

Rückvergütungen im Recht der unabhängigen Vermögensverwaltung

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. März 2006 (4C.432/2005), BGE 132 III 460, i.S. Stiftung U (Klägerin und Berufungsklägerin) gegen A (Beklagter und Berufungsbeklagter)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Matthias Nänni und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich¹

I. Sachverhalt

II. Erwägungen des Bundesgerichts

A. Herausgabepflicht

B. Verzicht auf Herausgabe

1. Zulässigkeit
2. Voraussetzungen
3. Im vorliegenden Fall

III. Besprechung

A. Geltungsbereich der Herausgabepflicht

B. Verzicht auf Ablieferung und Rechenschaftsablage

C. Information des Kunden

1. Information als Voraussetzung des rechtsgültigen Verzichts
2. Information als vertragliche Pflicht

D. Üblichkeit im Lichte von Art. 394 Abs. 3 OR?

IV. Fazit

I. Sachverhalt

Der 1993 gegründeten Stiftung U (Klägerin) stand Stiftungsratspräsident E vor; wirtschaftlich beherrscht wurde sie von B und dessen Ehefrau. Der Beklagte A verwaltete das Stiftungsvermögen seit der Gründung zunächst als Angestellter verschiedener Banken, ab 1998 in selbständiger Tätigkeit.

Im Rahmen eines Insolvenzverfahrens in Deutschland wurde A im Jahre 2000 aufgefordert, sämtliche Unterlagen betreffend dem B zuzurechnende Vermögenswerte herauszugeben. Ein daran anschliessendes Strafverfahren gegen A wegen Geldwäscherei und Veruntreuung wurde durch Einstellung resp. Freispruch beendet. Es offenbarte aber, dass A im Zusammenhang mit der Verwaltung des Stiftungsvermögens von verschiedener Seite Retrozessionen in beträchtlichem Umfang vereinnahmt hatte. Ob sich dieses Vorgehen auf eine Abrede zwischen den Beteiligten stützen lässt, ist Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

Vor dem Bezirksgericht Maloja verlangte die Stiftung U umfassende Rechenschaftsablage über die Vermögensverwaltung von A sowie Herausgabe der vereinnahmten Retrozessionen. Das Gericht wies die Klage mit Urteil vom 3. November 2003 ab. Das

Kantonsgericht Graubünden schützte diesen Standpunkt mit Urteil vom 23. Mai 2005. Dagegen führte die Stiftung U Berufung ans Bundesgericht. Hauptsächlich rügt sie die Auffassung des Kantonsgerichts, wonach der Beklagte nicht zur Herausgabe der vereinnahmten Retrozessionen verpflichtet sei.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht stellt zunächst fest, dass Retrozessionen von der auftragsrechtlichen Ablieferungspflicht erfasst sind [II.A]. Es prüft, ob diese Pflicht zwingend ist [II.B.1] und unter welchen Voraussetzungen ein Verzicht möglich ist [II.B.2]. Diese Voraussetzungen erachtet es im vorliegenden Fall aber als nicht erfüllt [II.B.3].

A. Herausgabepflicht

Das Bundesgericht definiert den Begriff Retrozession als Vorgang, bei dem eine «Bank gestützt auf eine entsprechende Vereinbarung einem Dritten (insbesondere einem Vermittler im Vermögensverwaltungs- und Kapitalanlagegeschäft) einen Anteil einer vereinnahmten Kommission weitergibt.»² Retrozessionen des Vermögensverwalters unterliegen der auftragsrechtlichen Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR, da sie in einem inneren Zusammenhang zur Verwaltung des Vermögens stehen und nicht bloss bei Gelegenheit anfallen. «Der Beauftragte soll durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren.»³

Eine ähnliche Rechtslage vermutet das Bundesgericht betreffend sog. «Finder's Fees». Darunter versteht es unter Bezugnahme auf die Ausführungen der Klägerin eine «einmalige Entschädigung, welche der Vermögensverwalter von einer Bank für die Zuführung von neuen Vermögenswerten bzw. neuer Kunden(gelder) erhält.»⁴ Sie unterliegen jedenfalls dann der Herausgabepflicht, wenn «der Beauftragte dem Auftraggeber im Rahmen des Vertrags geraten hat, die zur Verwaltung überlassenen Vermögenswerte bei einer bestimmten Bank (neu) zu deponieren.»⁵

¹ Matthias Nänni ist wissenschaftlicher Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Hans Caspar von der Crone Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.unizh.ch/vdc>.

² BGE 132 III 460, Erw. 4.

³ BGE 132 III 460, Erw. 4.1.

⁴ BGE 132 III 460, Erw. 4.

⁵ BGE 132 III 460, Erw. 4.1.

B. Verzicht auf Herausgabe

1. Zulässigkeit

Das Bundesgericht hält fest, Art. 400 Abs. 1 OR schliesse einen Verzicht des Auftraggebers auf die Ablieferung weder ausdrücklich noch implizit aus. «Auf die Ablieferung bestimmter, auch künftig anfallender Werte» kann daher grundsätzlich gültig verzichtet werden.⁶

2. Voraussetzungen

Schranken ergeben sich nach Ansicht des Bundesgerichts aber aus der Fremdnützigkeit des Auftrages und aus der Gefahr von Interessenkonflikten. Einen Verzicht auf die Ablieferung lässt es daher nur zu, wenn der Auftraggeber vollständig und wahrheitsgetreu über zu erwartende Retrozessionen informiert ist, und wenn der Wille zum Verzicht «klar»⁷ resp. «eindeutig»⁸ aus der Vereinbarung hervorgeht.

