

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.126/2004 /lma

Urteil vom 15. September 2004
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterinnen Klett, Kiss,
Gerichtsschreiber Arroyo.

Parteien

A. _____,
Beklagter und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwältin Karin Bürgi Locatelli,

gegen

B. _____,
Kläger und Berufungsbeklagten.

Gegenstand

Vermögensverwaltungsvertrag,

Berufung und Anschlussberufung gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 15. Januar 2004.

Sachverhalt:

A.

Mit Vermögensverwaltungsvertrag vom 3./9. September 1996 beauftragte B. _____ (Kläger) den unter der Firma C. _____ zeichnenden A. _____ (Beklagter) mit der Verwaltung eines Bankdepots. Das Depot enthielt Wertschriften in Höhe von rund Fr. 900'000.--. Mit Schreiben vom 23. September 1998 wurde dem Kläger eine Zusatzvereinbarung betreffend Kauf und Verkauf von Warrants bis zu maximal 10 % des Depotwerts vorgeschlagen. Diesen Vorschlag lehnte der Kläger ab mit der Bemerkung, statt neuer Risikopapiere sei gegenwärtig ein echtes Risikomanagement gefragt. Am 9. Februar 1999 kaufte der Beklagte für den Kläger 80'000 Put-Optionsscheine der Bank D. _____ auf den SMI-Index. Mit Schreiben vom 17. April 1999 kündigte der Kläger den Vermögensverwaltungsvertrag mit sofortiger Wirkung. Als Grund gab er die ungünstige Entwicklung seines Depots an. Gleichzeitig verlangte er die Rückerstattung zu viel bezahlter Gewinnbeteiligungen von Fr. 11'866.--. Mit Schreiben vom 9. August 1999 ersuchte er um Stellungnahme zu dem aus dem Optionsgeschäft erlittenen Verlust von Fr. 79'111.--.

B.

Die vom Kläger in der Folge erhobene Klage hiess das Bezirksgericht Bischofszell mit Urteil vom 15. Januar/14. März 2001 im Teilbetrag von Fr. 14'905.90 gut. Im Mehrbetrag wies das Gericht die Klage ab.

Auf Berufung des Klägers bzw. Anschlussberufung des Beklagten hin wies das Obergericht des Kantons Thurgau die Streitsache zur Durchführung eines neuen Beweisverfahrens und zu neuer Entscheidung an das Bezirksgericht Bischofszell zurück. Nach Einholung eines Gutachtens und Befragung der Parteien schützte das Bezirksgericht die Klage mit Urteil vom 7./17. Juli 2003 im Teilbetrag von Fr. 42'456.89 zuzüglich 5 % Zins seit dem 17. April 1999. Dem Kläger wurde für die Verfahrenskosten der Rückgriff auf den Beklagten zu 3/10 eingeräumt. Zudem wurde der Kläger verpflichtet, den Beklagten mit Fr. 2'850.-- zu entschädigen.

Das Bezirksgericht schloss, der Kauf von 80'000 Put-Optionen sei lediglich zu 43 % durch den Vermögensverwaltungsvertrag gedeckt gewesen. Dem Beklagten seien die offensichtlich grundlegenden Bemessungskriterien nicht bekannt gewesen. Er habe daher gegen die elementaren Regeln verstossen, was ohne weiteres als grobfahrlässig einzustufen sei. Unter diesen Umständen greife der vertragliche Haftungsausschluss nicht.

C.

Gegen dieses Urteil erhoben beide Parteien Berufung beim Obergericht. Der Kläger brachte im Wesentlichen vor, entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei das gesamte Optionsgeschäft vertragswidrig gewesen. Der Beklagte machte geltend, der Kläger habe den Mechanismus von Optionen schon lange vor dem fraglichen Geschäft gekannt; die Markteinschätzung des Beklagten habe sich nachträglich als nicht richtig erwiesen; ihm könne aber weder Grobfahrlässigkeit noch Absicht vorgeworfen werden; auch nach den Ausführungen des Gerichtsgutachters liege keine Grobfahrlässigkeit vor, denn dieser stufe das Fehlverhalten unter dem Gesichtspunkt der branchenüblichen Sorgfalt keineswegs als schwerwiegend ein; da gemäss dem Vermögensverwaltungsvertrag der Beklagte nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit hafte, entfalle ein Schadenersatzanspruch des Klägers.

