

## Herausgabepflicht für Bestandespflegekommissionen im Auftragsrecht

Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012 in Sachen Bank X und Kunde A.

Mit Bemerkungen von lic. iur. Natalia Neuman und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich\*

### Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
  - 1. Sachverhalt
  - 2. Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte
  - 1. Erwägungen des Obergerichts
  - 2. Erwägungen des Bundesgerichts
  - 3. Entwicklung der Rechtsprechung
    - 3.1 BGE 132 III 460
    - 3.2 BGE 137 III 393
- III. Bemerkungen
  - 1. Definition und Bemessung der Bestandespflegekommissionen
  - 2. Behandlung der Bestandespflegekommissionen
    - 2.1 Treuepflicht: Aufklärung über Interessenkonflikte
    - 2.2 Rechenschaft nach Art. 400 Abs. 1 OR
    - 2.3 Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR
  - 3. Konzerninterne Vergütungen
  - 4. Verzicht auf die Bestandespflegekommissionen
    - 4.1 Ausdrücklicher Verzicht
    - 4.2 Stillschweigender Verzicht
    - 4.3 Verzicht in Vertretung
  - 5. Verjährung
    - 5.1 Dauer der Verjährung
    - 5.2 Beginn der Verjährung
  - 6. Grundlagenirrtum
    - 6.1 Objektive Wesentlichkeit
    - 6.2 Mögliche Rechtsfolge
  - 7. Schlussbemerkungen

### I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

#### 1. Sachverhalt

Ein Kunde A erbt nach dem Tod seines Vaters dessen Depot bei der Bank X. Die Bank X führte das Depot gestützt auf einen Vermögensverwaltungsvertrag und verwaltete das Wertschriftendepot des Kunden A, indem sie nach eigenem Ermessen Aktien, Obligationen sowie überwiegend Finanzprodukte erwarb und gegebenenfalls wieder verkaufte. Die Bank X legte das Vermögen jeweils zu einem wesentlichen Teil in Anlagefonds und strukturierten Produkten an. Als Vertriebsträgerin der Anlageprodukte erhielt die Bank X neben der Entschädigung als Vermögensverwalterin auch Bestandespflegekommissionen von den Fondsleitungen. Die Mehrheit der von der Bank X an-

geborenen Anlageprodukte stammte aus ihren eigenen Konzerngesellschaften.

Kunde A hatte seit 2007 die Position vertreten, dass die Bank X den Offenlegungs- und Herausgabepflichten nach Art. 400 Abs. 1 OR unterstehe. Dabei sollten ihm alle Beträge, welche die Bank X im Zusammenhang mit den in ihrem Depot liegenden Werten von Dritten (insbesondere von Fondsanbietern) erhalten hat, zurückerstattet werden. Die Bank X dagegen wollte weder ihre Offenlegungs- noch die Herausgabepflicht anerkennen und hielt fest, dass es sich bei den Vergütungen von Fondsanbietern um Vertriebsentschädigungen für Eigenleistungen der Bank handle, die sie im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Anlagefonds erbracht habe, weshalb ein Zusammenhang mit dem Vermögensverwaltungsauftrag nicht gegeben sei.

#### 2. Prozessgeschichte

Am 28. Mai 2008 klagte der Kunde A beim Bezirksgericht Zürich gegen die Bank X auf Zahlung von CHF 100 000, zuzüglich 5% Zins ab Fälligkeit der Teilforderung. Der vom Kunden A eingeklagte Betrag basierte auf einem geschätzten durchschnittlichen Wert des Depots von CHF 6 Mio. und der Annahme, dass jeweils ein Drittel des Betrages in Anlagefonds investiert war und die Bank X ein Prozent des Depotwertes (CHF 20 000 pro Jahr) an Bestandespflegekommissionen dafür erhalten hat. Der Kunde A klagte dabei zuerst die Hälfte dieses Betrages für eine Periode von zehn Jahren vor der Klageeinleitung ein. Mit Urteil vom 26. August 2009 wies das Bezirksgericht die Klage ab. Das Obergericht des Kantons Zürich hiess dagegen mit Urteil vom 13. Januar 2012 den Anspruch des Kunden A teilweise gut, indem es vor allem den inneren Zusammenhang zwischen den Bestandespflegekommissionen und dem Vermögensverwaltungsvertrag des Kunden A bejahte. Beide Parteien erhoben gegen das Urteil des Obergerichts Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

### II. Erwägungen der Gerichte

#### 1. Erwägungen des Obergerichts

Die Bank vertrat die Position, dass es sich bei diesen Zahlungen um Vergütungen für die Leistungen im wirtschaftlichen Eigenbereich der Bank handle (v. a. Vertrieb der Fonds und Aggregationseffekt), sodass mit dem Vermögensverwaltungsvertrag mit dem Kun-

\* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

den kein innerer Zusammenhang bestanden habe. Weiter machte die Bank geltend, dass die meisten infrage stehenden Fonds und strukturierten Produkte entweder von ihr selbst oder von einer ihrer Konzerngesellschaften stammten, weshalb die Kommissionen keine Drittleistungen darstellten. Schliesslich brachte sie vor, dass der Kunde auf die Herausgabe der Zahlungen verzichtet habe.<sup>1</sup>

Unstrittig war für das Obergericht die Qualifikation des Vermögensverwaltungsvertrages wie auch des Vertriebsvertrages zwischen der Bank und der Fondsleitung als Auftrag.<sup>2</sup> Strittig war dagegen, ob die im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Fonds und strukturierten Produkten von der Bank erhaltenen Zahlungen nach Art. 400 Abs. 1 OR dem Anleger herauszugeben seien.

Diese Zahlungen bzw. Bestandespflegekommissionen definierte das Obergericht als Teil der von den Fondsleitungen dem Fondsvermögen (und damit dem Anleger) belasteten Verwaltungskommission, welche als Vergütung an die Vertriebssträger fliesst. Diese Kommission ergebe sich aus der Multiplikation des Entschädigungssatzes (Retro-Satz) mit dem Wert aller an einem bestimmten Stichtag bei der Bank lagernden und unter die Vertriebsvereinbarung fallenden Fondsprodukte des betreffenden Anbieters.<sup>3</sup> Die Bank hatte die Retro-Sätze, nicht aber den Depotwert offengelegt.

Gemäss dem Obergericht handelt es sich bei Bestandespflegekommissionen grundsätzlich um Retrozessionen. Diese seien dem Auftraggeber herauszugeben, wenn der innere Zusammenhang nach Art. 400 Abs. 1 OR gegeben sei. Der innere Zusammenhang liege vor, wenn die Drittleistung die Besorgnis begründe, die Bank könnte möglicherweise die Interessen des Kunden nicht ausreichend wahrnehmen.<sup>4</sup> Es käme nicht darauf an, ob der Kunde tatsächlich einen Nachteil erleide, solange ein innerer Zusammenhang mit dem Auftrag gegeben sei und

die Herausgabepflicht aufgrund des Bereicherungsverbots bestehe.<sup>5</sup>

Für den inneren Zusammenhang sprächen die volumenabhängige Berechnung der Kommission und die Tatsache, dass die Bank nur aufgrund der Investition der Kunden eine Position eingeräumt erhalte, die den Zufluss von Bestandespflegekommissionen ermögliche.<sup>6</sup> Das Obergericht erwog, dass die Zuführung der Kunden bereits im Rahmen des Vermögensverwaltungsmandates mit dem Kunden geschuldet gewesen sei. Auch die im Vertriebsvertrag enthaltene Vereinbarung zwischen der Bank und der Fondsleitung könne den Charakter dieser Zahlung nicht verändern.<sup>7</sup> Zudem dürfe sich der Auftragnehmer bei der Ausführung des Auftrags nicht bereichern, d.h. es müsse mindestens eine Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung bestehen.<sup>8</sup> Die volumenabhängige Entschädigung würde einen Anreiz setzen, einen möglichst hohen Bestand zu pflegen.<sup>9</sup> Auch wenn es die Festsetzung objektiv richtiger Entschädigungen für den Vertriebsaufwand nicht gäbe,<sup>10</sup> hätten die Parteien nicht einmal den Umfang der geschuldeten Vertriebsleistungen vertraglich definiert.<sup>11</sup> Entgegen den Behauptungen der Bank ergäbe sich dieser auch nicht aus Gesetz, Selbstregulierung oder Mustervertriebsverträgen.<sup>12</sup> Mangels Substantiierung seitens der Bank müsse das Obergericht die ganze Kommission als Retrozession behandeln, auch wenn die Rückvergütungen Vertriebsentschädigungen enthielten.<sup>13</sup>

Die Bestandespflegekommissionen unterstehen aufgrund der Einheitlichkeit des Auftragsverhältnisses den gleichen Verjährungsregeln wie der Hauptanspruch aus Vermögensverwaltungsvertrag, d.h. dass die zehnjährige Verjährungsfrist nach Art. 127 OR gelte. Der

<sup>1</sup> Urteil des Obergerichts Zürich (LB090076) vom 13. Januar 2012, E. 2.4.

