. 38 und N. 68 ff. zu Art. 712a ZGB; siehe auch unten Fn. 1065), wobei die anderen Gemeinschaftler am Innenausbau der Sonderrechtsräumlichkeiten in der Regel keine Interessen geltend machen können.

¹⁰⁶² Oben Rz. 4.06, Rz. 4.09, Rz. 4.11 und Rz. 4.15.

¹⁰⁶³ Oben Rz. 4.07, Rz. 4.09, Rz. 4.12 und Rz. 4.16.

Inwiefern es überhaupt sinnvoll ist, angesichts der jeweils umfassenden Rechtsstellung dieser Personen in Bezug auf ihre eigenen Vermögensgegenstände zwischen verschiedenen Kategorien von Befugnissen (wie Verwaltungs- oder Nutzungsbefugnis) zu unterscheiden, erscheint fraglich, da die Summe dieser Einzelbefugnisse die gesamte Rechtsstellung nie restlos abzubilden vermag. Die Rechtsstellung der Ehegatten hinsichtlich ihres Vermögens (Art. 201 Abs. 1, Art. 232 Abs. 1 und Art. 247 ZGB) würde z.B. treffender damit umschrieben, dass die Ehegatten *in den Grenzen der Rechtsordnung* über ihre eigenen Vermögensgegenstände *frei bestimmen* können¹⁰⁶⁴.

4.18

Falls man gleichwohl versuchen will, die *Befugnisse zur Verwaltung eigener Vermögensgegenstände* begrifflich zu erfassen, ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass hier die zur Verwaltung befugte Person ihr Handeln – anders als bei der Verwaltung fremder Vermögensgegenstände – nicht primär auf fremde Interessen ausrichten muss. Die Verwaltung erfolgt vielmehr in erster Linie *im eigenen Interesse*¹⁰⁶⁵. Im Lichte des hier vertretenen Verwaltungsbegriffs¹⁰⁶⁶ umfasst die Befugnis zur Verwaltung eigener Vermögensgegenstände also alle Vorkehren, welche im eigenen Interesse den Geldwert der betreffenden Vermögensgegenstände möglichst erhöhen bzw. Verluste möglichst minimieren. Ob eine Handlung, sei sie wertvermehrend oder verlustvermeidend, im eigenen Interesse erfolgt, kann letztlich aber nur die betreffende Person selbst beurteilen. Ein solcher Begriff der Vermögensverwaltung ist daher weitgehend *konturlos*.

4.19

¹⁰⁶⁴ Vgl. auch Art. 641 Abs. 1 ZGB und nArt. 409 ZGB des künftigen Erwachsenenschutzrechts (dazu oben Rz. 4.13).

¹⁰⁶⁵ Dies schliesst nicht aus, dass bei der Ausübung der Verwaltungsbefugnisse zuweilen auch fremde Interessen zu beachten sind, wie dies bereits das Gebot der *schonenden Rechtsausübung* verlangt (dazu statt vieler BSK-HONSELL, N. 22 zu Art. 2 ZGB).

¹⁰⁶⁶ Oben Rz. 3.61.

§ 25: Pflichten zur Verwaltung eigener Vermögensgegenstände

1. Im Allgemeinen

4.20 Das Gesetz kann eine Person zur Verwaltung ihrer eigenen Vermögensgegenstände verpflichten. Bei den hier einbezogenen Tatbeständen ist eine derartige *gesetzliche Pflicht zur Verwaltung eigener Vermögensgegenstände* nur bei Art. 906 Abs. 1 ZGB (Verwaltung verpfändeter Forderungen durch den Forderungsgläubiger) auszumachen. Darauf wird sogleich näher einzugehen sein¹⁰⁶⁷.

4.21 Zudem lässt sich eine Verpflichtung zur Verwaltung eigener Vermögensgegenstände ohne Weiteres *vertraglich* begründen. Von grosser praktischer Bedeutung sind hierbei Treuhandabreden, auf die im Folgenden ebenfalls zurückzukommen ist¹⁰⁶⁸.

