

Beat Mathys

Externe Vermögensverwaltung und Depotbank

**Zum Urteil des Bundesgerichts 4A_369/2015 vom 25.
April 2016**

Vor Kurzem hat das Bundesgericht ein weiteres Urteil zur Frage der Haftung der Depotbank bei externer Vermögensverwaltung veröffentlicht: Es hiess wegen der aussergewöhnlichen tatsächlichen Umstände die Beschwerde einer Offshore-Gesellschaft (Bankkundin) gut, deren wirtschaftlich Berechtigter von der Depotbank nicht über den zweifelhaften Ruf des externen Vermögensverwalters informiert worden war.

Beitragsarten: Urteilsbesprechungen
Rechtsgebiete: Bankrecht; Auftrag

Zitiervorschlag: Beat Mathys, Externe Vermögensverwaltung und Depotbank, in: Jusletter 22. August 2016

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
 - a. Externe Vermögensverwalterin und Presseberichte
 - b. Vorvertragliche Gespräche des wirtschaftlich Berechtigten mit der Vermögensverwalterin und der Depotbank
- II. Prozessgeschichte
- III. Erwägungen des Bundesgerichts und Bemerkungen
 - a. Bestätigung: «Le banquier n'est pas le tuteur de son client» (E. 2.3)
 - b. Bestätigung: Warnpflicht der Depotbank gegenüber dem Kunden nur in Ausnahmefällen (E. 2.3)
 - c. Willkürliche Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung (E. 3)

I. Sachverhalt

a. Externe Vermögensverwalterin und Presseberichte

[Rz 1] Die C AG war eine Genfer Vermögensverwalterin, deren Geschäftsführer D war.¹ Die Kunden der C AG schlossen mit ihr einen Verwaltungsvertrag ab und eröffneten bei verschiedenen Banken Konto- und Depotbeziehungen. Eine dieser Depotbanken war die Bank B.

[Rz 2] Überdies bot die C AG auch Investitionen in Anlagefonds an, deren Vermögen von der C-Gruppe verwaltet wurden. Ein *erster* Anlagefonds (dessen Depotbank die Bank B war) musste 1999 nach bedeutenden Verlusten in der Höhe von bis zu 90% liquidiert werden. D hatte dabei Verluste verborgen und es kam zu einem Verfahren vor der (damaligen) Eidgenössischen Bankenkommision. Bei der Bank B wurde die Anlagestrategie dieses Anlagefonds intern abwertend als «Bastelei» bezeichnet.

[Rz 3] Im gleichen Jahr hatte die C AG, auf Vorschlag der Bank B, einen *zweiten* Anlagefonds geschaffen, bei dem die Bank B wieder als (anlagefondsrechtliche) Depotbank tätig war. Dieser Fonds wurde Ende 2000 liquidiert, da nicht genügend Mittel in den Fonds flossen.

[Rz 4] Die C AG initiierte im März 2000 schliesslich einen *dritten* Anlagefonds mit Kapitalgarantie. Die Bank B, welche für die ersten zwei wenig erfolgreichen Anlagefonds wie erwähnt noch als (anlagefondsrechtliche) Depotbank agierte, wollte für den dritten Anlagefonds aber nicht mehr tätig sein, weil der Bankmitarbeiter H die komplexe Anlagestrategie des dritten Anlagefonds selbst nach Rücksprache mit einem Doktoranden der Universität Lausanne nicht verstand und die Fondsdokumentation zudem Mängel aufwies. Der Doktorand bezeichnete die Anlagestrategie des dritten Fonds gegenüber dem Bankmitarbeiter gar als nebulös und obskur. Eine Bank in Luxemburg übernahm darauf die Rolle der (anlagefondsrechtlichen) Depotbank; die Fondsleitung wurde von der C-Gruppe wahrgenommen.

