

Peter V. Kunz

Retrozessionen im Wandel der Zeit

Praxisentwicklungen durch BGE 138 III 755

Selten hat ein finanzmarkt(privat)rechtliches Thema die Medien, die Öffentlichkeit sowie die Juristenwelt so beschäftigt wie die Retrozessionen («Kickbacks»). BGE 138 III 755 hat frühere Präjudizien des Bundesgerichts bestätigt, teils aber auch weiterentwickelt. Insbesondere wurden einige offene Fragen beantwortet: Die Rechtsprechung zu den Retrozessionen gilt nicht nur bei externen Vermögensverwaltern, sondern ebenfalls bei Vermögensverwaltungen durch Banken; zudem gelangt diese Praxis auch auf konzerninterne Retrozessionen (etwa beim Vertrieb von bankgruppeneigenen Finanzprodukten) zur Anwendung. Doch viele Fragen bleiben nach wie vor unbeantwortet – es bleibt also spannend!

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 - 1. Grundlagen
 - 2. Praxis
- II. BGE 138 III 755
 - 1. Sachverhalt
 - 2. Vorinstanzliche Verfahren
 - 3. Bundesgerichtliches Verfahren
- III. Erwägungen des Bundesgerichts
 - 1. Konzernexterne Retrozessionen
 - 2. Konzerninterne Retrozessionen
- IV. Bemerkungen
 - 1. Praxisausdehnungen
 - 2. Auswahl (noch) offener Fragen

Literaturverzeichnis

I. Einleitung

1. Grundlagen

a) Banken sowie UVV

Das *Vermögensverwaltungsgeschäft* gehört zur traditionellen Spezialität des schweizerischen Finanz- und Bankenplatzes. Entsprechende Dienstleistungen bieten insbesondere *Banken* auf der einen Seite¹ sowie externe bzw. *unabhängige Vermögensverwalter* (UVV) auf der anderen Seite²

Prof. Dr. iur. Peter V. Kunz, Rechtsanwalt, LL. M. Der Autor ist ordentlicher Professor für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung an der Universität Bern und geschäftsführender Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht (www.iwr.unibe.ch) – grossen Dank schulde ich meinem wissenschaftlichen Assistenten, Herrn Rechtsanwalt Pascal Zysset, der insbesondere die Abschnitte II. sowie III. weitgehend selbständig bearbeitet und verfasst hat; der Beitrag wurde im September 2013 abgeschlossen.

¹ Banken sind durch das Bankrecht *regulierte Finanzintermediäre*, die der Aufsicht der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) unterstehen.

² UVV werden (noch) *nicht umfassend reguliert*, d. h. nur, aber immerhin für einige Bereiche besteht eine Aufsicht der FINMA; dies könnte sich in Zukunft grundlegend ändern mit dem seit dem Jahr 2012 geplanten Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG), das eine umfassende Regulierung vorschlägt; zu UVV jüngst etwa: *Benedict Burg*, Kundenschutz bei externer Vermögensverwaltung (Diss. Zürich 2013) *passim*; *Cotting*, Vermögensverwalter, 69 ff.

an. Die Anlagetätigkeiten der Banken sowie der UVV bei Vermögensverwaltungen unterscheiden sich gegenüber den Kunden grundsätzlich nicht, wobei sich die entsprechenden Rechtsgrundlagen aus *Verträgen* ergeben.³

Bei Investmentgeschäften, also beim «Handhaben» von Vermögenswerten von Kunden, werden *drei Vertragsbeziehungen* unterschieden,⁴ die sich in der Wirtschaftsrealität oftmals überlappen:⁵ Execution-only-Beziehungen, Anlageberatungen («advisory») sowie Vermögensverwaltungen («discretionary»). Zusammenfassend ergibt sich, was folgt:

«Unter Vermögensverwaltung versteht man die selbständige Betreuung von Anlagen durch den Vermögensverwalter [sc. Bank oder UVV] gestützt auf eine vorgängig vereinbarte Anlagestrategie. Im Unterschied dazu trifft der Kunde bei der Anlageberatung die Anlageentscheide selber, der Anlageberater steht ihm aber dabei beratend zur Seite und wirkt aktiv bei der Anlageplanung mit. Und schliesslich gehen beim Execution-only-Geschäft die Initiative und der Anlageentscheid allein vom Kunden aus.»⁶

b) Retrozessionen u. Ä.

Als *Retrozession* wird in der Finanzbranche⁷ der «Vorgang bezeichnet, dass eine Bank gestützt auf

³ In der Praxis im Vordergrund stehen *Vermögensverwaltungsverträge* (VV).

⁴ BGE 133 III 102 f. Erw. 7.1; BGE 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012: Erw. 3.1.

⁵ Statt vieler: *P. Christoph Gutzwiller*, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung (Zürich 2008) 45 ff.

⁶ *Emmenegger/Good*, Anlegerschutz, 88; mit den verschiedenen Vertragsverhältnissen sind *unterschiedliche Pflichten* verbunden.

⁷ Retrozessionen kommen auch *ausserhalb der Finanzbranche* (z. B. bei Treuhandgeschäften) vor, sodass mit gutem Grund debattiert wird, ob bzw. inwiefern die Bundesgerichtspraxis zu solchen Vergütungen anwendbar ist oder nicht: *Raphael Camp/Timo Fenner*, Retrozessionen bei Treuhand- und Finanzdienstleistungsgeschäften, ST 87(2013) 531 ff.; m. E. gelangt die Rechtsprechung des Bundesgerichts re Banken bzw. UVV prinzipiell bei *allen «Dreiecksverhältnissen»* zur Anwendung.

eine entsprechende Vereinbarung einem Dritten (insbesondere einem Vermittler im Vermögensverwaltungs- und Kapitalanlagegeschäft) einen Anteil einer vereinnahmten Kommission weitergibt (...)»⁸; beim «verwandten» *Finder's Fee* geht es um eine «einmalige Entschädigung, welche der Vermögensverwalter von einer Bank für die Zuführung von neuen Vermögenswerten bzw. neuer Kundengelder erhält (...)»⁹.

