

Bundesgericht	4A_127/2012	d	30.10.2012	BGE 138 III 755
	4A_141/2012			

Retrozessionen III

Leitsatz

Art. 400 Abs. 1 OR. Vermögensverwaltung durch eine Bank; Herausgabe von Vertriebsentschädigungen für Anlageprodukte. Herausgabepflicht für Bestandespflegekommissionen, die der vermögensverwaltenden Bank von konzernfremden Produkthanbietern entrichtet werden. Verzicht des Kunden auf Ablieferung der Vertriebsentschädigung. Herausgabepflicht für Bestandespflegekommissionen, die der Bank für Produkte von Konzerngesellschaften zufließen (Regeste).

Sachverhalt

Eine Bank führte für ihren Kunden gestützt auf einen Vermögensverwaltungsvertrag ein Wertschriftendepot. Sie legte das Geld im Wesentlichen in Anlagefonds und strukturierten Produkten an. Dabei erhielt sie als Vertriebsträgerin verschiedener Anlageprodukte Vertriebsentschädigungen. Beim Grossteil der Anlageprodukte handelte es sich um solche von mit der Bank verbundenen Konzerngesellschaften, zu einem kleinen Teil um solche von Anbietern ausserhalb des Konzerns der Bank.

Der Kunde verlangte von der Bank Auskunft über und Herausgabe von Zahlungen, welche die Bank in Zusammenhang mit den bei ihr liegenden Wertschriften von Dritten erhalten habe. Die Bank bestritt sowohl die Pflicht zur Rechenschaftsablegung als auch den Herausgabeanspruch. Das Bezirksgericht Zürich wies die daraufhin vom Kunden erhobene Klage ab, das Obergericht schützte sie im Umfang von wenigen Prozenten (entsprechend dem Anteil konzernfremder Anlageprodukte). Gegen den Entscheid des Obergerichtes erhoben beide Parteien Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht. Das Bundesgericht legte die beiden Verfahren zusammen.

Erwägungen

Die Bank verwaltet einerseits das Wertschriftenvermögen des Kunden und vertreibt andererseits Anlagefondsanteile. Für Letzteres hat sie mit den verschiedenen Fondsleitungen Verträge abgeschlossen. Als Vergütung erhält die Bank einerseits Kommissionen für die Ausgabe und Rücknahme der Fondsanteile, die dem Anleger beim Kauf und Verkauf jeweils direkt in Rechnung gestellt werden, und andererseits eine jährliche Bestandespflegekommission (Management Fee). Diese wird unabhängig von einzelnen Transaktionen nach dem Wert aller an einem bestimmten Stichtag in den Depots der Bank lagernden Fondsanteilen bemessen. Der Kunde verlangte nur die Herausgabe dieser Bestandespflegekommissionen.

Die Bank verwaltet das Wertschriftendepots, indem sie nach eigenem Ermessen Aktien, Obligationen sowie (überwiegend) Finanzprodukte (wie Anlagefonds und strukturierte Produkte) für den Kunden erwirbt und gegebenenfalls wieder verkauft. Auf den Vermögensverwaltungsvertrag ist das Auftragsrecht anwendbar. Nach Art. 400 Abs. 1 OR ist der Beauftragte verpflichtet, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alle infolge der Auftragsausführung von Dritten erhaltenen Vorteile abzuliefern. Der Beauftragte soll durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren.

Die Herausgabepflicht ist – wie die Rechenschaftspflicht – ein zentrales Element der Fremdnützigkeit des Auftrags. Sie stellt eine Konkretisierung der Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR dar. Sie garantiert die Einhaltung der Treuepflicht und stellt insofern eine präventive Massnahme zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers dar, indem sie der Gefahr vorbeugt, der Beauftragte könnte sich auf-

grund der Zuwendung eines Dritten veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen.

Entscheidend für die Herausgabepflicht ist der innere Zusammenhang der Leistung des Dritten mit der Auftragsausführung. Fehlt dieser, so kann der Beauftragte die Leistung behalten, besteht er (wie z.B. bei Rabatten, Provisionen oder Schmiergeldern), so greift die Ablieferungspflicht. Nach der Rechtsprechung gehören auch Retrozessionen und Rückvergütungen zu den ablieferungspflichtigen Leistungen Dritter. Ein die Herausgabepflicht auslösender innerer Zusammenhang liegt vor, wenn die Gefahr besteht, dass der Beauftragte sich durch die Leistungen des Dritten veranlasst sehen könnte, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen. Nicht erforderlich ist demgegenüber, dass er sich tatsächlich pflichtwidrig verhält oder der Auftraggeber einen konkreten Nachteil erleidet.

