

Haftung des unabhängigen Vermögensverwalters

Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden nachweisen

Falls der Kunde eines unabhängigen Vermögensverwalters gegen diesen vorgehen will, verlangt er in der Regel zuerst die Herausgabe von Akten sowie die Ablegung von Rechenschaft. Gestützt auf die daraus gewonnenen Erkenntnisse macht er allenfalls Schadenersatzansprüche geltend. Nachdem die Frage der Herausgabe- und Rechenschaftspflicht im ST 4/04, S. 297 ff., untersucht wurde [1], widmet sich der vorliegende Beitrag der Haftung des Vermögensverwalters.

1. Haftung des Vermögensverwalters

1.1 Übersicht

Der Vermögensverwaltungsvertrag zwischen dem externen Vermögensverwalter und dem Kunden ist als Auftrag zu qualifizieren [2]. Entsprechend haftet Ersterer nur, sofern der Kunde seinen Schaden, eine Pflichtverletzung des Vermögensverwalters und den Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden nachweist [3]. Ausbleiben eines Erfolges dagegen verpflichtet nicht zur Leistung von Schadenersatz. Der Vermögensverwalter kann die Haftungsfolge abwenden, wenn er beweisen kann, dass ihn kein Verschulden trifft. Diese Elemente sind im folgenden zu prüfen.

1.2 Schaden

Bei der Berechnung des Schadens kann der Kunde grundsätzlich sein Erfüllungsinteresse geltend machen [4]. Dies erlaubt ihm, so gestellt zu werden, wie wenn der Vermögensverwalter den

Vertrag sorgfältig erfüllt hätte. Somit umfasst das auch positive Interesse genannte Erfüllungsinteresse allfällig einen entgangenen Gewinn. Beim negativen Interesse dagegen kann der Kunde verlangen, dass sein Verlust so weit ausgeglichen wird, dass sein Vermögen den gleichen Stand aufweist,

wie wenn er nie einen Vertrag geschlossen hätte. Das negative Interesse könnte vorliegend grösser sein, z. B. bei Verlusten, welche auch bei pflichtgemässer Vermögensverwaltung eingetreten wären, doch ist auch dann der auftragsrechtliche Grundsatz der Schadensberechnung nach dem positiven Interesse [5] anzuwenden [6]. Könnte der Kunde auch sein negatives Interesse verlangen, würde sich dies – bei Vorliegen einer Sorgfaltpflichtverletzung – als eine Verlustgarantie auswirken [7].

Der so verstandene Schaden ist die Differenz des Vermögensstandes nach der mangelhaften Verwaltung im Verhältnis zum Vermögensstand, wie er sich ergeben würde, wenn der Vermögensverwalter den Zielen und Vorgaben des Kunden entsprechende Dispositionen vorgenommen hätte [8].

Massgebend sind das in der Branche voraussetzbare Wissen und die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses herrschende Markterwartung [9]. Diese vermittelt, wie sich eine nach allgemeiner Auffassung korrekte Anlage entwickelt hätte. Massstab sind übliche Vermögensanlagen und nicht, was der erfolgreichste Verwalter erwirtschaftete [10]. Zugrunde zu legen ist die Marktentwicklung der in Frage stehenden Periode, nicht ein hypothetischer durchschnittlicher Zeitabschnitt [11].

Sind nur eine oder wenige Anlagen eines Portefeuilles verlustbringend, kann die generelle Entwicklung der anderen Investitionen als Vergleichsmassstab herangezogen werden. Ist dagegen das ganze Portefeuille in Verletzung von Sorgfaltsmassstäben angelegt worden, muss die Entwicklung eines hypothetischen Vergleichsportefeuilles herangezogen werden [12]. Solche wer-



Florian S. Jörg, Dr. iur., Rechtsanwalt,
MCI, New York Bar, Froriep Renggli,
Zürich
fjoerg@froriep.ch

den von Banken unter Berücksichtigung verschiedener Risikostufen veröffentlicht [13].

