

Kommentar zu: Entscheid [4A_266/2010](#) vom 29.08.2011

Sachgebiet: Vertragsrecht

Gericht: Bundesgericht

Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung

RSK-Rechtsgebiet: Obligationenrecht/Vertragsrecht

(ohne Miet- und Arbeitsrecht)

Editions Weblaw

ISSN 1663-9995

[De](#) • [Fr](#) • [It](#)

Vorausverzicht auf Retrozessionen

Informationspflicht der Bank?

Autor / Autorin

Corinne Zellweger-Gutknecht



Universität Zürich

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner



Wird ein Kunde nur auf "allfällige" Retrozessionszahlungen hingewiesen und weder über das maximal zu erwartende Transaktionsvolumen noch die konkret mit der Depotbank vereinbarte Retrozessionsmarge pro Volumen informiert, ist ein Vorausverzicht auf die Herausgabe von entsprechenden Rückvergütungen unwirksam. Denn erst Transparenz beugt den aus diesem Vergütungssystem rührenden Interessenkonflikten vor. Ein beiläufiger Hinweis auf die Informationspflicht der Bank hinsichtlich Retrozessionen weist zudem mutmasslich den Weg für künftige Entscheidungen zu dieser Frage.

Zusammenfassung:

[1] Der zwischen einer externen Vermögensverwalterin und einer Pensionskasse abgeschlossene Vermögensverwaltungsvertrag sieht vor, dass allfällige Retrozessionen vollumfänglich der Verwalterin zustehen. (Unter Retrozessionen wird v.a. jener Anteil der vom Kunden geschuldeten Transaktions- und Depotgebühren verstanden, welche die Depotbank an die Verwalterin weiterreicht, weil letztere ihr Kunden zuführt und auf Rechnung der Kunden Transaktionen bei ihr tätigt.) Dabei wird in einem Anhang festgelegt, dass die Transaktionskosten (Courtage/Provision) jeweils 0.5% pro Abrechnung betragen. Zusätzlich ist der Verwalterin eine Administrativkommission von 0.5 % p.a. des Depotwertes zu entrichten.

[2] Nach rund 10 Jahren wird das Mandat beendet und die Pensionskasse klagt 2007 auf Rechnungslegung sowie Bezahlung von über CHF 3.5 Mio. zuzüglich Zins, weil ihr die Verwalterin die Retrozessionen zu vergüten habe, die ihr von der Depotbank zugeflossen seien. Tatsächlich ergibt sich im Laufe des Prozesses, dass die Depotbank der Verwalterin rund 80% der gesamten Transaktionsgebühren ausbezahlt, was 0.4% des Gesamtvolumens aller Transaktionen entspricht. (Im Vergleich: der Verband Schweizerischer Vermögensverwalter VSV geht von einer durchschnittlichen Wertschöpfung von 0.8% aus, umfassend Verwaltungshonorare plus Retrozessionen).

[3] Das Bundesgericht schützt das erstinstanzliche Urteil, welches die Klage gutgeheissen hatte, später aber vom Obergericht aufgehoben worden war. Zu entscheiden war nunmehr, ob die Pensionskasse gültig auf die Herausgabe der Retrozessionen verzichtet hatte.

[4] Das Bundesgericht erinnert zunächst an seine in BGE [132 III 460](#) E. 4 S. 463 ff. aufgestellten Grundsätze zur Rechenschafts- und Herausgabepflicht des Beauftragten (E. 2.1). Diesen zufolge kann ein Auftraggeber auch im Voraus auf die Herausgabe von Retrozessionen verzichten, was aber insbesondere voraussetzt, dass er über die zu erwartenden Beträge vollständig und wahrheitsgetreu informiert ist. Wann dies bejaht werden darf, ist in der Lehre streitig (E. 2.2 m.Nw.).

[5] Ratio der Ablieferungspflicht i.S.v. Art. 400 Abs. 1 OR ist es, der Gefahr vorzubeugen, dass der Beauftragte aufgrund der Zuwendung eines Dritten und entgegen seiner Treuepflicht dazu veranlasst wird, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen (E. 2.3). Eine direkte Kostenersparnis steht in Fällen wie dem vorliegenden hingegen kaum im Fokus, da der Beauftragte die Ablieferungspflicht regelmässig durch ein höheres Honorar kompensiert, wie auch das Bundesgericht ausführt: «Geht man davon aus, dass im Vermögensverwaltungsgeschäft ohne Rückvergütungen anstelle der indirekten Kosten höhere direkte Kosten in Form von Honoraren anfallen würden und sich der Ertrag somit letztlich gleich bleibt, verzichtet der (informierte) Auftraggeber mit der Preisgabe seines Herausgabeanspruchs letztlich nicht auf Geld, sondern insbesondere auf das gesetzlich vorgegebene System zur Vermeidung von Interessenkonflikten» (zit. E. 2.4). Vor diesem Hintergrund erweist sich ein pauschaler Verzicht folglich als problematisch. Denn die einer Kostenstruktur inhärenten Interessenkonflikte des Verwalters kann der Auftraggeber nur erkennen, wenn er über den Umfang sowie die Berechnungsgrundlagen der Retrozessionen informiert ist (E. 2.4).

