

**Sabine Kilgus**

RA PD Dr. Sabine Kilgus, LL. M., Lutz Rechtsanwälte, war Parteivertreterin der vor Bundesgericht obsiegenden Klägerin.

**Rolf Kuhn**

RA Rolf Kuhn, LL. M., Lutz Rechtsanwälte, war Parteivertreter der vor Bundesgericht obsiegenden Klägerin.

Retrozessionen

Besprechung von BGE 132 III 460

Das Bundesgericht verpflichtet externe Vermögensverwalter zur Transparenz.

Das Bundesgericht hat mit dem erwähnten Entscheid BGE 132 III 460 einen Grundsatzentscheid zu der in der Lehre und in der Praxis umstrittenen Behandlung von Retrozessionen und Finder's Fees getroffen¹:

Retrozessionen und Finder's Fees, die ein externer Vermögensverwalter von Dritten, i.d.R. von Banken, erhält, sind aufgrund des fremdnützigen Charakters des Auftrages an den Auftraggeber herauszugeben.

Der Beauftragte ist gestützt auf Art. 400 OR verpflichtet, die erhaltenen Retrozessionen und Finder's Fees offenzulegen und hierüber abzurechnen.

Art. 400 OR ist dispositiver Natur. Damit der Auftraggeber gültig auf die ihm zustehenden Retrozessionen und/oder Finder's Fees ganz oder teilweise verzichten kann, braucht er sichere Kenntnis hierüber. Der blosser Umstand, dass solche Zahlungen in der Branche erfolgen, genügt nicht.

Dem Urteil lag zusammengefasst folgender Sachverhalt zugrunde:

M. liess im Jahre 1993 die Stiftung S. mit Sitz in Vaduz/FL errichten. Als Stiftungsratspräsident wurde X. eingesetzt. Mit der Verwaltung der Vermögenswerte der genannten Stiftung wurde der Vermögensverwalter T. betraut. Bis zur Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit im Jahre 1998 verwaltete T. das Stiftungsvermögen als Angestellter verschiedener

Banken in der Schweiz. Mit seiner Mandatierung als selbstständiger Vermögensverwalter führte er die Verwaltung auf eigene Verantwortung und Rechnung weiter und platzierte das von ihm verwaltete Vermögen bei mehreren anderen Banken. Das Vermögen der Stiftung wuchs im Laufe der Zeit auf über 100 Millionen Franken an.

Im Jahre 2000 wurde über das Vermögen des M. die Insolvenz eröffnet.

Zu einem späteren Zeitpunkt stellte sich heraus, dass T. mit den verschiedenen Banken, bei welchen das Stiftungsvermögen deponiert war, sogenannte «Retro-Vereinbarungen» abgeschlossen hatte. Für jede mit dem Stiftungsvermögen getätigte Transaktion vereinbarte er deshalb Retrozessionen in vereinbarter Höhe. Für die Umplatzierung der Vermögenswerte bei anderen als der ursprünglichen Bank erhielt er zudem sogenannte Finder's Fees.

Die Stiftung erhielt weder die Retrozessionen noch die Finder's Fees. Sie klagte deshalb gegen T. auf Herausgabe der von ihm vereinbarten Retrozessionen und Finder's Fees.

Der Anspruch auf Herausgabe wurde sowohl von der ersten Instanz als auch von der zweiten Instanz abgewiesen. Mit Urteil vom 22. März 2006 stellte das Bundesgericht demgegenüber fest, dass Retrozessionen und auch Finder's Fees der auftragsrechtlichen Herausgabepflicht von Art. 400 OR unterliegen und wies die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück.

Interessant sind die Erwägungen des Bundesgerichts einerseits im Hinblick auf die auftragsrechtliche Behandlung von Retrozessionen

und Finder's Fees und damit hinsichtlich der Tragweite von Art. 400 OR, andererseits aber auch bezüglich der Anforderungen an eine gültige Willenserklärung, mit welcher auf solche Retrozessionen und Finder's Fees verzichtet werden kann.