Positive Depotposten können in der Regel nicht mit Verlusten verrechnet werden, da Pflichtverletzungen nicht mit Pflichterfüllungen aufgewogen werden können [14]. Ausnahmen sind dort denkbar, wo die Vermögensverwaltung als Ganzes betrachtet wird [15], beispielsweise wenn eine riskante Anlagestrategie zu grossen Gewinnen, aber auch zu Verlusten führt, die sich in etwa die Waagschale halten. Hätte sich der Wert des Portfolios auch bei einer anderen Auswahl von Wertschriften vermindert, beispielsweise aufgrund eines generellen Kurssturzes, wäre eine Wertverminderung auch bei pflichtgemässer Verwaltung eingetreten, so dass in diesem Umfang kein Schaden vorliegt [16].

1.3 Pflichtverletzung

1.3.1 Übersicht

Zur Begründung der Haftung des Vermögensverwalters muss eine Pflichtverletzung vorliegen. In Betracht kommen meistens Verletzungen der Sorgfalts- [17], Informations- oder allenfalls der Treuepflicht [18], wobei die beiden ersteren die grösste Bedeutung erlangt haben. Solche Pflichten ergeben sich aus dem Auftragsrecht, insbesondere aus Art. 398 OR. Dessen erster Absatz auferlegt dem Beauftragten die gleiche Sorgfalt wie dem Arbeitnehmer, doch kommt diesem Verweis nur die Bedeutung der Verankerung eines berufsspezifischen Durchschnittsverhaltens zu [19]. Die Anforderungen an die Sorgfalt des berufsmässig tätigen Auftragnehmers sind höher als an diejenige des Arbeitnehmers [20].

1.3.2 Sorgfaltsmassstab

Als Sorgfaltsmassstab gelten erneut das in der Branche vorauszusetzende Wissen und die herrschende Markterwartung [21]. Daneben ist jedoch auch ein sogenanntes Übernahmeverschulden, welches bei ungenügender Qualifikation des Vermögensverwalters oder seiner Mitarbeiter vorliegt, haftungsbe gründend [22].

Damit bleibt der Sorgfaltsmassstab eher vage umschrieben. Zur Konkretisierung der von der Bank als Vermögensverwalterin geschuldeten Sorgfalt können die Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge, welche die Schweizerische Bankiervereinigung herausgegeben hat, herangezogen werden [23]. Nach einer kürzlich publizierten Entscheidung des Handelsgerichts des Kantons Zürich wird der wesentliche Teil dieser Richtlinien sogar aufgrund des Vertrauensprinzips Vertragsbestandteil, sofern sich der Vermögensverwalter nicht dagegen verwahrt [24]. Zudem sind bei einer allfälligen Mitgliedschaft die Richtlinien des eigenen Verbandes zu befolgen [25]. Selbstverständlich kann eine schriftliche Vereinbarung zwischen dem Kunden und seinem Vermögensverwalter von diesen Grundsätzen abweichen [26].

1.3.3 Abklären der Kundenbedürfnisse

Vor Beginn der Verwaltungstätigkeit muss der Vermögensverwalter die Vermögensverhältnisse des Kunden in Erfahrung bringen («know your customer-rule») [27]. Dazu erstellt er ein Kundenprofil [28]. Anhand der Mittel und Bedürfnisse klärt der Vermögensverwalter anschliessend die Risikofähigkeit des Kunden ab. Diese ist beispielsweise bei einem vermögenden Kunden mit wenig laufenden Ausgaben gross, bei einem jungen Kunden mit kleinerem Vermögen, aus dem er seinen Unterhalt bestreiten muss, dage-

gen eher geringer. Danach ist die Risikobereitschaft des Kunden zu eruieren, d. h. sein Interesse, eine risikoreichere Strategie zu implementieren. Ist der Kunde risikobereiter, als es die Risikofähigkeit zulässt, muss der Vermögensverwalter den Kunden abmahnen. Entsprechend ist es eine der Hauptaufgaben des Vermögensverwalters, das Kundeninteresse herauszukristallisieren [29]. Die entstehende Dokumentation ist laufend anzupassen.