Mit Urteil vom 15. Januar 2004 wies das Obergericht beide Berufungen ab. Das Gericht schützte die Klage im Betrag von Fr. 42'456.89 nebst 5 % Zins seit 17. April 1999 und wies sie im Mehrbetrag ab. Der Kläger wurde zur Entschädigung des Beklagten für das Berufungsverfahren verpflichtet. Das Obergericht gelangte in Übereinstimmung mit dem Bezirksgericht zum Schluss, dass der Beklagte mindestens grobfahrlässig gehandelt habe und daher der von den Parteien im Vermögensverwaltungsvertrag vorgesehene Haftungsausschluss nicht greife.

D.

Mit eidgenössischer Berufung beantragt der Beklagte, es sei das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau aufzuheben, und es sei der Beklagte stattdessen zu verpflichten, dem Kläger lediglich Fr. 10'506.89.-- zuzüglich 5 % Zins seit 17. April 1999 zu bezahlen.

In seiner Antwort beantragt der Kläger die Abweisung der Berufung. Zudem erhebt er Anschlussberufung mit folgenden Rechtsbegehren: es sei das angefochtene Urteil des Obergerichts aufzuheben mit Ausnahme der dem Kläger für Retrozessionen zuerkannten Fr. 14'905.90; der Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger Fr. 22'400.-- für den Wertverlust der Put-Optionen zwischen Vertragskündigung und ihrem Verkauf zu ersetzen; der Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger zusätzlich Fr. 56'800.-- zu bezahlen (für 80'000 vertragswidrig gekaufte Put-Optionen à Fr. 0.71); eventualiter sei der Beklagte zur Zahlung von Fr. 46'213.-- zu verurteilen (für 65'089 Put-Optionen à Fr. 0.71); ausserdem sei der Beklagte zur Leistung einer angemessenen Umtriebsentschädigung an den Kläger zu verurteilen. Der Beklagte beantragt, die Anschlussberufung sei abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Im Berufungsverfahren hat das Bundesgericht seiner Entscheidung die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz zugrunde zu legen, es sei denn, sie beruhten auf einem offensichtlichen Versehen, seien unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen oder bedürften der Ergänzung, weil das kantonale Gericht in fehlerhafter Rechtsanwendung einen gesetzlichen Tatbestand nicht oder nicht hinreichend klärte, obgleich ihm die entscheidungswesentlichen Behauptungen und Beweisanträge rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form unterbreitet wurden (Art. 63 und 64 OG; BGE 127 III 248 E. 2c). Blosser Kritik an der Beweiswürdigung des kantonalen Gerichts kann dagegen mit Berufung nicht vorgetragen werden (BGE 127 III 73 E. 6a). Auf die Berufung und Anschlussberufung (Art. 59 Abs. 3 OG) ist daher nicht einzutreten, soweit sie die vorinstanzliche Beweiswürdigung beanstanden und die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil ergänzen bzw. von diesen abweichen.

