

Bundesgericht

4A_266/2010

d

29.08.2011

BGE 137 III 393

Retrozessionen II**Leitsatz**

Art. 400 Abs. 1 OR: Vermögensverwaltungsvertrag; Herausgabe von Retrozessionen. Voraussetzungen eines ausdrücklichen Verzichts des Auftraggebers auf die Herausgabe von Rückvergütungen, die dem beauftragten Vermögensverwalter zufließen.

Sachverhalt

Eine Pensionskasse beauftragte einen Vermögensverwalter mit der Verwaltung ihres Vermögens. Der Vertrag zwischen den beiden Parteien enthielt u.a. folgende Bestimmungen:

7. *Der Auftraggeber ersetzt [dem Vermögensverwalter] sämtliche Courtagen, Abgaben und übrigen Auslagen, die bei der Erfüllung dieses Vertrages anfallen. Allfällige Retrozessionen stehen vollumfänglich [dem Vermögensverwalter] zu.*
8. *Der Auftraggeber zahlt [dem Vermögensverwalter] eine allgemeine Administrativkommission von 0.5 % p.a. des Depotwertes. Die Administrativkommission wird vierteljährlich erhoben. Als Berechnungsgrundlage dient jeweils der Depotwert per Ende des Vorquartals. Die Berechnung der Administrativkommission erfolgt pro rata temporis.*

In Ziffer 17 wird ein als "Vereinbarung betreffend der Transaktionskosten sowie der zugelassenen Portfoliomanagement Aktivitäten" bezeichnetes Schreiben vom [...] als integrierender Vertragsbestandteil erklärt. Nach diesem "betragen die Transaktionskosten (Courtage) jeweils 0.5 % pro Abrechnung".

Die Depotbank vergütete dem Vermögensverwalter über CHF 3,5 Mio. aus Transaktions- und über CHF 100'000 aus Depotgebühren.

Die Pensionskasse klagte gegen den Vermögensverwalter auf Herausgabe der Vergütungen durch die Depotbank. Die erste Instanz hiess die Klage gut, die zweite lehnte sie ab.

Erwägungen

Der Vermögensverwalter ist zur Rechenschaft und zur Ablieferung (auch) jener Vermögenswerte verpflichtet, die er von Dritten im Zusammenhang mit der Auftragsausführung erhält. Zu diesen gehören auch Retrozessionen. Der Auftraggeber kann auf die Ablieferung verzichten. Der Verzicht kann sich auf bereits ausbezahlte oder auf künftige, noch nicht angefallene Retrozessionen beziehen. Voraussetzung ist, dass der Auftraggeber über die bezahlten, bzw. zu erwartenden Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert ist, und dass sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung entsprechend deutlich hervorgeht.

Die Ablieferungspflicht garantiert (wie die Rechenschaftspflicht) die Einhaltung der Treuepflicht und stellt insofern eine präventive Massnahme zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers dar, indem sie der Gefahr begegnet, der Beauftragte könnte sich aufgrund der Zuwendung eines Dritten veranlassen sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen. Ein Interessenkonflikt ergibt sich etwa bei transaktionsabhängigen Rückvergütungen aus dem damit verbundenen Anreiz des Vermögensverwalters, durch (zu) häufige Transaktionen ein Zusatzeinkommen zu erzielen.

"Ein voraussetzungsloser pauschaler Verzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen ist im Hinblick auf die damit verbundene Gefahr von Interessenkonflikten, die durch die Ablieferungspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR gerade verhindert werden sollen, problematisch. Eine Vereinbarung der Parteien, wonach allfällige Retrozessionen beim Vermögensverwalter verbleiben, setzt daher voraus, dass der

Auftraggeber über die zu erwartenden Retrozessionen hinreichend informiert ist. Die sich aus der eigentlichen Fremdnützigkeit des Auftrags ergebenden Schranken sind gewahrt, sofern der Auftraggeber den Umfang sowie die Berechnungsgrundlagen der Retrozessionen kennt, die es ihm erlauben, die Kostenstruktur des Vermögensverwaltungsmandats zu erfassen sowie die damit verbundenen Interessenkonflikte des Vermögensverwalters zu erkennen, und er im Wissen darum dem konkreten Entschädigungsmodell zustimmt." Ein Verzicht auf Informationen über die Retrozessionen ist nicht zulässig, er käme einem voraussetzungslosen Herausgabeverzicht gleich.