1.3.4 Informationspflichten

Das Bundesgericht hat in konstanter Rechtsprechung festgehalten, dass professionelle Vermögensverwalter besonderen Aufklärungs-, Beratungs- und eventuell Warnpflichten [30] unterliegen [31]. So ist der Kunde über die bestehenden Risiken aufzuklären [32], aber nur, wenn er diese nicht schon kennt [33]. Der Kunde muss sorgfältig informiert werden, die Information muss aber nicht richtig sein [34]. Entsprechend kann sich eine Information im Nachhinein als falsch erweisen, obwohl ihre damalige Erteilung nicht sorgfaltswidrig war. Bei Direktaufträgen des Kunden, welche nach Ansicht des Vermögensverwalters die Erreichung des Auftragzieles in Frage stellen, trifft ihn eine Abmahnungspflicht [35]. Besteht der Kunde auf der Ausführung der Transaktion, darf der Vermögensverwalter diese ausführen.

Ist der Kunde vertreten, können die Informationspflichten in der Regel auch dem Vertreter gegenüber erfüllt werden [36].

1.3.5 Anlagegrundsätze

Der Vermögensverwalter ist weiter gehalten, das anvertraute Vermögen regelmässig zu überwachen und die Anlagen mit Sorgfalt auszuwählen [37].

Aufgrund der dem Börsenverlauf immanent anhaftenden Unsicherheiten darf als allgemein bekannt gelten, dass eine übliche Vermögensverwaltung, von welcher der Kunde ohne anderslautende Abmachung ausgehen darf, sich auf erstklassige Titel beschränkt und für eine Aufteilung der Positionen im Verhältnis des Gesamtvermögens



Oliver Arter, lic. iur., Rechtsanwalt,
Froriep Renggli, Zürich
oarter@froriep.ch

sorgt. Erhöhte oder hohe Risiken sind ohne anderslautende Vereinbarung mit einem aufgeklärten Kunden zu vermeiden [38]. Der Vermögensverwalter hat, von Ausnahmen abgesehen, bankenunübliche Anlageinstrumente zu vermeiden [39]. Aktienindexfutures-Geschäfte gehören – vorbehaltlich der Depotabsicherung – nicht zur üblichen Vermögensverwaltung [40]. Zu vermeiden sind Klumpenrisiken infolge unüblicher Konzentration auf eine kleine Anzahl von Anlagen [41]. Überschreitet der Vermögensverwalter mit dem Kunden vereinbarte Investitionsvolumina (z.B. prozentuale Beschränkungen für einzelne Unternehmensgruppen oder Märkte) und erleidet das Investment einen Verlust, haftet der Vermögensverwalter für den Verlustanteil der Überschreitung. Zudem soll der Vermögensverwalter leicht handelbare Anlageinstrumente auswählen [42]. Andererseits hat der Kunde nachzuweisen, ob ein Investment gegen besondere Marktgegebenheiten verstösst, per se unzulässig ist oder aufgrund der Währung oder Branchenzugehörigkeit nicht hätte gewählt werden dürfen [43].

1.3.6 Weitere Pflichten

Aufgrund des Vermögensverwaltungsauftrages dürfen ohne Zustimmung des

Kunden weder Kredite aufgenommen [44] noch potentielle Sollpositionen eingegangen werden. Ausgenommen sind lediglich kurzfristige Kontoüberziehungen, welche durch in naher Zukunft eingehende Erträge gedeckt sind [45]. Optionsgeschäfte auf Wert-

gen, wenn er hinreichend informiert wurde [48]. Dies kann sich u. E. nur auf das einzugehende Risiko und die groben Charakteristika der eingesetzten Finanzinstrumente beziehen. Dagegen ist nicht notwendig, dass der Kunde die allenfalls komplizierte Finanztransak-

«Ist der Kunde risikobereiter, als es die Risikofähigkeit zulässt, muss der Vermögensverwalter den Kunden abmahnen.»

schriften, Devisen, Edelmetallen, Zinssatzinstrumenten und Börsenindizes (Kauf und Verkauf von Calls und Puts) sind zulässig, wenn sie auf das Gesamtportfolio keine Hebelwirkung haben und im Rahmen der Anlagepolitik der Bank liegen [46]. Die Anlagen sind vom Vermögensverwalter zu überwachen [47].