<sup>2</sup> Urteil des Obergerichts Zürich (LB090076) vom 13. Januar 2012, E. 2.1.

<sup>3</sup> Urteil des Obergerichts Zürich (LB090076) vom 13. Januar 2012, E. 2.2 und 2.3.

<sup>4</sup> Urteil des Obergerichts Zürich (LB090076) vom 13. Januar 2012, E. 3.3C. 3.

<sup>5</sup> Urteil des Obergerichts Zürich (LB090076) vom 13. Januar 2012, E. 3.3.

<sup>6</sup> Urteil des Obergerichts Zürich (LB090076) vom 13. Januar 2012, E. 3.3A.5.1.

<sup>7</sup> Urteil des Obergerichts Zürich (LB090076) vom 13. Januar 2012, E. 3.3A.5.1.

<sup>8</sup> Urteil des Obergerichts Zürich (LB090076) vom 13. Januar 2012, E. 3.3B.4.

<sup>9</sup> Urteil des Obergerichts Zürich (LB090076) vom 13. Januar 2012, E. 3.3A.4.

<sup>10</sup> Urteil des Obergerichts Zürich (LB090076) vom 13. Januar 2012, E. 3.3B.2.

<sup>11</sup> Urteil des Obergerichts Zürich (LB090076) vom 13. Januar 2012, E. 3.3B.4.

<sup>12</sup> Urteil des Obergerichts Zürich (LB090076) vom 13. Januar 2012, E. 3.3B.5.1.

<sup>13</sup> Urteil des Obergerichts Zürich (LB090076) vom 13. Januar 2012, E. 3.3B.5.4.

Anspruch auf Erstattung der Vermögenswerte werde bei Beendigung des Vertragsverhältnisses fällig.<sup>14</sup>

Hinsichtlich des gültigen Verzichts auf die Bestandespflegekommissionen hat das Obergericht zwischen stillschweigendem und ausdrücklichem Verzicht nicht differenziert.<sup>15</sup> Die Höhe der fraglichen, von Dritten geleisteten Entschädigungen müsse für den Kunden wenigstens abschätzbar sein. Die eingereichten Dokumente ermöglichten keine genaue Abschätzung der Kommission, somit läge kein gültiger Verzicht vor.

Auch das von der Bank geltend gemachte Verbot der Weitergabe von Bestandespflegekommissionen wurde verworfen. Das Schreiben der EBK vom 6. Oktober 2003, wonach Zahlungen der Fondsleitung direkt an einzelne Grossanleger oder Anlegergruppen ohne Vertriebssträgerstatus gestützt auf eine Einzelabsprache gegen das Gleichbehandlungsgebot verstossen, sei vorliegend nicht anwendbar, da die Zahlungen nicht an die Endanleger geflossen seien, sondern an den Vertriebssträger.<sup>16</sup> Das Obergericht erwog weiter, dass hinsichtlich der Brokerkommissionen und strukturierten Produkte keine genügenden Argumente erbracht worden seien, welche die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnten.<sup>17</sup> Dafür gab das Obergericht der Bank im Zusammenhang mit der Neutralität der Zahlungen innerhalb des Konzerns Recht und stellte fest, dass aus der Sicht der Kunden die Tochtergesellschaft nicht als Dritte fungiere, sodass die Zahlungen innerhalb eines Konzerns nicht unter Art. 400 Abs. 1 OR fallen.<sup>18</sup>

## 2. Erwägungen des Bundesgerichts

Gemäss dem Bundesgericht untersteht der Vermögensverwaltungsvertrag dem Auftragsrecht. Deshalb müsse die Bank alle Vorteile, die sie direkt oder indirekt bei der Erfüllung des Auftrags erhalten habe, herausgeben. Ob die Zuwendung nach dem Willen des Dritten ausschliesslich dem Beauftragten zugutekom-

men soll oder nicht, sei für die rechtliche Qualifizierung der Zahlung nicht massgebend.

Das Bundesgericht versteht Art. 400 Abs. 1 OR als Konkretisierung des allgemeinen Grundsatzes der Treuepflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR und als eine präventive Massnahme gegen Interessenkonflikte.<sup>19</sup> Das Bundesgericht übernahm die Ansicht des Obergerichts hinsichtlich des inneren Zusammenhangs und befand, dass eine pauschalisierte, auf alle Fälle anwendbare Definition nicht möglich sei.<sup>20</sup>

Der Unterschied der Bestandespflegekommissionen zu den Retrozessionen sei darin zu sehen, dass die Bestandespflegekommissionen nicht unmittelbar beim Endkunden erhoben werden. Die Bestandespflegekommissionen werden der Bank als Vertriebssträgerin aus der Verwaltungskommission vergütet, die dem Fondsvermögen wiederkehrend, meist jährlich, gemäss Fondsreglement belastet werde und die den Ertrag des Fondsvermögens schmälere, der dem Anleger anteilmässig zustehe.<sup>21</sup> Dass die Bestandespflegekommissionen nicht unter den Begriff der Retrozessionen fallen, spielt aber für die Herausgabepflicht keine Rolle, da die Retrozessionen nur ein Anwendungsbeispiel der allgemeinen Herausgabepflicht darstellen. Die Art und Weise, wie die Rückvergütungen berechnet werden, wie auch die Frage, ob sie separat für jeden Kunden oder für den Vermögenspool als Ganzes berechnet würden, sei ebenfalls unerheblich.<sup>22</sup>

Im Hinblick auf den Zweck der Ablieferungspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR sei von Bedeutung, ob die Zahlungen Dritter zu Interessenkonflikten führen könnten.<sup>23</sup> Da die Zahlungen sich nicht nach dem Aufwand bestimmen, sondern nach dem Platzierungserfolg, oder gemäss der Bank, nach dem Aggregierungseffekt, d. h. nach dem Zugang zu einem gewissen Kundenpool, bejahte das Bundesgericht den Interessenkonflikt: Der mit der Vergütung für die erfolgreiche Platzierung der fraglichen Finanzprodukte verbundene Anreiz, diese im Rahmen des bestehenden Vermögensverwaltungsmandats einzusetzen, stehe

<sup>14</sup> Urteil des Obergerichts Zürich (LB090076) vom 13. Januar 2012, E. 3.3D.

<sup>15</sup> Urteil des Obergerichts Zürich (LB090076) vom 13. Januar 2012, E. 3.3E.3.

<sup>16</sup> Urteil des Obergerichts Zürich (LB090076) vom 13. Januar 2012, E. 3.3F.

<sup>17</sup> Urteil des Obergerichts Zürich (LB090076) vom 13. Januar 2012, E. 4 und E. 5.

<sup>18</sup> Urteil des Obergerichts Zürich (LB090076) vom 13. Januar 2012, E. 6.

<sup>19</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 5.3.

<sup>20</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 5.3.

<sup>21</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 5.4.

<sup>22</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 5.4.

