

# **BGer 4A\_280/2016 vom 10. Oktober 2016**

Bundesgericht, 2016-10-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_280\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_280_2016)

FR: TF 4A\_280/2016 du 10 octobre 2016

IT: TF 4A\_280/2016 del 10 ottobre 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerde betrifft eine Zivilsache ( Art. 72 BGG ) und richtet sich gegen den Endentscheid eines oberen kantonalen Gerichts, das als Rechtsmittelinstanz entschieden hat ( Art. 75 BGG ). Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen unterlegen ( Art. 76 BGG ), der Streitwert ist offensichtlich erreicht ( Art. 74 BGG ) und die Beschwerde ist fristgerecht eingereicht worden ( Art. 100 i.V.m. Art. 46 BGG ). Auf die Beschwerde ist unter Vorbehalt hinreichender Begründung - Art. 42 Abs. 2 BGG und Art. 106 Abs. 2 BGG - einzutreten.

### **E. 2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 140 III 115 E. 2 S. 117; 135 III 397 E. 1.5). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können ( Art. 97 Abs. 1 BGG ).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG ( BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Dabei ist insbesondere die Beweiswürdigung nicht schon dann willkürlich, wenn sie nicht mit der Darstellung der Beschwerde führenden Partei übereinstimmt, sondern bloss, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist ( BGE 135 II 356 E. 4.2.1 ; 129 I 8 E. 2.1). Dies ist dann der Fall, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat ( BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266; 137 III 226 E. 4.2 S. 234; 136 III 552 E. 4.2).

Soweit die Beschwerdeführerin den massgebenden Sachverhalt aus ihrer Sicht zusammenfasst (S. 6-10) bringt sie ausdrücklich keine Rügen vor. Im Übrigen genügt die Kritik der Beschwerdeführerin an den Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz - welche sie im Zusammenhang mit ihren rechtlichen Rügen vorbringt - diesen Anforderungen über weite Strecken nicht. Insoweit ist darauf nicht einzutreten. Die Beschwerdeführerin ist

überdies nicht zu hören, soweit sie ihre rechtlichen Rügen auf einen von den Feststellungen der Vorinstanz abweichenden Sachverhalt stützt.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, die Vorinstanz habe rechtswidrig angenommen, dass sie ihre vertraglichen Pflichten als Willensvollstreckerin bzw. Vermögensverwalterin des Beschwerdegegners verletzt habe.

#### **E. 3.1**

Die Verantwortlichkeit des Willensvollstreckers gegenüber den Erben entspricht derjenigen des Beauftragten gegenüber dem Auftraggeber ( BGE 142 III 9 E. 4.1 S. 10). Der Willensvollstrecker hat dafür zu sorgen, dass der Wille des Erblassers durchgesetzt wird; er hat insbesondere die Erbschaft zu verwalten, die Vermächtnisse auszurichten und die Schulden zu bezahlen ( BGE 142 III 9 E. 3.1 S. 12 f.). Soweit der Erblasser nichts Gegenteiliges anordnet, hat der Willensvollstrecker im Rahmen der Verwaltung des Erbschaftsvermögens für die Dauer seiner Tätigkeit grundsätzlich eine Anlagestrategie zu definieren, namentlich wenn das Vermögen erheblich ist und Wertschriften umfasst. Dabei hat er zwar einen gewissen Ermessensspielraum, muss jedoch seine Strategie auf objektive Kriterien stützen und insbesondere berücksichtigen, dass es ihm obliegt, die Vermögenssubstanz bestmöglich zu erhalten. Er muss im Rahmen des Möglichen seine Anlagestrategie auf die Bedürfnisse der Erben ausrichten und berücksichtigen, wie sie ihre Erbteile nach der Teilung nutzen wollen. Er muss daher nach den Umständen eine andere Anlagestrategie wählen, als sie der Erblasser verfolgte. Namentlich wenn eine Neuanlage oder die Liquidation gewisser Bestandteile des Vermögens erforderlich ist, muss der Willensvollstrecker eine konservative Anlagestrategie wählen ( BGE 142 III 9 E. 5.2.1 S. 11; vgl. auch 4A\_364/2013 vom 5. März 2014 E. 6.7.3).