1.2 In seiner Anschlussberufung macht der Kläger geltend, das gesamte Optionsgeschäft sei ungültig gewesen. Deshalb seien der Schadensberechnung nicht 45'000, sondern 80'000 Put-Options zugrunde zu legen. Im vorinstanzlichen Verfahren führte er dazu folgende Begründung an: Da Warrants gleichbedeutend mit Optionen seien, hätten seine Weisungen, keine Warrants zu kaufen, eine Vertragsänderung dargestellt, die auch den Einsatz der im Vermögensverwaltungsvertrag zu Absicherungszwecken zugestandenen Optionen untersagt habe. Die Vorinstanz hat diese Argumentation als nachgeschobene Konstruktion bezeichnet, da der Kläger diese erst vor Obergericht vorgebracht und er im Zeitpunkt der Erteilung der Weisungen nicht daran gedacht habe, den Vertrag bezüglich der Absicherungsfrage zu ändern; besonders deutlich ergebe sich die Unwahrheit der klägerischen Behauptung aus dem Faxschreiben vom 13. April 1999, in dem der Kläger dem Beklagten wenige Tage vor der Vertragskündigung mitteilte: "Ich habe gesagt, dass ich mit Warrants nur einverstanden bin, sofern sie zur Absicherung bestehender Anlagen dienen, nicht aber, wenn sie zu spekulativen Zwecken eingesetzt werden." Hinzu komme, dass der Kläger, hätte er wirklich eine Vertragsänderung im Sinne

eines völligen Ausschusses von Optionen gewollt, unverzüglich nach der Kaufanzeige hätte reagieren müssen, da er auch ohne Fachwissen hätte erkennen können, dass der Beklagte gegen den Vertrag verstiesse.

Der Kläger rügt, er habe entgegen dem angefochtenen Urteil Warrants als Anlageinstrument bzw. zu Absicherungszwecken nie akzeptiert. Dabei beanstandet er in mehrfacher Hinsicht die Beweiswürdigung und die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz. Er ist damit nicht zu hören. Daraus folgt, dass seine Schadensberechnung, bei der er von 80'000 vertragswidrig erworbenen Put-Warrants bzw. Optionen ausgeht, jeglicher Grundlage entbehrt.

2.

Nach Ziffer 6 des Vermögensverwaltungsvertrages vom 3./9. September dürfen Anlagen in Optionen, Futures und Devisen nur zu Absicherungszwecken getätigt werden. Anlagen bzw. Spekulationen à la baisse sind dagegen nach Ziffer 4 ausgeschlossen. Ziffer 15 des Vertrages bestimmt, dass der Beauftragte im Zusammenhang mit der Vermögensverwaltung nur für grobfahrlässige Handlungen haftet.

2.1 Der Beklagte rügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht eine grobfahrlässige Handlung des Beklagten angenommen. Es treffe ihn keinerlei Verschulden. Er bringt vor, der Gutachter habe ausdrücklich festgehalten, dass dem Beklagten keine grobe Fahrlässigkeit vorgeworfen werden könne. Dies sei der einzige Punkt, in dem die Vorinstanz nicht der Auffassung des Gutachters gefolgt sei. Durch die Bejahung der Grobfahrlässigkeit habe sie Art. 97 Abs. 1 und Art. 99 Abs. 1 OR verletzt.

Bei der Prüfung der Frage, in welchem Mass der Kauf von 80'000 Put-Optionen bzw. -Warrants durch den Beklagten eine zulässige Absicherung des Portfolios des Klägers dargestellt habe, hielt die Vorinstanz gestützt auf das Gerichtsgutachten fest, dass nur etwa 35'000 zu verkaufen gewesen wären, während die verbleibenden 45'000 Put-Warrants einer Spekulation à la baisse gedient hätten. Die vom Gerichtsgutachter zur Ermittlung dieses Ergebnisses verwendete Formel sei von den Parteien nicht grundsätzlich bestritten worden. Der Gutachter habe anhand dieser Formel einleuchtend und überzeugend dargelegt, dass lediglich 35'000 der erworbenen Put-Warrants als Absicherung zu rechtfertigen gewesen seien. Deshalb bestehe kein Anlass, davon abzuweichen, zumal die Rüge, das Ermessen hätte auch anders ausgeübt werden können, offensichtlich keinen triftigen Grund abgebe.