<sup>23</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 5.5.

nämlich im Zielkonflikt mit der Verpflichtung der Bank zur umfassenden Interessenwahrung gegenüber dem Anleger.<sup>24</sup> Der beschriebene Interessenkonflikt bestehe auch dann, wenn ein mit der Vergütung allfällig entstandener Aufwand für den Produktvertrieb mitentschädigt werde.<sup>25</sup> Es sei unbeachtlich, ob die zwischen der Fondsleitung und der Bank vereinbarte Entschädigung angemessen und marktgerecht sei; massgebend im Hinblick auf die Herausgabepflicht sei nicht dieses Vertragsverhältnis, sondern der Vertrag zwischen der Bank und dem Kunden.<sup>26</sup> Allfällige Aufwendungen müssten der Bank mittels Art. 402 OR entschädigt werden.<sup>27</sup>

Schliesslich liessen sich dem KAG keine Regelungen entnehmen, welche eine Abweichung von Art. 400 Abs. 1 OR rechtfertigen würden.<sup>28</sup> Auch das Argument, wonach die Weiterleitung von Rückvergütungen der Fondsleitung an die Endanleger gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstossen würde, weil diejenigen Anleger, welche eine Bank zwischengeschaltet hätten, begünstigt würden, wurde verworfen. Das von der Bank erwähnte Verbot der Ausrichtung an andere institutionelle Anleger sowie Endanleger beträfe nach Wortlaut und Systematik des Gesetzes die Zahlungen aus der Verwaltungskommission an Anleger; bei diesen stelle sich das Problem der relativen Gleichbehandlung der Anleger, nicht aber die Problematik von Retrozessionen im Sinne von Anreizen Dritter. Gemäss dem Bundesgericht braucht die Frage nach einem aufsichtsrechtlichen Verbot nicht abschliessend geklärt zu werden, da auch ein solches Verbot nichts am Herausgabeanspruch des Klägers ändere.<sup>29</sup>

Weder in einer im Rahmen der Selbstregulierung, d.h. einer von Branchenorganisationen erlassenen Richtlinie noch in einer behördlichen Äusserung in einem Diskussionspapier konnte das Bundesgericht einen Rechtsgrund erblicken, der eine Einbehaltung zugeflossener Bestandespflegekommissionen in Ab-

weichung von den privatrechtlichen Gesetzbestimmungen von Art. 400 Abs. 1 OR rechtfertigen würde.<sup>30</sup>

Das Bundesgericht bestätigte aber den nicht zwingenden Charakter der Herausgabepflicht, sodass der Beauftragte sich mittels eines Verzichts des Auftragsgebers von ihr entbinden könne.<sup>31</sup> Die Bank hatte jedoch vorliegend den Fondsvertrag mit der Fondsleitung, gestützt auf den Vermögensverwaltungsvertrag, als Vertreterin des Anlegers selbst abgeschlossen. Wegen des Interessenkonflikts könne sich die Bank daher nicht auf einen Verzicht berufen, welcher aus einem Drittvertrag zwischen den Kunden und der Fondsleitung abgeleitet wird, den sie im Namen des Kunden unterschrieben hat.<sup>32</sup> Darüber hinaus brauche es für einen gültigen Verzicht die Kenntnis des Kunden betreffend die genauen Parameter für die Berechnung der Bestandespflegekommissionen. Dafür müsse der Kunde die Höhe der Bestandespflegekommissionen in einer Prozentbreite des verwalteten Vermögens und die Gesamtkosten des Vermögensverwaltungshonorars kennen.<sup>33</sup>

Betreffend die Vergütungen innerhalb der Konzerngruppe führte das Bundesgericht aus, dass es in der Schweiz kein einheitlich kodifiziertes Konzernrecht gebe und trotz der Konzernrechnung alle Tochtergesellschaften als selbständige juristische Personen behandelt würden.<sup>34</sup> Die Ausnahmen von diesem Prinzip ergäben sich zum Schutz der Drittpersonen und nicht zugunsten der Konzerngesellschaften.

### 3. Entwicklung der Rechtsprechung

#### 3.1 BGE 132 III 460

Ausgangslage einer Diskussion in der Öffentlichkeit und in der Finanzbranche rund um das Thema Retrozessionen war BGE 132 III 460. Im dort zugrunde liegenden Sachverhalt verlangte eine Stiftung, dass der Beklagte – ein selbständiger, externer Vermögensverwalter – über die Retrozessionen, welche ihm aufgrund des Vermögensverwaltungsvertrages zuge-

<sup>24</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 5.6.

<sup>25</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 5.7.

<sup>26</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 5.7.

<sup>27</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 5.7.

<sup>28</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 5.8.1.

<sup>29</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 5.8.2.

<sup>30</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 5.8.2.

<sup>31</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 5.8.2.

<sup>32</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 6.2.

<sup>33</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 6.3.

<sup>34</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 8.

flossen waren, gemäss Art. 400 Abs. 1 OR Rechenschaft abliefern und diese dann herausgeben sollte. Das Bundesgericht hiess die Klage der Stiftung aufgrund des inneren Zusammenhangs der Retrozessionen mit dem Auftrag gut. Dieser Entscheid hat aber Fragen aufgeworfen, inwiefern diese Praxis auf weitere Rechtsverhältnisse (wie z.B. auf Anlageverträge oder hinsichtlich von Bestandspflegekommissionen) Anwendung findet.

### 3.2 BGE 137 III 393

In diesem Entscheid hat sich das Bundesgericht mit der Herausgabepflicht einer externen Vermögensverwaltungsgesellschaft basierend auf einem Asset-Management-Vertrag auseinandergesetzt, gemäss welchem sämtliche Retrozessionen der Vermögensverwalterin zustehen. Das Hauptthema des Entscheids waren die Voraussetzungen für den gültigen Verzicht auf die Retrozessionen. Ein Vorausverzicht auf die Informationen betreffend die Rückvergütungen sei unmöglich, weil dies dem voraussetzungslosen Herausgabeverzicht gleichkommen würde. Hinsichtlich des Verzichts auf die Zahlungen sei es dem Auftraggeber ohne konkretes Wissen betreffend die Höhe der Rückvergütungen unmöglich, das genaue Ausmass der potenziellen Interessenkonflikte zu verstehen. Deshalb müssten dem Anleger zumindest die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen bekannt sein.

## III. Bemerkungen

### 1. Definition und Bemessung der Bestandspflegekommissionen

Anders als Retrozessionen werden die Bestandspflegekommissionen grundsätzlich als indirekte Zahlungen definiert, welche die Bank für den Vertrieb der Produkte des Produktanbieters erhält.<sup>35</sup> Im Gegensatz zu Retrozessionen belastet die Zahlung nicht das Ertragskonto des Kunden, sondern wird vom Fondsvermögen erhoben, welches dem Kunden anteilmässig

zusteht. Ihre Bemessung hängt von zwei Faktoren ab: Der Retro-Satz (d.h. der Anteil der Verwaltungskommission, welcher an den Vertriebsträger weitergeleitet wird) wird mit dem Durchschnittswert aller in den Depots der Bank lagernden Anteile an den durch die Vertriebsvereinbarung gedeckten Fondsprodukten des betreffenden Anbieters multipliziert.<sup>36</sup>

### 2. Behandlung der Bestandspflegekommissionen

#### 2.1 Treuepflicht: Aufklärung über Interessenkonflikte

Der Vermögensverwaltungsvertrag zwischen der Bank und dem Kunden unterliegt dem Auftragsrecht.<sup>37</sup> Der Beauftragte schuldet die getreue und sorgfältige Besorgung fremder Interessen (Art. 394 Abs. 1 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR). Als Interessenwahrer des Auftraggebers muss er die eigenen Interessen denjenigen des Auftraggebers unterordnen. Hier ist die Treuepflicht als Interessenwahrungsgebot zu verstehen, die Interessensphären des Auftragnehmers und des Auftraggebers auseinanderzuhalten, um insbesondere Interessenkonflikte zu vermeiden. Nur unter der Annahme der Auseinanderhaltung der zwei Interessensphären kann der Auftragnehmer die ihm für die Besorgung des Geschäfts eingeräumte Rechtsmacht im Interesse des Auftraggebers einsetzen. Handeln unter Interessenkonflikt verstösst zwar nicht notwendigerweise gegen die Treuepflicht, begründet aber eine Vermutung des pflichtwidrigen Verhaltens.<sup>38</sup> Um diese Vermutung zu widerlegen, muss der Auftragnehmer nachweisen, dass er geeignete Massnahmen ergriffen hat, um die Benachteiligung des Auftraggebers durch den Interessenkonflikt auszuschliessen. Ein probates Mittel hierfür ist die aktive Ad-hoc-Transparenz seitens des Vermögensverwalters betreffend die Verhältnisse zu Dritten und deren Zuwendungen. Diese zwingende Pflicht der Bank,

<sup>35</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 5.4; Raphael Jaeger/Thomas Hautle, Retrozessionen versus Bestandspflegekommissionen im Vermögensverwaltungsgeschäft, Anwaltsrevue 10/2008, 438–442, 440.