Im Gegensatz zur Vorinstanz und unter Hinweis auf die Ständesregeln des Verbandes Schweizerischer Vermögensverwalter (VSV) verschliesst sich das Bundesgericht jeder Argumentation, wonach sich ein entsprechender Verzicht aus Handels- oder Ortsgebrauch im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR ergeben könnte: «Aus der allgemeinen tatsächlichen Verbreitung der Einbehaltung von Retrozessionen allein kann weder in Bezug auf den Grundsatz noch die Höhe derartiger Einnahmen eine übliche Vergütung nach Handels- oder Ortsgebrauch im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR abgeleitet werden (vgl. BGE 120 V 515 E. 4b/bb S. 520). Abgesehen davon, dass die entsprechenden Einnahmen von der Art und Häufigkeit von Vermögenstransaktionen abhängen, bildet die Vereinbarung über die Einbehaltung der umstrittenen Retrozessionen und ähnlicher Einnahmen keine Honorarabrede, auch wenn damit im Ergebnis die Entschädigung des Vermögensverwalters für seine Tätigkeit erhöht wird.»⁹

3. Im vorliegenden Fall

Einen klaren resp. eindeutigen Verzicht des Auftraggebers auf die Ablieferung konnte das Bundesgericht im vorliegenden Fall nicht erkennen. Die in Erw. 4.4 zusammengefassten Erwägungen der Vorinstanz zum Wissensstand und möglichen Willensäusserungen des wirtschaftlich Berechtigten B. erachtet es, wie schon die Vorinstanz,¹⁰ als belanglos, jedenfalls solange eine allfällige Befugnis zur Vertretung nicht festgestellt sei. Und das von der Vorinstanz festgestellte Wissen des Stiftungsorgans E um die Üblichkeit derartiger Entschädigungen und die Grössenordnung des verwalteten Vermögens reichte dem Bundesgericht nicht aus, dass der Beklagte nach Treu und Glauben von einem Verzicht habe ausgehen dürfen. In Anbetracht der Pflicht zur Rechenschaftsablage hält es fest: «Ohne ausdrückliche und eindeutige Verzichtserklärung der Klägerin auf Rechenschaftslegung und Ablieferung hätte sich der Beklagte zumindest vergewissern müssen, dass die Auftraggeberin ihm die im Rahmen der Vermögensverwaltung anfallenden Einnahmen als zusätzliche Entschädigung für seine Tätigkeit in Kenntnis der konkreten Vereinbarung mit den Banken über deren Höhe sowie der mutmasslichen Häufigkeit der entschädigungspflichtigen Transaktionen überlassen wollte.»¹¹ Das Bundesgericht hiess die Berufung im hier interessierenden Punkt daher gut und wies die Sache an die Vorinstanz zurück.

III. Besprechung

«Retrozessionen gehören dem Kunden» – so klar und eindeutig der Grundsatz ist, so vielschichtig ist das im Entscheid thematisierte Rechtsverhältnis. Beim Recht der unabhängigen Vermögensverwaltung handelt es sich um Auftragsrecht.¹² Und wo es um die Wahrung fremder Interessen geht, besteht immer auch die Gefahr der Interessenkollision. Dem Umgang mit potentiellen Interessenkonflikten kommt daher grössere Bedeutung zu, als es die beiläufige Erwähnung im Entscheid¹³ vermuten liesse. Wir behandeln mit dem Geltungsbereich von Art. 400 Abs. 1

⁶ BGE 132 III 460, Erw. 4.2.

⁷ BGE 132 III 460, Erw. 4.2.

⁸ BGE 132 III 460, Erw. 4.3.

⁹ BGE 132 III 460, Erw. 4.3.

¹⁰ Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 23. Mai 2005, Zivilkammer, Erw. 7a dd.

¹¹ BGE 132 III 460, Erw. 4.5.

¹² BGE 132 III 460, Erw. 4.1, m.w.N.

¹³ BGE 132 III 460, Erw. 4.2, letzter Satz.

OR zunächst ein Thema, das aus dieser Perspektive ergänzungswürdig erscheint [III.A]. Ebenfalls im Sinne einer Ergänzung gehen wir weiter auf die dogmatische Abstützung des bundesgerichtlichen Standpunktes ein, wonach auf die Herausgabe von Retrozessionen und ähnlichen Zahlungen im Grundsatz verzichtet werden kann [III.B], aber nur wenn Mindestanforderungen bezüglich Information und Klarheit der Abrede erfüllt sind [III.C]. Und schliesslich nehmen wir zum Verhältnis von Übung und Standesregeln Stellung [III.D].

A. Geltungsbereich der Herausgabepflicht

Zu erstatten hat der Beauftragte alles, was ihm infolge der Auftragsausführung zugekommen ist, Art. 400 Abs. 1 OR. Um zu beurteilen, ob Retrozessionen dem Vermögensverwalter *infolge* der Auftragsausführung zugekommen sind, stellt das Bundesgericht auf das Vorliegen eines «inneren Zusammenhanges» ab.¹⁴ Eine Herausgabepflicht besteht nach diesem Verständnis unter anderem dann, «wenn die Gefahr besteht, der Beauftragte sehe sich aufgrund der Zuwendung veranlasst, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen.»¹⁵ Die frappante Ähnlichkeit dieser Formulierung zur Definition des Interessenkonflikts¹⁶ ist nicht überraschend. Die Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR lässt sich als Konkretisierung der Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR verstehen.¹⁷ Deren Einhaltung garantiert

die Herausgabepflicht zwar auf effiziente Weise, aber ohne zu differenzieren, indem sie jeden Anreiz zur Verfolgung von auftragsfremden Interessen vernichtet. Durch dieses verordnete «Einheitsinteresse» besteht für das Auftragsrecht eine Rechtslage, die zumindest theoretisch keine Interessenkonflikte kennt. Die Herausgabepflicht stellt insofern eine präventive Massnahme zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers dar.