Solche Zahlungen sind *legal*, was insbesondere deren etwas populistische Bezeichnung als «Kickbacks» («Bestechung») ¹⁰ zu Unrecht infrage zu stellen scheint. Nichtsdestotrotz muss betont werden, dass im «Dreiecksverhältnis» der typischen Vermögensverwaltung, die auf verschiedenen Rechtsverhältnissen zwischen unterschiedlichen Rechtsparteien basiert,¹¹ *heikle Interessenkonflikte* bestehen, und zwar in erster Linie im Zusammenhang mit der Rechenschaftspflicht und der Ablieferungspflicht bei Auftragsverhältnissen.¹²

Die Entschädigungen der UVV ergeben sich aus Honoraren sowie aus Retrozessionen;¹³ Schätzungen¹⁴ gehen dahin, dass zurzeit ca. 2800–3600 UVV etwa Vermögenswerte in der Höhe von CHF 600 Mia. bis CHF 700 Mia. verwalten, also rund 15% des gesamten Wertschriftenbestandes der Schweiz.¹⁵ Doch Retrozessionen sind ebenfalls für *Banken* im Vermögensverwaltungsgeschäft von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung.¹⁶

2. Praxis

Gerichte (insbesondere das Bundesgericht)¹⁷ hatten sich in den letzten Jahren mit diesen vertragsrechtlichen Themen immer wieder zu befassen, wobei einige Fragen unbeantwortet blieben.¹⁸

Drei bundesgerichtliche Präjudizien prägen die aktuelle Praxis zu Retrozessionen. Im Jahr 2006 ging es erstmals in *BGE 132 III 460* um einen UVV als Auftragnehmer auf Basis eines VV. Das Urteil sandte «Schockwellen» durch Teile der Bankenwelt:

Das Bundesgericht hielt u.a. fest,¹⁹ dass Art. 400 Abs. 1 OR zur Anwendung gelangt. Eine *Ablieferungspflicht* des Auftragnehmers besteht für direkte und für indirekte Vorteile, die in einem «inneren Zusammenhang» mit dem Auftrag stehen.²⁰ Ein *Verzicht* durch den Auftraggeber ist gemäss Bundesgericht zwar durchaus möglich,²¹ sofern dieser «über zu erwartende Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert» wurde;²² ein *bloßes Stillschweigen* des Kunden *genügt nicht* als Verzicht.²³

Fünf Jahre später wurde dieses Urteil bestätigt – erneut in einem Fall betreffend UVV und Vermögensverwaltung, nämlich mit *BGE 137 III 393*:

«Behalten darf der Beauftragte nur, was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten erhält (...)»²⁴ Das Bundesgericht machte weiter klar, dass auf den Herausgabeanspruch auch für *künftig anfallende Werte verzichtet* werden kann, sofern dieser Wille «aus der Vereinbarung entsprechend deutlich hervorgeht»²⁵. In der Doktrin umstritten sind die *konkreten Anforderungen* an den zulässigen Verzicht auf Herausgabe;²⁶ generell unzulässig ist ein «vorgängiger Verzicht auf die *Information* bezüglich Rückvergütungen»²⁷.

Im Jahr 2012 ging es in *BGE 138 III 755* nicht mehr um UVV, sondern um die Vermögensverwaltung durch eine Bank als Beauftragte, die «Bestandespflegekommissionen»²⁸ für den Vertrieb von Finanzprodukten durch eine Gesellschaft derselben Unternehmensgruppe erhalten hatte.²⁹ Die Bankenbranche hatte argumentiert, dass die

⁸ BGE 132 III 463 Erw. 4; ebenso: BGE 137 III 395 f. Erw. 2.1; zudem: BGE 138 III 760 Erw. 4.2.

⁹ BGE 132 III 464 Erw. 4 a. E.

¹⁰ Weniger suspekt erscheint z. B. der Terminus «Rückvergütungen»: BGE 137 III 395 Erw. 2.1.

¹¹ Zu den *einzelnen Vertragsverhältnissen* statt aller: Schmid, Retrozessionen, 24 ff.

¹² Art. 400 Abs. 1 OR sieht *zwei Pflichten* vor: «Der Beauftragte ist schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten»; Hinweise zu Interessenkonflikten: Peter Ch. Hsu, Retrozessionen, Provisionen und Finder's Fees, Beiheft 45 Bibliothek zur ZSR (Basel 2006), 66 f.; Schmid, Retrozessionen, 78 ff. m. w. H.

¹³ Umfassend zur Thematik für UVV: Schmid, Retrozessionen, *passim*.

¹⁴ Christian Staub, Regulierung der Vermögensverwalter, ST 85 (2011) 751; Cotting, Vermögensverwalter, 69 f.; Schmid, Retrozessionen, 9 ff.; Emmenegger/Good, Anlegerschutz, 107 f.

¹⁵ Ähnlich: Cotting, Vermögensverwalter, 69.

¹⁶ Nach Emmenegger, Anlagekosten, 68, handelt es sich um ein «Milliardengeschäft».

¹⁷ Urteilsübersicht: Zellweger-Gutknecht, Retrozessionen, 225 ff.

¹⁸ Vgl. dazu hinten IV. 2.; verschiedene Banken schlossen und schliessen weiterhin *aussergerichtliche Vergleiche* (mit «Stillschweigevereinbarungen») ab, um einer gerichtlichen Klärung aus dem Wege zu gehen.

¹⁹ Zum Urteil statt aller: Schmid, Retrozessionen, 68 ff.; Emmenegger, Anlagekosten, 69 ff.

²⁰ BGE 132 III 464 Erw. 4.1.

²¹ BGE 132 III 465 Erw. 4.2: «Art. 400 OR enthält kein ausdrückliches Verbot, und es sind auch keine Gründe erkennbar, welche gegen die dispositive Natur der Ablieferungspflicht sprechen.»

²² BGE 132 III 466 Erw. 4.2; detailliert: a. a. O. 466 f. Erw. 4.3.