<sup>36</sup> Peter Nobel/Isabel Stirnimann, Zur Behandlung von Entschädigungen im Vertrieb von Anlagefonds- und strukturierten Produkten durch Banken, SZW 79 (2007), 343–356, 345; Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 5.4.

<sup>37</sup> BGE 132 III 460, E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 5.1; P. Christoph Gutzwiller, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zürich 2008, 26.

<sup>38</sup> Hans Caspar von der Crone, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft, ZSR 119 (2000) II, 239–271, 244.

den Kunden über die Interessenkonflikte aufzuklären, ergibt sich zusätzlich aus den Doppelnormen von Art. 11 BEHG und Art. 20 KAG.<sup>39</sup>

Inhaltlich muss die Aufklärungspflicht betreffend die Interessenkonflikte alle relevanten Tatsachen erfassen.<sup>40</sup> Die Existenz und die Höhe der Zahlungen von Dritten gehören zu solchen wichtigen Tatsachen.<sup>41</sup> Der Auftraggeber kann nur aufgrund der vollständigen Information betreffend die Bestandspflegekommissionen entscheiden, ob er Weisungen erteilen, die Herausgabe des Erlangten verlangen oder den Auftrag auflösen möchte. Betreffend den Detailliertheitsgrad der Information wird vom Bundesgericht<sup>42</sup> zwischen sachkundigen und unerfahrenen Anlegern unterschieden.<sup>43</sup> Während bei unerfahrenen Kunden alle für die Interessenkonflikte relevanten Parameter und die entsprechenden Zusammenhänge detailliert und explizit aufgegriffen werden müssen, genügt es bei erfahrenen Kunden, lediglich die technischen Eckwerte der bestehenden Vereinbarung mit Dritten sowie die Angabe der erwarteten Rückvergütungen als Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens anzugeben.<sup>44</sup> Um welche Art von Kunden es sich im Einzelfall handelt, muss vom Vermögensverwalter im Rahmen der Profilbestimmung als Teil seiner Erkundigungspflicht abgeklärt werden.

<sup>39</sup> *Isabelle Monferrini/Hans Caspar von der Crone*, Haftung des Effektenhändlers für strukturierte Produkte im ausservertraglichen Verhältnis, SZW (84) 2012, 347–360, 355.

<sup>40</sup> *Sandro Abegglen*, Die adäquate Entschädigung des Vermögensverwalters unter besonderer Berücksichtigung der Anlagekosten im Verhältnis zur Anlageperformance, ZSR 2008 I, 41–67, 59; *Susan Emmenegger*, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: *Emmenegger [Hrsg.]*, Anlagerecht, Basel 2007, 71, obwohl die Autorin die Informationspflicht betreffend die Interessenkonflikte nicht ganz eindeutig unter Art. 398 Abs. 2 OR subsumiert; *Walter Fellmann*, Berner Kommentar, Bd. VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag (Art. 394–406 OR), Bern 1992, N 165 zu Art. 398 OR.

<sup>41</sup> In diesem Sinne auch das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012.

<sup>42</sup> BGE 137 III 393, E. 2.5.

<sup>43</sup> Diese Unterscheidung wird auch explizit in Art. 10 KAG getroffen. Die dort entwickelten Kriterien können aber vorliegend nicht übernommen werden, weil sie auf rein formalistische Voraussetzungen abstellen, welche dem Wissensstand der Kunden im Einzelfall nicht gerecht werden. Gl.M.: *Rolf Kuhn/Deborah Schlumpf*, Der Vorausverzicht auf Ablieferung von Retrozessionen bei der externen Vermögensverwaltung, ZBJV 148/2012, 339–353, 348.

<sup>44</sup> BGE 137 III 393, E. 2.5.

## 2.2 Rechenschaft nach Art. 400 Abs. 1 OR

Die Pflicht, dem Auftraggeber die hinter den Zahlungen liegenden Interessenkonflikte offenzulegen, muss von der Pflicht des Beauftragten zur Rechenschaftsablegung gemäss Art. 400 Abs. 1 OR unterschieden werden. Nach Auffassung des Bundesgerichts ist die Rechenschaftspflicht ein «essentielle» des Auftragsrechts und ein Minimum dessen, was der Auftragnehmer zu erfüllen hat, damit wirklich angenommen werden kann, er habe Geschäfte im fremden Interesse zu besorgen.<sup>45</sup> Ohne Rechenschaftsablegung könnte der Auftraggeber nicht mehr prüfen, ob der Beauftragte die Geschäfte vertragsgemäss und getreu besorgt hat und – falls das zu verneinen wäre – Schadensersatz geltend machen. Sie kann jederzeit vom Auftraggeber verlangt oder im Rahmen der Auftragsvereinbarung im Voraus periodisch definiert werden.<sup>46</sup> Der Umfang der Rechenschaftspflicht sollte weit verstanden und nur durch den Grundsatz von Treu und Glauben beschränkt werden.<sup>47</sup> Die statuierte Pflicht umfasst die Rechenschaftsablegung über alle vom Beauftragten vorgenommenen Massnahmen und bedeutet Rechnungsablegung mit erschöpfender und verständlicher Zusammenstellung der einzelnen Einnahmen- und Ausgabeposten. Selbstverständlich müssen alle Zuwendungen Dritter und erhaltene Zahlungen im Rahmen der Rechenschaftsablegung dem Auftraggeber klar und deutlich aufgezeigt werden.

## 2.3 Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR

Der Beauftragte soll durch den Auftrag, abgesehen vom Honorar, weder gewinnen noch verlieren und muss demzufolge alles herausgeben, was ihm aufgrund des inneren Zusammenhanges mit dem Auftrag zugekommen ist. Das Bundesgericht erwägt, dass die Herausgabepflicht für den Auftrag ein vertragsbestimmendes Merkmal sei: Alles, was der Beauftragte nicht abzuliefern hätte, würde ihm dann geschenkt, womit kein Auftrag mehr anzunehmen wäre, sondern eine formbedürftige Schenkung mit Auflagen.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> BGE 110 II 181, E. 2.

<sup>46</sup> *Fellmann* (Fn. 40), N 64 zu Art. 400 OR.

<sup>47</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_144/2012 vom 11. September 2012, E. 3.2.2; Urteil des Bundesgerichts 4C.206/2006 vom 12. Oktober 2006, E. 4.3.1.

<sup>48</sup> BGE 110 II 182, E. 2.

### 2.3.1 Interessenkonflikte

Das Bundesgericht hat sich der Meinung von *Fellmann* angeschlossen und bejaht nun den inneren Zusammenhang schon dann, wenn die Gefahr besteht, der Beauftragte sehe sich aufgrund der Zuwendung veranlasst, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen.<sup>49</sup> Dabei handelt es sich um keine Definition, sondern um Kriterien, anhand welcher das Vorliegen des inneren Zusammenhangs eruiert werden kann. Das Kriterium der Interessenkollision ist nicht als zusätzliche Voraussetzung nach der Bejahung des inneren Zusammenhangs zu verstehen,<sup>50</sup> sondern es ist das Kriterium für die Beurteilung des Zusammenhangs schlechthin.<sup>51</sup> Somit reicht schon eine potenzielle Gefahr der Benachteiligung der Interessen des Kunden aus und es ist gerade nicht nötig, dass sie den Interessen des Beauftragten untergeordnet wurden.

Die Auszahlung der Bestandespflegekommissionen stellt einen Anreiz für die Bank dar, den Stand des Vermögens zu erhalten<sup>52</sup> und auch bei fraglicher Ren-

dite oder veränderten Verhältnissen die Fondspositionen nicht zu verkaufen. Die Banken tendieren demzufolge bei der Investitionsentscheidung zur Wahl der Anlage mit höheren Honoraren statt mit dem potenziell höheren Mehrwert für den Kunden. Jeglicher finanzieller Anreiz zu handeln (z.B. Churning bzw. Spesenreiterei) oder nicht zu handeln (z.B. Auszahlung der Bestandespflegekommissionen), welcher nicht durch das Interesse des Auftraggebers motiviert ist, führt zu Interessenkonflikten, was für die Bejahung des inneren Zusammenhangs ausreicht.