2. Bei den hier einbezogenen Tatbeständen

a. Pflicht des Forderungsgläubigers zur werterhaltenden Verwaltung der verpfändeten Forderung (Art. 906 Abs. 1 ZGB)

4.22 Gemäss Art. 906 Abs. 1 ZGB *darf* der *Forderungsgläubiger* eine *verpfändete Forderung* *verwalten*¹⁰⁶⁹. In der Lehre wird zum Teil die Meinung vertreten, das Gesetz verstehe hier unter der Verwaltung der Forderung die «Ausübung der Gläubigerbefugnisse»¹⁰⁷⁰. Dass der Forderungsgläubiger als Träger der Forderung im Rahmen der gesetzlichen Ordnung auch alle Befugnisse, die dieser inhärent sind, ausüben darf, versteht sich indes von selbst¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁷ Unten Rz. 4.22 ff.

¹⁰⁶⁸ Unten Rz. 4.26 ff.

¹⁰⁶⁹ Zum Anwendungsbereich dieser Bestimmung siehe oben Rz. 1.29.

¹⁰⁷⁰ ZK-OFTINGER/BÄR, N. 7 zu Art. 906 ZGB (im Original in Sperrschrift). Ebenso BSK-BAUER, N. 4 zu Art. 906 ZGB.

¹⁰⁷¹ Vgl. BGE 128 III 366, E. 2.b S. 368. Daran ändert nichts, dass der Forderungsgläubiger verpflichtet ist, vor der Ausübung gewisser Befugnisse der verpfändeten Forderung die *Zustimmung* des Pfandgläubigers *einzuholen* (vgl. auch Art. 906

Nach h.L. und Rechtsprechung geht aus Art. 906 Abs. 1 ZGB zudem hervor, dass der Forderungsgläubiger gegenüber dem Pfandgläubiger zur *Verwaltung seiner Forderung verpflichtet* ist¹⁰⁷². Art. 906 Abs. 1 ZGB hat insoweit materielle Bedeutung, weil dem Forderungsgläubiger eine ansonsten nicht ex lege bestehende Verpflichtung auferlegt wird.

4.23

Diese Verpflichtung des Forderungsgläubigers zur Verwaltung seiner eigenen Forderung besteht nach h.L. und Rechtsprechung darin, für die Erhaltung des verpfändeten Rechts zu sorgen¹⁰⁷³. Damit kann nur eine *Werterhaltung* (und nicht die Erhaltung der verpfändeten Forderung) gemeint sein, zählt doch Art. 906 Abs. 1 ZGB ausdrücklich die Kündigung und Einziehung der verpfändeten Forderung zur Verwaltungstätigkeit¹⁰⁷⁴. Der Forderungsgläubiger schuldet also die Ergreifung aller Vorkehren, die zur Erhaltung des Werts der verpfändeten Forderung *notwendig* sind. Im Lichte der hier vertretenen Terminologie ist diese Verpflichtung somit als Anwendungsfall einer notwendigen Verwaltung zu qualifizieren¹⁰⁷⁵, wobei Notwendigkeit vorliegt, sobald der Wert der Forderung abnimmt.

4.24

Im Übrigen verhält es sich hier nicht anders als bei der Verwaltung fremder Vermögensgegenstände¹⁰⁷⁶: Der Forderungsgläubiger hat bei der

4.25

Abs. 2 ZGB und dazu ZK-OFTINGER/BÄR, N. 15 ff. zu Art. 906 ZGB; BK-ZOBL, N. 23 ff. zu Art. 906 ZGB, sowie BSK-BAUER, N. 6 f. zu Art. 906 ZGB). Der *Pfandgläubiger* hat an der Forderung lediglich ein *Verwertungsrecht*; er ist *nicht* deren Gläubiger, weshalb ihm – soweit keine besonderen Vorschriften vorliegen – auch keine sich aus der Gläubigerstellung ergebenden Befugnisse zustehen (BK-ZOBL, N. 2 zu Art. 906 ZGB, und BSK-BAUER, N. 1 zu Art. 906 ZGB).