²³ BGE 132 III 469 Erw. 4.5 a. E.

²⁴ BGE 137 III 395 Erw. 2.1; zum Urteil statt aller: Philipp Fischer, Un nouveau chapitre de l'épopée des rétrocessions, SZW 84 (2012) 72 ff.

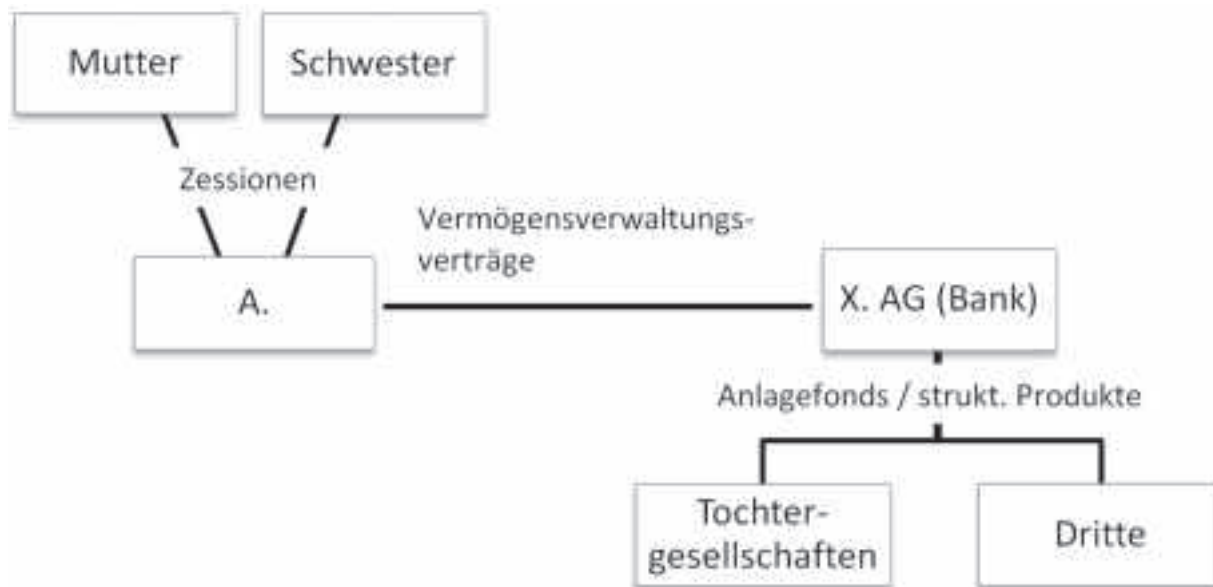
²⁵ BGE 137 III 396 Erw. 2.2.

²⁶ Als rechtlich problematisch wird vom Bundesgericht ein «voraussetzungsloser pauschaler Verzicht» auf den Herausgabeanspruch qualifiziert: BGE 137 III 398 Erw. 2.4.

²⁷ BGE 137 III 399 Erw. 2.4; Hervorhebung hinzugefügt – die Beweislast für eine ausreichende Information zum Herausgabeverzicht trägt der Beauftragte: a. a. O. 401 Erw. 2.5.

²⁸ Verständnis als «Vergütung an Vertriebssträger»: BGE 138 III 757 B./758 f. Erw. 4.1/763 Erw. 5.4.

²⁹ Die bisherige Retrozessionspraxis wurde bestätigt: BGE 138 III 759 f. Erw. 4.2.



bundesgerichtliche Retrozessionspraxis nicht anwendbar sei auf *Banken* einerseits³⁰ sowie auf *konzerninterne* Rückvergütungen andererseits;³¹ auf diesen Entscheid³² wird im Folgenden eingegangen.³³

II. BGE 138 III 755

1. Sachverhalt

Die *Bank X. AG* hatte gestützt auf *VV* das Vermögen eines Anlegers verwaltet. Nach dessen Ableben übernahmen *A.* und seine Mutter wie auch seine Schwester die Rolle als Anleger.

Die *X. AG* legte die Vermögenswerte zu einem wesentlichen Teil in Anlagefonds und strukturierte Produkte an. Dabei erfolgte die Anlage überwiegend in Produkten *verbundener Gesellschaften* (Konzernunternehmen) und zu einem geringeren Anteil in solche von Drittanbietern. Als Vertriebs-trägerin erhielt die Bank zudem Vertriebsentschädigungen.

Gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR verlangte *A.* (für sich und für seine Familienangehörigen) *Informationen* über sämtliche Zahlungen, welche die

X. AG im Zusammenhang mit den verwalteten Vermögen von Dritten erhalten hatte, sowie zusätzlich deren *Herausgabe*. Die *X. AG* bestritt diese Ansprüche. Die Familienangehörigen traten ihre Ansprüche an *A.* ab.

2. Vorinstanzliche Verfahren

A. klagte beim *Bezirksgericht Zürich* gegen die *X. AG* auf Zahlung von CHF 100 000.–, zuzüglich Zins zu 5% ab Fälligkeit der Teilforderung, unter Vorbehalt der Nachklage. Die beklagte *Bank X. AG* bestritt sowohl einen Herausgabeanspruch als auch die Pflicht zur Rechenschaftsablegung. Das erstinstanzliche Gericht gelangte zu einer *Klageabweisung*.

Die daraufhin erhobene Berufung durch *A.* hiess das *Obergericht des Kantons Zürich* zumindest teilweise im Sinne des Klägers gut:

Anders als das *Bezirksgericht* *bejahte* das *Obergericht* den von der Beklagten bestrittenen inneren Zusammenhang der erhaltenen Vergütungen mit den *VV*, sofern sie *konzernexterne* Vergütungen betrafen. Es sei zwar möglich, dass Bestandespflegekommissionen – neben ihrem Charakter als Zusatzvergütung – konkret anfallende Kosten decken sollen. Da die Beklagte indes keine Angaben zu den einzelnen Aufwendungen gemacht hatte, wurden die strittigen Kommissionen als reine Retrozessionen behandelt.