1.3.7 Genehmigung durch den Kunden?

Eine von der üblichen Vermögensverwaltung abweichende Investition kann der Kunde nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nur genehmi-

tion auch im Detail versteht. Andernfalls könnte sonst ein vermögender, aber in Finanzangelegenheiten nicht bewandelter Kunde gar keine komplizierten Transaktionen mehr ausführen lassen. Eine stillschweigende Genehmigung bei regelmässiger Zustellung der Unterlagen ist dagegen vom Verständnis und der Erkennbarkeit der Vorgänge abhängig und im Einzelfall abzuklären. Der Vermögensverwalter stellt dem Kunden deshalb im eigenen Interesse verständliche Auszüge und Berichte seiner Tätigkeit zu [49]. Jedenfalls ist der Kunde nicht verpflichtet, den Vermögensverwalter zu überwachen [50].

1.4 Kausalzusammenhang

Der Schaden ist nur zu ersetzen, wenn die zur Last gelegte Vertragsverletzung ursächlich für den eingetretenen Schaden war, so dass sie nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch die Schädigung dahinfallen würde (natürliche Kausalität). Es ist jedoch nicht jeder auf einer natürlichen Kausalität beruhende Schaden, sondern nur der adäquat kausale, zu ersetzen. Dies heisst, dass durch die Verwaltung des Vermögensverwalters nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit dem Eintritt des Verlustes hat gerechnet werden müssen oder der Eintritt des Schadens durch das Ereignis als begünstigt erscheint [51]. Der Kunde hat somit beide Elemente bezüglich jeder Pflichtverletzung zu beweisen, pauschale Hinweise auf Vertragsverletzungen und auf einen eingetretenen Totalschaden genügen nicht.

prüfen. Die subjektive Seite dagegen betrifft die Frage nach der Vorwerfbarkeit des Verhaltens nach ethisch-moralischen Grundsätzen im konkret zu beurteilenden Fall [54]. Nur diese Vorwerfbarkeit ist der neueren Lehre zufolge beim Verschulden zu prüfen.

In prozessualer Hinsicht ist das Verschulden vom Vermögensverwalter detailliert und auf die einzelnen Vorbringen des Kunden hin zu bestreiten, pauschale Vorbringen genügen nicht [55].

1.6 Haftungsfreizeichnung

Schliesslich bleibt die Frage, ob der Vermögensverwalter seine Haftung rechtsgültig ausschliessen kann. Haftungsfreizeichnungen sind unzulässig für grobes eigenes Verschulden und Absicht. Die Haftung von Hilfspersonen kann dagegen weitergehend ausgeschlossen werden. Bei obrigkeitlich

liches Ungenügen wäre deshalb als Vertragsverletzung zu qualifizieren [61]. Demnach würde bei Bejahung einer Sorgfaltspflichtverletzung die Prüfung des Verschuldens im Sinne einer solchen Sorgfaltspflichtverletzung überflüssig, da eine Exkulpation gar nicht möglich wäre. Wenn das Verschulden nicht mehr geprüft werden müsste, wäre aber auch der Ausschluss der Haftung für verschiedene Verschuldensstufen sinnlos [62]. Zu fragen ist nach dieser Auffassung somit vielmehr, ob dem Täter sein Verhalten vorgeworfen werden muss; Massstab ist demnach die Vorwerfbarkeit.

Folgt man dieser Auffassung, liesse sich nur eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit im Sinne von Vorwerfbarkeit des Handelns wegbedingen [63]. Entsprechend ist dieser Meinung zufolge ein Haftungsausschluss dann unwirksam, wenn er die Haftung für ein Verhalten, das der objektiv messbaren Sachkunde widerspricht und damit vorwerfbar ist, ausschliessen will. Bei standardisierten Vertragsverhältnissen, welche objektiv messbares Verhalten vorschreiben, wie dem Vermögensverwaltungsauftrag, hätte dies zur Folge, dass bei Verstoss gegen die Standards ein Entlastungsbeweis von vornherein scheitern würde. Die Rechtsprechung wird diesen Punkt in den nächsten Jahren zu klären haben. ■

«Als Sorgfaltsmassstab gelten das in der Branche vorauszusetzende Wissen und die herrschende Markterwartung.»