¹⁰⁷² Vgl. statt vieler ZK-OFTINGER/BÄR, N. 14 zu Art. 906 ZGB; BK-ZOBL, N. 13 f. zu Art. 906 ZGB; BSK-BAUER, N. 5 zu Art. 906 ZGB, sowie aus der Rechtsprechung BGE 128 III 366, E. 2.b S. 368. BK-ZOBL, N. 8 zu Art. 906 ZGB, weist darauf hin, dass Art. 906 Abs. 1 ZGB entgegen seinem Wortlaut nicht nur die Kündigung und Einziehung der verpfändeten Forderung erfasst, sondern gemäss der h.L. die *gesamte Verwaltungstätigkeit*.

¹⁰⁷³ Statt vieler ZK-OFTINGER/BÄR, N. 12 zu Art. 906 ZGB; BK-ZOBL, N. 9 zu Art. 906 ZGB; ferner BSK-BAUER, N. 4 zu Art. 906 ZGB, sowie aus der Rechtsprechung BGE 128 III 366, E. 2.b S. 368.

¹⁰⁷⁴ Diese Handlungen führen letztlich zum Untergang der verpfändeten Forderung. Siehe zudem Art. 906 Abs. 2 ZGB.

¹⁰⁷⁵ Zum Begriff der notwendigen Verwaltung siehe oben Rz. 3.246 f.

¹⁰⁷⁶ Vgl. dazu oben insbesondere Rz. 3.104 ff.

Verwaltung seiner verpfändeten Forderung insbesondere *fremde Interessen* zu wahren, nämlich diejenigen des Pfandgläubigers, welche darin bestehen, dass die Forderung bzw. deren Gegenwert als Sicherheit Bestand hat¹⁰⁷⁷. Im Regelfall decken sich diese fremden Interessen aber mit seinen eigenen, denn der Forderungsgläubiger wird nicht wollen, dass der Wert seiner Forderung abnimmt. Zudem dürfte auf seine verwaltungsbezogenen Pflichten subsidiär und analog *Auftragsrecht* (Art. 394 ff. OR) Anwendung finden¹⁰⁷⁸. Mutatis mutandis gelten diese Grundsätze auch für das Drittpfand.

b. Pflicht des Treuhänders zur Verwaltung eigener Vermögensgegenstände (Art. 394 ff. OR)

4.26 Vermögensverwaltungsverträge werden von den Parteien zuweilen mit einer *Treuhandabrede* ergänzt¹⁰⁷⁹. Die treuhänderische Vermögensverwaltung zeichnet sich dadurch aus, dass der Verwalter bestimmte eigene Vermögensgegenstände, die aber wirtschaftlich dem Vertragspartner zustehen, verwaltet und unter gewissen Voraussetzungen unentgeltlich auf diesen (zurück-)übertragen muss¹⁰⁸⁰. Dies ist etwa der Fall, wenn der Vermögensverwalter Forderungen zu verwalten hat, die ihm zu diesem Zweck zediert worden sind.

4.27 Das Bestehen einer Treuhandabrede ändert an den Aufgaben des Vermögensverwalters grundsätzlich nichts: Der treuhänderische Verwalter ist – wie jeder vertraglich bestellte Verwalter – zur Verwaltung obligatorisch *ver-*

¹⁰⁷⁷ Vgl. ZK-OFTINGER/BÄR, N. 11 zu Art. 906 ZGB, und BSK-BAUER, N. 4 zu Art. 906 ZGB.

¹⁰⁷⁸ Der *Pfandbestellungsvertrag* (dazu statt vieler WIEGAND, Eigentumsvorbehalt, S. 115 ff.) hat keine umfassende gesetzliche Regelung erfahren. Soweit verwaltungsbezogene Rechte und Pflichten nicht (vertraglich) normiert worden sind, ist aus den bereits angeführten Gründen subsidiär und analog *Auftragsrecht* (Art. 394 ff. OR) heranzuziehen (zum Ganzen oben Rz. 3.186 ff.).