Das *Obergericht* *verneinte* hingegen einen Ablieferungsanspruch für Vertriebsentschädigungen, die der Beklagten sozusagen konzernintern, d. h. von ihren eigenen *Konzerngesellschaften*, zugeflossen waren. In dieser Hinsicht wurde die Klage abgewiesen.

³⁰ *Romeo Cerutti*, Rechtliche Aspekte der Vermögensverwaltung im Schweizer Universalbankensystem: ein Überblick, ZSR 127 I (2008) 89: «Die Verhältnisse bei den Banken gestalten sich weit aus komplexer als bei einer solchen Vermögensverwaltung [sc. UVV]; für eine Anwendbarkeit auf Banken spricht sich hingegen aus: *Emmenegger*, Anlagekosten, 77 f.

³¹ Vgl. dazu hinten Ziff. IV. 1.

³² Urteilsbesprechungen statt vieler: *Simon Schären*, Privatrechtliche Einordnung (...), GesKR 2013 126 ff.; *Natalia Neuman/Hans Caspar von der Crone*, Herausgabepflicht für Bestandeskommissionen im Auftragsrecht, SZW 85 (2013) 101 ff.; *Oliver Arter*, Entscheidbesprechungen, AJP 22 (2013) 122 ff.; Preisig, Bankgeschäft, *passim*.

³³ Vgl. dazu hinten Ziff. II.–IV.

3. Bundesgerichtliches Verfahren

Der Ausgang des zweitinstanzlichen Verfahrens veranlasste *beide* Parteien, jeweils *Beschwerde in Zivilsachen* beim Bundesgericht zu erheben:

Die *Beklagte* beantragte eine Klageabweisung unter Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils, eventualiter eine Zurückweisung an die Vorinstanz. Der *Kläger* wollte demgegenüber seine Klage unter Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils vollständig gutheissen lassen; er stellte ebenfalls das Eventualbegehren einer Zurückweisung an die Vorinstanz.

In prozessualer Hinsicht vereinigte das Bundesgericht die Verfahren. Es wies die Beschwerde der Beklagten ab, soweit darauf eingetreten werden konnte. Die Beschwerde des *Klägers* konnte das Bundesgericht teilweise *gutheissen*. Dabei hob es das Urteil des Obergerichts auf und wies die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurück.

III. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Konzernexterne Retrozessionen

a) Ausgangslage

In Erw. 4.2 fasste das Bundesgericht die Grundlagen und die bisherige Praxis zu Retrozessionen zusammen. Demnach qualifizierte es den *VV* zwischen dem *Kläger* und der *Beklagten* als Auftragsverhältnis:

«Der Beauftragte ist nach Art. 400 Abs. 1 OR verpflichtet, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grund zugekommen ist, zu erstatten. Die Ablieferungspflicht betrifft nicht nur diejenigen Vermögenswerte, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, sondern auch indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen. Der Beauftragte soll durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren; er hat daher alle Vermögenswerte herauszugeben, die in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung stehen. Behalten darf der Beauftragte nur, was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten erhält (...).»

Zu den unter Art. 400 Abs. 1 OR fallenden *indirekten Vergütungen* gehören die *Retrozessionen*. Dies sind – gemäss bundesgerichtlichem Verständnis – dem Beauftragten ausgerichtete Vergütungen etwa von Depotbanken, weil Ersterer im Rahmen des Auftrags bestimmte Verwaltungshandlungen vornimmt oder veranlasst.

b) Begriff der Retrozession

Das Bundesgericht setzte sich in den Erw. 5.1/E. 5.4 weiter mit dem Begriff der Retrozession auseinander. Die Problemstellung wurde in Erw. 5.1 wie folgt beschrieben:

«Die beiden in der Amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheide zur Herausgabepflicht für Rückvergütungen (...) betrafen Auftragsverhältnisse zwischen einem Auftraggeber und einem externen Vermögensverwalter. In der Literatur wird kontrovers diskutiert, ob die genannten Grundsätze auch auf den Fall einer Bank anzuwenden sind, die als Vermögensverwalterin für einen Kunden tätig ist, wenn sie in diesem Rahmen Anlagefonds oder strukturierte Produkte für den Kunden erwirbt und vom Produktanbieter (etwa einer Fondsgesellschaft) einen Teil der von diesem erhobenen Verwaltungsgebühren in Form von Bestandespflegekommissionen erhält.»

Das Gericht wies auf unterschiedliche Lehrmeinungen hin. Es kam in Erw. 5.4 zum Ergebnis, dass es *keine Rolle* spielt, ob ein Beauftragter ein *UVV* oder eine *Bank* ist. Art. 400 Abs. 1 OR sei auf sämtliche Auftragsverhältnisse anwendbar.

Weiter war umstritten, ob *Bestandespflegekommissionen* von *Retrozessionen* zu unterscheiden sind; sie wurden dabei in Erw. 5.4 wie folgt definiert:

«Im Gegensatz zu den in diesen beiden Entscheiden umschriebenen Retrozessionen handelt es sich bei den vorliegend zu beurteilenden Bestandespflegekommissionen nicht um Rückvergütungen aus einer beim Endkunden unmittelbar erhobenen Gebühr; vielmehr werden sie der Beklagten als Vertriebstägerin aus der Verwaltungskommission vergütet, die dem Fondsvermögen wiederkehrend, meist jährlich, gemäss Fondsreglement belastet wird und die den Ertrag des Fondsvermögens schmälert, der dem Anleger anteilmässig zusteht.»

Trotzdem kommt es gemäss Bundesgericht nicht auf einen bestimmten Begriff der Retrozession an. Herausgabepflichtig seien neben direkten eben auch *indirekte Vorteile* von Dritten.

c) Innerer Zusammenhang

Das Bundesgericht hatte weiter zu beurteilen, ob ein *innerer Zusammenhang* der Vergütungen mit dem *VV* bestand. Es hielt dabei in Erw. 5.2 einleitend fest, dass sich zur vorliegenden Beurteilung aus dem strafrechtlichen BGE 6B_223/2010 vom 13. Januar 2011 keine Antwort ergebe, da sich dieser nicht näher mit dem Anwendungsbereich von Art. 400 Abs. 1 OR und den Voraussetzungen der Ablieferungspflicht auseinandersetze.