### 2.3.2 Vergütung für eigene Leistungen

Der innere Zusammenhang ist nicht gegeben, wenn die Vergütung für Eigenleistungen erfolgt.<sup>53</sup> Hauptargument gegen die Entgeltnatur der Bestandespflegekommissionen ist deren volumenabhängige Berechnung, welche die konkret entstandenen Kosten unbeachtet lässt und gegen die Äquivalenz der Leistung und der Gegenleistung im Verhältnis Bank-Kunde spricht.

Bei Bestandespflegekommissionen handelt es sich aus Sicht des Fondsanbieters um Outsourcingkosten des Vertriebs. Damit ist nicht nur der Vertrieb der Fonds gemeint, sondern auch die Delegation von Pflichten der Vertriebsträger, die grundsätzlich vom Fondsanbieter wahrzunehmen wären.<sup>54</sup> Neben den gesetzlichen Pflichten, wie z.B. GwG-Abklärungen, übernehmen die Banken auch die Lancierung der Produkte, darunter die Übernahme und Platzierung der strukturierten Produkte, Koordination und Administration der Emission wie auch Betrieb und Unterhalt von elektronischen Vertriebsplattformen.<sup>55</sup> Die Erbringung dieser Leistungen ist dann mit einem Aufwand verbunden, der von der Bank getragen werden muss. Ein Teil der Lehre<sup>56</sup> argumentiert, dass die Ban-

<sup>49</sup> *Fellmann* (Fn. 40), N 128 zu Art. 400 OR; *Matthias Nänni/Hans Caspar von der Crone*, Rückvergütungen im Recht der unabhängigen Vermögensverwaltung, SZW 78 (2006), 377–384, 379 m.w.H. Der Interessenkonflikt als massgebendes Kriterium für die Beurteilung des inneren Zusammenhangs ist auch in Deutschland anerkannt. Der innere Zusammenhang wird überwiegend schon dann angenommen, wenn die Annahme der Zuwendungen Dritter eine Willensbeeinflussung zum Nachteil des Auftraggebers befürchten lässt (Palandt Beck'scher Kurzkomentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl., München 2003, § 667 N 3).

<sup>50</sup> *Emmenegger* (Fn. 40), 76; *Fellmann* (Fn. 40), N 128 zu Art. 400 OR; *Gutzwiller* (Fn. 37), 208; *Nänni/von der Crone* (Fn. 49), 379; a.M. *Raphael Preisig*, Der Vertrieb von Anlagefonds durch Banken, Eine Untersuchung von Vertriebsentschädigungen unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Retrozessionen, Zürich 2011, 156. Der Autor verlangt, dass sich der Interessenkonflikt negativ auf den Kunden auswirkt; vgl. auch *Nobel/Stirnimann* (Fn. 36), 351. Die Autoren scheinen die Meinung zu vertreten, dass das Kriterium des Interessenkonflikts erst nach der Beurteilung des inneren Zusammenhangs relevant sein sollte.

<sup>51</sup> Ein Interessenkonflikt ist negativ zu umschreiben, und liegt vor, wenn jemand die Wahrung fremder Interessen übernommen hat und dabei Entscheidungen zu treffen hat, mit denen er sich potenziell in Konflikt zu eigenen oder anderen ihm zur Wahrung übertragenen Interessen begibt. *Hans Caspar von der Crone*, Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 66 (1994), 1–11, 2.

<sup>52</sup> Die Bank verkauft Produkte des Anbieters und bekommt eine Kommission für die verkaufte Menge und für die Erhaltung dieser «Menge». Somit wird eine Situation kreiert, in der es überhaupt nicht im Interesse der Bank liegt, die

dem Kunden nicht mehr passenden Anlagen zu verkaufen, weil sie dadurch das Fondsvermögen schmälern und demzufolge auch die Berechnungsgrundlage für ihre Kommission verkleinern.

<sup>53</sup> *Sandro Abegglen*, «Retrozession» ist nicht gleich «Retrozession»: Zur Anwendbarkeit von OR 400 I OR auf Entschädigungen, die an Banken geleistet werden, insbesondere im Fondsvertrieb, SZW 79 (2007), 122–134, 129.

<sup>54</sup> *Monika Roth*, Retrozessionen und Interessenkonflikte – wenn der Berater in Tat und Wahrheit ein Verkäufer ist. Ein Beitrag zur Diskussion um die Retrozessionen mit speziellem Blick auf die Reputationsrisiken und Vertrauensschaden, ZBJV 146 (2010), 521–553, 533.

<sup>55</sup> *Preisig* (Fn. 50), 84.

<sup>56</sup> *Preisig* (Fn. 50), 161.

ken diese Entschädigung behalten dürfen, weil sie Eigenleistungen beinhaltet. Es müsste sich bei diesen Dienstleistungen zugunsten Dritter aber um solche handeln, welche die Bank ihrem Kunden nicht ohnehin gestützt auf den Vermögensverwaltungsvertrag schuldet<sup>57</sup> und welche nicht bereits durch die Vermögensverwaltungsgebühren abgegolten worden sind.

Indem das Bundesgericht erwog, an der Herausgabepflicht vermöge sich nichts zu ändern, wenn der Bank im Hinblick auf die Platzierung der fraglichen Produkte auch Aufwand entstanden sein sollte,<sup>58</sup> hat es sich im Urteil für die Pauschaltheorie, und somit gegen die Dienstleistungstheorie,<sup>59</sup> ausgesprochen. Nach der Pauschaltheorie fallen alle Zuwendungen Dritter nach der Bejahung des inneren Zusammenhangs unabhängig von den entstandenen Kosten unter die Herausgabepflicht.<sup>60</sup> Die Konsequenz dieser Rechtsprechung ist, wie das Bundesgericht selbst feststellt,<sup>61</sup> der Ersatz der Kosten des Auftragnehmers gestützt auf Art. 402 OR. Dies ermöglicht den Banken, die tatsächlich entstandenen Kosten auf eine transparente und mit dem Auftragsrecht vereinbare Art auf die Kunden abzuwälzen.

### 3. Konzerninterne Vergütungen

Zum Teil wird die Ansicht vertreten, die Vergütungen innerhalb eines Konzerns sollten von der Herausgabepflicht ausgenommen werden. Die Schweiz kennt

kein systematisch kodifiziertes Konzernrecht.<sup>62</sup> Die Konzerngesellschaften stellen selbständige juristische Personen dar, die trotz Konzernrechnung und einheitlicher Bankenaufsicht für die eigenen Verbindlichkeiten haften müssen. Der Konzern an sich ist nie die Vertragspartei des Vermögensverwaltungsvertrags, da er keine eigene Rechtspersönlichkeit hat. Die einzigen Ausnahmen von dieser Regel ergeben sich zum Schutze Dritter,<sup>63</sup> und nicht umgekehrt zugunsten des Konzerns.

Da die Konzerngesellschaften als rechtlich selbständige juristische Personen behandelt und somit auch die Zahlungen innerhalb eines Konzerns als Drittleistungen verstanden werden, wird wiederum auf das ursprüngliche Kriterium des inneren Zusammenhangs abgestellt. Die Interessenkonflikte bestehen bei Bestandespflegekommissionen unabhängig davon, ob sie von einer externen oder einer konzerninternen Gesellschaft stammen.<sup>64</sup> Die potenziellen Interessenkonflikte sind bei konzerninternen Zahlungen sogar verschärft, da ein besonderer Anreiz der Bank besteht, nur in die konzerninterne Anlage zu investieren, da sie mit der Wahl eines eigenen Produkts nicht nur eine Zuwendung erhält, sondern gleichzeitig eine andere Konzerngesellschaft mit dem Produkt verbundene Gebühren einnimmt.<sup>65</sup>

### 4. Verzicht auf die Bestandespflegekommissionen<sup>66</sup>

Das Bundesgericht hat schon im ersten Retrozessionsentscheid<sup>67</sup> erwogen, dass die Pflicht zur Heraus-

<sup>57</sup> *Abegglen* (Fn. 40), 48. Die Gebühren können gemäss Vertragsautonomie beliebig hoch sein, einzig aus dem allgemeinen Teil des Obligationenrechts ergeben sich Einschränkungen; *Abegglen*, Retrozession (Fn. 53), 129.