¹⁰⁷⁹ In Frage steht hier also die *Verwaltungstreuhand* (und nicht die Sicherungstreuhand; zu dieser Unterscheidung statt vieler BK-FELLMANN, N. 62 ff. zu Art. 394 OR).

¹⁰⁸⁰ Vgl. etwa BK-FELLMANN, N. 57 und N. 65 zu Art. 394 OR; CR-WERRO, N. 34 und N. 36 zu Art. 394 OR; ferner BSK-WEBER, N. 11 zu Art. 394 OR, sowie SPR VII/6-HOFSTETTER, S. 31 ff.

*pflichtet*¹⁰⁸¹. Auf den Vermögensverwaltungsvertrag gelangt dabei subsidiär Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) zur Anwendung, unabhängig davon, ob sich die Verwaltungspflicht auf fremde oder auf eigene Vermögensgegenstände erstreckt¹⁰⁸². Bei der Vermögensverwaltung im Bankwesen, die hier stellvertretend für alle Vermögensverwaltungsverträge einbezogen wird, ist die Bank bzw. der bankexterne Vermögensverwalter also auch verpflichtet, den Geldwert der zu verwaltenden Vermögensgegenstände selbständig und unter Wahrung fremder (Kunden-)Interessen möglichst zu erhöhen bzw. Verluste möglichst zu minimieren¹⁰⁸³, falls es sich bei den zu verwaltenden Vermögensgegenständen um Treugut handelt.

Soweit sich die Verwaltungspflicht sowohl auf *eigene* als auch auf *fremde* Vermögensgegenstände erstreckt, hat der Verwalter zu beachten, dass sein rechtliches «Können» in Bezug auf die treuhänderisch zu verwaltenden eigenen Vermögensgegenstände regelmässig weiter reicht als hinsichtlich der zu verwaltenden fremden Vermögensgegenstände¹⁰⁸⁴.

4.28

3. Keine grundsätzlichen Unterschiede zur Verwaltung fremder Vermögensgegenstände

Die vorstehende Untersuchung hat ergeben, dass sich eine Verpflichtung zur Verwaltung eigener Vermögensgegenstände *nicht grundsätzlich* von

4.29

¹⁰⁸¹ Siehe auch oben Rz. 3.76 ff. (Verwaltungsobligation bei der Verwaltung fremder Vermögensgegenstände, einschliesslich der auf Vertrag beruhenden Vermögensverwaltung im Bankwesen).

¹⁰⁸² Zur Anwendbarkeit der auftragsrechtlichen Vorschriften auf die *Verwaltung fremder Vermögensgegenstände* siehe oben Rz. 3.186 ff.; zur Anwendbarkeit dieser Bestimmungen auf die *Verwaltungstreuhand* vgl. statt vieler BSK-WEBER, N. 11 zu Art. 394 OR, und CR-WERRO, N. 36 zu Art. 394 OR (jeweils m.w.H.).

¹⁰⁸³ Zum hier vertretenen Begriff der Vermögensverwaltung siehe oben Rz. 3.61.

¹⁰⁸⁴ An den *treuhänderisch* zu verwaltenden Vermögensgegenständen ist der Verwalter selbst *zuständig*, weshalb ihm grundsätzlich alle Befugnisse bzw. Pflichten zustehen, die diesen inhärent sind, namentlich die Verfügungsbefugnis (vgl. oben Rz. 3.65). Anders verhält es sich mit den zu verwaltenden *fremden Vermögensgegenständen*: Diesbezüglich müssen dem Verwalter Machtbefugnisse wie die Verfügungsmacht von Gesetzes wegen oder privatautonom eingeräumt werden, damit er die betreffenden Vorkehren ergreifen kann (zum Ganzen oben Rz. 3.146 ff.).

einer Verpflichtung zur Verwaltung fremder Vermögensgegenstände *unterscheidet*. Hinsichtlich der Verpflichtung zur Verwaltung eigener Vermögensgegenstände kann daher auf den Verwaltungsbegriff, wie er hier anhand der Verwaltung fremder Vermögensgegenstände entwickelt wurde, verwiesen werden¹⁰⁸⁵.