#### **E. 3.2**

Im vorliegenden Fall durfte die Beschwerdeführerin als Willensvollstreckerin entgegen ihrer Ansicht die von der Erblasserin früher bei der Erteilung eines Vermögensverwaltungsauftrags für ihre eigenen Verhältnisse gewählte Anlagestrategie nicht einfach weiterführen. Sie war vielmehr verpflichtet, das Vermögen nunmehr im Interesse des Erben und unter Berücksichtigung seiner Bedürfnisse zu verwalten. Dabei ist aufgrund der Feststellungen im angefochtenen Urteil nicht ersichtlich und wird in der Beschwerde auch nicht ausgewiesen, dass Umstände hätten vorliegen können, die ein Abweichen von der grundsätzlich im Rahmen der Willensvollstreckung ohnehin gebotenen konservativen Anlagestrategie hätten rechtfertigen können. Insbesondere ist nicht festgestellt, dass die Erblasserin ausdrücklich eine davon abweichende, aggressivere Anlagestrategie für das Willensvollstreckermandat angeordnet hätte, so dass sich die Frage nicht stellt, inwieweit die Beschwerdeführerin gestützt darauf die umstrittenen Geschäfte hätte vornehmen dürfen. Da die Beschwerdeführerin im Rahmen des Willensvollstreckermandats nicht berechtigt war, die von der Erblasserin gewählte Strategie unbesehen weiterzuführen, kann auch dahin gestellt bleiben, ob die Erblasserin mit ihrem früheren Mandat tatsächlich die von der Beschwerdeführerin behauptete Strategie wählte. Die entsprechenden Ausführungen in der Beschwerde (S. 11-23) sind unerheblich.

#### **E. 3.3**

Der Begründung der Beschwerde ist nicht zu entnehmen, wie die im früheren Vermögensverwaltungsvertrag mit der Erblasserin enthaltene Klausel, mit der "jegliche

weitergehende Haftung der Beschwerdeführerin aus der Tätigkeit als Vermögensverwalterin ausgeschlossen ist" konkret lautete und weshalb diese auch im Rahmen der Anlagestrategie hätte gelten können, zu deren Wahl die Beschwerdeführerin im Interesse des Beschwerdegegners verpflichtet war. Da die Begründung in der Beschwerde selbst enthalten sein muss ( BGE 133 II 396 E. 3.1 S. 400), ist die Rüge des Haftungsausschlusses nicht zu hören. Schliesslich hält die Beschwerdeführerin zwar im Grundsatz daran fest, dass der Beschwerdeführer die umstrittenen Geschäfte genehmigt habe, anerkennt jedoch, dass die gegenteilige Beweiswürdigung der Vorinstanz mindestens nicht willkürlich ist. Die Vorinstanz hat Bundesrecht nicht verletzt mit dem Schluss, die Beschwerdeführerin habe mit den umstrittenen Optionsgeschäften ihre Pflichten als Willensvollstreckerin verletzt.

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin rügt sodann, die Vorinstanz habe den Schaden rechtsfehlerhaft berechnet, indem sie nur die Verluste aus den Optionsgeschäften berücksichtigt und das von ihr verwaltete Vermögen nicht gesamtheitlich betrachtet habe.

##### **E. 4.1**

Nach konstanter Rechtsprechung entspricht der Schaden der Differenz zwischen dem gegenwärtigen - nach dem schädigenden Ereignis festgestellten - Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Der Schaden ist die ungewollte beziehungsweise unfreiwillige Vermögensverminderung. Er kann in einer Vermehrung der Passiven, einer Verminderung der Aktiven oder in entgangenem Gewinn bestehen (Urteil 6B\_1061/2014 vom 18. April 2016 E. 1.3.1 [zur Publikation bestimmt] mit Verweis auf BGE 139 V 176 E. 8.1.1 S. 187 f.; 132 III 359 E. 4. S. 366; je mit Hinweisen).

##### **E. 4.2**

Der Beschwerdegegner hat die Verluste aus den pflichtwidrigen Anlagegeschäften konkret behauptet und die Vorinstanz hat sie ihm insoweit zugesprochen, als diese konkret bewiesen sind. Die Verminderung der Aktiven im Vermögen des Beschwerdegegners, die durch die pflichtwidrigen Optionsgeschäfte entstanden sind, sind damit konkret ausgewiesen. Die Vorinstanz hat zutreffend erkannt, dass eine Schätzung - namentlich aufgrund eines Vergleichs mit der durchschnittlichen Entwicklung eines hypothetischen, rechtskonform angelegten Vermögens - gegenstandslos ist, wenn eine konkrete Bezifferung möglich und wie hier tatsächlich ausgewiesen ist. Dass die Beschwerdeführerin dabei allfällige Gewinne im Vermögen des Beschwerdegegners aus vergleichbar pflichtwidrigen Geschäften im kantonalen Verfahren prozesskonform behauptet und nachgewiesen hätte, rügt sie nicht. Ihre Behauptung, ein Gewinn aus Optionsgeschäften ergebe sich aus den im Recht liegenden Bilanzen und Erfolgsrechnungen, welche jede einzelne Transaktion auswiesen, gilt als neu ( Art. 99 BGG ) und vermag jedenfalls keine willkürliche Feststellung des Prozessachverhalts durch die Vorinstanz auszuweisen. Es kann daher dahingestellt bleiben, inwieweit Gewinne vom ziffernmässig nachgewiesenen Verlust in Abzug gebracht werden können. Jedenfalls kann der Beschwerdeführerin darin nicht gefolgt werden, dass Gewinne aus rechtmässig getätigten Anlagegeschäften mit Verlusten aus rechtswidrig vorgenommenen Geschäften verrechnet werden können. Nur soweit Gewinne bei rechtmässiger Verwaltung des Vermögens nicht angefallen wären, mithin aus pflichtwidrig getätigten Geschäften herrühren, können sie mit gleichartigen Verlusten verrechnet werden. Die Vorinstanz hat aus diesem Grund auch zu Recht eine

gesamtheitliche Betrachtung der Vermögensentwicklung abgelehnt, wie sie die Beschwerdeführerin befürwortet. Es stellt sich daher die Frage nicht, welche Indizes für eine Vergleichsrechnung gegebenenfalls heranzuziehen wären. Die Rüge, der Schaden sei im angefochtenen Urteil rechtswidrig berechnet worden, ist unbegründet.