Einen inneren Zusammenhang sehen Lehre und Rechtsprechung daher bei «Rabatten, Provisionen und Schmiergeldern»¹⁸, da sie immer potentielle Interessenkonflikte schaffen. Entscheidend ist, ob die Ausgestaltung einer Zuwendung die Gefahr schafft, dass die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend berücksichtigt werden.¹⁹ Für *Retrozessionen* hat das Bundesgericht diese Gefahr nicht ausdrücklich, aber doch implizit als ausgewiesen erachtet, weil sie dem Beauftragten für die Vornahme bestimmter Verwaltungshandlungen ausgerichtet werden. Derartige Rückvergütungen bergen immer Interessenkonflikte, weil sie für Entscheidungen, die der Vermögensverwalter im Interesse des Kunden zu treffen hat, sachfremde Anreize schaffen.²⁰ Das Bundesgericht bestätigt seine Rechtsprechung²¹ daher zu Recht und subsumiert Retrozessionen im Einklang mit der Lehre²² unter Art. 400 Abs. 1 OR.

unter der Marginale «Treuepflicht» geregelt, vgl. Art. 12 und 20 AFG.

¹⁴ BGE 132 III 460, Erw. 4.1.

¹⁵ *Walter Fellmann*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/2/4, Bern 1992, N 127 f. zu Art. 400.

¹⁶ «Ein Interessenkonflikt liegt vor, wenn jemand die Wahrung fremder Interessen übernommen hat und dabei Entscheidungen zu treffen hat, mit denen er sich potentiell in Konflikt zu eigenen oder ihm zur Wahrung übertragenen Interessen begibt», *Hans Caspar von der Crone*, Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 1994 1 ff., 2. Überblick über weitere Definitionen bei *Claude Bretton-Chevallier*, Le gérant de fortune indépendant, Diss., Zürich 2002, 147 f.

¹⁷ *Bretton-Chevallier* (Fn. 16), 108, 156; *Georg Gautschi*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/2/5, Bern 1964, N 3b zu Art. 400; *Josef Hofstetter*, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, SPR VII/6, Basel 2000, 36; *Rolf H. Weber*, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Basel 2003, N 10 zu Art. 398. Für die Pflicht zur Rechnungsablage *Fellmann* (Fn. 15), N 13 zu Art. 400. Im Anlagefondsgesetz ist die Annahme von Rückvergütungen

¹⁸ BGE 132 III 460, Erw. 4.1; Entscheidung des BGer vom 27.9.2002 (4C.125/2002), Erw. 3.1. Vgl. *Fellmann* (Fn. 15), N 128 zu Art. 400; *Hofstetter* (Fn. 17), 120 f.; *Weber* (Fn. 17), N 14 zu Art. 400.

¹⁹ Auch Trinkgelder können daher unter Art. 400 Abs. 1 OR fallen. Potentielle Interessenkonflikte entstehen, wenn der Beauftragte weiss oder hofft, eine Zuwendung zu erhalten. Unbedenklich im Sinne des in der Lehre genannten Beispiels sind etwa Trinkgelder im Gastrobereich, solange die Interessen von Wirt und Kellner parallel verlaufen. Das darf bis zu einem gewissen Betrag zumindest angenommen werden.

²⁰ Detailliert *Christophe Benicke*, Wertpapiervermögensverwaltung, Habil., Tübingen 2006, 690 ff.; *Christian Bühler*, Unabhängige Vermögensverwalter in der Schweiz, Diss., Bern 2006, 58 ff.

²¹ Entscheidung des BGer vom 27.9.2002 (4C.125/2002), Erw. 3.1.

²² *Bretton-Chevallier* (Fn. 16), 158 ff.; *Werner de Capitani*, Retrozessionen an externe Vermögensverwalter, FS Chapuis, Zürich 1998, 25 ff., Ziff. 5; *Urs Emch/Hugo Renz/Reto Arpagaus*, Das Schweizerische Bankgeschäft, Zürich 2004, N 1694; *Wolfgang Wiegand/Corinne Zellweger-Gutknecht*, Privatrechtliche Probleme der Vermögensver-

Auch bei *Finder's Fees* sieht das Bundesgericht die Gefahr, dass die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend Berücksichtigung finden, vermögensweise gegeben. Dass die Rückvergütung dabei nicht auf dem Handelsgeschäft, sondern auf dem Depotgeschäft erfolgt, erachtet es zu Recht nicht als entscheidend. Auch wenn kein «Zusammenhang mit Transaktionen für Rechnung des Kunden»²³ besteht, läuft der Auftraggeber Gefahr, dass der Beauftragte auftragsfremde über die zu wahren Interessen (Depotvertrag zu guten Konditionen) stellt. Der innere Zusammenhang zur Auftragsführung besteht daher sehr wohl. Einwenden liesse sich, *Finder's Fees* seien systematisch anders ausgestaltet als Rückvergütungen auf Handelsgeschäften: Nicht der beauftragte Vermögensverwalter, sondern der Auftraggeber selber trifft die Auswahl der Depotbank. Der strukturelle Unterschied vermag den Interessenkonflikt jedoch nicht zu beseitigen, soweit angenommen werden muss, der Auftraggeber entscheide aufgrund eines Ratschlages. Von Bedeutung ist daher, ob der Vermögensverwalter tatsächlich einen Ratschlag erteilt²⁴ resp. einen Ratschlag entgegen einer allenfalls bestehenden Pflicht unterlässt. Wenn der Kunde auf Ratschlag des Vermögensverwalters hin eine bestimmte Depotbank wählt, sind *Finder's Fees* nach Art. 400 Abs. 1 OR herauszugeben. Ebenfalls in einem potentiellen Interessenkonflikt befindet sich der Vermögensverwalter, wenn er von sog. *Soft Commissions*, geldnahen Vorteilen, profitiert; insbesondere wenn deren Ausmass vom Handelsvolumen abhängig ist.²⁵ Sie sind daher im Prinzip ebenfalls nach Art. 400 Abs. 1 OR herauszugeben.