1. Aus den Erwägungen

Zunächst hält das Bundesgericht in Bestätigung der ständigen Rechtsprechung fest, dass der Vermögensverwaltungsvertrag, der in casu unbestrittenermassen vorlag, als Auftrag zu qualifizieren und damit fremdnützig sei (E. 4.1). Damit fallen Retrozessionen und Finder's Fees dem Auftraggeber und nicht dem Beauftragten zu. Diese Fremdnützigkeit liegt Art. 400 OR zugrunde, was das Bundesgericht in aller Deutlichkeit herausstreicht:

«Nach Art. 400 Abs. 1 OR ist der Beauftragte schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grund zugekommen ist, zu erstatten. Die Ablieferungspflicht betrifft nicht nur diejenigen Vermögenswerte, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, sondern auch indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen. Der Beauftragte soll durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren; er muss daher alle Vermögenswerte herausgeben, welche in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsaus-

führung stehen; behalten darf er nur, was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten erhält (Fellmann, Berner Kommentar, N. 115, 117, 127 zu Art. 400 OR; Weber, Basler Kommentar, N. 12 zu Art. 400 OR; Tercier, Les contrats spéciaux, 3. Aufl. 2003, N. 4705 f.). Zu den indirekten Vorteilen, die der Beauftragte herausgeben muss, zählen beispielsweise Rabatte, Provisionen, Schmiergelder usw. (Fellmann, a.a.O., N. 128 und 132 zu Art. 400 OR; Weber, a.a.O., N. 14 zu Art. 400 OR). Dabei spielt es keine Rolle, ob die Zuwendung nach dem Willen des Dritten ausschliesslich dem Beauftragten zugute kommen soll oder nicht (Urteil 4C.125/2002 vom 27. September 2002 E. 3.1; Fellmann, a.a.O., N. 131 zu Art. 400 OR mit weiteren Hinweisen). Retrozessionen – und wohl regelmässig auch Finder's Fees, sofern der Beauftragte dem Auftraggeber im Rahmen des Vertrags geraten hat, die zur Verwaltung überlassenen Vermögenswerte bei einer bestimmten Bank (neu) zu deponieren (a.M. offenbar de Capitani, Retrozessionen an externe Vermögensverwalter, FS Jean-Paul Chappuis, Zürich 1998, S. 29 Ziff. 13) – werden dem Beauftragten ausgerichtet, weil er im Rahmen des Auftrags bestimmte Verwaltungshandlungen vornimmt oder veranlasst; sie fallen im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens an und unterliegen der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR (vgl. Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., N. 1694 S. 554; Jörg/Arter, Herausgabe- und Rechenschaftspflicht des unabhängigen Vermögensverwalters, Der Schweizer Treuhänder 4/04, S. 297 f.; Hess, a.a.O., S. 1432; Watter, Über die Pflichten der Bank bei externer Vermögensverwaltung, AJP 10/98, S. 1177 Rn. 27). Aus BGE 112 III 90 E. 4e S. 97 ergibt sich entgegen der Ansicht der Vorinstanz nichts Gegenteiliges.» (E. 4.1)

Als Nächstes setzt sich der Entscheid mit der Frage auseinander, ob Art. 400 OR zwingender oder dispositiver Natur sei. Das Gericht kommt, nachdem es die beiden Lager innerhalb der Lehrmeinungen aufgelistet hat², ohne weitere Analyse zum Schluss, Art. 400 OR sei dispositiver Natur:

«Art. 400 OR enthält kein ausdrückliches Verzichtsverbot und es sind auch keine Gründe erkennbar, welche gegen die dispositive Natur der Ablieferungspflicht sprechen. Mit der überwiegenden neueren Lehre ist daher grundsätzlich die Gültigkeit einer Vereinbarung zu bejahen, wonach der Auftraggeber auf die Ablieferung bestimmter, auch künftig anfallender Werte verzichtet. Immerhin ergeben sich Schranken aus der eigentlichen Fremdnützigkeit des Auftrags, welche durch eine entspre-

chende Vereinbarung nicht aufgehoben werden kann (vgl. Fellmann, a.a.O., N. 154 zu Art. 400). Die Fremdnützigkeit als solche wird zwar nicht berührt, wenn die Ablieferung von Einnahmen wie sog. Retrozessionen im Vermögensverwaltungsvertrag eine Nebenpflicht bildet und dem Beauftragten dadurch im Ergebnis ein – zusätzliches – Entgelt für seine Tätigkeit zukommen soll. Die Pflicht zur Ablieferung bildet aber auch hier ein zentrales Element der Rechenschaftspflicht des Beauftragten so eng verbunden, dass sie als deren Folge erscheint (vgl. BGE 110 II 181 E. 2 S. 182; Guhl/Schnyder, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. 2000, S. 553 Rz. 20). Von der Lehre wird daher zutreffend verlangt, dass der Auftraggeber über zu erwartende Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert sein muss, und dass sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung entsprechend klar hervorgehen muss (Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., S. 554 f.; de Capitani, a.a.O., S. 27; vgl. auch Lombardini, a.a.O., S. 506). Diese Anforderung rechtfertigt sich zusätzlich aus der Erwägung, dass eine solche Vereinbarung zu Interessenkonflikten führen kann, da durch (zu) häufige Transaktionen ein nennenswertes Zusatzeinkommen erzielt werden kann (zum sog. Churning vgl. Watter, a.a.O., S. 1177).» (E. 4.2)