4.30 Bei der *Verwaltung verpfändeter Forderungen durch den Forderungsgläubiger* (Art. 906 Abs. 1 ZGB) gilt es zu beachten, dass sich dessen Verwaltungspflicht umfangmässig auf werterhaltende Massnahmen beschränkt¹⁰⁸⁶. Derartige Einschränkungen auf eine notwendige Verwaltung sind indes bei der Verwaltung fremder Vermögensgegenstände ebenfalls auszumachen¹⁰⁸⁷, weshalb auch insofern keine Besonderheiten bestehen.

¹⁰⁸⁵ Oben insbesondere Rz. 3.61 und Rz. 3.104 ff.

¹⁰⁸⁶ Oben Rz. 4.24.

¹⁰⁸⁷ Oben Rz. 3.242 ff.

Teil 5: Zusammenfassung in Thesen

Die wichtigsten Ergebnisse dieser Arbeit lassen sich durch die nachstehenden Thesen zusammenfassen.

– 1 –

- 5.01 Das *Vermögen* ist ein Aspekt der Persönlichkeit und daher unverfügbar. Aus der Optik des Privatrechts hat jede Person ein einziges Vermögen.

– 2 –

- 5.02 Dieses eine, *privatrechtliche Vermögen* jeder Person besteht aus der Gesamtheit ihrer grundsätzlich *verfügbaren subjektiven Rechte, Pflichten und Rechtsverhältnisse*. Die Bestandteile des privatrechtlichen Vermögens – die Vermögensgegenstände – sind also, jedenfalls ihrer Art nach, Verfügungsgeschäften zugänglich. Dabei ist unerheblich, ob diesen verfügbaren Gegenständen auf der wirtschaftlich-faktischen Ebene ein Geldwert zugeschrieben wird oder nicht. Verfügbare Gegenstände ohne Geldwert zählen ebenfalls zum privatrechtlichen Vermögen.

– 3 –

- 5.03 *Persönlichkeitsrechte sowie gewisse persönlichkeitsnahe Erscheinungen familienrechtlicher Natur* sind – im Gegensatz zu den Gegenständen des privatrechtlichen Vermögens – Verfügungsgeschäften nicht zugänglich, also *unverfügbar*. Sie verhalten sich somit *komplementär* zu den grundsätzlich verfügbaren Vermögensgegenständen.

– 4 –

- 5.04 Vom privatrechtlichen Vermögen gilt es insbesondere den Vermögensbegriff der Wirtschaftswissenschaften abzugrenzen. Das *Vermögen im wirtschaftlichen Sinn* besteht aus allen *Gütern mit Geldwert*, sei dieser positiv oder negativ. Ein Gut kann also zum Vermögen im wirtschaftlichen Sinn gezählt werden, soweit es einen Geldwert aufweist. Irrelevant ist dabei, ob diesen geldwerten Gütern auf der rechtlich-normativen Ebene subjektive Rechte, Pflichten und Rechtsverhältnisse entsprechen oder nicht. Auch geldwerte Güter, die nicht durch ein subjektives Recht geschützt werden, zählen zum Vermögen im wirtschaftlichen Sinn.

– 5 –

- 5.05 Nicht alle Tatbestände des Privatrechts betreffend das Vermögen knüpfen an den privatrechtlichen Vermögensbegriff an. Vielmehr muss bei den einzelnen Tatbeständen durch *Auslegung* ermittelt werden, welche Bedeutung der Begriff des Vermögens aufweist. Das privatrechtliche Vermögen ist dabei gemeint, falls ein Tatbestand hinsichtlich der Zusammensetzung des Vermögens auf die *Verfügbarkeit* abstellt. Ergibt sich dagegen, dass das Vermögen aus *geldwerten Gütern* besteht, bezieht sich der betreffende Tatbestand auf das Vermögen im wirtschaftlichen Sinn.