Die Tatsache, dass mit Rückvergütungen in der Form von Retrozessionen, *Finder's Fees* oder *Soft Commissions* häufig geldwerte Gegenleistungen entschädigt werden, ändert nichts an ihrer Beurteilung im Lichte von Art. 400 Abs. 1 OR. Immerhin verdie-

nen sie aber auch in ihrer Funktion im Verhältnis Bank – Vermögensverwalter als Mengenrabatte oder Entschädigungen für Kundenadministration und -betreuung, Abwicklung und Vertrieb von Finanzprodukten²⁶ Beachtung. Diesen Bedürfnissen lässt sich innerhalb der Privatrechtsordnung auf zweierlei Wegen Rechnung tragen. Zum einen könnten Banken und Vermögensverwalter Remunerationskonzepte vorsehen, die nicht systematisch Interessenkonflikte schaffen, etwa durch transaktionsunabhängige Entschädigungen wie *All in-Fees*.²⁷ Solche Zuwendungen fallen – ein anderer Zusammenhang zur Auftragsausführung vorbehalten²⁸ – nicht unter die Herausgabepflicht von Art. 400 Abs. 1 OR. Für die Vermögensverwaltung sind auch Geschäftsmodelle denkbar, die ohne Rückvergütungen auskommen,²⁹ resp. diese im vollen Umfang dem Kunden zugute kommen lassen.³⁰ Zum anderen kann das herkömmliche Entschädigungsmodell beibehalten werden, wenn der Kunde zugunsten des Vermögensverwalters auf die Herausgabe von Rückvergütungen rechtsgültig, d. h. unter Beachtung der folgenden Voraussetzungen, verzichtet hat.

B. Verzicht auf Ablieferung und Rechenschaftsablage

Wie dargelegt hat die Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR unter anderem die Funktion, potentiellen Interessenkonflikten vorzubeugen. Wenn sich dem Bundesgericht daher die Frage stellt, ob und unter welchen Voraussetzungen der Auftraggeber auf die Ablieferung nach Art. 400 Abs. 1 OR verzichten kann, geht es mit anderen Worten um die Zulässigkeit einer Abrede über den Grad der Fremd-nützigkeit auf Kosten der Sicherstellung der Treuepflicht (nicht der Treuepflicht selbst!): Können die Parteien ein Ver-

waltung, in: Vermögensverwaltung und Nachlassplanung, Bern 2005, 27 ff., 44 f. Zur (gleichen) Rechtslage in Deutschland *Benicke* (Fn. 20), 924 f.

²³ Diese Voraussetzung sieht *de Capitani* (Fn. 22), Ziff. 13, bei *Finder's Fees* nicht gegeben.

²⁴ BGE 132 III 460, Erw. 4.1.

²⁵ *Bretton-Chevallier* (Fn. 16), 168 ff.; *Carlo Lombardini*, *Droit et pratique de la gestion de fortune*, Basel 2003, 161, Fn. 23; *Markus Pfenninger*, in: Kommentar zum Schweizerischen Kapitalmarktrecht, Basel 1999, N 15 zu Art. 12 AFG; *Peter Stapfer*, Anreizsysteme in der Private Banking-Kundenbeziehung, Diss., Bern 2005, 90.

²⁶ Vgl. *Emch/Renz/Arpagaus* (Fn. 22), N 1692 f.

²⁷ Dazu *Benicke* (Fn. 20), 950 ff.; *Bührer* (Fn. 20), 66.

²⁸ Vgl. Entscheid des BGer vom 27.9.2002 (4C.125/2002), Erw. 3.1.

²⁹ Für eine Analyse vgl. *Bührer* (Fn. 20), 65 ff.; anhand des Verhältnisses Bank – Kunde *Stapfer* (Fn. 25), 112 ff. Performanceabhängige Vergütungsmodelle werden aufgrund der unterschiedlichen Risikopräferenzen nicht vorbehaltlos empfohlen, vgl. *Benicke* (Fn. 20), 940; *Bührer* (Fn. 20), 66.

³⁰ Zu dieser Tendenz *Bretton-Chevallier* (Fn. 16), 162; *Emch/Renz/Arpagaus* (Fn. 22), N 1695 ff.; *Hans Geiger/Christian Bührer*, Etablierte unabhängige Vermögensverwalter, Neue Zürcher Zeitung vom 21. Februar 2006, 25.

tragsgefüge vereinbaren, das potentielle Interessenkonflikte nicht systematisch ausschliesst?

Das Bundesgericht teilt in ablehnende³¹ und zustimmende Lehrmeinungen³² und kommt mangels Hinweisen auf die Notwendigkeit des zwingenden Charakters zum Schluss, es handle sich bei Art. 400 Abs. 1 OR um dispositives Recht. Das ist unseres Erachtens richtig, weil das Ziel der Rechtsordnung realistischerweise nicht die gänzliche Verhinderung von Interessenkonflikten, sondern nur der sachgerechte Umgang mit ihnen sein kann. So sind ihr Auftragsverhältnisse, deren Struktur Interessenkonflikte nicht schlechthin ausschliesst, nicht fremd.³³ Verbote sind zwar eine mögliche,³⁴ aber nicht die einzige Antwort der Rechtsordnung auf potentielle Interessenkonflikte. Anleitung zum sachgemässen Umgang geben die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Methoden³⁵ oder im Falle des Auftragsrechts das Gesetz selbst: Der Beauftragte ist aufgrund seiner Treupflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR zur Offenlegung von Interessenkonflikten verpflichtet.³⁶ Der Auftraggeber kann darauf mit besonderen Weisungen

(Art. 397 Abs. 1 OR) oder der Auflösung des Auftrages (Art. 404 Abs. 1 OR) reagieren. Seine Interessen erfahren mit der Offenlegung zwar nicht den gleich effektiven Schutz wie nach dem nicht differenzierenden Verbot von Art. 400 Abs. 1 OR.³⁷ Die «eigentliche Fremdnützigkeit»³⁸ bleibt aber gewahrt, auch wenn auf Art. 400 Abs. 1 OR verzichtet wird und der Beauftragte durch den Auftrag neben seinem Honorar weitere Vorteile erlangen kann.³⁹