<sup>58</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 5.7.

<sup>59</sup> Danach sind Zuwendungen des Dritten nicht herausgabepflichtig, wenn sie i) im Auftrag eines Dritten diesem gegenüber effektiv als eine Leistung des Vertriebssträgers erbracht wurden, ii) die Leistung nicht bereits dem Bankkunden geschuldet ist, d.h. es muss sich um eine eigenständige Leistung handeln, iii) eine Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt und iv) die Entschädigung für eine zulässige, nicht konfliktträchtige Leistung erbracht wird. Vgl. *Romeo Cerutti*, Rechtliche Aspekte der Vermögensverwaltung im Schweizer Universalbankensystem – Ein Überblick, ZSR 2008 I, 69–97, 90; *Preisig* (Fn. 50), 150.

<sup>60</sup> *Emmenegger* (Fn. 40), 76; *Nänni/von der Crone* (Fn. 49), 380; *Preisig* (Fn. 50), 152 zur Erklärung der Pauschaltheorie.

<sup>61</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127\_2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 5.7.

<sup>62</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 8.3 m. w. H.; a. M. *Nobel/Stirnimann* (Fn. 36), 347.

<sup>63</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 8.3.

<sup>64</sup> *Emmenegger* (Fn. 40), 74 geht sogar weiter und fragt, ob die Banken, welche nach Profitcenters organisiert sind, auch als Konzerne betrachtet werden sollen. Unseres Erachtens geht diese Überlegung aber zu weit.

<sup>65</sup> *Emmenegger* (Fn. 40), 73. Auch gemäss CESR Recommendations, Inducements under MiFID (CESR/07-228b) wird auf der europäischen Ebene bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Zuwendung Dritter nicht unterschieden, ob die Rückvergütungen zwischen Gesellschaften, welche der gleichen Gruppe gehören oder selbständig sind, erfolgen.

<sup>66</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 6.3; ein anderes Thema ist der Verzicht auf die Informationspflichten, welcher unseres Erachtens aufgrund der sich aus der Treuepflicht ergebenden Aufklärungspflicht betreffend Interessenkonflikte nicht zulässig ist, vgl. *Kuhn/Schlumpf* (Fn. 43), 343.

<sup>67</sup> BGE 132 III 430, E. 4.2.

gabe dispositiver Natur sei und der Kunde darauf auch im Voraus<sup>68</sup> verzichten könne. Dabei wird aber nicht auf die Herausgabepflicht als solche verzichtet,<sup>69</sup> sondern auf einen konkreten Anwendungsfall.

#### 4.1 Ausdrücklicher Verzicht

Das Bundesgericht hat, entgegen der anfänglichen Praxis<sup>70</sup> und einigen Autoren,<sup>71</sup> das bloss Aufmerksammachen auf die Rückzahlungen von Dritten als nicht genügend für den Verzicht auf die Kommissionen erachtet. Nach der Rechtsprechung muss der Kunde nicht nur über den Umstand der Auszahlung der Retrozessionen, sondern auch über die notwendigen Eckwerte und die Berechnungsgrundlage informiert werden,<sup>72</sup> sodass ihm das Mass der potenziellen Interessenkonflikte und die hinter den Rückvergütungen versteckten Anreizsysteme bewusst werden<sup>73</sup> (vgl. vorne 2.1). Erst dann kann er eine freie Willensentscheidung<sup>74</sup> über den Verzicht auf die Bestandespflegekommissionen treffen.

<sup>68</sup> BGE 132 III 430, E. 4.2.

<sup>69</sup> *Fellmann* (Fn. 40), N 58 zu Art. 398 OR; *Peter H. Hsu*, Retrozessionen, Provisionen und Finder's Fees, Basel 2006, 66.

<sup>70</sup> In BGE 132 III 430, E. 4.3 hat das Bundesgericht noch angedeutet, dass ein Verzicht ohne genaue Kenntnis über die Höhe der Rückvergütungen möglich ist.

<sup>71</sup> *Sandro Abegglen*, Der Verzicht auf Ablieferung von Retrozessionen – Einordnung und Anforderung – Eine dogmatische Nachlese zu BGE 132 III 460 ff., recht 2007, 190–203, 192; *Peter Hsu/Eric Stupp*, Retrozessionen sind grundsätzlich dem Kunden abzuliefern – Besprechung des Urteils des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.432/2005 vom 22. März 2006, GesKR 2006, 202–207, 206; *Preisig* (Fn. 50), 214: Diese Autoren vertreten die Meinung, dass das bloss Aufmerksammachen auf die Existenz der Rückvergütungen ausreichen sollte, weil der Kunde dann jederzeit aktiv weitere Informationen verlangen kann. Falls er die Klärung der Unklarheiten durch Rückfragen unterlässt, handle es sich um ein *venire contra factum proprium*. Das Bundesgericht verlangt aber im Rahmen der Informationspflichten, dass dem Kunden nicht nur die Parameter der Berechnung bekannt sind, sondern auch die dahinterstehenden Interessenkonflikte. Somit kann ohne Kenntnis der potenziellen Interessenkonflikte auf die Zuwendungen Dritter nicht gültig verzichtet werden.

<sup>72</sup> BGE 137 III 393, E. 2.5.

<sup>73</sup> BGE 137 III 393, E. 2.4; *Hsu/Stupp* (Fn. 71), 206; *Nänni/von der Crone* (Fn. 49), 382.

<sup>74</sup> Innerhalb der AGB ist ein Verzicht ebenfalls möglich. AGB sind unverbindlich, wenn die zustimmende Partei damit nicht gerechnet hat und auch nicht rechnen musste. In diesem Zusammenhang ist die Ungewöhnlichkeitsregel problematisch, da der Verzicht auf die Herausgabepflicht für die Fremdnützigkeit und die Treupflicht des Auftragsrechts

Der Vorausverzicht auf die Ablieferung ist ebenfalls zulässig und gültig, wenn der Auftraggeber die Parameter kennt, die zur Berechnung des Gesamtbetrags der Rückvergütungen notwendig sind und die einen Vergleich mit dem vereinbarten Vermögensverwaltungshonorar erlauben.<sup>75</sup> Falls der genaue Umfang der Rückvergütungen im Voraus unbestimmt ist, muss der Kunde, um den Umfang der Bestandespflegekommissionen dem vereinbarten Honorar gegenüberstellen zu können, mindestens die Eckwerte der bestehenden Bestandespflegekommissionen sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen kennen.<sup>76</sup> Letzterem Erfordernis wird beim Vorausverzicht Genüge getan, wenn die Höhe der erwarteten Rückvergütungen in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens angegeben wird.<sup>77</sup>

#### 4.2 Stillschweigender Verzicht

Angesichts der bestehenden Aufklärungspflicht darf der Beauftragte ein Schweigen seines Gegenübers nicht als Verzicht auffassen, solange keine entsprechende Information erfolgt ist.<sup>78</sup> Der stillschweigende Verzicht stellt nach dem Vertrauensschutz und Art. 1 OR eine gültige Vereinbarung zwischen den Parteien dar<sup>79</sup> und kann nicht leichthin im Sinne von Art. 6 OR angenommen werden.<sup>80</sup> Aus der «besonderen Natur des Geschäftes» lassen sich keine Ausnahmen ableiten. Das Auftragsrecht ist von der Treupflicht geprägt, welche im Widerspruch zum stillschweigenden Verzicht des Kunden<sup>81</sup> steht.

eine ungewöhnliche Regelung darstellt. Somit muss der Kunde auf den Verzicht explizit aufmerksam gemacht werden. Aufgrund der Beweislast des Beauftragten hinsichtlich der genügenden Aufklärung des Kunden, ist für die Praxis eine separate Verzichtserklärung empfehlenswert. Vgl. *Emmenegger* (Fn. 40), 85; *Peter Gauch/Walter René Schluop/Jörg Schmid/Heinz Rey*, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne ausserverträgliches Haftpflichtrecht, 2 Bde, 9. Aufl., Zürich 2008, Rz 1130.

<sup>75</sup> BGE 137 III 393, E. 2.5.