¹ Gemäss Presseberichten dürfte es sich bei der C AG um die Golden Lion SA handeln. Sie wurde vom Geschäftsmann Didier Piguët (im Entscheid wohl als D. bezeichnet) kontrolliert. Vgl. etwa Le Matin vom 25. Mai 2016, *Recours d'une victime de Didier Piguët admis*, <http://www.lematin.ch/suisse/Recours-d-une-victime-de-Didier-Piguët-admis/story/10261266> (Website zuletzt besucht am 28. Mai 2016) sowie die Kurzzusammenfassung bei JURIS, *Admission d'un recours d'une victime de Didier Piguët*, in: Jusletter vom 30. Mai 2016 sowie BÄRSCHE, *Informationspflicht der Bank*, in: ius.focus 2016 Nr. 172. Siehe auch HÄRI, *Responsabilité de la banque : Vers une concrétisation du devoir d'information de la banque?*, in: Centre de droit bancaire et financier, <https://www.cdbf.ch/945/> (Website zuletzt besucht am 10. August 2016).

[Rz 5] Im Laufe des Jahres 2000 verhandelte D mit dem Hauptaktionär des Genfer Fussballvereins Servette FC² über eine Zusammenarbeit und Aktienbeteiligung; die C AG war zudem Hauptsponsorin des Clubs. In der Folge veröffentlichten Westschweizer Medien verschiedene kritische Artikel über D und thematisierten etwa die Entführung von D im Jahre 1999 sowie einen gegenüber D verübten Erpressungsversuch. Im Mai 2000 bezeichnete eine Zeitung den geschäftlichen Umgang von D als «beunruhigend»; es wurde auch bemängelt, dass D keine Nachweise über die Herkunft der Gelder beibringen konnte, die er (indirekt) in den Fussballclub investieren wollte. Zwei Wochen später kritisierte eine Zeitung die fehlende Transparenz von D und berichtete, dass die C AG eine Konkursandrohung erhalten hatte. Im Juni 2000 wurde bekannt, dass die Investition in den Fussballclub (in der Höhe von CHF 4 Mio.) trotz Ankündigungen nicht erfolgt war.³ Im Oktober 2000 löste eine andere Bank ihre Geschäftsbeziehung mit der C AG auf, weil sie wegen der Presseartikel einen Reputationsschaden befürchtete.

[Rz 6] Über die Genfer Vermögensverwalterin C AG wurde im Jahr 2003 der Konkurs eröffnet; der dritte Anlagefonds und damit die Anleger erlitten sehr grosse Verluste. Der Zusammenbruch führte u.a. zu Strafverfahren, welche in den Medien grosse Beachtung fanden. Es kam im Zusammenhang mit dem dritten Anlagefonds zu Verurteilungen wegen Betrugs.

b. Vorvertragliche Gespräche des wirtschaftlich Berechtigten mit der Vermögensverwalterin und der Depotbank

[Rz 7] Zu Beginn des Jahres 2001 suchte die A Ltd.⁴ mit Sitz auf Bermuda eine Investitionsmöglichkeit. Wirtschaftlich an der A Ltd. berechtigt war der ungarische Staatsangehörige Y, welcher in der Informatikbranche sehr vermögend geworden war. Y hatte zwei Vertreter der C AG getroffen, welche Investitionen in die Anlagefonds der C-Gruppe anboten.

[Rz 8] Y verlangte von der C AG die Ausstellung eines Empfehlungsschreibens über die C AG durch die Bank B. Im Februar 2001 stellte die Bank B entsprechend ein solches Schreiben aus, beschrieb die Tätigkeit und Organisation der C AG, bestätigte die sehr gute Geschäftsbeziehung mit der C AG sowie die positive Entwicklung der Zusammenarbeit. Sie drückte auch ihre Zufriedenheit über den Unternehmergeist der Organe der C AG aus. Das Schreiben enthielt noch den (wohl als Haftungsausschluss gemeinten) Hinweis, dass es bloss Informationszwecken dient und keine Verpflichtung der Bank B umfasst.⁵