Zum *Verzicht auf Rechenschaftsablage* äussert sich das Bundesgericht in diesem Zusammenhang nicht. In späteren Erwägungen zum konkreten Fall spricht es allerdings ausdrücklich vom «Verzicht auf Rechenschaftsablage und Ablieferung».⁴⁰ Das weist auf ein Verständnis hin, welches auf den ersten Blick im Widerspruch zur herrschenden Lehrmeinung und zur eigenen Rechtsprechung zu stehen scheint. Danach ist die Rechenschaftspflicht als essentielle des Auftragsrechts unabdingbar.⁴¹ An diesem Grundsatz rüttelt die neuste Rechtsprechung des Bundesgerichts indessen nicht. Sie besagt aber, dass der Auftraggeber auf die Rechenschaftspflicht soweit verzichten kann und wird, als er dies auch für die Ablieferung getan hat. Der Umfang der Rechenschaftsablage folgt dem Umfang der Ablieferungspflicht, da Erstere als notwendige Voraussetzung der Letzteren zu verstehen ist.⁴² Wenn daher der Vermögensver-

³¹ *Gautschi* (Fn. 17), N 38d und f zu Art. 400. Anzuführen sind die ebenfalls ablehnenden Stellungnahmen von *Weber* (Fn. 17), N 10 und 21 zu Art. 400; *Alessandro Bizzozero*, *Le contrat de gérance de fortune*, Diss., Fribourg 1992, 147.

³² *De Capitani* (Fn. 22), Ziff. 5; *Emch/Renz/Arpagaus* (Fn. 22), N 1694; *Fellmann* (Fn. 15), N 154 zu Art. 400; *Rolf Watter*, *Pflichten der Bank bei externer Vermögensverwaltung*, *AJP* 1998, 1174 ff., 1177; *Franz Werro*, in: *Commentaire Romand, Code des obligations I*, Basel 2003, N 20 zu Art. 400. Auch *Hofstetter* (Fn. 17), 119 und 121, nimmt für den dispositiven Charakter Stellung, soweit die Fremdnützigkeit der Geschäftsführung gewahrt ist. Ebenfalls befürwortend *Bretton-Chevallier* (Fn. 16), 164.

³³ Etwa der fiduziarische Verwaltungsrat im Konzern (vgl. *Roland von Büren*, *Der Konzern*, SPR VIII/6, Basel 1997, 163 ff.) oder die Regeln zum Selbsteintritt des Kommissionsnähers (Art. 436 OR) und zur Doppelmäkelei (Art. 415 OR).

³⁴ Zum Beispiel die aktienrechtlichen Vorschriften zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle (Art. 727c OR) oder das zumindest im Wortlaut bestehende Verbot der Vorteilsannahme gemäss Art. 12 und 20 AFG.

³⁵ Betreffend Stellvertretung vgl. *Roger Zäch*, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bd. VI/1/2/2, Bern 1990, N 78 ff. zu Art. 33. Betreffend Gesellschaftsrecht vgl. *von der Crone* (Fn. 16), 7 ff. Für das Auftragsrecht im Allgemeinen vgl. *Fellmann* (Fn. 15), N 100 ff. zu Art. 398; *Hofstetter* (Fn. 17), 106 f.; und die unabhängige Vermögensverwaltung im Besonderen *Bizzozero* (Fn. 31), 112 ff.; *Bretton-Chevallier* (Fn. 16), 146 ff.

³⁶ *Bretton-Chevallier* (Fn. 16), 95; *Fellmann* (Fn. 15), N 171 zu Art. 398. Vgl. unten [III.C.2].

³⁷ Wie effizient Interessenkonflikte mittels Offenlegung bewältigt werden können, hängt davon ab, ob die Gegenpartei in der Lage ist, den Sachverhalt adäquat zu beurteilen. Rückvergütungen werden teilweise als gut beurteilbar angesehen, vgl. *Jean-Baptiste Zufferey*, *Conflicts of Interest with Respect to the Remuneration of Financial Intermediaries*, in: *Luc Thévenoz* (Hrsg.), *Aspects Juridiques de la Gestion de Fortune*, Bern 1999, 223 ff., 230 f. Allerdings birgt die Beurteilung selbst von pathologischen Sachverhalten wie etwa *churning*-Fällen einige Unsicherheit, vgl. dazu *Benicke* (Fn. 20), 702 ff.; *Stapfer* (Fn. 25), 85 ff.

³⁸ BGE 132 III 460, Erw. 4.2.

³⁹ Zum gleichen Schluss kommen *Benicke* (Fn. 20), 931 f. und *Bretton-Chevallier* (Fn. 16), 164. Der Grundsatz «Der Beauftragte soll durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren.» (BGE 132 III 460, Erw. 4.1; *Entscheid des BGer vom 22.9.2002, 4C.125/2002*, Erw. 3.1) ist nur im Rahmen von Art. 400 Abs. 1 OR von Bedeutung.

⁴⁰ BGE 132 III 460, Erw. 4.5.

⁴¹ BGE 110 II 182, Erw. 2; *Fellmann* (Fn. 15), N 58 zu Art. 400; *Gautschi* (Fn. 17), N 38b zu Art. 400; *Hofstetter* (Fn. 17), 115 f.; *Weber* (Fn. 17), N 21 zu Art. 400.

⁴² Zur gegenseitigen Abhängigkeit von Ablieferungs- und Rechenschaftspflicht vgl. BGE 110 II 182, Erw. 2; *Fellmann* (Fn. 15), N 60 zu Art. 400; *Gautschi* (Fn. 17), N 38c

walter nach einem rechtsgültigem Verzicht die vereinnahmten Rückvergütungen behalten darf, entfällt bezüglich dieser Einnahmen auch die Pflicht zur detaillierten Rechenschaftsablage aus Art. 400 Abs. 1 OR.