– 6 –

Vermögensverwaltung ist die Befugnis oder Pflicht, selbständig und unter Wahrung fremder Interessen den Geldwert der zu verwaltenden Vermögensgegenstände möglichst zu erhöhen bzw. Verluste möglichst zu minimieren. Gegenstand der Vermögensverwaltung ist *privatrechtliches Vermögen*. 5.06

– 7 –

In der *Regel* ist der Vermögensverwalter zur *Verwaltung verpflichtet*. Dabei handelt es sich um eine *obligatorische* Pflicht (rechtliches «Müssen»). Mit dieser schuldrechtlichen Verpflichtung korrespondiert innerhalb der entsprechenden Obligation eine Forderung, vom Vermögensverwalter die Verwaltung verlangen zu dürfen. 5.07

– 8 –

Eine von dieser Regel abweichende, besondere gesetzliche Ordnung besteht hinsichtlich der *Verwaltung gemeinschaftlicher Vermögensgegenstände durch die Rechtsgemeinschaftler*: Die Gemeinschaftler dürfen die gemeinschaftlichen Vermögensgegenstände im Prinzip nur gemeinsam verwalten. Aufgrund besonderer gesetzlicher Anordnungen sind sie aber für Vorkehren der *ordentlichen und dringlichen Verwaltung* grundsätzlich einzelbefugt (rechtliches «Dürfen»). Ein Zusammenwirken der Rechtsgemeinschaftler ist somit bloss bei der *ausserordentlichen Verwaltung* erforderlich; insofern besteht also eine Pflicht zum gemeinsamen Handeln (rechtliches «Müssen»). Diese Befugnisse bzw. Pflichten sind allesamt mitgliedschaftsrechtlicher Natur. Im Falle von *Dringlichkeit* besteht gestützt auf Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) zudem eine wechselseitige Verpflichtung (rechtliches «Müssen»), alle zumutbaren Vorkehren zu ergreifen, um Schaden abzuwehren. Im *Ergebnis* sind die Gemeinschaftler deshalb zur *ordentlichen Verwaltung einzelbefugt* und zur *dringlichen Verwaltung* vorwiegend *einzelverpflichtet*, während sie bei der *ausserordentlichen Verwaltung zusammenwirken* müssen. 5.08

– 9 –

Eine weitere Abweichung vom Prinzip der Verwaltungspflicht ist bei denjenigen Tatbeständen auszumachen, die anordnen, dass eine Person ihre *eigenen Vermögensgegenstände verwalten darf* (aber nicht muss). Dabei hat sich gezeigt, dass Personen, denen das Gesetz die Verwaltung ihrer eigenen Vermögensgegenstände erlaubt, hinsichtlich der betreffenden Vermögensgegenstände sowieso eine *umfassende Rechtsstellung* aufweisen. Es erscheint daher fraglich, inwiefern es überhaupt sinnvoll ist, aus der jeweils umfassen- 5.09

den Rechtsstellung einzelne Befugnisse wie die Verwaltungsbefugnis begrifflich auszuscheiden, da die Summe dieser Einzelbefugnisse die gesamte Rechtsstellung nie restlos abzubilden vermag. Verwaltende Tätigkeiten bilden in solchen Fällen nur ein blosses *Beispiel* für die verschiedenen Handlungen, welche die betreffende Person hinsichtlich ihrer eigenen Vermögensgegenstände ergreifen kann.

– 10 –

- 5.10 *Machtbefugnisse*, beispielsweise die Vertretungsmacht oder die Verfügungsmacht über fremde Vermögensgegenstände, *erweitern das rechtliche «Können»* einer Person *hinsichtlich eines fremden Rechtskreises*. Inwiefern ein Vermögensverwalter zwecks Verwaltung in eine fremde Rechtssphäre eingreifen kann, ergibt sich daher – wie bei jeder Person – aus seinen Machtbefugnissen. *Verwaltungsbefugnisse und -pflichten* sind selbst *keine Machtbefugnisse*. Sie weisen dem Vermögensverwalter also keine Rechtsmacht zu, in einen fremden Rechtskreis, z.B. durch stellvertretendes Handeln, unmittelbar einwirken zu können.