## **E. 5**

Die Beschwerdeführerin rügt unter dem Titel "Kausalzusammenhang und Verschulden", der Vermögensverlust per Ende März 2004 sei lediglich ein Buchverlust und den Beschwerdegegner würde ein erhebliches Selbstverschulden treffen, wenn er die Werte kurz nach Vertragsbeendigung veräussert hätte, zumal die Kurse für die Wertschriften in den Depots des Beschwerdegegners bis Dezember 2006 erheblich gestiegen seien. Beim Verschulden will sie als Reduktionsgründe das jahrelange Dulden des Beschwerdegegners und das uneigennütziges Handeln ihres Organs beachtet haben.

### **E. 5.1**

Nach Art. 404 Abs. 1 OR kann der Auftrag jederzeit beendet werden (vgl. BGE 115 II 464 E. 2), weshalb die Beschwerdeführerin nicht geltend machen kann, das Depot hätte sich wieder erholt und der Schaden wäre bei späterer Vertragsbeendigung nicht eingetreten; mit diesem Einwand ist sie unbesehen darum ausgeschlossen, ob ein Anlagehorizont vereinbart wurde (vgl. Urteil 4A\_364/2013 vom 5. März 2014 E. 11.1; 4A\_351/2007 vom 15. Januar 2008 E. 3 mit Hinweisen). Der Beschwerdegegner war nicht verpflichtet, die für ihn verfehlte Anlagestrategie durchzuhalten, zumal es im Kündigungszeitpunkt rein spekulativ gewesen wäre, damit auf eine Erholung des Depotwerts zu setzen.

### **E. 5.2**

Die Beschwerdeführerin hat nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht bewiesen, dass der Beschwerdegegner ausreichend über die Risiken des Optionshandels informiert war. Dass die eingehende Beweiswürdigung der Vorinstanz zu dieser Frage mindestens dem Willkürvorwurf standhält, anerkennt die Beschwerdeführerin zu Recht. Wenn sie dennoch aus der "jahrelangen Duldung" ihrer Anlagen durch den Beschwerdegegner einen "Haftungsreduktionsgrund" ableiten will, so verkennt sie, dass ein jahrelanges Dulden nur insoweit als Einverständnis gelten kann, als die Tragweite des geduldeten Verhaltens erkannt wird. Mit ihrer Ansicht, der Beschwerdegegner hätte das Risiko mit der Zeit erkennen müssen, macht aber die Beschwerdeführerin nicht einmal geltend, sie habe eine hinreichende Information aufgrund der Umstände annehmen dürfen.

### **E. 5.3**

Schliesslich hat die Vorinstanz für die Schadenersatzbemessung aus dem Willensvollstreckermandat der Beschwerdeführerin zutreffend für unerheblich erachtet, dass sich ihr Organ als Vormund und "väterlicher Freund" des Beschwerdegegners in vielen Belangen um diesen persönlich gekümmert hat. Dass die Beschwerdeführerin selbst das Mandat aus Gefälligkeit oder ohne Entgelt geführt hätte, behauptet sie nicht und ergibt sich insbesondere aus den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht. Ein Herabsetzungsgrund nach Art. 43 f. OR ist nicht ersichtlich.

## **E. 6**

Die Beschwerdeführerin beanstandet schliesslich ihre Verpflichtung zur Erstellung einer Schlussabrechnung und eines Schlussberichts.

### **E. 6.1**

Die Vorinstanz hat dargelegt, dass die abschliessende Rechnungslegung durch die jährliche Berichterstattung nicht ersetzt werde und Standard sei. Sie hat daher die Verpflichtung der Beschwerdeführerin mit der ersten Instanz bestätigt, einen korrekten Abschluss zu liefern.

### **E. 6.2**

Die Vorinstanz hat damit den Einwand der Beschwerdeführerin verworfen, wonach sie in ihren jährlichen Berichten alle Informationen bereits geliefert habe, welche der Beschwerdegegner verlange. Die Wiederholung ihres Einwands in der vorliegenden Beschwerde ändert nichts daran, dass sie zu Recht zur Erstellung auch einer abschliessenden Rechenschaft verpflichtet ist.

### **E. 7**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Diesem Verfahrensausgang entsprechend trägt die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten ( Art. 66 Abs. 1 BGG ) und hat dem Beschwerdegegner dessen Parteikosten für das vorliegende Verfahren zu ersetzen ( Art. 68 Abs. 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.