Bei der auftragsrechtlichen Herausgabepflicht handle es sich um eine *Konkretisierung der Treuepflicht* nach Art. 398 Abs. 2 OR. Dazu in Erw. 5.3:

«[Diese Norm] garantiert die Einhaltung der Treuepflicht und stellt insofern eine präventive Massnahme zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers dar, indem sie der Gefahr vorbeugt, der Beauftragte könnte sich aufgrund der Zuwendung eines Dritten veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen (...).»

Als zentrales Kriterium zur Beurteilung des inneren Zusammenhangs erachtete das Bundesgericht die *Vorbeugung von Interessenkonflikten* zur Sicherung der Fremdnützigkeit. Unter Berufung auf Meinungen in der Lehre machte das Bundesgericht im Hinblick auf Zuwendungen durch Dritte folgende Ausführungen:

«Bei Zuwendungen Dritter ist ein innerer Zusammenhang schon dann zu bejahen, wenn die Gefahr besteht, der Beauftragte könnte sich dadurch veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen (...). Nicht erforderlich ist im Hinblick auf die Herausgabepflicht demgegenüber, dass er sich tatsächlich pflichtwidrig verhält oder der Auftraggeber einen konkreten Nachteil erleidet (...).» (Erw. 5.3).

Der Interessenkonflikt der *vermögensverwaltenden Bank* ergab sich aus der Konstellation, dass sie die auszuführenden Transaktionen im Rahmen der vereinbarten Anlagestrategie gemäss Vertrag *selbst bestimmen* konnte (Erw. 5.5). Dabei waren die Bestandespflegekommissionen in erster Linie auf Absatz ausgerichtet und entschädigten damit die *erfolgreiche Platzierung* der Produkte bei Kunden (Erw. 5.6). In Erw. 5.6 wurde festgehalten:

«Der mit der Vergütung für die erfolgreiche Platzierung der fraglichen Finanzprodukte verbundene Anreiz, diese im Rahmen des bestehenden Vermögensverwaltungsmandats einzusetzen, steht im Zielkonflikt mit der Verpflichtung der Beklagten zur umfassenden Interessenwahrung gegenüber dem Kläger. Die Bestandespflegekommissionen sind der Beklagten im strittigen Umfang nur zugeflossen, weil ihr durch das Vermögensverwaltungsmandat vom Kläger eine Position eingeräumt wurde, die es ihr erlaubte, entsprechende Anlageentscheide selbständig vorzunehmen. Insofern stellen sie (...) eine zusätzlich erlangte Vergütung für die erfolgreiche Platzierung der fraglichen Produkte beim Kläger dar.»

Nach Meinung des Bundesgerichts konnten weitere Umstände, wie etwa jener, dass die Platzierung der fraglichen Produkte auch Aufwand generiert hatte oder dass der Betrag der Entschädigung marktgerecht war, keine Rolle spielen (Erw. 5.7). Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die vereinnahmten Vergütungen in einem inneren Zusammenhang mit der Auftragsausführung durch die Beklagte stehen (Erw. 5.6).

d) Verzichtserklärung auf die Herausgabe

Das Bundesgericht bestätigte seine Rechtsprechung, wonach die *Pflicht zur Herausgabe* nach

Art. 400 Abs. 1 OR *nicht zwingend* sei und der Auftraggeber auf die Ablieferung verzichten könne (Erw. 5.8.2). Demnach hatte es die Beklagte in der Hand, ihre Vertragsverhältnisse so auszugestalten, «dass sie sowohl ihren (angeblichen) aufsichtsrechtlichen Vorgaben als auch ihren vertraglichen Verpflichtungen genügen konnte».

Die von der Beklagten vorgebrachte Argumentation, ein Herausgabeverzicht ergebe sich jeweils gestützt auf den abgeschlossenen *Fondsvertrag*, schützte das Bundesgericht *nicht*. Die Beklagte hatte diesen Vertrag als Vertreterin des Klägers mit sich selbst abgeschlossen, womit ein aufgrund der auftretenden Interessenkollisionen grundsätzlich *unzulässiges Selbstkontrahieren* vorlag. Dabei brachte die Beklagte nach Ansicht des Bundesgerichts zu Recht nicht vor, dass eine nachträgliche Genehmigung vorgelegen habe (Erw. 6.2).

Im Übrigen konnte die Beklagte «nicht einmal ansatzweise» darlegen, «inwiefern sie als Zahlungsempfängerin aufgeführt und welche konkreten Berechnungsansätze (...) offengelegt worden wären». Der Auftraggeber hätte im Hinblick auf einen gültigen Verzicht die *Parameter kennen müssen*, die zur Berechnung des Gesamtbetrags notwendig sind und einen Vergleich mit dem vereinbarten Vermögensverwaltungshonorar erlauben (Erw. 6.3):

«Hierzu gehören zumindest die Eckwerte der bestehenden Vereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Entschädigungen (...). Letzterem Erfordernis wird beim Vorausverzicht auch beim Einsatz von Anlagefonds und strukturierten Produkten in der Vermögensverwaltung Genüge getan, wenn die Höhe der erwarteten Bestandespflegekommissionen in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens angegeben wird. Damit wird dem Auftraggeber ermöglicht, im Hinblick auf einen Verzicht sowohl die Gesamtkosten der Vermögensverwaltung zu erfassen als auch die beim Vermögensverwalter aufgrund der konkreten Anreizstruktur vorhandenen Interessenkonflikte zu erkennen (...).»

Weil die Beklagte die Erfüllung dieser Voraussetzungen nicht darlegte, kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Vorinstanz zu Recht den *Herausgabeanspruch geschützt* hatte (Erw. 6.3). Weil die Beschwerde der Beklagten daher also unbegründet war, wies sie das Bundesgericht ab, soweit es überhaupt darauf eingetreten war (Erw. 7).