2.2 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts finden auf den zwischen den Parteien geschlossenen Vermögensverwaltungsvertrag die auftragsrechtlichen Bestimmungen Anwendung (BGE 124 III 155 E. 2b mit Verweisen). Die Vorinstanz hat daher zu Recht festgehalten, dass der Beklagte als Beauftragter gemäss Art. 398 Abs. 2 OR dem Kläger für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts hafte. Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Erforderlich ist diejenige Sorgfalt, die ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt, wobei an den berufsmässigen Beauftragten höhere Anforderungen zu stellen sind (BGE 115 II 62 E. 3a mit Hinweisen). Besitzt der Beauftragte diese Fähigkeit nicht, so liegt bereits in der Übernahme einer solchen Tätigkeit ein haftungsbegründendes Übernahmeverschulden (BGE 124 III 155 E. 3b mit Hinweisen). Das Verhalten des Beklagten ist mit der Vorinstanz an der von einem durchschnittlichen und gewissenhaften Vermögensverwalter aufgebrauchten Sorgfalt zu messen. Aufgrund der dargelegten Abweichung vom vertraglich Vereinbarten beim Kauf der 80'000 Put-Warrants ergibt sich, dass der Beklagte die vertraglich

geschuldete Sorgfalt nicht aufbrachte. Ein berufsmässiger Vermögensverwalter muss beim Kauf von Optionen in der Lage sein, die zu Absicherungszwecken vertraglich erlaubte Menge korrekt zu ermitteln. Mit der Vorinstanz kann dabei dahingestellt bleiben, ob der Beklagte die vom Gerichtsgutachter dargelegte Berechnungsformel zwar kannte, aber nicht anwandte oder ob er diese überhaupt nicht kannte. Denn die Unkenntnis dieser Formel wäre ihm als Übernahmeverschulden in jedem Fall anzurechnen.

2.3 Nach Lehre und Rechtsprechung gilt der Verstoss gegen die elementarste Sorgfalt als grobfahrlässig (Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. Bd. II, 2003, N 2778; Wiegand, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 99 OR; Weber, Berner Kommentar, N 95 zu Art. 100 OR; Urteil des Bundesgerichts 5C.146/2000 vom 15. Februar 2001, E. 3c mit Hinweisen, Pra 90/2001 S. 706). Der Kauf der 80'000 Put-Warrants war, wie dargelegt, nur zu 43 % durch den Vertrag gedeckt. Dadurch hat der Beklagte die Sorgfalt, welche die Verkehrssitte von ihm verlangt, in besonders schwerer Weise vermissen lassen (Weber, Berner Kommentar, N 95 zu Art. 100 OR; Weber, Basler Kommentar, N 27 zu Art. 398 OR). Als seit Jahrzehnten mit Börsengeschäften vertrauter und erfahrener Vermögensverwalter hätte ihm einleuchten müssen, dass vertraglich nur der Kauf von 35'000 Warrants erlaubt war (vgl. BGE 107 II 161 E. 7c mit Verweis). Die zur Berechnung des zulässigen Masses erforderliche Formel hätte er kennen und anwenden müssen. Hinzu kommt, dass die vom Beklagten verletzten Vertragsbestimmungen Optionskäufe unmissverständlich nur zu Absicherungszwecken erlaubten (vgl. E. 2). Ein dermassen offensichtlicher Verstoss gegen klar festgelegte Vertragspflichten beruht im Regelfall auf Grobfahrlässigkeit.

Die Vorinstanz hat kein Bundesrecht verletzt, indem sie das vom Beklagten getätigte Geschäft angesichts der erheblichen Abweichung vom vertraglich erlaubten Mass als grobfahrlässig einstuft. Sie hat bei der Bestimmung des Verschuldensgrades das ihr zustehende Ermessen in bundesrechtskonformer Weise ausgeübt. Es besteht für das Bundesgericht kein Anlass, in diesen Ermessensentscheid einzugreifen (vgl. BGE 123 III 246 E. 6a). Daraus ergibt sich, dass der für leichte Fahrlässigkeit vereinbarte Haftungsausschluss nicht greift. Die Frage, ob der Beklagte gar absichtlich gehandelt habe, kann daher offen bleiben.