Soweit die Pflichtverletzungen von Vermögensverwaltern Unterlassungen betreffen, bestimmt sich der Kausalzusammenhang danach, ob der Schaden auch bei Vornahme der unterlassenen Handlung eingetreten wäre [52].

1.5 Verschulden

Der Vermögensverwalter haftet grundsätzlich nicht, wenn er nachweisen kann, dass ihn kein Verschulden trifft. Nach neuerer Lehre gehört die aufsichtsrechtliche Sorgfalt zum Vertragsinhalt. Damit stellt sich die Frage, ob die Prüfung der Sorgfalt nur für die Bestimmung einer allfälligen Vertragsverletzung oder aber auch für die Prüfung des Verschuldens relevant ist [53]. Die erwähnte neuere Lehre scheint dahin zu tendieren, die objektive Seite des Verschuldens, nämlich das Fehlen der geschuldeten Sorgfalt, unter dem Gesichtspunkt der Vertragsverletzung zu

konzessionierten Gewerben kann der Richter nach eigenem Ermessen auch Haftungsbeschränkungen für eigenes leichtes Verschulden als nichtig erklären [56]. Die Haftung für leichtes Verschulden der Hilfspersonen kann dagegen auch von diesen ausgeschlossen werden [57]. Als obrigkeitlich konzessioniert gelten ebenfalls Banken und Effektenhändler [58], nicht aber externe Vermögensverwalter. Es ist unklar und umstritten, wer im Bankgeschäft als Organ und wer als Hilfsperson zu gelten hat [59].

Haftungsfreizeichnungen dürfen nicht im Widerspruch zu einer Zusicherung oder einer gesetzlichen Pflicht wie derjenigen der vorschriftsgemässen Vertragsausführung stehen [60]. Wie bereits ausgeführt gilt nach neuerer, aber nicht herrschender Lehre auch das Einhalten der notwendigen Sorgfalt, der berufsspezifischen Sachkunde, als Inhalt aller Dienstleistungsverträge. Fach-

Anmerkungen

- 1 Florian S. Jörg/Oliver Arter, Herausgabe- und Rechenschaftspflicht des unabhängigen Vermögensverwalters, ST 4/04, S. 297 ff.
- 2 Vgl. die Hinweise in Jörg/Arter (Anm. 1), ST 4/04, Anm. 2.
- 3 ZR 91/92 (1992/1993) Nr. 84, 300 f. Maurizio Genoni, Rechtsprobleme der externen Vermögensverwaltung, SZW 1991, 19, 24 f.; differenziert P. Christoph Gutzwiller, Die Genehmigung pflichtwidriger Anlageentscheide der Bank, SJZ 2002 (zit. Gutzwiller, SJZ 2002), 117, 120; Carlo Lombardini, Droit et pratique de la gestion de fortune, 3. Auflage, Basel 2003, 110 ff. Zur Umkehrung der Beweislast bei unbestimmten negativen Sachverhaltselementen ZR 102 (2003) Nr. 65, 302 (in casu: Behauptung des Klägers, keinen Vertrag eingegangen zu sein und keine Geschäfte über ein bestimmtes Konto geführt zu haben, führte zu einer Behauptungs- und Beweislast der beklagten Bank für Eröffnung des Kontos und getätigte Investitionen).
- 4 P. Christoph Gutzwiller, Unsorgfältige Vermögensverwaltung, Beweislast, Haftungsausschluss und Schadensberechnung, AJP 2000 (zit. Gutzwiller, AJP 2000), 57, 63; Claude