C. Information des Kunden

1. Information als Voraussetzung des rechtsgültigen Verzichts

Der Vermögensverwalter ist aber anderweitig zur Information verpflichtet. Für einen rechtsgültigen Verzicht verlangt das Bundesgericht in der ratio decidendi, dass der Auftraggeber über zu erwartende Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert ist, und dass sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung entsprechend klar hervorgeht.⁴³ In der Begründung bleibt das Bundesgericht mit den Hinweisen auf die eigentliche Fremdnützigkeit und potentielle Interessenkonflikte jedoch vage. Einige Autoren in der Lehre leiten die Voraussetzungen aus der Rechenschafts- oder Informationspflicht ab.⁴⁴

Dass aus der auftragsrechtlichen oder vorvertraglichen Treuepflicht⁴⁵ Informations- und Beratungspflichten fliessen und dass deren Verletzung zu einer Haftung führen kann, steht ausser Frage.⁴⁶ Ob und über welchen Inhalt eine Abrede zustande kommt, ist aber nach Art. 1 ff. OR zu beurteilen. Vor diesem

Hintergrund sind die vom Bundesgericht genannten Voraussetzungen als Konkretisierungen des Vertrauensprinzips zu verstehen.⁴⁷ Nach dem Vertrauensprinzip ist eine Erklärung so auszulegen, wie der Empfänger sie nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste.⁴⁸ Wenn das Bundesgericht annimmt, der Empfänger dürfe nur bei *klarer und eindeutiger Willensäusserung* der Gegenpartei annehmen, dass diese auf ein ihr dispositiv zustehendes Recht verzichte, bemüht es die dem dispositiven Recht innewohnende Vermutung des sachgerechten Interessenausgleichs, kürzer die «Ordnungsfunktion des dispositiven Rechts»⁴⁹. Ob diese Vermutung auch ausserhalb von AGB mit Gewinn als Parteiwillen unterstellt werden kann, muss an dieser Stelle aber offen bleiben.⁵⁰

Auch dass der Empfänger nicht ohne die *Gegenpartei informiert* zu haben und ohne Rückfrage von einem Verzicht habe ausgehen dürfen, lässt sich als Konkretisierung des Vertrauensprinzips erklären. Angesichts der bestehenden Aufklärungspflicht⁵¹ darf der Beauftragte nach Treu und Glauben ein Schweigen seines Gegenübers nicht als Verzicht auffassen, solange keine entsprechende Information erfolgt ist. Diese Annahme ist gerechtfertigt, soweit die Informationsasymmetrien, deren Abbau die Aufklärungspflicht dient, zwischen den Parteien tatsächlich bestehen.⁵²

zu Art. 400; *Theo Guhl/Anton K. Schnyder*; Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000, § 49 N 20. Die enge Verknüpfung ist ferner daraus ersichtlich, dass Rechenschafts- und Ablieferungsobligation nur zusammen abgetreten werden können, *Fellmann* (Fn. 15), N 57 zu Art. 400.

⁴³ BGE 132 III 460, Erw. 4.2.

⁴⁴ *De Capitani* (Fn. 22), Ziff. 5; *Emch/Renz/Arpagaus* (Fn. 22), N 1694.

⁴⁵ Üblicherweise wird Art. 398 Abs. 2 OR als Grundlage der Treuepflicht gesehen, *Fellmann* (Fn. 15), N 23 zu Art. 398; ausnahmsweise auch Art. 2 Abs. 1 ZGB, vgl. *Hofstetter* (Fn. 17), 106. Zur Grundlage vorvertraglicher Treuepflichten vgl. *Paul Felix Wegmann/Hans Caspar von der Crone*, Aufklärungspflicht und Haftung bei der Anleiheemission, SZW 2006 308 ff., 310 ff.; *Fellmann* (Fn. 15), N 150 ff. zu Art. 398.

⁴⁶ Vgl. etwa Entscheid des BGer vom 3. Dezember 2004 (4C.18/2004, bspr. von *Thilo Pachmann/Hans Caspar von der Crone*, SZW 2005 146 ff.); BGE 127 III 332 (bspr. von *Bettina Stutz/Hans Caspar von der Crone*, Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht, SZW 2003 102 ff.); BGE 124 III 155; 115 II 62.

⁴⁷ Im Entscheid angedeutet, BGE 132 III 420, Erw. 4.6.

⁴⁸ BGE 116 II 695, Erw. 2a; 132 III 268, Erw. 2.3.2; 130 III 686, Erw. 4.3.1; 127 III 445, Erw. 1b.

⁴⁹ *Ernst A. Kramer*; Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/1/1, Bern 1986, N 48 zu Art. 18.

⁵⁰ Die Begründung der obiter dicta in BGE 113 II 49, Erw. 1b; 119 II 368, Erw. 4b wäre verallgemeinerungsfähig, obwohl beide Entscheide zu Formularverträgen ergangen sind. In der Lehre findet der Grundsatz der gesetzeskonformen Auslegung teilweise ausdrücklich Erwähnung, vgl. *Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, Zürich 2003, N 1230; *Wolfgang Wiegand*, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Basel 2003, N 39 zu Art. 18; *Peter Jäggi/Peter Gauch*, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/1/b, Zürich 1980, N 447 zu Art. 18. Mehrheitlich wird aber das Restriktionsprinzip im Zusammenhang mit AGB erwähnt, vgl. *Ingeborg Schweizer*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2000, § 45 N 11; *Kramer* (Fn. 49), N 48 zu Art. 18 OR; *Eugen Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 1988, 157 f., 179.

⁵¹ Vgl. *Pachmann/von der Crone* (Fn. 46), 148 ff.; sowie unten [III.C.2].

⁵² Vgl. *Wegmann/von der Crone* (Fn. 45), 315.