– 11 –

- 5.11 Auf die verwaltungsbezogenen Befugnisse und Pflichten findet *Auftragsrecht* (Art. 394 ff. OR) Anwendung, sei es direkt oder nur subsidiär und analog. Bei der Verwaltung von Vermögen handelt es sich denn auch um einen besonderen Typus eines *Geschäftsführungstatbestands*. Die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) sind wegen Bestehens eines Rechtsverhältnisses zwischen den Beteiligten grundsätzlich nicht anwendbar.

– 12 –

- 5.12 Im Gesetz finden sich verschiedentlich Bestimmungen, welche den Umfang der Vermögensverwaltung auf ordentliche, ausserordentliche oder dringliche Vorkehren beschränken. Dabei gilt grundsätzlich, dass die *ordentliche Verwaltung* alle verwaltenden Vorkehren umfasst, die sich aus dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ergeben, während zur *ausserordentlichen Verwaltung* alle verwaltenden Vorkehren zählen, die nicht mit dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu vereinbaren sind. *Dringlich* wiederum sind alle verwaltenden Vorkehren, die den Geldwert der betreffenden Vermögensgegenstände oder die entsprechende Sachsubstanz erhalten, wenn diesen ein Wertverlust oder eine Beeinträchtigung der Sachsubstanz unmittelbar droht. Liegen derartige gesetzliche Beschränkungen des Umfangs der Verwaltungsbefugnis bzw. -pflicht vor, muss sich folglich der Vermögensverwalter auf eine *Teilmenge aller verwaltenden Vorkehren* beschränken.

Dominik Schmid
Dr. iur.

Rechtliche Grundlagen der Vermögensverwaltung

Eine Untersuchung zur Bedeutung der Begriffe «Verwaltung» und «Vermögen» im schweizerischen Privatrecht

In fast allen Gebieten des Privatrechts wird Vermögen verwaltet: Banken verwalten die Guthaben ihrer Kunden, Willensvollstrecker den Nachlass und Ehegatten ihre Gütermassen, um nur ein paar Beispiele zu nennen. Was aber sind die typischen Rechte und Pflichten eines Vermögensverwalters? Eine umfassende, rechtsgebietsübergreifende Untersuchung zu dieser Thematik steht bisher aus.

Die vorliegende Arbeit schliesst diese Lücke. Anhand der verschiedenen Vermögensverwaltungstatbestände des ZGB und OR wird ermittelt, welche Rechte und Pflichten einem Vermögensverwalter typischerweise zukommen, worin also sein rechtliches «Dürfen» und «Müssen» besteht. Gestützt darauf unterzieht der Autor den herrschenden Begriff der Vermögensverwaltung einer kritischen Würdigung und fasst diesen präziser.

Die Arbeit setzt sich zudem mit weiteren Grundfragen des Innen- und Aussenverhältnisses der Vermögensverwaltung auseinander, insbesondere mit dem rechtlichen «Können» des Vermögensverwalters und dem subsidiär auf die Vermögensverwaltung anwendbaren Recht. Untersucht werden überdies die gesetzlichen Beschränkungen des Umfangs der Vermögensverwaltung auf ordentliche, ausserordentliche, notwendige und dringliche Handlungen.

Ein eigener Teil der Untersuchung beschäftigt sich mit dem Gegenstand der Vermögensverwaltung, dem Vermögen. Anhand zahlreicher Beispiele aus dem ZGB, OR und FusG wird gezeigt, woraus sich das Vermögen im Privatrecht zusammensetzt und worin sich die Bestandteile des Vermögens von den Persönlichkeitsrechten unterscheiden.

The logo for ASR, consisting of the letters 'A', 'S', and 'R' in a stylized, bold, black font. The 'A' and 'S' are connected, and the 'R' is separate.

Stämpfli Verlag

ISBN 978-3-7272-0085-4



9 783727 200854 >