[Rz 9] Im März 2001 begaben sich zwei Organe der C AG *nach London, um Y zu treffen*; auch ein Mitarbeiter der Bank B war, auf Wunsch von Y, anwesend. Die zwei Organe stellten u.a. den dritten Anlagefonds vor. Der Mitarbeiter H der Bank B erklärte gegenüber Y, dass die Bank keine Aufgaben bei der Verwaltung der Anlagefonds übernommen hatte; vielmehr sei dies die alleinige Verantwortung der C AG. Auf die Frage von Y, ob es zu Verlusten kommen kann, antwortete H, dass er Geld verlieren oder gewinnen könne und, auf Nachfrage von Y, dass Y sogar die gesamte Investition verlieren könne. Demgegenüber *erwähnte H*, wie schon im Empfehlungsschreiben der

² Die finanzielle Situation des Genfer Traditionsclubs ist seit vielen Jahren angespannt; im Jahre 2005 musste gar der Konkurs eröffnet werden.

³ Auch in der deutschsprachigen Schweiz wurde berichtet, vgl. etwa Neue Zürcher Zeitung vom 17. Juli 2000, 36, «Der Möchtegern».

⁴ Gemäss dem Urteil suchte die A. Ltd. eine Anlagemöglichkeit und nicht etwa Y.

⁵ Das Bundesgericht geht nicht weiter auf diese Klausel ein.

Bank B, *nicht*, dass die Bank B nicht als Depotbank des dritten Fonds agieren wollte. H wies auch nicht auf die Presseberichte hin. Schliesslich verschwie er, dass er die Anlagestrategie des dritten Fonds nicht verstand.

[Rz 10] Das Treffen in London verlief offenbar zur Zufriedenheit von Y, denn im April 2001 eröffnete die A Ltd.⁶ eine *Geschäftsbeziehung mit der Bank B* und im Juni 2001 kam ein *Verwaltungsvertrag* zwischen der A Ltd. und der C AG zustande. Die A Ltd. investierte in den dritten Anlagefonds, teils mit eigenen Mitteln der A Ltd., teils mit Mitteln aus einem Lombardkredit, welchen ihr die Bank B gewährte. Wie auch andere Anleger erlitt die A Ltd. in der Folge *grosse Verluste*.

II. Prozessgeschichte

[Rz 11] Das *Tribunal de Première Instance* des Kantons Genf *verpflichtete die Bank B* zur Zahlung eines Betrages von über CHF 21 Mio. an die A Ltd. (Klägerin) mit der Begründung, die A Ltd. habe die Bank B um einen Rat gefragt und damit gezeigt, dass sie der Bank B besonderes Vertrauen entgegenbringe; die Bank B habe ihre Informationspflicht verletzt, indem sie der A Ltd. gewisse Informationen über die C AG nicht übermittelt hatte. Der zugesprochene Schadenersatz entsprach der Investition nach Abzug von zurückbezahlten Beträgen.⁷

[Rz 12] Die zweite Genfer Instanz, die *Cour de Justice*, hob das Urteil auf und *wies die Klage der A Ltd. ab*. Sie hielt fest, dass zwar ein Vertrauensverhältnis bestanden habe zwischen der A Ltd. und der Bank B, es aber keine Umstände gab, welche gegenüber der A Ltd. hätten offengelegt werden müssen, da die Zusammenarbeit zwischen der Bank und der C AG gut war. Auch sei die Schliessung des ersten Anlagefonds bloss wegen der schlechten Rendite erfolgt, was nicht aussergewöhnlich sei. Die Liquidation des zweiten Anlagefonds habe gegenüber der A Ltd. nicht erwähnt werden müssen, da sie erfolgt sei, weil nicht genug Investoren Fondsanteile gezeichnet hätten. Überdies sei die Tatsache, dass die Bank B nicht als Depotbank für den dritten Anlagefonds tätig sein wollte, irrelevant, da sich eine andere Depotbank gefunden habe. Schliesslich hätten sich die Presseartikel auf das Privatleben von D bezogen und nicht auf seine geschäftlichen Aktivitäten.