- Bretton-Chevallier, Le gérant de fortune indépendant, Zürich et al. 2002, 74, 193.
- 5 Rolf H. Weber, Kommentar zu Art. 394–411 und 419–424 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 3. Auflage, Basel 2003 (zit. OR-Weber), N 30 zu Art. 398 OR.
 - 6 Gutzwiller (Fn 4), AJP 2000, 63.
 - 7 Unklar hierzu ZR 102 (2003) Nr. 65, 303, wo festgehalten wird, der Schaden umfasse nicht nur das negative Interesse, sondern auch die ausgebliebene Vermögensvermehrung.
 - 8 ZR 91/92 (1992/1993) Nr. 84, 305; Bretton-Chevallier (Anm. 4), 193.
 - 9 Gutzwiller (Anm. 4), AJP 2000, 63.
 - 10 Gutzwiller (Anm. 4), AJP 2000, 63.
 - 11 Für Deutschland BGH, Urteil vom 2. Mai 2002, WM 2002, 1177, 1178.
 - 12 ZR 102 (2003) Nr. 65, 304.
 - 13 Gutzwiller (Anm. 4), AJP 2000, 63.
 - 14 Gutzwiller (Anm. 4), AJP 2000, 63 f.
 - 15 Bretton-Chevallier (Anm. 4), 194, zur «compensatio lucri cum damno»; Gutzwiller (Anm. 4), AJP 2000, 64.
 - 16 Vgl. analog die Theorie der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, dass unter dem Aspekt der Kausalität generelle Kursschwankungen auszuklammern sind: Harald Bärtschi, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss., Zürich 2001, 209.
 - 17 Zur Sorgfaltspflicht Bretton-Chevallier (Anm. 4), 88 ff.
 - 18 Dazu Bretton-Chevallier (Anm. 4), 93 ff.; Hans Rainer Künzle, Anlageberatung, Vermögensverwaltung und Willensvollstreckung, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey, Zürich 2003, 451, 463 f.
 - 19 OR-Weber (Anm. 5), N 22 zu Art. 398; vgl. Lombardini (Anm. 3), 111. Nach Bretton-Chevallier (Anm. 4), 192, werden mit dem Verweis lediglich die vier Voraussetzungen Schaden, Pflichtverletzung, Kausalzusammenhang und Verschulden in das Auftragsrecht aufgenommen.
 - 20 Zudem ist der Sorgfaltsmassstab des Auftragnehmers im Unterschied zum Arbeitnehmer ausserhalb der vertragsgemässen Sorgfalt dispositiv. Weiter hängt die Haftung des Beauftragten von der Entgeltlichkeit des Auftrages ab, wobei sich der Beauftragte exkulpieren muss, während der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Verschulden nachzuweisen hat: OR-Weber (Anm. 5), N 23 zu Art. 398; vgl. Lombardini (Anm. 3), 111.
 - 21 Florian Jörg/Oliver Arter, Haftet der Vermögensverwalter bei Wertverlust?, NZZ vom 30. Januar 2003, Nr. 24, 31.
 - 22 BGE 124 III 164; Gutzwiller (Anm. 4), AJP 2000, 58.
 - 23 Sandro Abegglen, Vermögensverwaltung durch die Bank – konfliktträchtige Bereiche und ihre Bewältigung, unter besonderer Berücksichtigung von Kunden-Direktorders, SZW 2001, 181, 182; Urs Bertschinger, Sorgfaltspflichten des Vermögensverwalters bei Derivaten – Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts vom 28. Juli 1995 (4C.467/1994), SZW 1996, (zit. Bertschinger, SZW 1996), 240, 241; Gutzwiller (Anm. 3), SJZ 2002, 119; Bundesgericht, SZW 1997, 155. Selbstverständlich sind auch die Verbandsrichtlinien zu befolgen.
 - 24 ZR 102 (2003) Nr. 65, 297 f., für Banken, doch ist davon auszugehen, dass die Überlegungen des Gerichts auch auf externe Vermögensverwalter zur Anwendung gelangen.
 - 25 Z.B. die «Standesregeln des Verbands Schweizerischer Vermögensverwalter für die Ausübung der unabhängigen Vermögensverwaltung» des VSV/ASG.
 - 26 Urs Bertschinger, Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung und Verwaltungsaufträgen, Diss., Zürich 1991, 47; Abegglen