2. Konzerninterne Retrozessionen

a) Ausgangslage

Vor Bundesgericht war weiter *umstritten*, ob *konzerninterne* Entschädigungen als wirtschaftlich fremd im Sinne von Art. 400 Abs. 1 OR anzusehen sind und dementsprechend ein Herausgabeanspruch besteht oder nicht (Erw. 8.1). Einleitend

wurde vom Gericht erneut festgehalten, dass die Ablieferungspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR neben direkten auch indirekte Vorteile betrifft (Erw. 8.2). Allerdings erachtete es das Bundesgericht als erforderlich, dass die Entschädigungen von einem Dritten geleistet werden:

«An einer derartigen Zuwendung fehlt es etwa, wenn die beauftragte Vermögensverwaltungsgesellschaft die betroffenen Finanzprodukte selbst herausgibt und vertreibt (...). Mangels Zahlung fällt in [einem solchen] Fall eine Herausgabepflicht ausser Betracht (...).»

In der Folge hatte das Bundesgericht als Grundsatzfrage zu entscheiden, ob Konzerngesellschaften überhaupt solche «Dritte» darstellen (formelle Betrachtungsweise) oder eben nicht (wirtschaftliche Betrachtungsweise).

b) Berücksichtigung der wirtschaftlichen Einheit des Konzerns

Das Bundesgericht stellte in Erw. 8.3 einleitend fest, dass die Schweiz kein systematisch kodifiziertes Konzernrecht kennt. Der Konzern hat keine eigene Rechtspersönlichkeit. Eine Berücksichtigung der wirtschaftlichen Einheit des Konzerns komme nur in Ausnahmefällen (z. B. Haftung wegen Konzernvertrauen oder Durchgriff) vor. Weitere Ausnahmen gebe es sodann im Steuerrecht und im Bankenaufsichtsrecht.

In logischer Konsequenz zur bloss ausnahmsweisen Berücksichtigung der Konzerneinheit kommt das Bundesgericht zu folgendem Schluss:

«[Es] lässt sich daraus entgegen der in der Beschwerdeantwort geäusserten Ansicht kein allgemeines Prinzip ableiten, das zur Nichtanwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR auf konzerninterne Zahlungen führen würde. Insbesondere gilt es zu beachten, dass die verschiedenen konzernrechtlichen Normen und Grundsätze vorwiegend dem Schutz der Gläubiger dienen, einen Aktionärs- bzw. Minderheitenschutz verwirklichen oder einen allgemeinen Funktionsschutz bezwecken (...). Die Gründe für eine Einheitsbetrachtung des Konzerns in bestimmten öffentlichrechtlichen Vorschriften, wie sie etwa der steuerrechtlichen Behandlung von Beteiligungserträgen zugrunde liegen, lassen sich nicht auf privatrechtliche Vertragsverhältnisse übertragen.»

Das Bundesgericht verweigerte demnach, entgegen der Ansicht der Vorinstanz, der Beklagten eine Berufung auf die wirtschaftliche Einheit des Konzerns. Dabei greifen nach Ansicht des Gerichts weder steuerrechtliche noch regulatorische Gründe (Erw. 8.3):

«Ist ein angestrebtes Ergebnis durch die (innerhalb des vorgegebenen rechtlichen Rahmens) frei wählbare Vorgehens- und Organisationsweise nicht zu erzielen, so bleibt letztlich nur der Verzicht auf die Tätigkeit in der beabsichtigten Form. Abgesehen davon, dass sich aus öffentlich-

rechtlichen Vorgaben nicht unbesehen auf privatrechtliche Vertragspflichten schliessen lässt, kann der Beklagten ohnehin nicht gefolgt werden, weil der Herausgabeanspruch nach Art. 400 Abs. 1 OR nicht zwingend ist, sondern vertraglich darauf verzichtet werden kann (...).»

Das Bundesgericht erachtet im Hinblick auf Art. 400 Abs. 1 OR somit Konzerngesellschaften als «Dritte». Es komme jedoch nicht auf diese Drittbetrachtung an, sondern darauf, ob die Interessen des Auftraggebers ausreichend berücksichtigt werden können (Erw. 8.4).

c) Interessenwahrung des Auftraggebers

Unter diesem weiteren Punkt setzte das Bundesgericht konzerninterne mit konzernfremden Bestandespflegekommissionen ebenfalls gleich (Erw. 8.5):

«Fällt eine Bank – wie vorliegend die Beklagte – im Rahmen eines Vermögensverwaltungsmandats Anlageentscheide für den Kunden und verdient sie bei deren Platzierung mittels Bestandespflegekommissionen an den von ihr selbst getätigten Anlagen mit, sind die Kundeninteressen gefährdet. Es besteht auch beim Einsatz konzern-eigener Anlageprodukte die Gefahr, dass die Bank ihre Verwaltungstätigkeit nicht im Interesse des Auftraggebers ausübt, sondern zumindest auch in ihrem eigenen Interesse, zusätzliche Entschädigungen zu erhalten (...).»

Nach Ansicht des Bundesgerichts verschärft sich der Interessenkonflikt bei konzerninternen Transaktionen sogar noch, weil die betreffende Gesellschaft dann nicht nur selbst eine Zuwendung erhält, sondern gleichzeitig eine andere Konzerngesellschaft die mit dem Produkt verbundenen Gebühren vereinnahmt.

Das in der Lehre vorgebrachte Argument, Kunden müssten davon ausgehen, dass Banken bevorzugt eigene Produkte berücksichtigen, erscheint «äusserst fraglich». Jedenfalls führe dies nicht dazu, dass die mit dem Einsatz eigener Produkte verbundenen Interessenkonflikte bei der Beurteilung der Aufklärungs- und Herausgabepflichten ausser Betracht fallen.