Schliesslich macht das Bundesgericht deutlich, dass der Auftraggeber wissen muss, worauf er verzichtet, damit eine Vereinbarung gültig ist, die dem Vermögensverwalter alle oder einen Teil der Retrozessionen zukommen lässt. Weder lasse sich ein Verzicht aus dem Umstand herleiten, dass solche Vereinbarungen an sich üblich seien, noch könne aus ihrer tatsächlichen Verbreitung geschlossen werden, ein solcher Verzicht könne gestützt auf Art. 394 Abs. 3 OR als Handels- und Ortsgebrauch qualifiziert werden (E. 4.3). Vielmehr stellte das Bundesgericht dezidiert fest:

«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. 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. Die Ständesregeln des Verbandes Schweizerischer Vermögensverwalter verlangen denn auch im Gegenteil, dass der Vermögensverwalter gegenüber dem Kunden sämtli-

che derartigen Leistungen offen legt und im Vertrag mit dem Kunden festhält, wem die Rückvergütungen zukommen sollen (Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., Rz. 1694 S. 554; vgl. Art. 10 i.V.m. Art. 7 Anhang B Ständesregeln VSV). Derartige Ständesregeln können nach der Rechtsprechung als Ausdruck einer Berufsausübung zur Auslegung und Ergänzung eines Vertrags beigezogen werden (Urteil 4C.236/1997 vom 31. Oktober 1997, in SJ 1998, S. 379 E.3b mit Verweis auf Bertschinger, Sorgfaltspflichten des Vermögensverwalters bei Derivaten – Bemerkung zum Urteil des Bundesgerichts vom 28. Juli 1995 (4C.467/1994) in SZW 5/96, S. 240 ff.; vgl. auch Fellmann, a.a.O., N. 71 zu Art. 396 OR; Lombardini, a.a.O., S. 503). Sie stehen hier einer Auslegung entgegen, wonach der Beauftragte mangels gegenteiliger Absprache die im Rahmen der Vermögensverwaltung eingenommenen Retrozessionen nicht abliefern müsse. Es bedarf einer Vereinbarung der Parteien, aus der sich der Wille des informierten Mandanten eindeutig ergibt, auf die Ablieferung der dem Mandatar im Rahmen des Auftrags bezahlten Retrozessionen (ganz oder teilweise) zu verzichten.» (E. 4.3)

In casu stützt das Gericht deshalb die klägerischen Ausführungen, wonach die Vorinstanz in Verletzung von Bundesrecht angenommen hatte, dass aus der Kenntnis des Organs der Klägerin, dass «[...] aus der ihm allgemein bekannte[n] Usanz der Auszahlung Retrozessionen und Finder's Fees [...]» nicht geschlossen werden könne, das Organ würde darauf verzichten. Im Einzelnen:

«Das von der Vorinstanz festgestellte Wissen des Organs der Klägerin über die Grössenordnung der vom Beklagten eingenommenen Retrozessionen und Finder's Fees genügt nicht für einen rechtswirksamen Verzicht auf Rechenschaftslegung und Ablieferung mit dem die Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR wegbedungen wird. Die von der Vorinstanz festgestellte Schätzbarkeit der Höhe der Retrozessionen aufgrund der Grössenordnung des verwalteten Vermögens, des vereinbarten Verwaltungshonorars und der Üblichkeit solcher Einnahmen vermittelte der Klägerin keine hinreichend genaue Kenntnis über die tatsächlich anfallenden Retrozessionen und Finder's Fees; denn diese hängen von weiteren Faktoren wie insbesondere der Anzahl getätigter Geschäfte und der Vereinbarung über die Höhe derartiger Entschädigungen an den Vermögensverwalter durch Dritte ab. Über die genaue Höhe der konkreten Einnahmen des Beklagten hatte die Klägerin (bzw. ihr Stiftungsratspräsident) nach den Feststellungen der Vorinstanz keine Kenntnis. Auch wenn daher der Beklagte wusste, dass dem Stiftungsratspräsidenten als Organ