- (Anm. 23), 183. Ein Abweichen von einem objektiven Sorgfaltsmassstab ist auch möglich, wenn der Verwalter des Vermögens nicht als solcher arbeitet und nur die gleiche Verwaltung wie mit seinem eigenen Vermögen verspricht und durchführt: Bundesgericht, SZW 1998, 200.
- 27 Bertschinger (Anm. 23), SZW 1996, 242; Abegglen (Anm. 23), 181. Vgl. auch Art. 1 ff. der «Standesregeln des Verbands Schweizerischer Vermögensverwalter für die Ausübung der unabhängigen Vermögensverwaltung».
- 28 Bretton-Chevallier (Anm. 4), 89 f.
- 29 ZR 91/92 (1992/1993) Nr. 84, 301.
- 30 Zur Abmahnung bei interessenwidrigen Weisungen BGE 115 II 65.
- 31 Siehe auch Art. 11 BEHG; Lombardini (Anm. 3) 131 ff.; Oliver Arter/Florian S. Jörg, Informationspflichten beim Discount-Brokerage, AJP 2001, 52.
- 32 Abegglen (Anm. 23), 183; BGE 124 III 162. Ausführlich für das deutsche Recht BGH Urteil vom 28. Mai 2002, WM 2002, 1445.
- 33 Bundesgericht, SZW 1997, 155.
- 34 Christian Thalmann, Die Sorgfaltspflicht der Bank im Privatrecht insbesondere im Anlagegeschäft, ZSR 2000, II, 115, 193; Jörg/Arter (Anm. 21), 31.
- 35 Abegglen (Anm. 23), 186.
- 36 Umstritten ist allerdings, ob bei offensichtlicher Verletzung der Interessen des Kunden dem Vermögensverwalter Warnpflichten obliegen. Vgl. Matthias Kuster, Verschärfte Aufklärungspflicht des Vermögensverwalters, Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil vom 7. Oktober 1997, ST 1998, 311, 313 f.; Rolf Watter, Über die Pflicht der Bank bei externer Vermögensverwaltung, Standortbestimmung nach dem BGE vom 29. Oktober 1997 (SJ 1998, 198 ff. = Pra. 1998 Nr. 89), AJP 1998, 1174, 1176; Bretton-Chevalier (Anm. 4), 182; Pra. 1998 Nr. 89, 529 f.; a. A. für Banken Alexander I. de Beer, Die Verantwortlichkeit der Bank gegenüber einem Kunden für Handlungen eines von diesem eingesetzten Vermögensverwalters – eine Replik, SZW 1998, 125, 132.
- 37 Grundsatz 7 der Richtlinie für Vermögensverwaltungsaufträge der Schweizerischen Bankiervereinigung («RLVV»).
- 38 ZR 91/92 (1992/1993) Nr. 84, 301.
- 39 Grundsatz 8 und 12 RLVV.
- 40 ZR 91/92 (1992/1993) Nr. 84, 301 f.
- 41 Grundsatz 9 RLVV.
- 42 Grundsatz 10 Abs. 1 RLVV.
- 43 ZR 102 (2003) Nr. 65, 301.
- 44 Zur Kreditaufnahme auch BGE 115 II 65 f.; ZR 91/92 (1992/1993) Nr. 84, 300 ff.
- 45 Grundsatz 11 RLVV.
- 46 Grundsatz 13 RLVV. Das Handelsgericht Zürich hat beispielsweise in ZR 91/92 (1992/1993) Nr. 84, 303 f., als Sorgfaltspflichtverletzung gewertet, dass keine Gespräche über die Anlagestrategie geführt wurden, dass die spezielle Risikoaufklärung über Aktienindizes unterblieb, dass der Kunde zur risikoreicheren Anlage seine Zustimmung nicht erteilt hatte und dass die Volumina der Indexkäufe einen Drittel des angelegten Vermögens ausmachten.
- 47 In BGE 115 II 62, 64, bezeichnet das Bundesgericht die Unterlassung der Einsetzung eines Stellvertreters während der Abwesenheit des Vermögensverwalters als Sorgfaltspflichtverletzung.
- 48 ZR 91/92 (1992/1993) Nr. 84, 302. Beispiel für eine Genehmigung: Bundesgericht, SZW 1997, 155.
- 49 Zur negativen Wertung eines missverständlichen Auszuges BGE 115 II 66 f.
- 50 ZR 91/92 (1992/1993) Nr. 84, 303.
- 51 ZR 102 (2003) Nr. 65, 304 f.
- 52 BGE 124 III 165. Lombardini (Anm. 3), 113; Bretton-Chevalier (Anm. 4), 199 f.
- 53 Bretton-Chevalier (Anm. 4), 200.
- 54 Bretton-Chevalier (Anm. 4), 201; Gutzwiller (Anm. 4), AJP 2000, 60.
- 55 ZR 102 (2003) Nr. 65, 305.
- 56 Art. 100 Abs. 1 und 2 OR; Wolfgang Wiegand, Kommentar zu Art. 18, 97–109, 119, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 2. Auflage, Basel 1996, N 11 zu Art. 100, für Banken.
- 57 Art. 101 Abs. 3 OR.
- 58 BGE 112 II 450, 455.
- 59 So möchte Bretton-Chevalier (Anm. 4), 204, beispielsweise alle zuständigen Kundenbetreuer als Organ qualifizieren. Ebenso Gutzwiller (Anm. 4), AJP 2000, 61.
- 60 OR-Weber, Anm. 5, N 35 zu Art. 399 OR. Ob eine Freizeichnung der Haftung für getreue und sorgfältige Ausführung des übertragenen Geschäfts widerspricht, wurde in BGE 124 III 165 offen gelassen.
- 61 Siehe Gutzwiller (Anm. 4), AJP 2000, 59 f.
- 62 Gutzwiller (Anm. 4), AJP 2000, 61.
- 63 Gutzwiller (Anm. 4), AJP 2000, 61 f.