Was den *Umfang der notwendigen Information* betrifft, enthält der Entscheid einige Anhaltspunkte. Damit der Auftraggeber «über zu erwartende Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert» ist, liess es das Bundesgericht im konkreten Fall nicht genügen, dass die Klägerin über die «Üblichkeit derartiger Entschädigungen» und die «Grössenordnung des verwalteten Vermögens» im Bilde war. Das Bundesgericht setzt vielmehr eine «hinreichend genaue Kenntnis über die tatsächlich anfallenden Retrozessionen und Finder's Fees» voraus und lässt durchblicken, dass die Offenlegung der konkreten Vereinbarungen mit den Banken zumindest in Betracht zu ziehen ist.⁵³ Soweit wird man im Einzelfall u.E. jedoch nicht gehen müssen. Insbesondere Details über die Höhe der zu erwartenden Zahlungen müssen dem Auftraggeber nicht bekannt sein, damit dieser auf voll informierter Basis einen Entscheid treffen kann. Auf Geld verzichtet er nämlich nur vordergründig, da die Kostenbilanz für ihn auch ohne Verzicht nicht günstiger ausfällt. Im Vermögensverwaltungsgeschäft ohne Rückvergütungen fallen anstelle der Rückvergütungen (indirekte Kosten) höhere Honorare (direkte Kosten) an, zumindest unter der Annahme, dass der Ertrag gleich bleibt.⁵⁴ Der Auftraggeber verzichtet mit der Ablieferung von Retrozessionen daher nicht primär auf Geld, sondern vielmehr auf das vom Gesetzgeber konzipierte System zur Vermeidung von Interessenkonflikten.⁵⁵

Ein informierter Verzicht ist folglich im Wissen möglich, dass sich so die Wahrscheinlichkeit von Interessenkonflikten erhöht. Entscheidend ist, dass der Auftraggeber weiss, welche Verwaltungshandlungen von Abreden mit Dritten in welchem Mass beeinflusst sein können. Diese Einschätzung ist spätestens anhand von Kenntnissen über den Bereich der potentiell gefährdeten Verwaltungshandlungen und die Grössenordnung der Rückvergütungen möglich. Der Auftraggeber muss daher wissen, ob mit allen oder nur einer Auswahl von Partnern Abreden über Rückvergütungen bestehen. Er muss weiter die Grössenordnung der Rückvergütungen betreffend die ver-

schiedenen Partner und Produkte im Verhältnis untereinander kennen. Und schliesslich muss er die Grössenordnung der erwarteten Rückvergütungen im Verhältnis zum Honorar kennen. Branchenkundige Parteien können einen informierten Verzicht auch mit knapperen Informationen treffen. Ein bloss allgemeiner Hinweis, wonach der Vermögensverwalter möglicherweise Rückvergütungen erhält, lässt den Auftraggeber die Tragweite des Verzichts jedoch nicht erkennen und ist daher nicht ausreichend.⁵⁶

2. *Information als vertragliche Pflicht*

Auch wenn der derart informierte Auftraggeber rechtsgültig auf die Herausgabe verzichtet hat, muss der Vermögensverwalter Rückvergütungen, die er nicht an den Kunden weiterleitet, im Einzelfall offenlegen. Aufgrund seiner Treuepflicht⁵⁷ muss der Beauftragte den Auftraggeber über sämtliche Situationen informieren, in denen seine Interessen gefährdet sind.⁵⁸ Unter diesem Titel wird der Vermögensverwalter daher nicht darum herumkommen, Höhe und Herkunft einer konkret vereinnahmten Rückvergütung gegenüber dem Kunden offenzulegen, wenn deren Annahme zu einem akuten Interessenkonflikt geführt hat. Die Information muss spontan erfolgen, entsprechende Auskünfte sind aber – a fortiori – auch auf Anfrage hin zu erteilen.⁵⁹ Unterbleibt diese Information während der Auftragsführung, berührt dies allerdings nicht die Rechtsgültigkeit der Verzichtsabrede. Es stellt sich aber die Frage der Haftung wegen Verletzung der Treuepflicht.⁶⁰

⁵³ BGE 132 III 420, Erw. 4.5.

⁵⁴ Empirischer Nachweis für den schweizerischen Markt bei *Bührer* (Fn. 20), 104 f. Vgl. *Benicke* (Fn. 20), 921 ff.; *Bretton-Chevallier* (Fn. 16), 162, 164 f.

⁵⁵ Vgl. oben [III.B]; ferner *Bretton-Chevallier* (Fn. 16), 163. *Hofstetter* (Fn. 17), 119, versteht den Verzicht auf Retrozessionen als Honorarabrede.

⁵⁶ Vgl. *Benicke* (Fn. 20), 933 f.; *de Capitani* (Fn. 22), Ziff. 5.

⁵⁷ Art. 398 Abs. 2 OR. Im Resultat spielt es keine Rolle, ob man sich auf die Treuepflicht (*Emch/Renz/Arpagaus* [Fn. 22], N 1694) oder auf die Rechenschaftsablage (*Hofstetter* [Fn. 17], 115 f.) stützt; vgl. *Bretton-Chevallier* (Fn. 16), 154 f., insb. Fn. 614, m.w.N.; ferner *Hofstetter* (Fn. 17), 115 Fn. 126; *Fellmann* (Fn. 15), N 53 zu Art. 400; *Werro* (Fn. 32), N 16 zu Art. 398.

⁵⁸ BGE 115 II 62, Erw. 3a; *Fellmann* (Fn. 15), N 171 zu Art. 398; *Hofstetter* (Fn. 17), 116; *Werro* (Fn. 32), N 17 zu Art. 398; betreffend Retrozessionen *Bretton-Chevallier* (Fn. 16), 95; *Wiegand/Zellweger-Gutknecht* (Fn. 22), 43 f.