der Klägerin die Üblichkeit derartiger Entschädigungen bekannt war und dass er um die Grössenordnung des verwalteten Vermögens wusste, durfte er nach Treu und Glauben aus dem blossen Stillschweigen der Klägerin bzw. deren Organe nicht ableiten, er sei von der Rechenschaftsablegung und Ablieferung der ihm im Rahmen der Verwaltung des Vermögens der Klägerin von Dritten bezahlten Retrozessionen und ähnlichen Einnahmen befreit. Angesichts der Bedeutung der Rechenschaftspflicht für den fremdnützigen Auftrag hätte es vielmehr dem Beklagten obliegen, die Klägerin bzw. deren zuständige Organe über die konkret anfallenden Retrozessionen und Finder's Fees in Kenntnis zu setzen. 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. Aus dem blossen Stillschweigen der Klägerin durfte der Beklagte nach den im angefochtenen Urteil festgestellten Umständen nicht auf einen Verzicht der Klägerin auf Herausgabe dieser der Klägerin zustehenden Einnahmen schliessen.» (E. 4.5; Hervorhebung durch die Verfasser).

2. Fazit

Mit diesem Entscheid hat das Bundesgericht zum einen eine seit langem umstrittene und mit einiger Unsicherheit behaftete Praxis bezüglich der Auswirkung der Fremdnützigkeit des Auftrages in dogmatischer Hinsicht zugunsten des Auftraggebers geklärt. Der Entscheid hat aber auch eine über das Auftragsrecht hinausgehende Signalwirkung:

Erstens wird eine Branchenusage nur dann Vertragsbestandteil, wenn sie tatsächlich in den Vertrag inkorporiert wird. Zweitens gilt im Hinblick auf die Ermittlung des Inhalts einer Willenserklärung nach Vertrauensprinzip, dass ein Verzicht auf einen Anspruch nur dann angenommen werden kann, wenn der Entscheid hierüber informiert erfolgt.

Damit nun ein Auftraggeber einen solchen informierten Entscheid treffen kann, ist der Beauftragte zur Rechenschaftsablegung und zur Transparenz verpflichtet, ansonsten fehlt es ihm an der Entscheidgrundlage. Diese Anforderungen haben Bedeutung über die Vermögensverwaltung hinaus für alle Vertragsbeziehungen, die dem Auftragsrecht unterliegen.

Ohne dass dies im Entscheid näher thematisiert würde, entspricht diese nach Auftragsrecht geforderte Transparenz und Rechenschaftsablegung Sinn und Geist von Art. 11 BEHG und Art. 7 der Verhaltensregeln der Schweizerischen Bankiervereinigung für Effekthändler. Das ist insofern interessant, als diese Bestimmung auf externe Vermögensverwalter nicht Anwendung findet, sofern sie keine Effekthändler sind. Das gilt auch für den beiläufigen Hinweis, zu hohe Retrozessionen, die ja vom getätigten Umsatz abhängen, würden einen Hinweis auf Churning (ökonomisch unsinniges Umschichten von Depots einzig zur Generierung von solchen Entschädigungen) liefern. Damit wird dieser Entscheid auch für die Vermögensverwaltung durch Banken und Effekthändler von Bedeutung sein, bspw. für die Frage der Weiterleitung von Retrozessionen bei der Berücksichtigung von bankfremden Anlagefonds.

Von Bedeutung dürfte die Feststellung, dass Retrozessionen grundsätzlich dem Kunden zustehen, auch im Hinblick auf die gängige Praxis der Banken im Umgang mit externen Vermögensverwaltern sein: Üblicherweise schliessen Banken mit externen Vermögensverwaltern Verträge ab, welche das Verhältnis zwischen Banken und externen Vermögensverwaltern regeln und festhalten, dass es dem externen Vermögensverwalter obliegt, den Kunden über den Retrozessionsbezug zu informieren.