Ob eine solche Gefahr besteht kann nicht losgelöst vom konkreten Vertragsverhältnis beurteilt werden. Im Hinblick auf den Zweck der Ablieferungspflicht ist dabei an Hand der Vertragspflichten zu untersuchen, ob die gestützt auf die Vertriebsvereinbarungen von Produkthanbietern gezahlten Bestandspflegekommissionen die Besorgnis zu begründen vermögen, der Beauftragte könnte möglicherweise die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend wahrnehmen.

Keine Rolle spielt, ob die Leistung des Dritten aus direkt vom Auftraggeber erbrachten Leistungen (wie bei einem externen Vermögensverwalter) oder aus einem Sondervermögen, an dem der Auftraggeber anteilmässig beteiligt ist (wie vorliegend) stammt. In beiden Fällen besteht der innere Zusammenhang zur Auftragsausübung. Es ist deshalb nicht ausschlaggebend, ob der Beauftragte als externer Vermögensverwalter oder als vermögensverwaltende Bank tätig wird.

Vorliegend bestimmen sich die Bestandspflegekommissionen nicht nach dem erbrachten Aufwand, sondern nach dem Erfolg. Sie sind klarerweise auf den Absatz der Produkte ausgerichtet. Entschädigt wird die "Platzierungskraft", d.h. der von der Bank geschaffene "Aggregierungseffekt" (Zugang zu einem bestimmten Kundenpool). Die Orientierung an der Attraktivität des Vertriebskanals zeigt auch die progressive Ausgestaltung der Entschädigung. Diese Art der Vergütung steht in einem Zielkonflikt mit den Verpflichtungen der Bank zur umfassenden Wahrung der Interessen des Auftraggebers, besteht doch ein Anreiz der Bank, durch eigene Entscheidungen einen Bestand bestimmter Anlageprodukte zu begründen, zu erhalten oder zu erhöhen, auch wenn dies möglicherweise nicht durch die Interessen des Kunden gerechtfertigt ist. Damit ist der geforderte innere Zusammenhang erstellt.

Anderes gälte, wenn – was vorliegend nicht der Fall ist – mit der Entschädigung ein konkreter Verwaltungsaufwand entschädigt würde. Explizit nennt das Bundesgericht als Beispiel die Wahrnehmung von durch den Produkthanbieter delegierten geldwäschereichtlich oder regulatorisch bedingten Abklärungspflichten.

Keine Rolle spielt, ob die erbrachte Leistung marktgerecht ist oder nicht. Zu beurteilen ist nicht, ob die zwischen dem Vertriebsträger und der Fondsleitung vereinbarte Vertriebsentschädigung zulässig, marktgerecht oder übermässig ist. Massgebend ist im Hinblick auf die Herausgabepflicht nicht dieses Vertragsverhältnis, sondern dasjenige zwischen der vermögensverwaltenden Bank und dem Kunden: Anhand der zwischen den Parteien des Vermögensverwaltungsvertrages bestehenden Interessenwahrungspflichten ist zu beurteilen, ob angesichts der von der Bestandspflegekommission ausgehenden finanziellen Anreize – jedoch unabhängig von deren Rechtsgrundlage – ein innerer Zusammenhang zur Auftragsausführung besteht.

Schliesslich hält das Bundesgericht noch fest, dass auch innerhalb eines Konzerns fließende Bestandspflegekommissionen der Herausgabepflicht unterstehen, denn auch solche berge die Gefahr einer möglichen Verletzung der Interessen des Auftraggebers. Die Problematik stellt sich bei konzerneigenen Produkten eher noch verschärft, weil ein besonderer Anreiz für die Bank besteht, mit der Wahl eines konzerneigenen Produkts nicht nur selbst eine Zuwendung zu erlangen, sondern gleichzeitig einer anderen Konzerngesellschaft mit dem Produkt verbundene Gebühren zu verschaffen.

Anmerkungen

Das Urteil knüpft die beiden ersten Retrozessionsentscheide (BGE 137 III 393 und 132 III 460) des Bundesgerichts an. Wie den beiden anderen kommt auch diesem eine hohe präjudizielle Bedeutung zu, die weit über die (vorliegend Gegenstand des Streites bildende) Vermögensverwaltung durch Banken hinausreicht (zur Bedeutung der Rechtsprechung auf den Versicherungsvertrieb durch Makler vgl. FUHRER STEPHAN: Gebt dem Makler, was des Maklers ist, und dem Kunden, was dem Kunden ist – Zur Entschädigung des Versicherungsmaklers im Lichte der Retrozessionsrechtsprechung des Bundesgerichts, *Have* 2013, 107-119).