2.4 Der Beklagte rügt, die Vorinstanz habe in unzulässiger Weise Vertragsverletzung und Verschulden vermischt. Dem Beklagten ist zwar insoweit zuzustimmen, als aus der blossen Vertragsverletzung nicht bereits auf das Vorliegen einer zumindest mittleren Fahrlässigkeit geschlossen werden kann. Indessen übersieht er, dass die Vorinstanz sowohl die Vertragsverletzung (Kauf von mehr als den vertraglich zulässigen 35'000 Put-Warrants) als auch die Grobfahrlässigkeit (erhebliche Verletzung der Sorgfaltspflicht durch die Nichtanwendung der einschlägigen Berechnungsformel und durch den - unzulässigen - Erwerb von weiteren 45'000 Warrants) in bundesrechtlich nicht zu beanstandender Weise bejaht hat.

2.5 Die Vorinstanz hielt für unbeachtlich, dass der vom Bezirksgericht beauftragte Gutachter ein grobfahrlässiges Verhalten des Beklagten verneint habe. Denn die Beurteilung, welches Verschuldensmass vorliege, sei eine Rechtsfrage, die allein das Gericht zu beurteilen habe. Dieser von der Vorinstanz gezogene Schluss ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Der Gerichtsgutachter ist zwar Entscheidungsgehilfe des Richters, dessen Wissen er durch besondere Kenntnisse aus seinem Sachgebiet ergänzt; er teilt dem Richter aufgrund seiner Sachkunde Erfahrungs- oder Wissenssätze seiner Disziplin mit, erforscht für das Gericht erhebliche Tatsachen oder zieht sachliche Schlussfolgerungen aus bereits bestehenden Tatsachen. Indessen bleiben die Beweiswürdigung und die Beantwortung der sich stellenden Rechtsfragen in jedem Fall Sache des Richters (BGE 113 II 190 E. 1a mit Verweis).

Unbehelflich ist weiter das Argument des Beklagten, die Nichtbefolgung der vom Gerichtsgutachter verwendeten Formel begründe keine grobe Fahrlässigkeit. Der Beklagte behauptet in diesem Zusammenhang, die Vorinstanz habe aus der Vertragsverletzung einfach auf das Vorliegen der Grobfahrlässigkeit geschlossen. Damit gibt er die vorinstanzliche Begründung unrichtig wieder. Die Vorinstanz hat einzig festgehalten, es sei davon auszugehen, dass die Vertragsverletzung zumindest eine mittlere Fahrlässigkeit darstelle. Obwohl dieser Schluss, wie erwähnt, nicht zu überzeugen vermag, ändert sich dadurch im Ergebnis nichts. Im Übrigen blieb nach den verbindlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil die vom Gerichtsgutachter angewandte Berechnungsformel im vorinstanzlichen Verfahren unbestritten. Nach dieser Formel waren nur 43 % des getätigten Geschäfts vom Vertrag gedeckt, was einer erheblichen Abweichung und damit einer elementaren Unsorgfalt gleichkommt. Unbeachtlich ist deshalb auch das Vorbringen des Beklagten, die vertragswidrig eingesetzte Summe habe nur einen sehr geringen Teil des insgesamt verwalteten Vermögens ausgemacht.

3.

Der Kläger geht fehl in der Annahme, den Beklagten treffe über den Zeitpunkt der Kündigung des Vermögensverwaltungsvertrages hinaus eine Haftung. Die Vorinstanz hat festgestellt, dem Kläger sei bereits kurz nach der Kündigung durchaus bewusst gewesen, welches Risiko die Warrants darstellten und dass diese laufend an Wert verlieren könnten; der Verkauf wäre einfach zu bewerkstelligen gewesen; wenn der Kläger nicht unverzüglich verkauft habe, so habe er dies - sich eine Kurssteigerung erhoffend - auf eigene Gefahr getan; dadurch habe er den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem eingetretenen Schaden unterbrochen; daher könne der nach der Vertragskündigung eingetretene Kursverlust nicht mehr dem Beklagten angelastet werden.