<sup>76</sup> BGE 137 III 393, E. 2.6; *Nänni/von der Crone* (Fn. 49), 383.

<sup>77</sup> BGE 137 III 393, E. 2.5; *Emmenegger* (Fn. 40), 84; *Hsu* (Fn. 69), 36; *Hsu/Stupp* (Fn. 71), 206.

<sup>78</sup> *Emmenegger* (Fn. 40), 83; *Nänni/von der Crone* (Fn. 49), 382; BGE 132 III 460, E. 4.5.

<sup>79</sup> *Nänni/von der Crone* (Fn. 49), 382.

<sup>80</sup> *Hsu/Stupp* (Fn. 71), 205.

<sup>81</sup> *Gl.M. Nänni/von der Crone* (Fn. 49), 383; a.M. *Emmenegger* (Fn. 40), 87; *Hsu* (Fn. 69), 34, welcher den stillschweigenden Verzicht als zulässig erachtet, aber die Massstäbe

Somit wird die Zulässigkeit des stillschweigenden Verzichts bezweifelt. Nur weil das Bundesgericht in BGE 132 III 430 E. 4.5 festgestellt hat, dass im konkreten Fall der Vermögensverwalter nach Treu und Glauben aus dem blossen Stillschweigen des Kunden nicht ableiten könne, er sei von der Rechenschaftsablegung und Ablieferung befreit, heisst das unseres Erachtens noch nicht, dass ein solcher Fall zulässig ist. Ganz im Gegenteil befand das Bundesgericht, dass angesichts der Bedeutung der Rechenschaftspflicht für den fremdnützigen Auftrag es dem Vermögensverwalter obliegt, den Kunden über die konkret anfallenden Bestandespflegekommissionen in Kenntnis zu setzen. «Ohne ausdrückliche Verzichtserklärung hätte sich die Bank vergewissern müssen», dass «die Auftraggeberin die im Rahmen der Vermögensverwaltung anfallenden Einnahmen als zusätzliche Entschädigung für ihre Tätigkeit in Kenntnis der konkreten Vereinbarung mit den Banken über deren Höhe sowie der mutmasslichen Häufigkeit der entschädigungspflichtigen Transaktionen überlassen wollte». Diesem «Vergewissern» kommt dann die tatsächliche Aufklärung gleich, weil es eine aktive Pflicht des Vermögensverwalters statuiert, mittels einer Nachfrage eine ausdrückliche Verzichtserklärung des Auftraggebers zu erwirken.

#### 4.3 Verzicht in Vertretung

Im vorliegenden Entscheid hat das Bundesgericht die Frage der Zulässigkeit des Verzichts des Kunden, welchen die Bank in ihrer Funktion als Stellvertreterin desselben gemäss Fondsvertrag vorgenommen hat, verneint. In der Vollmacht der Bank, welche sie zum Abschluss eines Fondsvertrags mit der Fondsleitung und der Depotbank ermächtigt, kann nicht auch eine stillschweigende Ermächtigung zum Verzicht auf die Kommission gesehen werden. Im Auftragsrecht stellt das Selbstkontrahieren des Beauftragten im Innenverhältnis zwischen dem Beauftragten und dem Auftraggeber eine Treuepflichtverletzung<sup>82</sup> dar, weil es regelmässig zu Interessenkollisionen führt. Dieser

Grundsatz muss angesichts der Gefahr der Benachteiligung des Vertretenen auch vorliegend gelten. Der Umfang der mit dem Auftrag erteilten Vollmacht (Art. 396 Abs. 2 OR) wird durch die für die Erfüllung des Auftrags notwendigen Rechtshandlungen definiert. Dass sich die Vollmacht auch auf den Verzicht ohne Aufklärung betreffend die hinter den Bestandespflegekommissionen stehenden Interessenkonflikte erstreckt, kann nicht vermutet werden. Dies, weil im Auftragsrecht nicht vermutet werden kann, dass der Beauftragte ohne Aufklärung des Kunden über die Interessenkonflikte treuepflichtig handelt.

## 5. Verjährung

### 5.1 Dauer der Verjährung

Das Bundesgericht hat sich zur Frage der Verjährung im vorliegenden Entscheid nicht geäussert. Gemäss dem Obergericht Zürich sollte mangels Periodizität die allgemeine 10-jährige Verjährungsfrist gelten.<sup>83</sup> Die Ausnahmen von der 10-jährigen Frist ergeben sich aus Art. 128 Ziff. 1 OR, wonach Miet-, Pacht-, Kapitalzinsen und andere periodische Leistungen der 5-jährigen Frist unterstehen. Diese Ausnahmen sind gemäss dem Bundesgericht eng auszulegen.<sup>84</sup> Wann der Auftragnehmer das Erhaltene nach Art. 400 Abs. 1 OR herauszugeben hat, ist im Gesetz nicht geregelt und richtet sich in erster Linie nach der Vereinbarung der Parteien.<sup>85</sup> Im vorliegenden Fall ergibt sich die Periodizität der Auszahlung der Bestandespflegekommissionen aus dem Fondsvertrag zwischen der Bank und der Fondsleitung und nicht aus dem Vermögensverwaltungsvertrag zwischen der Bank und dem Kunden.<sup>86</sup> Aus der tatsächlichen Periodizität der Leistungen Dritter kann keine Periodizität im Sinne von Art. 128 Ziff. 1 OR im Verhältnis zwischen der Bank und dem Kunden abgeleitet werden. Somit unterliegen die Auszahlungen der Bestandespflegekommissionen der normalen 10-jährigen Verjährungsfrist.

so hoch ansetzt, dass es praktisch unmöglich erscheint, sie zu erreichen, und auch das Vergewissern des Vermögensverwalters betreffend den Wissensstand des Kunden verlangt. Unter solchen Umständen kann vom stillschweigenden Verzicht kaum mehr die Rede sein.

<sup>82</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A.127/2012 und 4A.141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 6.2; *Fellmann* (Fn. 40), N 119 zu Art. 400 OR.

<sup>83</sup> Urteil des Obergerichts Zürich (LB090076) vom 13. Januar 2012, E. 3.3D.

<sup>84</sup> BGE 132 III 61, E. 6.1; *Robert K. Däppen*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, Art. 1–529, 5. Aufl., Basel 2011, N 1 zu Art. 128.

<sup>85</sup> *Fellmann* (Fn. 40), N 158 zu Art. 400 OR.

<sup>86</sup> *Jean-Marc Schaller*, *Retrozessionen: Nochmals zur Verjährungsfrage*, Jusletter vom 3. Dezember 2012, Rz 6.

## 5.2 Beginn der Verjährung

Nach Art. 130 Abs. 1 OR beginnt die Verjährung mit der Fälligkeit der Forderung zu laufen und zwar unabhängig davon, ob der Gläubiger davon Kenntnis hat oder nicht.<sup>87</sup> Gemäss Bundesgericht entsteht der Anspruch auf Rückerstattung der Vermögenswerte des Auftraggebers bei der Beendigung des Vertragsverhältnisses.<sup>88</sup> In einem anderen Entscheid hielt das Bundesgericht fest,<sup>89</sup> dass die Vermögenswerte, welche der Auftragnehmer während der Auftragsausführung erlangt und für die Vertragserfüllung nicht benötigt, mangels anderer vertraglicher Abmachung dem Auftraggeber sofort nach ihrem Erwerb herauszugeben sind. Diese zwei Entscheide stehen nicht im Widerspruch zueinander: Die Vermögenssubstanz, welche dem Vermögensverwalter zur Erfüllung der Tätigkeit ausbezahlt worden ist, verjährt erst nach der Beendigung des Vertrags; dies betrifft aber nicht die zusätzlich anfallenden Zahlungen.<sup>90</sup> Die korrekte Erfüllung des Vermögensverwaltungsvertrags hängt nicht von anfallenden Gewinnanteilen bzw. Bestandesspflegekommissionen, sondern von treuepflichtigem Tätigwerden des Vermögensverwalters ab,<sup>91</sup> sodass die Bestandesspflegekommissionen im Moment der Auszahlung an den Beauftragten fällig werden.