⁵⁹ Vgl. *Bretton-Chevallier* (Fn. 16), 95; *Fellmann* (Fn. 15), N 146 zu Art. 398.

⁶⁰ Vgl. dazu *Sandro Abegglen*, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft, Diss., Bern 1995, 82 ff.; *Hofstetter* (Fn. 17), 166; *Fellmann* (Fn. 15), N 158 ff. zu Art. 398

D. Üblichkeit im Lichte von Art. 394 Abs. 3 OR?

In Erw. 4.3 hat sich das Bundesgericht mit der Frage auseinandergesetzt, ob sich die erwiesenermassen branchenübliche Zurückbehaltung von Rückvergütungen⁶¹ als übliches Entgelt i.S.v. Art. 394 Abs. 3 OR qualifizieren lässt. Das Vorgehen ist im Grundsatz richtig, da eine entsprechende Abrede nicht nachgewiesen werden konnte; ebenso das Resultat. Die Begründung ist leider wenig aussagekräftig und enthält den irritierenden Hinweis, wonach Ständesregeln einem üblichen Entgelt nach Art. 394 Abs. 3 OR entgegenstehen könnten. Ein solches Verständnis widerspricht bisheriger Rechtsprechung und einhelliger Lehre.

Üblich i.S.v. Art. 394 Abs. 3 OR ist, was der Verkehrssitte entspricht.⁶² Massgebend ist «die den Geschäftsverkehr beherrschende tatsächliche Übung».⁶³ Tatsachen, nicht Normen, bestimmen ihren Inhalt. Verbandstarife können als Indiz dienen, sind aber weder Ursache noch Hindernis einer tatsächlichen Übung.^{64/65} Im Resultat ist dem Entscheid aber wie erwähnt beizupflichten. Wie dargelegt handelt es sich in der Sache nicht bloss um eine Entgeltabrede, sondern primär um eine Abrede über den Umgang mit Interessenkonflikten im Auftragsverhältnis. Auf diese substantielle Modifizierung des Auftragsverhältnisses ist Art. 394 Abs. 3 OR nach Wortlaut und Sinn nicht anwendbar – was für die Erueierung eines Entgelts angemessen ist, muss es nicht für den Umgang mit Interessenkonflikten sein. Insofern ist Übung ein schlechter Ratgeber. In den Worten des Bundesgerichts: «Denn es kann nicht als üblich unterstellt werden, dass ein Auftraggeber unbesehen auf Rechenschaft verzichte und mit Einnahmen des Beauftragten

einverstanden sei, deren Ausmass er weder kennen noch kontrollieren kann.»⁶⁶

IV. Fazit

Die Besprechung zeigt, dass die Begründung des Entscheides komplexer ausfallen muss, als es die eingangs erwähnte Schlagzeile vermuten liess. Der nicht in allen Teilen bis ins Detail begründete Entscheid hält der Untersuchung im Resultat im Wesentlichen jedoch Stand. Die Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR stellt ein Instrument zur Vermeidung potentieller Interessenkonflikte dar. In seinen Geltungsbereich fallen daher unter anderem sämtliche Zuwendungen, die potentielle Interessenkonflikte schaffen. Das Bundesgericht geht folglich zu Recht von einer Herausgabepflicht für Retrozessionen und Finder's Fees aus. Eine Abrede über den Verzicht ist möglich, macht aber einen anderweitigen sachgerechten Umgang mit Interessenkonflikten erforderlich. Für die rechtsgültige Verzichtsabrede braucht es u.E. keine Detailkenntnisse über die Höhe der zu erwartenden Rückvergütungen. Es ist ausreichend, wenn der Kunde weiss, ob der Vermögensverwalter von verschiedenen Partnern Rückvergütungen vereinnahmt wird und er deren Grössenordnung im Verhältnis untereinander und zum Honorar kennt. Dass der Beauftragte im vorliegenden Sachverhalt selbst angesichts der professionellen Kenntnisse seines Gegenübers nicht hat von einem Verzicht ausgehen dürfen, ist insofern vertretbar, als kein rechtsgeschäftlicher Kontakt nachgewiesen war. Für einen sachgerechten Umgang mittels Offenlegung bietet die aus der auftragsrechtlichen Treuepflicht, Art. 398 Abs. 2 OR, fliessende Informationspflicht Gewähr. Der Vermögensverwalter muss Rückvergütungen, die er nicht an den Kunden weiterleitet und deren Annahme zu einem Interessenkonflikt führt, gegenüber dem Kunden offenlegen. Nicht zu beanstanden ist schliesslich, dass das Bundesgericht einen Verzicht aus Branchenüblichkeit ausschliesst, da ein Verzicht auf Herausgabe keine Entgeltabrede i.S.v. Art. 394 Abs. 3 OR ist.

⁶¹ Bei der im Urteil erwähnten Studie dürfte es sich um jene von *Bühner* (Fn. 20), insb. 103 ff., handeln.

⁶² *Fellmann* (Fn. 15), N 375 zu Art. 394.

⁶³ BGE 117 II 286, Erw. 5b; *Peter Liver*, in: *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bd. I/1, Bern 1966, N 67 zu Art. 5 ZGB; *Guhl/Schnyder* (Fn. 42), § 49 N 5; *Arnold Marti*, in: *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band I/1, Zürich 1998, N 273 zu Art. 5 ZGB.

⁶⁴ Ein Pleonasmus, gewiss.

⁶⁵ BGE 117 II 286, Erw. 5b; 117 II 282, Erw. 4b; *Fellmann* (Fn. 15), N 381 zu Art. 394; *Gautschi* (Fn. 17), N 77b und 82e zu Art. 394; *Guhl/Schnyder* (Fn. 42), § 49 N 5; *Jäggi/Gauch* (Fn. 50), N 403 zu Art. 18 OR; *Werro* (Fn. 32), N 46 zu Art. 394.

⁶⁶ BGE 132 III 420, Erw. 4.3.