Damit ein Vorausverzicht auf die Ablieferung gültig ist, muss der Auftraggeber die Parameter kennen, die zur Berechnung des Gesamtbetrags der Retrozessionen notwendig sind und einen Vergleich mit dem vereinbarten Vermögensverwaltungshonorar erlauben. Da eine genaue Bezifferung bei einem vorgängigen Verzicht nicht möglich ist, muss der Kunde zumindest die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen kennen. Letzterem wird Genüge getan, wenn die Höhe der erwarteten Rückvergütungen in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens angegeben wird.

Im Hinblick auf eine Verzichtserklärung muss der Kunde bereits vor Abschluss des Vertrages über die zu erwartenden Retrozessionen unaufgefordert aufgeklärt werden. Welchen Umfang der Information haben muss, ist im Einzelfall zu bestimmen, wobei der Geschäftserfahrung des Auftraggebers Rechnung zu tragen ist. Nur wenn der Auftraggeber den Mechanismus der Retrozessionen sowie die massgebenden Berechnungsgrundlagen bereits kennt, ist eine Verzichtserklärung auch ohne vorgängige Aufklärung gültig. *"Der Beauftragte, der dem Herausgabeanspruch des Kunden dessen Verzicht auf die Ablieferung zugeflossener Rückvergütungen entgegenhalten will, hat jedoch nach Art. 8 ZGB zu beweisen, dass die Voraussetzung der hinreichenden Information beim Auftraggeber vorlag. Ein bloss allgemeiner Hinweis, wonach der Vermögensverwalter möglicherweise Rückvergütungen von Dritten erhält, lässt den Auftraggeber die Tragweite des Verzichts nicht erkennen und ist daher nicht ausreichend."*

Das Bundesgericht würdigte nach diesen grundsätzlichen Erwägungen die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung und stellte fest, dass sie den Anforderungen an einen Herausgabeverzicht nicht entspricht. Die Pensionskasse hat deshalb Anspruch auf Herausgabe der Retrozessionen.

Anmerkungen

Das Bundesgericht bestätigt im vorliegenden Fall seine mit dem berühmten ersten Retrozessionsurteil begründete Rechtsprechung (BGE 132 III 460). Der Bundesrat zielt im Übrigen mit seinem Vorschlag zur Entschädigung der Versicherungsmakler im Rahmen der Totalrevision des VVG in die gleiche Richtung (vgl. Art. 66 E-VVG, der mehr oder weniger eine Kodifikation der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darstellt).

De lege lata ist davon auszugehen, dass die vom Bundesgericht aufgestellten Regeln auch für die Entschädigung der Versicherungsmakler gelten, weil die potenziellen Interessenkonflikte hier nicht kleiner sind als bei Vermögensverwaltern (so hat der Versicherungsnehmer ein Interesse an einer möglichst tiefen Prämie, während der in Prozenten der Prämie entschädigte Makler mit einer höheren Prämie besser fährt; bei der Auswahl eines Versicherers besteht das Risiko, dass sich der Makler nicht am Kundennutzen, sondern an der Courtagenhöhe orientiert).

Dies bedeutet: 1. Ohne gültige Verzichtserklärung hat der Versicherungsnehmer einen Anspruch auf Herausgabe der vom Versicherer bezahlten Courtage. 2. Die Gültigkeit eines vorgängig erklärten Verzichts auf die Herausgabe setzt eine hinreichende Information über die Berechnungsgrundlagen der Courtagen voraus. 3. In Abhängigkeit der Geschäftserfahrung des Versicherungsnehmers muss dieser über die Grundsätze der Courtagenzahlung, seine auftragsrechtlichen Ansprüche sowie die Tragweite der Verzichtserklärung aufgeklärt werden.