Wenn nun aber die Retrozessionen immer dem Kunden zustehen, wenn keine Vereinbarung besteht, fragt sich, ob eine Bank befugt ist, einem externen Vermögensverwalter die Retrozessionen überhaupt weiterzuleiten, solange das Bankinstitut keine Kenntnis davon hat, ob tatsächlich eine im Sinne der Rechtsprechung genügende Vereinbarung zwischen dem externen Vermögensverwalter und dem Kunden in Bezug auf den Verzicht auf die Retrozessionen besteht. Die Bank, welche die Retrozessionen aus den Courtage-Erträgen bezahlt, wäre in der Lage, die Retrozessionen direkt dem Kunden gutzuschreiben. Ohne eine Ermächtigung bzw. Anweisung des Kunden dürfte der externe Vermögensverwalter gar nicht befugt sein, sich Gelder, die dem Kunden zustehen, auf ein eigenes Konto auszahlen zu lassen. In der Regel enthalten die Verwaltungsvollmachtsexemplare für externe Vermögensverwalter keine Klausel, wonach der Vermögensverwalter Gelder des Kunden abziehen darf (ausser zur Vergütung des Honorars des Vermögensverwalters – Retrozessionen qualifizieren aber gerade nicht als Honorar).

Das Bundesgericht hält zudem weiter fest, dass «wohl regelmässig auch Finder's Fees, sofern der Beauftragte dem Auftraggeber gera-

ten hat, die zur Verwaltung überlassenen Vermögenswerte bei einer bestimmten Bank (neu zu deponieren) der Ablieferungspflicht unterliegen. Diese Feststellung weicht von einem Teil der Lehre ab (vgl. de Capitani, a.a.O., S. 29 Ziff. 13), ist jedoch folgerichtig: In der Tat besteht die Gefahr eines Interessenkonflikts auch dann, wenn ein externer Vermögensverwalter von einem Bankinstitut eine Vergütung erhält, um der Bank neue Kunden zuzuführen. Der externe Vermögensverwalter könnte geneigt sein, eigene Gewinninteressen über die Interessen des Kunden zu stellen und bspw. ein Bankinstitut auszuwählen, welches höhere Finder's Fees ausrichtet, jedoch bspw. höhere Depotgebühren verlangt (was nicht im Interesse des Kunden ist). Der Kunde muss auch bei der Auswahl eines Bankeninstituts einen Entscheid fällen können, welcher auf transparenter Grundlage erfolgt. Dies kann nur gewährleistet werden, wenn der externe Vermögensverwalter Finder's Fees entweder dem Kunden abführen muss und dem externen Vermögensverwalter somit der Anreiz genommen wird, eigene Interessen höher zu gewichten als die Kundeninteressen oder aber, wenn er die Höhe der Finder's Fees gegenüber dem Kunden offenlegen muss (und der Kunde dann gegebenenfalls auf die Finders's Fees verzichtet).

Wie das Bundesgericht weiter anführt, leiten 81% der Vermögensverwalter Retrozessionen nicht an ihre Kunden weiter. Gemäss einer Studie des Instituts für schweizerisches Bankwesen der Universität Zürich legen 39% der befragten Vermögensverwalter die Höhe der Retrozessionen gegenüber den Kunden nicht offen. 41% legen die Höhe auf Anfrage offen. Im Lichte des Entscheids des Bundesgerichts dürfte der Bezug von Retrozessionen zumindest in 39% der Fälle problematisch sein.

Die Standsregeln des Verbands schweizerischer Vermögensverwalter (VSV) sehen deshalb bereits heute vor, dass der Vermögensverwalter mit dem Kunden in einem schriftlichen Vertrag die Verwendung von Retrozessionen regelt. Damit eine solche Regelung über die Verwendung von Retrozessionen rechtsgültig ist, dürfte es inskünftig nötig sein, den Kunden vorab auch über die Höhe der Retrozessionsätze zu informieren. Nur mit dieser Information kann der Kunde abschätzen, auf welchen Umfang sich die Retrozessionen belaufen können, auf welche er zu verzichten gedenkt. ■

¹ Erschienen in Jusletter 26. Juni 2006, vgl. NZZ vom 20. Juni 2006, S. 23, sowie Markus Felber, Wem gehören Retrozessionen?, in: Jusletter 26. Juni 2006.

² Für die zwingende Natur von Art. 400 OR ist v.a. Gautschi, für den dispositiven Charakter die überwiegende jüngere Lehre, vertreten durch Werro, Fellmann, De Capitani, Watter, Emch/Renz/Arpagaus; differenzierend Weber und Hofstetter (E. 4.2).