In der nicht publizierten Erw. 9 kam das Bundesgericht schliesslich zum Schluss, die Vorinstanz habe zu Unrecht einen Herausgabeanspruch für konzerninterne Bestandespflegekommissionen abgelehnt. Mangels vorinstanzlicher Feststellungen zur Höhe dieser Zahlungen wurde die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

IV. Bemerkungen

1. Praxisausdehnungen

Das Bundesgericht hat seine bisherige Praxis ausgedehnt (bzw. weiterentwickelt), nämlich auf zwei insbesondere durch die Bankenbranche – und ihre

Rechtsanwälte – bestrittene Bereiche: Die bundesgerichtliche Rechtsprechung gilt nicht allein bei UVV, sondern ebenfalls bei *Banken* als Auftragnehmer, und kommt ausserdem bei *konzerninternen Vergütungen* zur Anwendung. M. E. hat das Bundesgericht in beiden Punkten richtig entschieden.

Insbesondere ist das Urteil *konzernrechtlich* korrekt,³⁴ denn es muss bei Retrozessionen eine Einzelbetrachtung statt einer Gesamtbetrachtung vorgenommen werden, die im Konzernrecht nur ausnahmsweise vorkommt. Für eine «konsolidierte Betrachtung» («wirtschaftliche Betrachtungsweise») in Konzernverhältnissen bedarf es – prinzipiell – einer gesetzlichen Basis, die im *Konzernvertragsrecht* fehlt. Zu Recht hält das Bundesgericht fest: «[M]angels Rechtspersönlichkeit kann der Konzern als solcher nicht Vertragspartei sein.»³⁵

Der Anlegerschutz erweist sich in diesem spezifischen Bereich in der Schweiz als stärker als im Ausland. In *Deutschland* – als Beispiel – sind Banken, basierend auf dem Wertpapierhandelsrecht, verpflichtet zur ungefragten und gesonderten Aufklärung ihrer Kunden über Provisionszahlungen. Im Jahr 2012 wurde *anders* entschieden für *abhängige Unternehmungen* von Bankkonzernen, die im Rahmen einer «gebotenen typisierenden Betrachtungsweise» wie freie Anlageberater behandelt werden,³⁶ d. h. *ohne* Aufklärungspflicht.

Es war nicht zu erwarten, dass das Bundesgericht diese beiden Praxisausdehnungen vornimmt. Die *Doktrin* sprach sich *quantitativ mehrheitlich* für die Gegenpositionen aus. Tatsächlich wird die schweizerische «Finanzmarktrechtswissenschaft» von Praktikern aus der Advokatur dominiert, deren Publikationen regelmässig als «banknah» bezeichnet werden dürfen.³⁷ Das Bundesgericht hat dieses «*systemic bias*» zu *Recht ignoriert*.

³⁴ Gl. M.: *Emmenegger*, Anlagekosten, 73 ff.; a. M.: *Sandro Abegglen*, Der Bankkonzern in der Schnittmenge von Privat- und Aufsichtsrecht (...), in: FS für R. von Büren (Basel 2009) 657 ff.; *Peter Nobel/Isabel Stirnimann*, Zur Behandlung von Entschädigungen im Vertrieb von Anlagefonds – und strukturierten Produkten durch Banken, SZW 79 (2007) 347; *Herbert Wohlmann*, Arbeitsleistung im Konzern und ihre Relevanz gegenüber Dritten, SJZ 104 (2008) 164: «[J]eder, der Anlagen tätigt, weiss, dass die Bank etwa immer ceteribus paribus ihre eigenen strukturierten Derivate dem Kunden anbieten wird. Art. 400 OR ist innerhalb des konzerninternen Feldes funktionslos.»

³⁵ BGE 138 III 775 Erw. 8.3; zudem sei mit Nachdruck wiederholt: «Die Gründe für eine Einheitsbetrachtung des Konzerns in bestimmten öffentlich-rechtlichen Vorschriften (...) lassen sich nicht auf privatrechtliche Vertragsverhältnisse übertragen» (a. a. O. 776).

³⁶ BGH III ZR 308/11 N 14; die Banktochtergesellschaft wurde als «eigenständiges Unternehmen» betrachtet, obwohl sie z. B. «keine besonderen Geschäftsräume ausserhalb der [Bankmuttergesellschaft hatte] und ihr Kundenstamm im Wesentlichen aus Kunden der [Obergesellschaft stammte]: a. a. O.; Hinweise: Handelsblatt Nr. 178 (2012) 35 («Banken müssen aufklären – ihre Töchter nicht»).

³⁷ Dem Unterzeichner sind zahlreiche *finanzmarktrechtliche Beiträge* bekannt, die ursprünglich als *Parteigutachten* (etwa für Banken) verfasst und in der Folge – ohne diese Offenlegung – publiziert wurden.

2. Auswahl (noch) offener Fragen

Die Tendenz der Rechtsprechung in Bezug auf Retrozessionen geht aktuellerweise in Richtung «mehr Informationen» sowie «mehr Herausgaben»; etwas trivialisiert könnte dies fast als «Bankkundennähe» bezeichnet werden. Dies muss indes die bis anhin nicht entschiedenen Fragestellungen in Bezug auf Retrozessionen nicht notwendigerweise präjudizieren. Zahlreiche Themen sind nach wie vor gerichtlich offen.

Sozusagen *Frage 1* betrifft die Thematik der *Verjährung* von Rückforderungsansprüchen der Bankkunden bzw. der UVV-Kunden im Zusammenhang mit Retrozessionen. Über die Verjährungsfrist oder über den Beginn des Fristenlaufs wurde höchstrichterlich (noch) nichts entschieden. Die Doktrin beschäftigt sich intensiv mit dieser Frage.³⁸

Als *Frage 2* im Raum steht, ob es eine *FINMA-Kompetenz* im Bereich von Retrozessionen gibt. Im Jahr 2012 hat die FINMA, etwas überraschend als unmittelbare Konsequenz aus BGE 138 III 755, eine «Mitteilung» *an die Banken* publiziert,³⁹ die teils als eigentlicher «Marschbefehl» gedeutet wird.⁴⁰ Retrozessionen stellen jedoch im Bankrecht keinen Regulierungsgegenstand dar. M. E.⁴¹ erscheint diese «Mitteilung» mindestens kompetenzkrazend⁴² und hat *keine privatrechtlichen Folgen*⁴³.