[Rz 13] Die A Ltd. reichte Beschwerde gegen das Urteil der *Cour de Justice* ein. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut und wies die Angelegenheit an die Vorinstanz zur erneuten Beurteilung zurück.

III. Erwägungen des Bundesgerichts und Bemerkungen

a. Bestätigung: «Le banquier n'est pas le tuteur de son client» (E. 2.3)

[Rz 14] Verletzt ein externer Vermögensverwalter (welcher mit dem Kunden durch einen Vermögensverwaltungsvertrag verbunden ist) seine Pflichten, so kann der Kunde versucht sein, den ihm entstandenen Schaden nicht (nur) gegenüber dem externen Vermögensverwalter geltend zu ma-

⁶ Es wird nicht dargelegt, ob Y allenfalls (auch) ein Organ der Klägerin A. Ltd. war.

⁷ GE Cour de Justice, ACJC/660/2015 du 5 juin 2015, Zusammenfassung in: THÉVENOZ/EMMENEGGER, Le droit bancaire privé suisse 2015, SZW 2016 218 r11.

chen, sondern auch gegenüber der Depotbank, besonders wenn der externe Vermögensverwalter – wie im vorliegenden Fall – nicht mehr zahlungsfähig ist.

[Rz 15] Gegenüber der Depotbank wird der Kunde (der mit der Depotbank einen Konto- und Depotvertrag geschlossen hat) etwa geltend machen, die Depotbank habe die Vertragsverletzung des externen Vermögensverwalters bemerkt oder bemerken müssen, den Kunden jedoch nicht über die Vertragsverletzung des Vermögensverwalters informiert oder die Depotbank habe den Kunden nicht vor risikoreichen Anlagen gewarnt. Ob und in welchem Ausmass überhaupt eine Überwachungs- und Informationspflicht der Depotbank besteht, wurde in der Lehre heftig diskutiert.⁸ Das Bundesgericht hat eine *allgemeine Überwachungs- und Informationspflicht der Depotbank* abgelehnt.⁹ Die Depotbank muss bei einem externen Vermögensverwalter, der über eine sehr weite Vollmacht verfügt, weder den Kunden auf die erhöhten Risiken die dieser eingetragenermaßen aufmerksamer machen, noch um dessen Einwilligung nachsuchen, bevor sie Aufträge des Vermögensverwalters ausführt.¹⁰

[Rz 16] Das Bundesgericht bestätigte im vorliegenden Entscheid diese Grundsätze.¹¹ Das Bundesgericht wiederholte einen schon mehrfach geäusserten Leitgedanken: «*Le banquier n'est pas le tuteur de son client*».¹²

b. Bestätigung: Warnpflicht der Depotbank gegenüber dem Kunden nur in Ausnahmefällen (E. 2.3)

[Rz 17] Demgegenüber muss die Depotbank – dies bestätigte das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid¹³ – nur in *Ausnahmefällen* den Kunden warnen; ein Ausnahmefall liegt vor, wenn die Bank bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen muss, dass der Kunde eine bestimmte, mit der Anlage verbundene Gefahr nicht erkannt hat, oder wenn sich in der andauernden Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt hat, aus welchem der Kunde nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Abmah-

⁸ Vgl. etwa die aufschlussreiche Kontroverse zwischen DIETZI und DE BEER: DIETZI, Die Verantwortlichkeit der Bank gegenüber einem Kunden für Handlungen eines von diesem eingesetzten Vermögensverwalters, in: SZW 1997, 193 ff. und die Replik von DE BEER, in: SZW 1998, 125 ff. Siehe auch SCHALLER, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts, Zürich 2013, Rz. 653 ff.; ZOBL/FISCHER, Haftung der Depotbank bei externer Vermögensverwaltung, in: Vogt/Stupp/Dubs (Hrsg.), Unternehmen-Transaktion-Recht, Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, St. Gallen 2008, 513 ff.; THÉVENOZ, La responsabilité fondée sur la confiance dans les services bancaires et financiers, in: La responsabilité sur la confiance, Journée de la responsabilité civile, Genf 2000, 37 ff., 44–46; BRETTON-CHEVALLIER, Les devoirs d'information du gérant de fortune et de la banque dépositaire, in: SJ 1998, 700 ff.