RESUME

Responsabilité du gérant de fortune indépendant

Les obligations du gérant de fortune indépendant sont régies par les dispositions légales relatives au mandat.

L'article 400 al 1 CO distingue l'obligation de restituer de celle de rendre compte. La première comprend tout d'abord le devoir de restituer au mandant tout ce qui a été reçu de lui pour exécuter son mandat. Il peut s'agir par exemple de documents, mais aussi d'argent ou de papiers-valeurs (titres). Cette obligation comporte, par ailleurs, le devoir de remettre au mandant toutes les choses et tous les droits qu'il a reçus de tiers dans l'exercice de son mandat. Elle inclut enfin le devoir de remettre tout ce à quoi il s'est

obligé de faire pour exercer son mandat. Les documents qui permettent au mandataire de vaquer à ses occupations mais qui ne font pas l'objet de l'activité qui lui a été confiée, tels que notes manuscrites, esquisses, etc. ne tombent pas sous le coup de cette obligation.

L'obligation de rendre compte oblige le mandataire à fournir au mandant, à sa demande, toutes les informations qui sont d'une importance certaine pour la facturation et l'exercice du droit. Elle comporte l'obligation de renseigner et de rendre compte de sa gestion. Cette dernière obligation oblige le mandataire à présenter, par

écrit, un aperçu du déroulement de l'ensemble des faits et des événements qui ont marqué son activité. Les documents à joindre sont les originaux. L'obligation de rendre compte comporte aussi la présentation des comptes avec les recettes et les dépenses. Le mandataire n'a pas d'obligation de rendre compte si cet acte est contraire au principe de la bonne foi et devrait être qualifié d'abus de droit. Tel est le cas par exemple lorsque le mandant est déjà en possession des informations ou qu'il pourrait facilement se les procurer lui-même. Sauf convention contraire, les frais du compte rendu sont à la charge du mandant.

FSJ/OA/MA