Im Urteil wurde festgehalten: «Im Hinblick auf die Anwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR ist (...) nicht ausschlaggebend, ob es sich beim Beauftragten um einen externen Vermögensverwalter oder eine vermögensverwaltende Bank handelt; die Bestimmung ist auf sämtliche [sic!] Auftragsverhältnisse anwendbar.»⁴⁴ Bis anhin wurde indes über Retrozessionen einzig bei VV entschieden. Als *Frage 3* ist deshalb abzuklären, ob diese Praxis

³⁸ Auswahl: *Sabrina Bänninger*, Die Verjährung von Bestandespflegekommissionen [...], Jusletter vom 10. Juni 2013 m. w. H.; *Flavio Romero/Claudio Bazzani*, Verjährung [...], GesKR 201349 ff.; *Schmid*, Retrozessionen, 168 ff.; *Zellweger-Gutknecht*, Retrozessionen, 235 f.

³⁹ FINMA-Mitteilung 41 (2012): «Aufsichtsrechtliche Massnahmen – Retrozessionen».

⁴⁰ *Monika Roth*, Retrozessionen (...), Jusletter vom 11. Februar 2013, Rz. 2.

⁴¹ Der Unterzeichner vertritt diese persönliche («banknahe») Ansicht als Unabhängiger und nicht als Gutachter bzw. nicht als Berater für die Banken – oder Finanzbranche.

⁴² Die FINMA befindet sich im besten Fall auf «dünnem Eis», denn für ihr Vorgehen gilt – wie bei sämtlichen Behörden – das *Legalitätsprinzip* ebenfalls; das (übliche) «Auffangbecken» der FINMA für ihre Aktivitäten findet sich einmal mehr bei der «einwandfreien Geschäftstätigkeit» (Seite 5/5).

⁴³ Auch die FINMA stellt fest: «Die FINMA ist als Aufsichtsbehörde nicht für die Beurteilung und Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche zwischen Beaufsichtigten und ihren Kunden zuständig» (Seite 5/5).

⁴⁴ BGE 138 III 764 Erw. 5.4. a. E.

beim *Anlageberatungsvertrag* ebenfalls zur Anwendung gelangt (oder nicht).⁴⁵

Die Herausgabepflicht des Beauftragten «kann nicht losgelöst vom konkreten Vertragsverhältnis erfolgen»⁴⁶. Erforderlich ist vielmehr ein «innerer Zusammenhang» der Zuwendung zur Auftragsausführung,⁴⁷ was «nicht für alle Auftragsverhältnisse ein für allemal umschrieben werden» kann.⁴⁸ Rechtlich massgebend erscheint ausserdem in jedem Fall die «angestrebte Vorbeugung von Interessenkonflikten»⁴⁹. Unter diesen Aspekten unterscheiden sich VV sowie Anlageberatungsverträge grundlegend.

Beim VV ist der Kunde dem Beauftragten – also seiner Bank oder seinem UVV – potenziell «ausgeliefert», sodass ein Interessenkonflikt kaum bestritten werden kann. Gänzlich anders verhält es sich indes bei den für Kunden als Auftraggeber nicht bindenden Empfehlungen des *Anlageberatungsvertrags*, durch die keine Interessenkonflikte entstehen, gegen die irgendeine «Vorbeugung» erforderlich wäre. M. E.⁵⁰ ist deshalb die Praxis zu Retrozessionen beim Anlageberatungsvertrag *prinzipiell nicht* anwendbar.⁵¹

Literaturverzeichnis

Die aufgeführten Werke werden mit dem bzw. den Autorennamen sowie mit dem am Schluss des Hinweises angegebenen Zusatz zitiert. Werke, die bloss für eine Belegstelle herangezogen werden, sind in den Fussnoten des Textes vollständig angezeigt.

Cotting Max: Unabhängige Vermögensverwalter – eine Branche im Umbruch, in: Vermögensverwaltung IV (Zürich 2012) 69–75; zit.: *Cotting*, Vermögensverwalter

Emmenegger Susan: Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Schweizerische Bankrechtstagung 2007 (Basel 2007) 59–127; zit.: *Emmenegger*, Anlagekosten

Emmenegger Susan/Good Rahel: Anlegerschutz in der Vermögensverwaltung und Anlageberatung, in: Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert (Zürich 2013) 85–132; zit.: *Emmenegger/Good*, Anlegerschutz

Preisig Raphael: Interessenwahrung und Ablieferungspflicht im Bankgeschäft, Jusletter vom 9. September 2013; zit.: *Preisig*, Bankgeschäft

Schmid Fabian: Retrozessionen an externe Vermögensverwalter (Diss. Bern 2009); zit.: *Schmid*, Retrozessionen

Zellweger-Gutknecht Corinne: Zur Annahme und Herausgabe von Retrozessionen und anderen Drittvergütungen, in: Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert (Zürich 2013) 213–249; zit.: *Zellweger-Gutknecht*, Retrozessionen

⁴⁵ Auslegeordnung: *Zellweger-Gutknecht*, Retrozessionen, 232 ff.; *Preisig*, Bankgeschäft, Rz. 17 ff.; ebenfalls bis heute *nicht* entschieden wurde über diese Fragestellung bei *Execution only-Beziehungen*: BGE 138 III 764 Erw. 5.5.

⁴⁶ BGE 138 III 764 Erw. 5.5.

⁴⁷ Zu diesem Kriterium: *Preisig*, Bankgeschäft, *passim*.

⁴⁸ BGE 138 III 762 Erw. 5.3.

⁴⁹ BGE 138 III 762 Erw. 5.3.

⁵⁰ Der Unterzeichner vertritt diese persönliche («banknahe») Ansicht als Unabhängiger und nicht als Gutachter bzw. nicht als Berater für die Banken – oder Finanzbranche.

⁵¹ Wohl a. M.: *Zellweger-Gutknecht*, Retrozessionen, 233 f.