⁹ Urteil des Bundesgerichts 4C.366/2004 vom 4. November 2005 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.205/2002 vom 9. Dezember 2002 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 4C.97/1997 vom 29. Oktober 1997, in: Pra 1998 Nr. 89 E. 6a.

¹⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.97/1997 vom 29. Oktober 1997, in: Pra 1998 Nr. 89 E. 6a; nicht veröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts 4C.24/1993 vom 14. Dezember 1993, wiedergegeben in: SJ 1994, 284 E. 3b. Siehe auch Urteil des Bundesgerichts 4C.68/2007 vom 13. Juni 2008 E. 11.1 sowie Urteil des Bundesgerichts 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002 = Pra 2003 Nr. 51 mit Bemerkungen von SCHWANDER.

¹¹ Vgl. E. 2.3.

¹² E. 2.3; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_513/2010, 4A_515/2010 vom 30. August 2011 E. 7.1, nicht publ. in: BGE 137 III 453; Urteil des Bundesgerichts 4C.366/2004 vom 4. November 2005 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.82/2005 vom 4. August 2005 E. 6.2; Urteil des Bundesgerichts 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002 E. 2.b = Pra 2003 Nr. 51.

¹³ E. 2.3. Das Bundesgericht befasste sich, anders als die Vorinstanz, ausschliesslich mit den auftragsrechtlichen Pflichten der Depotbank, nicht mit den sich aus Art. 11 BEHG oder Art. 9 Abs. 2 aBankV (vgl. E. 2.2) ergebenden Pflichten.

nung erwarten darf.¹⁴ Bei einer blossen «execution-only»-Beziehung existiert grundsätzlich keine (vertragliche) Informationspflicht der Depotbank.¹⁵

[Rz 18] Im vorliegenden Entscheid ging es nun aber nicht um die Frage, ob ein Ausnahmefall vorliegt, der eine Warnpflicht rechtfertigt. Wie sich dem Bundesgerichtsentscheid entnehmen lässt, bestritt die Bank B vor Bundesgericht nicht, dass – wie von der Vorinstanz wegen des Empfehlungsschreibens und der Teilnahme des Bankmitarbeiters H an der Sitzung in London angenommen – ein «besonderes Vertrauensverhältnis» entstanden war. Somit hatte das Bundesgericht nicht zu prüfen, ob sich ein «*besonderes* Vertrauensverhältnis» in der «*andauernden*» Geschäftsbeziehung überhaupt entwickeln kann, wenn sich die Geschäftsbeziehung erst im Entstehungsstadium befindet, nicht von längerer Dauer ist und die Gespräche nicht mit der Kundin (A Ltd.), sondern mit dem wirtschaftlich Berechtigten geführt werden. Ob eine Warnpflicht der Depotbank gegenüber dem wirtschaftlich Berechtigten bestand, prüfte das Bundesgericht ebenfalls nicht.¹⁶

[Rz 19] Gegenstand der Entscheidung war nur, ob die Bank B über Informationen *verfügte*, die dem Kontoinhaber mitgeteilt werden mussten.¹⁷ Das Bundesgericht musste hier von einem «*Ausnahmefall*» im Sinne seiner Rechtsprechung ausgehen, setzte deshalb grundsätzlich eine Informationspflicht voraus und beurteilte bloss (aber immerhin) noch, welche Informationen mitgeteilt werden mussten.

c. Willkürliche Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung (E. 3)

[Rz 20] Die A Ltd. rügte die willkürliche und unvollständige Feststellung des Sachverhaltes durch die *Cour de Justice*.¹⁸ Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts erweist sich die Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung als *willkürlich*,¹⁹ wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidewesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat.²⁰