## 6. Grundlagenirrtum

### 6.1 Objektive Wesentlichkeit

Das Bundesgericht hat im vorliegenden Entscheid die Bestandesspflegekommissionen klar als herausgabepflichtige Zuwendungen Dritter qualifiziert und mangels Substantiierung deren Entgeltungsnatur für die erbrachten Eigenleistungen verneint. Sie stellen nach dem Verständnis des Bundesgerichts eine zusätzliche Marge der Bank für die Erfüllung des Vermögensverwaltungsvertrages dar. Die Bank hat bei der internen Kostenstruktur mit den Bestandesspflegekommissionen als Teil des Entgelts gerechnet, was sich dann wohl im entsprechend tieferen Honorar im

Verhältnis Kunde–Bank widerspiegelt hat. Die Bank könnte argumentieren, dass sie sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses über die interne Berechnungsgrundlage der Vermögensverwaltungsgebühren geirrt hat. Ein Irrtum ist eine falsche oder fehlende Vorstellung über einen vertragsrelevanten Sachverhalt. Dass es sich diesbezüglich um einen subjektiv wesentlichen Irrtum der Bank im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR handelt, ist selbstverständlich. Viel schwieriger zu beantworten ist die Frage der objektiven Wesentlichkeit des Grundlagenirrtums. Die objektive Wesentlichkeit erfordert, dass der Irrende den vorgestellten Sachverhalt nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrags betrachten darf.<sup>92</sup> Der irrtümlich vorgestellte Sachverhalt kann auch in einer Rechtslage bestehen. Ein Irrtum über die Rechtslage gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als wesentlich, wenn er nicht bloss die rechtlichen Nebenfolgen des geschlossenen Vertrags betrifft.<sup>93</sup> Die gesetzlich normierte Rechenschafts- und Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR ist nach der Auffassung des Bundesgerichts «essentiale des Auftragsrechts»<sup>94</sup> und gehört zu den Hauptpflichten des Auftragnehmers,<sup>95</sup> was bedeutet, dass ein Irrtum über die Rechtslage denkbar wäre. Die irrende Bank müsste aber beweisen, dass sie sich betreffend die Rechtslage nicht im Klaren gewesen ist. Dieser Nachweis kann jedoch spätestens seit dem Retrozessionsentscheid<sup>96</sup> von den Personen im Vermögensverwaltungsgeschäft nicht erbracht werden und eine Irrtumsanfechtung ist unter Umständen sogar im Sinne von Art. 25 Abs. 1 OR rechtsmissbräuchlich.

### 6.2 Mögliche Rechtsfolge

Falls in Einzelfällen wider Erwarten die objektive Wesentlichkeit und damit der Grundlagenirrtum zu bejahen wäre, würde sich die Frage der Ungültigkeit bzw. Teilungültigkeit des Vermögensverwaltungsvertrages als Folge der Anfechtung stellen. Gemäss

<sup>87</sup> BGE 136 V 73, E. 4.1; *Däppen* (Fn. 84), N 9 zu Art. 130 OR.

<sup>88</sup> BGE 91 II 442, E. 5b.

<sup>89</sup> *Beat Mathys/Vito Roberto*, Wann verjähren Bestandesspflegekommissionen?, Jusletter vom 19. November 2012, Rz 23.

<sup>90</sup> *Preisig* (Fn. 50), 164.

<sup>91</sup> *Gl.M. Mathys/Roberto* (Fn. 89), Rz 18; a.M. *Emmenegger* (Fn. 40), 89.

<sup>92</sup> BGE 118 II 62, E. 3.2; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey* (Fn. 74), Rz 783.

<sup>93</sup> BGE 118 II 62, E. 3.3.

<sup>94</sup> BGE 110 II 182, E. 2.

<sup>95</sup> *Fellmann* (Fn. 40), N 150 zu Art. 400 OR. Soweit das Hauptinteresse des Auftraggebers sich nicht auf die Übertragung des durch die Auftragsausführung Erlangten richtet, handelt es sich aber um eine Nebenleistungspflicht.

<sup>96</sup> BGE 132 III 460.

bundesgerichtlicher Rechtsprechung fallen Dauerschuldverträge aufgrund der Anfechtung wegen Grundlagenirrtums grundsätzlich *ex nunc* dahin. *Ex tunc*-Ungültigkeit greift insoweit, als sich der Irrtum auf das Synallagma auswirkt. Die Ungültigkeitserklärung wirkt dann insoweit, rückwirkend, als die gegenseitigen Leistungen in gerichtlicher Vertragsanpassung bzw. nach dem hypothetischen Parteiwillen neu auf ihr Gleichgewicht nach Art. 20 Abs. 2 OR modifiziert werden müssen.<sup>97</sup> Gemäss dieser Rechtsprechung besteht der Vertrag als Ganzes weiter. Art. 400 Abs. 1 OR ist immer noch anwendbar und die Bestandespflegekommissionen wären offenzulegen und mangels Verzicht des Kunden herauszugeben. In Rahmen der neuen Honorarbestimmung nach dem hypothetischen Parteiwillen müsste die tatsächliche Gewinnmarge der Bank eruiert und unter Umständen angepasst werden. Je nach interner Kostenstruktur und Margenberechnungen der Bank, welche anhand der Fondsvertriebsverträge und mittels Margenvergleichs mit anderen in der Vermögensverwaltung tätigen Banken zu ermitteln wären, ist unter Umständen denkbar, dass der Kunde ein höheres Honorar für die erbrachte Dienstleistung als ursprünglich vereinbart zahlen müsste. Angesichts des offenkundigen Bestrebens der Bank, diese Berechnungsgrundlagen aber gerade unter Verschluss zu halten,<sup>98</sup> scheint eine Vertragsanpassung wegen Grundlagenirrtums unwahrscheinlich.

## 7. Schlussbemerkungen

Im hier besprochenen Entscheid bestätigt das Bundesgericht seine frühere Rechtsprechung zur Herausgabe von Retrozessionen und trägt zur Rechtssicherheit bei, indem es klarstellt, dass die Herausgabepflicht auch auf andere Arten von Vergütungen, insbesondere auf Bestandespflegekommissionen, Anwendung findet.

Indem sich das Bundesgericht lediglich auf das Auftragsrecht stützt, betont es die Wichtigkeit der privatrechtlichen Grundlagen der Vermögensverwaltung im Verhältnis zum Aufsichtsrecht. Dem Kunden wird im Rahmen des Auftragsrechts ausreichender zivilrechtlicher Rechtsschutz gewährt. Der vorliegende Entscheid unterstreicht die Wichtigkeit der auftragsrechtlichen Treuepflicht als Interessenwahrungsgebot und Grundlage für die Aufklärungspflicht betreffend die Interessenkonflikte im Vermögensverwaltungsauftrag. Zudem obliegt dem Auftragnehmer die Rechenschaftsablegung hinsichtlich aller Zuwendungen Dritter, welche dem Auftraggeber mangels gültigen Verzichts herauszugeben sind. Dass ein ausdrücklicher Verzicht oder Vorausverzicht bei Kenntnis der Bandbreite der Bestandespflegekommissionen und vollständiger Aufdeckung von Interessenkollisionen zulässig ist, vermag zu überzeugen. Angesichts der auftragsrechtlich festgeschriebenen Treuepflicht, Interessenkonflikte zu vermeiden und offenzulegen, erscheint ein stillschweigender Verzicht tendenziell unzulässig.

Das Bundesgericht lässt in seinem Entscheid offen, wie die nachträgliche Herausgabe retrospektiv ökonomisch ausgeglichen werden kann, zumal die Bank wohl aus ihrer Sicht in Erwartung der Bestandespflegekommissionen ein zu niedriges Honorar verlangt haben dürfte. Hier vermag jedoch der allgemeine Teil des Obligationenrechts mit seinen Irrtumsregeln sowie Art. 402 OR Abhilfe zu schaffen. Nur dürfte auch hier eine aus Bankensicht problematisch erachtete Offenlegung der Berechnungsgrundlagen notwendig sein, wobei die Banken wohl kaum bereit sein werden, entsprechende Vertragswerke mit Drittanbietern und Konzerngesellschaften offenzulegen. Aus diesem Grund wird künftig wohl auf Bestandespflegekommissionen verzichtet werden und eine Einberechnung der entsprechenden Vergütung im Vermögensverwaltungshonorar erfolgen.

<sup>97</sup> BGE 129 III 320, E. 7.1.4.

<sup>98</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 6.3.