[6] Zwar ist eine genaue Bezifferung beim Vorausverzicht nicht möglich. Dem Auftraggeber sind aber die "Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten" und "die Höhe der erwarteten Rückvergütungen in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens" anzugeben (zit. E. 2.4). Fliessen Retrozessionen, ist der Kunde zudem unaufgefordert über diesen Umstand zu informieren, was sich aus der vorvertraglichen Aufklärungspflicht wie später aus der auftragsrechtlichen Treuepflicht ergibt. Dabei hat sich der Umfang dieser Aufklärung auch an der Geschäftserfahrung des Adressaten und an dessen vorbestehenden Kenntnissen über die konkreten Konditionen zu orientieren (E. 2.5 m.Nw.).

[7] Die Beweislast für eine rechtsgenügende Aufklärung liegen beim Auftragnehmer (Art. 8 ZGB). Ungenügend ist in jedem Fall der bloss allgemeine Hinweis, wonach der Verwalter *möglicherweise* Rückvergütungen erhalte (E. 2.5 i.f.). Entsprechend reichte in casu der vertragliche Hinweis auf "allfällige" Retrozessionen nicht aus. Daran vermochten selbst die Geschäftserfahrung und das hohe Fachwissen der Pensionskasse nichts zu ändern. Ebenso wenig genügte es, dass sich rein mathematisch ex post ein möglicher Maximalbetrag errechnen liess und dieser ausserdem die gemäss VSV durchschnittliche Bruttomarge nur zur Hälfte erreichte. Denn die Pensionskasse war weder über das maximal zu erwartende Transaktionsvolumen noch die konkret mit der Depotbank vereinbarten Retro-Ansätze informiert. Der Verzicht war demzufolge nicht rechtswirksam erfolgt (E. 2.6) und der Vertrag folglich teilnichtig i.S.v. Art. 20 Abs. 2 OR, d.h. gültig ohne Herausgabeverzicht.

Kommentar:

[8] Das Urteil ist in zweifacher Hinsicht bemerkenswert. Erstens bestätigt es die von einem Teil der Lehre zurecht vertretene Auffassung, wonach ein allgemeiner Hinweis auf mögliche Rückvergütungen der auftragsrechtlichen Aufklärungspflicht in keinem Fall zu genügen vermag. Mit solch oberflächlichen Klauseln haben indessen diverse Finanzintermediäre auf BGE [132 III 460](#) reagiert - in der Hoffnung, damit ein bewährtes Vergütungssystem auf einfache Weise legalisieren zu können. (Ganz zu schweigen von jenen m.E. völlig unzulässigen Versuchen, auch eine entsprechende Rechenschaftspflicht abzubedingen; vgl. Zellweger-Gutknecht, Finanzmarktprivatrecht 2007/2008, in: recht 2009 S. 54-78, 65 f.).

[9] Wie das Bundesgericht nun aber in aller wünschbaren Deutlichkeit ausführt, vermag erst Transparenz den (keineswegs theoretischen) Interessenkonflikten vorzubeugen. Denn wird ein Mittler sowohl vom Anbieter wie vom Abnehmer für eine Transaktion bezahlt, bleibt eine alleinige Wahrung der Interessen des Abnehmers durch den Mittler ansonsten pures Wunschenken (vgl. zudem Zellweger-Gutknecht, Finanzmarktprivatrecht 2009/2010 (Teil 1), in: recht 2011, S. 82-100, 97 f.).

[10] Brisanter ist - zweitens - ein eher beiläufiger Hinweis auf die Informationspflicht *der Depotbank* hinsichtlich Retrozessionen (E. 2.6): Das Bundesgericht führt die dortigen Lehrmeinungen zwar unkommentiert auf. Es erwähnt aber ausserdem rechtsvergleichend ein Urteil des deutschen Bundesgerichtshofes, der bereits früh eine entsprechende Informationspflicht ausdrücklich bejaht hat

(BGH vom 19. Dezember 2000, in: BGHZ 146 [2001] 235 E. 2 S. 238 ff., vgl. insb. E. 2.b: "Eine Bank, die mit einem Vermögensverwalter vereinbart, ihm einen Teil der Provisionen und Depotgebühren zu vergüten, die sie künftig von Kunden erhält, die er ihr zuführt, schafft dadurch für den Vermögensverwalter einen Anreiz, sowohl bei der Auswahl der Bankverbindung als auch hinsichtlich der Anzahl und des Umfangs der für seine Kunden über die Bank abzuwickelnden Geschäfte nicht allein das Interesse der Kunden, sondern auch das eigene Interesse an möglichst umfangreichen Vergütungen der Bank zu berücksichtigen. Über diese von ihr geschaffene Gefährdung der Kundeninteressen hat die Bank den Kunden, den ihr der Vermögensverwalter zuführt, noch vor Vertragsabschluss aufzuklären.").

[11] Besteht aber eine derartige Pflicht, so kann die Bank grundsätzlich auch für Schaden haftbar gemacht werden, der dem Kunden aus einer entsprechenden Unterlassung der Depotbank entstanden ist. Zu bedenken bleibt ausserdem, dass der Bundesgerichtshof inzwischen auch die *Ablieferungspflicht* auf Banken ausgedehnt hat (vgl. zu den BGH-Urteilen Zellweger-Gutknecht, 2009, S. 65). Diese Entwicklung gilt es ebenfalls im Auge zu behalten, denn soweit auch in derartigen Konstellationen Interessenkonflikte drohen, ist nicht einzusehen, warum das Bundesgericht dereinst anders entscheiden sollte.

Zitiervorschlag: Corinne Zellweger-Gutknecht, Vorausverzicht auf Retrozessionen, in: Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 27. Oktober 2011