[Rz 21] Das Bundesgericht hiess die Rüge der A Ltd. gut. Es beanstandete, dass verschiedene Zeugenaussagen des Bankmitarbeiters H und eines anderen Mitarbeiters der Bank B, welche u.a. im Rahmen des Strafverfahrens gegen die Organe der Vermögensverwalterin abgegeben wurden, von der *Cour de Justice* nicht berücksichtigt worden waren und zitierte diese Aussagen ausführlich

¹⁴ Vgl. BGE 133 III 97 E. 7.1.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.45/2001 vom 31. August 2001 E. 4a, publ. in: SJ 2002 I 274; Urteil des Bundesgerichts 4A_271/2011 vom 16. August 2001 E. 3; Urteil des Bundesgerichts 4C.166/2000 vom 8. Dezember 2000 E. 5b/dd; Urteil des Bundesgerichts 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998 E. 3b, in: Pra 1998 Nr. 155, 827 und SJ 1999, 205.

¹⁵ E. 2.4. Vgl. jedoch die Pflichten gemäss Art. 11 BEHG sowie BGE 133 III 97 E. 5.3; ROSSIER, L'«execution only» – Quelle responsabilité pour la banque?, in: Bulletin CEDIDAC 54/2010, 1 ff.; CERUTTI, Rechtliche Aspekte der Vermögensverwaltung im Schweizer Universalbankensystem, in: ZSR 2008 I 69 ff., 80.

¹⁶ Zu dieser Thematik wird der Autor in Kürze einen separaten Aufsatz veröffentlichen.

¹⁷ E. 2.5.

¹⁸ E. 3.1.

¹⁹ Art. 9 BV.

²⁰ BGE 140 III 264 E. 2.3; 137 III 226 E. 4.2; 136 III 552 E. 4.2.

auf zwei Seiten.²¹ Das Bundesgericht forderte die *Cour de Justice* zur Begründung auf, weshalb diese Aussagen im Rahmen der Beweiswürdigung nicht berücksichtigt wurden.²²

[Rz 22] Die Formulierung des Bundesgerichts lässt vermuten, dass das Bundesgericht eher von einer Verletzung der Warnpflicht der Bank B ausgeht und die Bank B nur noch dann einer Haftung entgehen kann, wenn die *Cour de Justice* bei einer umfassenden Würdigung aller Zeugenaussagen wieder zum gleichen Urteil kommt und die entsprechende Beweiswürdigung der *Cour de Justice* einer (weiteren) Willkürbeschwerde standhält oder wenn eine der übrigen Voraussetzungen der vertraglichen Verantwortlichkeit nicht erfüllt ist. Somit hätte die Bank B die A Ltd. möglicherweise über die (für die Bank B) unverständliche Anlagestrategie sowie über die fehlende Diversifikation der Anlagen informieren müssen. Überdies hätten allenfalls die Presseberichte über D erwähnt werden sollen, auch wenn das Bundesgericht diese Unterlassung der Bank B nicht für entscheidend hält.²³ Dabei ändert nach Auffassung des Bundesgerichts der Umstand, dass die Bank B wegen des gewährten Lombardkredits – bei dem die Anteile an der Kollektivanlage als Sicherheit für den Kredit dienten – selber ein gewisses Risiko der Wertentwicklung des Anlagefonds trug, nichts an einer etwaigen Warnpflicht der Bank B gegenüber der Kontoinhaberin A Ltd.²⁴

Dr. BEAT MATHYS ist Rechtsanwalt in Zürich und Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen.

²¹ Es kommt nicht häufig vor, dass ein Urteil des Bundesgerichts seitenlange Zitate von Zeugenaussagen enthält; möglicherweise soll damit eine aus Sicht des Bundesgerichts schlechterdings unhaltbare Beweiswürdigung der Vorinstanz angedeutet werden.

²² E. 3.4.

²³ E. 3.3.

²⁴ E. 3.3. Auf weitere Rügen der A Ltd. wird hier nicht eingegangen (vgl. E. 4–6).