Eine Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhanges ist dann gegeben, wenn eine andere hinzutretende (ebenfalls adäquate) Ursache derart intensiv ist, dass die an sich adäquate Erstursache nach wertender Betrachtungsweise rechtlich nicht mehr beachtlich erscheint (BGE 116 II 519 E. 4b mit Verweisen). Das Selbstverschulden des Klägers hinsichtlich des nach der Vertragskündigung eingetretenen Schadens ist als äusserst schwerwiegend einzustufen. Der Nichtverkauf der Warrants nach Kündigung des Vermögensverwaltungsvertrages trotz Kenntnis des hohen Verlustrisikos durch den Kläger lässt die vom Beklagten begangene Vertragsverletzung derart in den Hintergrund treten, dass die Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhanges zu bejahen ist. Dies muss umso mehr gelten, als der Verkauf einfach zu bewerkstelligen gewesen wäre und dem Beklagten durch die Vertragskündigung jegliche Verfügungsmöglichkeit über die Warrants des Klägers genommen wurde. Das angefochtene Urteil erweist sich damit auch in diesem Punkt als bundesrechtskonform.

4.

Der nicht anwaltlich vertretene Kläger beantragt die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist für persönlichen Aufwand und Umtriebe einer unvertretenen Partei grundsätzlich keine Parteientschädigung zu gewähren, ausser wenn besondere Verhältnisse vorliegen (vgl. Art. 2 Abs. 2 des Tarifs über die Entschädigung an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Bundesgericht; SR 173.119.1). Dies ist nach der Praxis namentlich der Fall, wenn es sich um eine komplizierte Sache mit hohem Streitwert handelt und die Interessenwahrung einen hohen Arbeitsaufwand notwendig macht, der den Rahmen dessen überschreitet, was der Einzelne üblicher- und zumutbarerweise nebenbei zur Besorgung der persönlichen Angelegenheiten auf sich zu nehmen hat (BGE 125 II 518 E. 5b mit Verweisen). Erforderlich ist somit ein Arbeitsaufwand, der die normale (z.B. erwerbliche) Betätigung während einiger Zeit erheblich beeinträchtigt (BGE 110 V 72 E. 7).

Im vorliegenden Fall ist zumindest die zweite dieser Voraussetzungen nicht gegeben. Denn es kann nicht gesagt werden - und wird im Übrigen auch nicht geltend gemacht -, dass der Beschwerdeführer durch die Verfassung seiner Rechtsschrift und die in diesem Zusammenhang betriebene Interessenwahrung in seiner normalen Berufstätigkeit während einiger Zeit erheblich beeinträchtigt worden wäre. Somit entfällt eine Parteientschädigung unter dem Titel des persönlichen Arbeitsaufwandes und der Umtriebe.

5.

Sowohl die Berufung als auch die Anschlussberufung erweisen sich als unbegründet, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann. Diesem Verfahrensausgang entsprechend ist die Gerichtsgebühr verhältnismässig zu verteilen (Art. 156 Abs. 3 OG). Der Kläger hat überdies dem anwaltlich vertretenen Beklagten die Parteikosten anteilmässig zu ersetzen (Art. 159 Abs. 3 OG). Gebühr und Entschädigung bemessen sich nach dem Streitwert.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Berufung und die Anschlussberufung werden abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtsgebühr wird zu Fr. 4'000.-- dem Kläger und zu Fr. 2'000.-- dem Beklagten auferlegt.

3.

Der Kläger hat den Beklagten für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 4'200.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Thurgau schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 15. September 2004

Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: