

Sonderdruck aus:

Leander D. Loacker/Corinne Zellweger-Gutknecht (Hrsg.)

Differenzierung als Legitimationsfrage

(APARIUZ Band 14)



DIKE

Zürich / St. Gallen 2012

ISBN 978-3-03751-478-8

Drittvergütungen im Finanzanlagegeschäft – ein systematischer Leitfaden

Corinne Zellweger-Gutknecht

Inhaltsübersicht

I.	Ausgangslage	248
II.	Annahme/-verbot	249
	A. Bei Zweckwidrigkeit der Annahme von Drittvergütungen	250
	1. Wegen Beeinflussung zulasten der Fremdnützigkeit	250
	a. Anreizcharakter (handlungsabhängiger Vorteil)	252
	b. Einmischungszweck (kein Entgelt für eigenwirtschaftliche Geschäfte)	257
	c. Beeinflussbare Empfängerin (trotz chinese walls oder Konzernstruktur)	264
	d. Würdigung	268
	2. Wegen Schädigung	270
	a. Preisnachteil	270
	b. Leistungsnachteil	273
	3. Fazit	277
	B. Bei Zweckkonformität	277
	C. Bei Zweckneutralität	278
	1. Bagatelleinnahmen	278
	2. Einkünfte aus eigenwirtschaftlicher Leistung	279
	3. Honorar	279
	a. Exkurs: Direkthonorar	279
	b. Indirekt kraft Genehmigung der Annahme von Drittvergütungen	280
III.	Herausgabeanspruch	284
	A. Traditionelle Lesart	284
	1. Innerer Zusammenhang als Abgrenzungskriterium	284
	2. Rechtsgeschichte	284
	B. Alternativer Auslegungsvorschlag	286
	1. Zweckbezug als Abgrenzungskriterium	286
	a. Zweckwidriges: vertraglicher Gewinnabschöpfungsanspruch	286
	b. Zweckkonformes: vertraglicher Erfüllungsanspruch	286
	c. Zweckneutrales: kein Herausgabeanspruch	287
	2. Verjährungsfolgen	287
IV.	Information	289
	A. Spontan hinsichtlich dispositionsbedürftiger Umstände	289
	B. Beantwortend hinsichtlich bedeutender Umstände	291
V.	Beseitigungs- und Ersatzanspruch	293
	A. Wegen Verletzung des Annahmeverbots	293
	B. Wegen Verletzung der Herausgabepflicht	294
	C. Wegen Verletzung der Informationspflicht	294
	D. Fazit	296

VI. Zusammenfassung	297
Literaturverzeichnis	299
Materialienverzeichnis	302

I. Ausgangslage

Wert(ab)schöpfungsketten im Finanzanlagegeschäft sind so konfliktträchtig wie lang. Das gilt jedenfalls mit Blick auf Drittvergütungen; mithin für Konstellationen, in denen eine Leistung nicht direkt und willentlich von ihrem Abnehmer bezahlt, sondern aus Werten alimentiert wird, die dem Vermögen Dritter entstammen. Erlangt eine Empfängerin eine solche Vergütung «bei Gelegenheit» oder gar «infolge» der Ausführung eines Auftrages oder eines vergleichbaren Interessenwahrungsverhältnisses¹ – etwa als Vermögensverwalterin² oder Anlageberaterin³ – ist seit langem streitig, inwieweit sie angesichts der Fremdnützigkeit⁴ dieser Geschäfte zur Offenlegung und Herausgabe verpflichtet ist.⁵

Indes greift diese Betrachtungsweise zu kurz. Denn sie übergeht die vorgelagerte Frage, welche Drittvergütungen eine beauftragte Person überhaupt *annehmen* darf.⁶ Zudem

¹ Vgl. etwa BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 13; BUCHER, 230.

² BGE 137 III 393, 395 E. 2.1; 132 III 460, 463 E. 4; 124 III 155, 161 E. 2b; BGER 4C.18/2004 vom 3. Dezember 2004 E. 1.1, in: Pra 2005 Nr. 73 S. 566; ROSAT, 4 mit historischen Hinweisen; LOMBARDINI, SJ 2008, 415, 430; GUTZWILLER, 26; GUGGENHEIM, 208; WIEGAND/ZELLWEGER-GUTKNECHT, in: WIEGAND, 27, 30; SPR-HOFSTETTER, 6; THALMANN, ZSR 1994, 118, 191 FN 248; HOPT, 1987, 135, 139; ZIMMERMANN, SJZ 1985, 137, 138; SPR-BAERLOCHER, 685.

³ BGE 131 III 377, 380 ff. E. 4.1, in: Pra 2006, Nr. 31; 124 III 155, 161 E. 2b; 119 II 333 E. 5; BGER 4C.68/2007 vom 13. Juni 2008; 4A_168/2008 vom 11. Juni 2008; 4C.62/2007 vom 3. Juni 2008; GUTZWILLER, 52; LOMBARDINI, SJ 2008, 415, 416 f. 430; ROTH, in: FS Kleiner, 1, 11 f.; BERTSCHINGER, 12 ff, 53; SPÄLTI, 133, 135, 137.

⁴ Vgl. FN 15.

⁵ Vgl. nur das *obiter dictum* in BGER 4C.125/2002 vom 27. September 2002 E. 3.1, das die heutige Praxis zu Drittvergütungen einleitete, und die Fundamentalentscheide in BGE 132 III 460, 464 E. 4.1 und 137 III 393, 395 f. E. 2; zudem BGE 4A_688/2011 vom 17. April 2012; HGER ZH HG090121-O/U vom 19. Mai 2011; OGER ZH LB090076 vom 13. Januar 2012. In *Deutschland* reichen die einschlägigen Urteile des Reichsgerichts über ein Jahrhundert zurück: RG I 334/04 vom 10. Dezember 1904, in: JW 1905, 118 und Bank-Archiv 1905, 73 (Vertriebsvergütungen an Bankier); RG III 411/19 vom 27. April 1920 in: RGZ 99, 31, 33 (Schmiergeld an Beauftragten). Zu den aktuellen Leitentscheiden zählen BGH XI ZR 349/99 vom 19. Dezember 2000, XI ZR 56/05 vom 19. Dezember 2006, XI ZR 510/07 vom 20. Januar 2009, XI ZR 586/07 vom 12. Mai 2009, XI ZR 330/08 vom 27. Oktober 2009, III ZR 196/09 vom 15. April 2010 und XI ZR 308/09 vom 29. Juni 2010. Zur Lehre vgl. die ff. FN.

⁶ Vgl. immerhin SETHE, in: FS Nobbe, 769, 776 m.w.N. Nur bzgl. *Schmiergelder* wird öfters ein Annahmeverbot postuliert: so m.H.a. Art. 4a UWG etwa ROBERTO, ZSR 2009, 15, 28, s. dazu S. 279; vgl. auch BGH VII ZR 149/61 vom 7. Januar 1963, in: BGHZ 39, 1, 5. Zwar setzt auch

bleiben hierzulande (im Unterschied zur Lehre und Praxis in Deutschland) auch mögliche nachgelagerte Schadenersatzansprüche unbeachtet. Kurzum: Es fehlt bislang ein Tatbestandsmodell, anhand dessen sich der Umgang mit Drittvergütungen umfassend beurteilen liesse. Zwar konkretisiert und festigt sich die Rechtsprechung zusehends und gewährt so (wieder) Rechtssicherheit. Doch auch den Urteilen mangelt bislang jene letzte systematische Konsequenz, die idealerweise mit dazu beitragen könnte, Opponenten nicht nur zu überstimmen, sondern längerfristig auch zu überzeugen. Abhilfe tut not und darauf zielt der vorliegende Beitrag.

II. Annahme/-verbot

Vermögen gelangt aus unterschiedlichen *Gründen* zu einer Beauftragten. Zunächst gebietet es regelmässig schon die einwandfreie Auftragserfüllung, dass sie Vermögensvorteile direkt von ihrem Auftraggeber oder von Dritten entgegennimmt, die als *Instrumentalwerte* geeignet und bestimmt sind, den Zwecken der Geschäftsbesorgung zu dienen:⁷ das sog. zur Auftragsausführung Erhaltene.⁸ Hinzu kommen Vermögensvorteile in Form von *Produktionswerten*, welche die Beauftragte in Erfüllung des Auftrages mit den Instrumentalwerten oder zusätzlich zu diesen selbst (als Urheberin) erzeugt:⁹ das sog. bei der Auftragsausführung Geschaffene.¹⁰ Erlangt sie schliesslich von einer vertragsfremden Seite weitere Vermögensvorteile, werden diese von Dritten vereinnahmten *Ertragswerte* als das sog. bei der Auftragsausführung Erlangte bezeichnet.¹¹ Unter letztere Kategorie fallen grundsätzlich auch die vorliegend untersuchten Drittvergütungen.

Ob die Vermögensannahme im Rahmen eines Auftrags oder eines vergleichbaren Interessenverhältnisses *zulässig* ist, hängt m.E. davon ab, wie sich der Empfang der Werte auf den angestrebten Vertragszweck auswirkt. Dreierlei ist denkbar: *Zweckkonform* ist jener Empfang, der die Integrität des Auftraggebers, d.h. seine bestehende Rechtssphäre (*status ad quo*), wahrt und Vermögenswerte zum Gegenstand hat, die

Art. 26 MiFID-DR bereits auf dieser Stufe an. Die Norm ist aber innerstaatlich nicht unmittelbar anwendbar und zudem durch Auslegung weitgehend verwässert worden (vgl. FN 181). Der deutsche Umsetzungsakt ist überdies nur prudentieller Natur: Das FRUG und die hierdurch zum 1. November 2007 in Kraft getretenen Änderungen des WpHG bewirken daher regelmässig weder eine Begrenzung noch eine Erweiterung der zivilrechtlich zu beurteilenden Pflichten der Beauftragten (vgl. jüngst wieder BGH XI ZR 178/10 vom 27. September 2011 Rz. 50 m.w.N.).

⁷ Etwa eine Vollmachtsurkunde und Spesenvorschüsse (BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 118 m.w.N.), aber auch zur Anlage bestimmtes Vermögen.

⁸ BK-FELLMANN, Art. 400 OR Überschrift vor N 118 ff.; BORER-BENZ, 48.

⁹ BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 135 m.w.N.; BORER-BENZ, 53.

¹⁰ BK-FELLMANN, Art. 400 OR Überschrift vor N 135 ff.; BORER-BENZ, 53.

¹¹ BK-FELLMANN, Art. 400 OR Überschrift vor N 127 ff.; BORER-BENZ, 49.

tauglich und bestimmt sind, den Auftragserfolg (*status ad quem*) zu fördern. Das ist bei Instrumentalwerten schon angesichts ihrer Zweckwidmung zu vermuten. Entsprechend ist die Annahme zwar erlaubt, allerdings von bloss treuhänderischer Natur: Werte, die nicht vertragsgemäss verbraucht werden, sind dem Auftraggeber letztlich herauszugeben.¹² Als *zweckneutral* und damit ebenfalls zulässig erweist sich eine Vermögensannahme, wenn sie weder den angestrebten Auftragserfolg beeinflusst, noch den Auftraggeber in seiner Integrität tangiert.¹³ Gleiches gilt für Vermögenswerte, deren Annahme vom informierten Auftraggeber erlaubt bzw. genehmigt wurde und auf deren Herausgabe er ebenso gültig verzichtet hat.¹⁴ *Zweckwidrig* ist hingegen jede Vorteilsannahme, durch die eine Beauftragte ihre Pflichten verletzt. Das trifft erstens zu, wenn die Beauftragte illoyalerweise die Fremdnützigkeit des Auftrags missachtet, indem sie ihre eigenen oder dritte Interessen jenen des Auftraggebers vorzieht und zweitens, wenn sie den Auftraggeber direkt schädigt. Nachfolgend wird dargestellt, wie sich die Annahme einer Drittvergütung auf den Vertragszweck auswirken kann. Den Auftakt macht die zweckwidrige Vermögensannahme.

A. Bei Zweckwidrigkeit der Annahme von Drittvergütungen

1. Wegen Beeinflussung zulasten der Fremdnützigkeit

Die *Fremdnützigkeit* bildet den eigentlichen Kerngehalt der Interessenwahrungsverträge.¹⁵ Sie wird gerne mit der Formel umschrieben, dass die Beauftragte, «durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren [soll]»¹⁶. Ihren Ausdruck findet die so verstandene Fremdnützigkeit zum einen in Art. 402 OR, der den Auftraggeber in Abs. 1 nach gängiger Lesart verpflichtet, der Beauftragten jede Vermögenseinbusse zu erstatten, die sie gewollt hat, um den Auftrag zu

¹² Vgl. unten III.

¹³ BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 133 ff. Vgl. v.a. WIEGAND, recht 1994, 85, 89 und 92, der allgemeiner von der «Rechts- und Vermögenssphäre des andern» spricht, die es zu wahren gilt, sobald zwischen Parteien «eine vom Vertrauensgrundsatz beherrschte Sonderverbindung besteht».

¹⁴ Vgl. unten II.C.3.b und III.B.1.c.

¹⁵ Zur Fremdnützigkeit des *Auftrags* vgl. etwa BK-FELLMANN, Art. 389 OR N 25 und Art. 400 OR N 13, 154; BUCHER, 230; zur *Verwahrung* vgl. BSK OR I-KOLLER, vor Art. 472 ff. N 2 und Art. 474 N 1; HONSELL, 396; GUHL/SCHNYDER, Rz. 55.1; SPR-BAERLOCHER, 657, 670; zur *Kommission* vgl. BUCHER, 245; zum *Frachtführer* (Art. 446 i.V.m. 398 OR) vgl. BUCHER, 249. Eine die Fremdnützigkeit indizierende Treue- und Sorgfaltspflicht trifft schliesslich auch *Mäkler*, sobald sie ihre Tätigkeit aufgenommen haben: BSK OR I-AMMANN, Art. 412 N 8 und Art. 415 N 2 f.

¹⁶ Zit. BGE 132 III 460, 464 E. 4.1 und schon BGer 4C.125/2002 vom 27. September 2002 E. 3.1. Vgl. auch BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 113 f. und 127; SPR-HOFSTETTER, 119. Kritisch ROBERTO, ZSR 2009, 15, 37; LOMBARDINI/MACALUSO AJP 2008, 180, 188 f.

besorgen – falle diese in Form erhöhter Passiven an (Verpflichtungen)¹⁷, oder in Form verminderter Aktiven (die in Abs. 1 namentlich genannten sog. Auslagen und Verwendungen). Zu ersetzen sind zudem die gegen den Willen der Beauftragten bei vertragskonformer Ausführung des Auftrags entstandenen Schäden (Abs. 2).¹⁸

Im Gegenzug darf sich die Beauftragte durch die Besorgung des fremden Geschäfts allerdings auch nicht bereichern. Dieses *Bereicherungsverbot* äussert sich aber nach vorliegend vertretener Ansicht nicht erst im Herausgabeanspruch des Art. 400 OR,¹⁹ sondern bereits darin, dass die Beauftragte kraft Art. 394 Abs. 1 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR *Vermögenswerte gar nicht erst annehmen darf*, wenn sie durch deren Anreizwirkung in Versuchung geriete, ihre Dienste nicht mehr ausschliesslich in das Interesse ihres Auftraggebers zu stellen, sondern sich fortan (auch) von der Aussicht auf zusätzliche Eigenvorteile leiten zu lassen.²⁰

Der *Normzweck* hinter dieser Unterlassungspflicht fusst letztlich auf der ökonomischen Regel, dass sich zusätzlicher Nutzen gemeinhin nur um den Preis weiterer Risiken erzielen lässt.²¹ Je enger nun der Eigenvorteil der Beauftragten mit den von ihr auf fremde Rechnung geführten Geschäften gekoppelt ist, umso eher wird eine allfällige Risikoverwirklichung nicht (wenn überhaupt) nur in ihrer eigenen Rechtssphäre Folgen zeitigen, sondern auch (oder gar besonders) in den ebenfalls von ihr geführten Geschäften des Auftraggebers. Ein derartiges Zusatzrisiko hat ein Auftraggeber aber gar nicht erst hinzunehmen, denn es läuft dem Vertragszweck von vornherein zuwider, selbst ohne dass ihm schon ein konkreter Schaden erwächst. Die Annahme zweckwidriger Drittvergütungen hat daher von vornherein zu unterbleiben.

Unter dieses Annahmeverbot fallen Drittvergütungen indes nur, wenn sie eine Beauftragte zu einer Handlung (Tun oder Unterlassen) bewegen, welche die Vermögenssphäre des Auftraggebers tangiert und die sie ohne Impuls so nicht vorgenommen hätte. Eine derart *auftragsrelevante Anreizwirkung* wird indiziert durch (a) den Anreizcharakter einer Drittvergütung, (b) einen mit der Vergütung verfolgten Einmischungszweck, und

¹⁷ SPR-HOFSTETTER, 87 f.

¹⁸ SPR-HOFSTETTER, 85. Dabei legt das Bundesgericht die letztere Ersatzpflicht (in Harmonisierung zu Art. 422 OR) längst *extra legem* aus, so dass sich der Auftraggeber nur beim entgeltlichen Auftrag exkulpieren kann und ansonsten auch für Zufallsschäden haftet: BGE 129 III 181, 182 ff. E. 3, 4; 61 II 95, 97 f. E. 3; 48 II 487, 490 f. E. 3. Gl.M. die h.L., vgl. nur BK-FELLMANN, Art. 402 OR N 142 m.w.N., kritisch BSK OR I-WEBER, Art. 402 N 14, der die Exkulpation ausschliessen will, wenn ein Schaden der Berufsrisikosphäre der Beauftragten zuzuordnen ist.

¹⁹ So implizit aber OGer ZH LB090076 vom 13. Januar 2012 E. 4.1.

²⁰ In diesem Sinne schon SETHE, in: FS Nobbe, 769, 776, soweit nicht organisatorische Barrieren die Einflussnahme ausschliessen. Vgl. zu letzterem Aspekt aber unten II.A.1.c i.f.

²¹ Angenommen, die Diversifikation sei bereits optimal: MARKOWITZ, JoF 1952, 77 ff.

(c) die Beeinflussbarkeit der Empfängerin. Alle drei Aspekte werden im Folgenden näher erläutert.

a. Anreizcharakter (handlungsabhängiger Vorteil)

Eine Leistung sollte nur als Anreiz charakterisiert werden, soweit sie geeignet scheint, eine Empfängerin zu einer Handlung zu veranlassen. Eine solche Eignung ist umso eher zu bejahen, je *vorteilhafter* die Leistung ausgestaltet ist. Sie braucht nicht zwingend geldförmig oder geldwertig auszufallen, sondern kann auch ideeller Art sein,²² muss aber stets einen Schwellenwert überschreiten, der sie von Bagatelleleistungen abgrenzt, die gerade aufgrund ihrer Geringfügigkeit keine eigenen Handlungsimpulse zu setzen vermöchten.²³ Zudem darf die Vergütung nicht voraussetzungslos geschuldet sein, sondern muss wenigstens teilweise von einer Handlung der Empfängerin *abhängen*, worauf beispielsweise Berechnungsparameter hinweisen können, welche die Empfängerin mit ihren Handlungen beeinflussen kann. Jenseits dieses Handlungsspektrums fehlt ein Anreizcharakter von vornherein.

Gerade Drittvergütungen im Finanzanlagegeschäft erfüllen beide Kriterien regelmäßig.²⁴ Es handelt sich zumeist um bedeutende finanzielle, d.h. geldförmige Zuwendungen in Form von Zahlungen oder Rabatten²⁵ sowie um geldwerte Naturalleistungen²⁶ jeder nur denkbaren Gestalt.²⁷ Diese Vorteile richten Dritte vornehmlich an Beauftragte aus, die eine Mittlerposition einnehmen zwischen den Dritten einerseits, die Anlagen oder Anlagedienstleistungen anbieten, und den Anlegern andererseits, die diese Leistungen nachfragen. Zugleich koppeln die Dritten die Berechnung üblicherweise an den Absatz ihrer Produkte und Dienste, etwa indem sie daraus erzielte Einnahmen mit der Mittlerin teilen und/oder indem sie den Vergütungssatz vom Volumen der Vermögen abhängig

²² Zu denken ist an käuflich nicht erwerbliche, ehrenhalber verliehene Titel, Mitgliedschaften etc.

²³ Ihre Annahme ist entsprechend zweckneutral, vgl. unten II.C.1.

²⁴ Drittvergütungen haben hiezulande Tradition: So fixierte schon Art. 10 der Konvention IV zur einheitlichen Gebührenrechnung für offene Depots der SBVg einen Maximalsatz, den Banken an gewerbliche Verwalter und Treuhänder zahlen durften. Die WEKO fürchtete indes die Ausschaltung des Preiswettbewerbs (ohne die Zulässigkeit der Vergütungen als solche zu beurteilen) und setzte gegen den Widerstand der SBVg durch, dass die Konvention per 31. Dezember 1992 ausser Kraft trat: BGE 117 Ib 481, 482; eingehender BRETTON-CHEVALLIER, 41 FN 69 m.w.N.

²⁵ Vgl. nur SCHMID, 52 f.: z.B. Vorzugskonditionen auf eigenen Depots und Konti, Gebührenbefreiung durch die Börse während bestimmter Periode (sog. *fee holiday*).

²⁶ Sog. *soft commissions* oder *soft money* oder indirekte Vergütungen; vgl. HSU, 13 ff., 65 f. m.w.N.

²⁷ EBK Bericht 2008, 23: Zugang zu Studien- und Analyseergebnissen; vgl. etwa HSU, 14: Börsen- und Finanzinformationen, Rechercheergebnisse, Analysen, Steuer- und Rechtsberatung, Online-Zugriff auf Kundenverbindungen, Direktorderplattformen, Soft- und Hardware, Weiterbildung. Vgl. auch SCHMID, 53 und FN 249 m.w.N.; AEPLI, 9.

machen, die unter der Betreuung einer Beauftragten bei ihnen investiert sind,²⁸ wie die nachstehenden Praxisbeispiele illustrieren:²⁹

- (i) Wer (insb. als Depotbank) *Verwahrungsdienste* anbietet, teilt mit Mittlern (insb. Berater, Vermögensverwalter, Treuhänder und Fondsleitungen), die Vermögenswerte zuführen,
 - die gelegentlich für Aufbewahrung der Kontoeinlagen dem Anleger direkt belastete Kontoführungsgebühr (von jährlich bis zu CHF 100, die aber bei überschrittenen Mindesteinlagen und im Zusammenhang mit einer Vermögensverwaltung meist entfällt)³⁰: oft³¹ in Form von *Rückvergütungen*³² zwischen 20 und 50 Prozent, wobei diese Quote in der Regel auf dem gesamten Gebührenvolumen aller einem Mittler allozierbaren Kunden basiert;³³ sowie
 - die öfters für Aufbewahrung der Depoteinlagen (hausintern oder bei Depotstellen) und deren Administration (Dividendeninkasso, Zinsinkasso, Depotauszug, u.ä.) dem Anleger direkt belastete Depotgebühr³⁴ (von jährlich ein bis fünf Promille des Depotvolumens, abhängig aber auch von allfälligen inkludierten Zusatzdienstleistungen³⁵): regelmässig³⁶ in Form von *Rückvergütungen* zwischen 20 und 50 Prozent, wobei diese Quote auf dem gesamten Gebührenvolumen aller einem Mittler zurechenbaren Kunden basiert;³⁷ sowie
 - die selten (soweit nicht schon durch die Depotgebühr abgedeckt) für technische Verwaltungshandlungen (z.B. Zinsinkasso) dem Anleger direkt belastete Administrationsgebühr³⁸ (von jährlich rund einem halben bis zwei Promille des Depotvolumens)³⁹: in Form von *Rückvergütungen* zwischen 20 und 50 Prozent, wobei diese Quote in der Regel auf dem gesamten Gebührenvolumen aller einem Mittler zurechenbaren Kunden basiert.⁴⁰

²⁸ Vgl. etwa OGer ZH LB0900786 vom 13. Januar 2012 E. III.2.3 i.f. und III.3.A.5.1 m.w.N. (*in casu* freilich zur Herausgabepflicht). Dort richtete sich der Vergütungssatz prozentual nach dem Gesamtvolumen aller von der beklagten Beauftragten betreuten Anlagen (und damit anteilig auch nach dem Anlagevolumen des klagenden Auftraggebers). Ausserdem fand dieser Satz Anwendung auf jenen Umsatz, der auf Rechnung des Kunden erzielt wurde.

²⁹ Häufigkeit der einzelnen Kostentypen wird (zu je einem Fünftel) unterteilt in: selten / gelegentlich / öfters / meist / regelmässig gemäss: Vermögenspartner, 3.

³⁰ Vermögenspartner, 4.

³¹ BÜHRER, 55.

³² Der synonym verwendete Begriff der «Retrozessionen» ist in jeder Hinsicht verfehlt (vgl. WIEGAND/ZELLWEGER-GUTKNECHT, in: WIEGAND, 27, 43 und FN 57). Auch «Rückvergütung» ist aber unpräzise, wird doch die Vergütung nicht an die Quelle zurückgegeben, sondern vielmehr an den Endempfänger weitergereicht. «Weitervergütung» träfe die Sache schon eher.

³³ Vgl. BRETTON-CHEVALLIER, 40.

³⁴ EBK Bericht 2008, 24; Hsu, 13; Vermögenspartner, 4.

³⁵ Z.B. Steuerbescheinigung: Vermögenspartner, 4.

³⁶ BÜHRER, 138.

³⁷ Vgl. BRETTON-CHEVALLIER, 40.

³⁸ EBK Bericht 2008, 24; EMMENEGGER, in: EMMENEGGER, 59, 66.

³⁹ Vermögenspartner, 3.

⁴⁰ Vgl. BRETTON-CHEVALLIER, 40.

- Verwaltungsaufwand des Verwahrers bildet die sog. *Bestandes-(pflege-)kommission*, die ein Mittler, der «seine» Kundenvermögen beim betreffenden Verwahrer belässt, revolvierend als Treueprämie erhält (in der Regel als Promillesatz auf dem Gesamtvolumen aller Kundenbeziehungen beim Verwahrer, die von einem Mittler betreut werden).⁴¹
- (ii) Desgleichen teilt, wer *Handel* (etwa mit Devisen, Effekten, Derivaten oder Rohstoffen) betreibt, mit den Mittlern⁴², die Vermögenswerte für Transaktionen zuführen
 - die öfters für Treuhand- und insb. Kommissionsgeschäfte (z.B. Effekentransaktionen oder Treuhandfestgeldanlagen) dem Anleger pro Transaktion direkt belastete Courtagel (*brokerage fee* bzw. Transaktionskommission⁴³ zwischen zwei Promille und zwei Prozent degressiv zum steigenden Handelsvolumen, abhängig auch von Handelsplatz und Anlagetyp) oder sog. *ticket fee* (Fixgebühr von ca. CHF 40–250)⁴⁴: regelmässig⁴⁵ in Form von *Rückvergütungen* zwischen 20 und 50 Prozent (wobei der Satz mit der von einem Mittler betreuten Vermögenssumme steigt)⁴⁶ sowie
 - den meist bei Eigenhandel (sog. Festpreisgeschäft) mit Anlagen (z.B. Devisengeschäft) dem Anleger direkt pro Transaktion belastete Handelsspanne, d.h. der sog. *spread*⁴⁷ (ca. 0,05–3 % des Handelsvolumens, stark abhängig auch vom Anlagetyp und der jeweiligen Marktliquidität/Handelbarkeit⁴⁸): in Form von *Rückvergütungen*.
- (iii) Wer *Emissionen von Individualanlagen* (z.B. von strukturierten Produkten) tätigt, teilt mit Mittlern, die den Absatz fördern
 - die öfters beim treuhänderischen (z.B. kommissionsweisen) Verkauf direkt vom Anleger in Form eines Ausgabeaufschlags (Agio) vereinnahmte Platzierungsgebühr⁴⁹ (bis zu drei Prozent des Kaufpreises)⁵⁰: regelmässig⁵¹ in Form einer *Rückvergütung* (sog. *sales fee*)⁵²;
 - die öfters beim Verkauf aus Festübernahmebestand direkt vom Anleger als Ausgabeaufschlag (Agio) vereinnahmte Platzierungsgebühr⁵³ (bis zu drei Prozent des

⁴¹ In der Regel als Promillesatz auf dem Gesamtvolumen aller vom Verwalter bei einer Depotbank unterhaltenen Kundenbeziehungen: EMCH/RENZ/ARPAGAU, Rz. 1693. Vgl. auch EMMENEGGER, in: EMMENEGGER, 59, 68; SCHMID, 56; EBK Bericht 2008, 24.

⁴² Z.B. Broker im mehrgliedrigen Effekten- und Devisenhandel: HSU, 65 ff.; BÜHRER, 57.

⁴³ EMCH/RENZ/ARPAGAU, Rz. 1691; PREISIG, 105; EBK Bericht 2008, 24.

⁴⁴ Vermögenspartner, 4.

⁴⁵ BÜHRER, 138 (100 % der 17 auf die Umfrage antwortenden Banken).

⁴⁶ Alle bzgl. *Effektenhandel*: BÜHRER, 54 f. (30–50 %); ROTH, 40 (der Satz liege bei verwalteten Vermögen bis rund CHF 30 Mio. bei ca. 30 %, bei Vermögen über CHF 50 Mio. eher über 50 %); EBK Bericht 2008, 61 (20–50 %); EMMENEGGER, in: EMMENEGGER, 59, 66; SCHMID, 55.

⁴⁷ Differenz zwischen Ankaufs- und Verkaufspreis: PREISIG, 105.

⁴⁸ Z.B. deutlich mehr als 1 % der Wechselsumme bei Devisengeschäften: Vermögenspartner, 3 f.

⁴⁹ Sog. Verkaufs-/Ausgabe-/Abschlusskommission: PREISIG, 105 und 108; EBK Bericht 2008, 56.

⁵⁰ Vermögenspartner, 3.

⁵¹ BÜHRER, 138 (88 % jener 17 Banken, die auf eine Umfrage geantwortet haben).

⁵² PREISIG, 109; NOBEL/STIRNIMANN, SZW 2007, 343, 346.

⁵³ Sog. Verkaufs-/Ausgabe-/Abschlusskommission: PREISIG, 105, 108; EBK Bericht 2008, 56.

Kaufpreises)⁵⁴; in Form einer sog. *placement* bzw. *issuing fee* als *Rabatt* auf dem Emissionspreis oder als *Rückleistung* zu einem bestimmten Prozentsatz des fest übernommenen Volumens (für fest von Mittlern übernommene, v.a. zum Weitervertrieb bestimmte «Anlagepakete»⁵⁵).

- Mutmasslich aus Verwaltungsaufwand wird demgegenüber eine *Vergütung* für den Vertrieb (z.B. von strukturierten Produkten) am Sekundärmarkt bestritten.⁵⁶

(iv) Wer *Emissionen von Kollektivanlagen* (vgl. Art. 7 KAG) tätigt, teilt mit Mittlern, welche Anleger zuführen (d.h. die Platzierung von Anlageanteilen fördern),

- die zur Deckung der mit der Transaktion verbundenen Kosten direkt beim Anleger⁵⁷ vereinnahmte Ausgabekommission (von bis zu fünf Prozent des Kaufpreises)⁵⁸ oder selten beim Verkauf von ihm bezahlte Rücknahmekommission⁵⁹: regelmässig⁶⁰ in Form einer einmaligen sog. *Abschlussprovision* (zwischen ein und zwei Prozent des gezeichneten Kapitalvolumens, bei Hedgefonds bis zu fünf Prozent)⁶¹;
- die regelmässig u.a. für den Vertrieb dem gesamten Kollektivvermögen belastete *Verwaltungskommission*⁶² (zwischen einem Promille und zweieinhalb Prozent des investierten Kapitals)⁶³: in Form einer revolvingierenden sog. *Bestandspflegekommission* (*trailer fees*)⁶⁴ (im Schnitt 70 Prozent der Verwaltungskommission,⁶⁵ abhängig vom Gesamtanlagevolumen eines Mittlers am Quartalsstichtag⁶⁶, multipliziert mit einem Kommissionsatz – zwischen drei und fünf Promille bei Obligationenfonds und fünf

⁵⁴ Vermögenspartner, 3.

⁵⁵ PREISIG, 109; CONTRATTO/ERIKSSON, GesKR2009, 300, 301 f. m.w.N.; NOBEL/STIRNIMANN, SZW 2007, 343, 346. Vgl. auch unten II.A.1.b.

⁵⁶ Die EBK rügte 2007 eine Bank, die von den Anlegern für den Handel Courtagen eingenommen und zugleich derartige Vergütungen einbehalten hatte: EBK JB 2007, 88; vgl. auch SCHMID, 50.

⁵⁷ OGer ZH LB090076 vom 13. Januar 2012 E. 2.2; THÉVENOZ, in: THÉVENOZ/BAHAR, 337, 341 und 345 f.; NOBEL/STIRNIMANN, SZW 2007, 343, 346; AEPLI, 12 f.

⁵⁸ Sog. *Ausgabeaufschlag* oder *up front fee*: BÜHRER, 55; vgl. auch Vermögenspartner, 3.

⁵⁹ HSU, 73; auch Vertriebskommission, *redemption* oder *front end fee*, Courtage, Courtagenkommission oder Retrozession genannt: vgl. SCHMID, 49 FN 227; BÜHRER, 56.

⁶⁰ BÜHRER, 56 FN 264.

⁶¹ Vgl. LUCHSINGER GÄHWILER, 45; SCHMID, FN 11 m.w.N.; NZZ am Sonntag vom 19. September 2004, S. 5. BÜHRER, 56: i.d.R. 100% der vereinnahmten Ausgabekommission.

⁶² Sog. *management fee*: BÜHRER, 55; vgl. auch OGer ZH LB090076 vom 13. Januar 2012 E. 2.2; THÉVENOZ, in: THÉVENOZ/BAHAR, 337, 345; SCHMID, Rz. 9; NOBEL/STIRNIMANN, SZW 2007, 343, 345; HSU, 72 ff.; LUCHSINGER GÄHWILER, 45; AEPLI, 13.

⁶³ Vermögenspartner, 3.

⁶⁴ OGer ZH LB090076 vom 13. Januar 2012 E. 2.2; EBK Bericht 2008, 23; THÉVENOZ, in: THÉVENOZ/BAHAR, 337, 345; AEPLI, 13; NOBEL/STIRNIMANN, SZW 2007, 343, 349; LUCHSINGER GÄHWILER, 45; SCHMID, Rz. 9; HSU, 72; LOMBARDINI, SJ, 415, 439. Vgl. auch SFA Tr-RL II.3.2: «Als Bestandspflegekommissionen im Sinne dieser Richtlinie gelten Zahlungen aus der Verwaltungskommission an den Vertrieb». Damit nicht zu verwechseln sind (ebenfalls Rückvergütung oder Retrozession genannte) Rabatte an institutionelle Anleger, die wirtschaftlich betrachtet Fondsanteile für Dritte halten: vgl. nur EBK Bericht 2008, 23 f.; HSU, 72.

⁶⁵ BÜHRER, 56 FN 263 m.w.N.

⁶⁶ NOBEL/STIRNIMANN, SZW 2007, 343, 345; LUCHSINGER GÄHWILER, 45.

und siebeneinhalb Promille bei Aktienfonds⁶⁷ – je nach Absatzpotenzial⁶⁸ des Mittlers aufgrund seiner Kundenzahl und seines Gesamtanlagevolumens⁶⁹.

(v) Wer *Vermögensverwaltung* betreibt, leistet öfters⁷⁰ an Mittler, welche Kunden zuführen in Form einer sog. *finder's fee* bzw. *Beibringungskommission*⁷¹ (üblicherweise abhängig vom Mittler sowie vom vermittelten Kapitalvolumen) zwischen einem Viertel und einem Prozent (teils auch mehr) des vermittelten Kapitals⁷² (an einem Stichtag oder als Nettowert aus allen Ein- und Ausgängen während einer Periode⁷³). Alimentiert wird diese Vergütung nicht direkt aus den beim Anleger erhobenen Gebühren, sondern sie bildet Verwaltungsaufwand.⁷⁴

(vi) Wer *Versicherungen* anbietet, teilt sodann mit Mittlern (insb. Agenten und Makler)

- die für eine Versicherung direkt vom Versicherten vereinnahmten Prämien: in Form von sog. *Courtagen* bzw. *Bestandesprovisionen*, die eine existente Versicherung an einem Stichtag voraussetzen, i.d.R. entsprechend revolvierend sind und sich als Prozentsatz des Prämienvolumens berechnen⁷⁵. Einfluss auf die Provisionshöhe haben zudem das Versicherungsprodukt und/oder die Versicherungssumme oder die Spareinlage⁷⁶, teils nehmen aber auch überindividuelle Bemessungskriterien Einfluss (bei sog. *Superprovisionen*)⁷⁷: Diesfalls korreliert die Provision zusätzlich relativ mit Eigenschaften eines gesamten Policen-Portfeuillees, das ein Mittler bei einer Versicherungsunternehmung platziert hat; sei es bzgl. Prämienvolumen oder -wachstum (sog. *contingent commissions*) oder Globalschadenssumme (sog. *profit commissions*) sämtlicher Versicherten, die über denselben Vermittler zur Versicherungsunternehmung gelangt sind;⁷⁸
- die für Versicherungen direkt vom Versicherten vereinnahmten Prämien: in Form von einmaligen *Abschlussprovisionen*, die etwa im Bereich der Krankenzusatzversicherungen absolut festgelegt werden.⁷⁹ Freilich übersteigt diese Provision die ersten Prämien regelmässig, wird daher von der Versicherung kreditiert. Kommt es zu einer Umwandlung oder einem Rückkauf (v.a. bei Lebensversicherungen), können derarti-

⁶⁷ Vor rund fünf Jahren wurden Sätze von 0,3–0,5 % (Obligationenfonds) und 0,5–0,75 % (Aktienfonds) genannt: SCHMID, Rz. 9 und FN 15 m.w.N.

⁶⁸ NOBEL/STIRNIMANN, SZW 2007, 343, 346.

⁶⁹ THÉVENOZ, in: THÉVENOZ/BAHAR, 337, 345.

⁷⁰ BÜHRER, 138 (44 % der 17 Banken, die auf eine Umfrage geantwortet haben).

⁷¹ EBK Bericht 2008, 24; EMMENEGGER, in: EMMENEGGER, 59, 67; EMCH/RENZ/ARPAGAU, Rz. 1693; BÜHRER, 57 f.; BRETTON-CHEVALLIER, 166 ff.; DE CAPITANI, in: FS Chappuis, 28 f.

⁷² AEPLI, 8 f.; BÜHRER, 53 f.; SCHMID, 57: i.d.R. ab Nettoneuvermögen von CHF 1 Mio. p.a.

⁷³ BRETTON-CHEVALLIER, 41; SCHMID, 57.

⁷⁴ BRETTON-CHEVALLIER, 167.

⁷⁵ GEHRIG/GARDIOL, 122.

⁷⁶ HSU, 82.

⁷⁷ Sie sind indes inzwischen teilweise verboten; vgl. bei FN 234 f.

⁷⁸ GEHRIG/GARDIOL, 122 f.; HSU, 82 m.w.N.

⁷⁹ GEHRIG/GARDIOL, 122.

ge, noch nicht mit Prämien amortisierte Kosten z.T. nicht auf den Versicherten überwälzt werden.⁸⁰ Insoweit bilden sie Verwaltungsaufwand der Versicherung.

(vii) Wer endlich das *Aktivgeschäft* betreibt, teilt mit Mittlern, die Schuldner zuführen, den regelmässig aus Kreditgeschäften⁸¹ gewonnenen Zinsertrag in Form von *Rückvergütungen*.⁸²

Alleine vom Anreizcharakter darf freilich noch nicht auf die Anreizwirkung geschlossen werden. Vielmehr bedarf es ausserdem – neben einer beeinflussbaren Empfängerin (dazu sogleich unter II.A.1.c) – eines Einmischungszwecks:

b. Einmischungszweck (kein Entgelt für eigenwirtschaftliche Geschäfte)

Jedenfalls in geschäftlichen Angelegenheiten wird eine Leistung prinzipiell nie in Schenkungsabsicht erbracht.⁸³ Daher ist nach jener Gegenleistung zu fragen, zu der eine Drittvergütung in einem synallagmatischen Austauschverhältnis steht. Aus der so ermittelten Gegenleistung ergibt sich, ob der Dritte sich mit Hilfe des Anreizes in ein ihm fremdes Auftragsverhältnis einmischt oder nicht. Zwar ist es grundsätzlich durchaus zulässig, jemanden durch eine vorteilhafte Leistung zu einer erwünschten Gegenleistung zu bewegen. Die pflichtgemässe Auftrags Erfüllung wird aber gefährdet, wenn diese Gegenleistung von einer Beauftragten erbracht wird, die damit (auch) die Vermögenssphäre des Auftraggebers beeinflusst. Denn so erlangt der Dritte die Möglichkeit, wenigstens indirekten Einfluss auf die Vermögensdispositionen des Auftraggebers zu nehmen, was die Fremdnützigkeit jedenfalls dann gefährdet, wenn der Dritte – wie in Finanzanlagegeschäften üblich – in einem Interessengegensatzverhältnis zum Auftraggeber (und Anleger) steht.

Eine solche Intervention ist dann nicht zu befürchten, wenn eine Vergütung nachweislich für eine typischerweise entgeltliche,⁸⁴ nicht bereits aus anderen Gründen geschuldete, mithin vollkommen⁸⁵ genuine, d.h. *eigenwirtschaftliche Leistung* ausgerichtet worden ist.⁸⁶ Denn in einem solchen Fall scheint es in geschäftlichen Angelegenheiten ohne gegenteilige Hinweise wiederum ausgeschlossen, dass der Dritte diese Leistung unentgeltlich entgegengenommen und die Vergütung stattdessen zwecks Einflussnahme auf das Auftragsverhältnis bezahlt hat. Vielmehr ist anzunehmen, dass die Vergütung des

⁸⁰ Vgl. FINMA-RS 2008/40 Lebensversicherung vom 20. November 2008, Rz. 74 ff.

⁸¹ BÜHRER, 57; EMCH/RENZ/ARPAGAU, Rz. 1691; vgl. etwa zu Konsortialkrediten SCHMID, 45.

⁸² Ein solcher Fall lag etwa zugrunde in BGH XI ZR 113/00 vom 16. Januar 2001.

⁸³ Vgl. BGER 4C.89/2004 vom 9. März 2005 E. 3, 5.1, in: Pra 2005 Nr. 118, 822, 824 f., 827; nicht publ. in BGE 131 III 222.

⁸⁴ ABEGGLEN, SZW 2007, 122, 129.

⁸⁵ A.M. ROBERTO, ZSR 2009, 15, 38, nach dem ein Vorteilsgrund genügt, der «*nicht ausschliesslich* in der Geschäftsbesorgung eines bestimmten Auftrages liegt» (Hervorhebung hinzugefügt).

⁸⁶ ABEGGLEN, SZW 2007, 122, 126 FN 8 und 130; ROBERTO, ZSR 2009, 15, 36 ff.

Dritten und die eigenwirtschaftliche Leistung der Empfängerin in gegenseitiger Abhängigkeit zueinander begründet worden sind und erfüllt werden sollen, der Vergütung ein Interventionszweck also abgeht.

Anders hingegen, wenn die soeben beschriebene eigenwirtschaftliche (für eigene Rechnung erbrachte) Leistung fehlt, sei es, (i) dass schon deren *Existenz unbelegt* bleibt,⁸⁷ oder (ii) dass eine Leistung zwar nachgewiesen ist, diese aber *nur vorgeschoben* wird, was zu vermuten ist, wenn sie sich als *unnötig oder ungeeignet* erweist oder im Vergleich zur Vergütung ein *exorbitantes Leistungsungleichgewicht* besteht. Denn obwohl es in einer Marktwirtschaft wie der unsrigen «den gerechten» Preis für eine Leistung nicht gibt, weckt ein exzessives Entgelt, «das in einem Missverhältnis zum wirtschaftlichen Wert der ... erbrachten Dienstleistungen steht»⁸⁸ Zweifel, ob die Drittvergütung nicht doch «verdeckt für die blosser Bevorzugung bestimmter ... Produkte des fraglichen Anbieters belohnt werde»⁸⁹. Soweit aber jene Schwelle nicht überschritten wird, ist einer Beauftragten diese zusätzliche Einkommensquelle zuzugestehen, auch wenn mit ihr eine Restgefährdung der Fremdnützigkeit einhergehen mag.⁹⁰ Denn auch einem erfolgsabhängigen Direkt Honorar eignet diese Gefahr, ohne dass es für Beauftragte generell⁹¹ verboten wäre. Schliesslich (iii) darf die angeblich genuin für Dritte erbrachte Leistung nicht sowieso *bereits geschuldet sein*.⁹² Dabei spielt es keine Rolle, ob die Pflicht aufgrund des Aufsichtsrechts vorbesteht, oder etwa auf einem Auftrag fusst.⁹³ Bei (prudentiell oder zivil) bereits geschuldeten Leistungen besteht nämlich für eine wirtschaftlich agierende Dritte keinerlei Veranlassung, sie noch eigens zu entschädigen – es sei denn, das Resultat solle eben in eine andere Richtung gelenkt werden, was folglich wiederum für den Einmischungszweck der Vergütung spricht. Einige Anwendungsfälle seien nachstehend erwähnt:

Fallweise ist etwa bei *Kundenerhebungen* (sog. *know your client*-Prozess) zu entscheiden: Sie dürfen nur als eigenwirtschaftlich bezeichnet werden, soweit eine Mittlerin sie nicht bereits aufgrund ihrer eigenen Stellung als Finanzintermediärin unter dem Geldwäsche-

⁸⁷ So in OGer ZH LB0900786 vom 13. Januar 2012 E. III.3.B.

⁸⁸ Zit. OGer ZH LB090076 vom 13. Januar 2012 III.3.B.3.2; vgl. ABEGGLEN, SZW 2007, 122, 130.

⁸⁹ Zit. OGer ZH LB090076 vom 13. Januar 2012 III.3.B.3.2; vgl. ABEGGLEN, SZW 2007, 122, 130.

⁹⁰ Vgl. auch OGer ZH LB0900786 vom 13. Januar 2012 E. III.3.B.3.1 (dort aber zur Herausgabe), wonach «eine (adäquate) Entschädigung für effektiv erbrachte Vertriebsdienstleistungen im Kern nicht zu beanstanden [sei] und auch nicht der Herausgabepflicht unterstünde». A.M. wohl EMMENEGGER/SCHMID, in: FS Tercier, 215, 225, die deswegen (und wegen des Bereicherungsverbots) jedenfalls für eine strikte Herausgabepflicht plädieren.

⁹¹ Zu den Schranken s. aber II.C.3.a.

⁹² Vgl. ABEGGLEN, SZW 2007, 122, 129.

⁹³ Auf letztere Variante deutet der Umstand hin, dass der Auftraggeber für diese Leistung Honorar (oder Aufwandsersatz) bezahlt, wobei eine eigenwirtschaftliche Leistung u.U. auch fehlen kann, wenn ein Auftraggeber für eine primär ihm geschuldete (und nur als Reflex für den Dritten mit erbrachte) Leistung kein Honorar entrichtet. Vgl. ABEGGLEN, SZW 2007, 122, 129.

reigesetzt (GwG) vorzunehmen hat – selbst wenn deren Erfüllung wie gesehen nur prudenziell und nicht direkt gegenüber einem Kunden geschuldet ist. Somit greift es zu kurz, z.B. die delegierte GwG-Identifikation als sowieso legitime, konfliktfreie Leistung zu bezeichnen.⁹⁴ Genuin ist vielmehr nur der aus dieser Delegation entstandene Zusatzaufwand (Kopien erstellen und versenden, Abfüllen in unterschiedliche Formularformate, Zusatzabklärungen etc.).

Nicht selten fehlt eine eigenwirtschaftliche Leistung sodann bei einzelnen *Vertriebsleistungen*, jedenfalls soweit ein damit betrauter Vertriebsträger zugleich in einer Auftragsbeziehung zum Anleger steht.⁹⁵ Das gilt m.E. etwa für das *Lagern und Abgeben von Marketing- und Vertragsdokumenten* im Vorfeld und anlässlich einer Zeichnung von Fondsanteilen – obwohl diese Dienste gerne als eigenständige Leistung erwähnt werden.⁹⁶ Denn soweit die Zeichnung im Rahmen *diskretionärer Verwaltung* stellvertretend für den Anleger und Auftraggeber erfolgt, ist Letzterer bereits aufgrund des Verwaltungsmandates ausreichend zu dokumentieren. Von einer professionellen *Beratung* darf nicht weniger erwartet werden: Der Auftraggeber ist im Voraus (da er gegebenenfalls eine Vermögensdisposition tätigen will) nicht nur vollständig, hinreichend ausführlich, verständlich und wahrheitsgetreu über sämtliche dispositionsbedürftige Umstände zu informieren, sondern auch in nachprüfbarer Weise.⁹⁷ Doch selbst wenn eine reine *Transaktionsabwicklung* vorliegt, die Initiative also vom Anleger ausgeht (wodurch sich die Abgabe von reinen Marketingunterlagen erübrigt) und er zu diesem Zweck einen Vertrag unterzeichnet, gemäss dem die Mittlerin Anlageanteile auf seine Rechnung zu erwerben hat,⁹⁸ entsteht wiederum ein auftragsrechtliches oder -ähnliches⁹⁹ Interessenwahrungsverhältnis, unabhängig davon, ob die Mittlerin treuhänderisch oder in fremdem Namen tätig wird.¹⁰⁰ Es verpflichtet die Mittlerin, vollständig herauszugeben, was der Anleger vom Emittenten bzw. von der Fondsleitung aufgrund der Zeichnung verlangen kann – und dazu gehört zweifellos auch die vollständige Vertragsdokumentation.

Ebenfalls nach den soeben angestellten Überlegungen ist schliesslich die *Nachfragebündelung* zu beurteilen, d.h. die «mengenmässige Zusammenfassung von Nachfragen»¹⁰¹ oder sog. «Aggregierungsfunktion»¹⁰². Dieser Wertschöpfungsfaktor wird regelmässig ins Feld geführt, um Vergütungsformen zu rechtfertigen, deren Höhe sich nach dem Transaktions- oder Anlagevolumen des Gesamtportefeuilles (bestehend aus einer Vielzahl von

⁹⁴ So aber HSU, 41.

⁹⁵ Bezeichnenderweise unternahm die UBS als beklagte Vertriebsträgerin in OGer ZH LB90076 vom 13. Januar 2012 nicht einmal den Versuch, die fraglichen Leistungen nachzuweisen.

⁹⁶ Vgl. nur ABEGGLEN, SZW 2007, 122, 132.

⁹⁷ Vgl. zur Information unten IV.

⁹⁸ Sog. *subscription agreement*: PREISIG, 91.

⁹⁹ Vgl. FN 126.

¹⁰⁰ Bzgl. indirekter Stellvertretung BGer 4C.125/2002 vom 27. September 2002 E. 2.1; PREISIG, 9; bzgl. direkter Stellvertretung SCHMID, 13; LUCHSINGER GÄHWILER, 62; a.M. ABEGGLEN, SZW 2007, 122, 128, der Vertragslosigkeit zwischen Anleger und Mittlerin als «typisch» für diese Konstellation bezeichnet (im Grundsatz die Möglichkeit eines Auftrags aber anerkennt).

¹⁰¹ Zit. ROBERTO, ZSR 2009, 15, 37.

¹⁰² Zit. NOBEL/STIRNIMANN, SZW 2007, 343, 348.

Einzelkunden) eines Vergütungsempfängers oder nach beidem richtet (etwa die sog. Superprovisionen im Versicherungsvertrieb)¹⁰³. So wird argumentiert, dass mit ihnen die «Schaffung, Bewirtschaftung und organisatorische Bewältigung»¹⁰⁴ eines potentiellen Anlegerpools abgegolten werde, was gemeinhin auch pauschal als «Kundenpflege»¹⁰⁵ oder «durch die Aggregation geschaffene Wertschöpfung»¹⁰⁶ bezeichnet wird, ohne dass die eigentlichen Leistungen näher beschrieben würden. Indessen wird ein derartiger Pool nicht primär zum Zwecke des Vertriebs geschaffen, bewirtschaftet und organisiert, sondern er entsteht schon deshalb, weil die potentiellen Anleger sich bei einem Mittler zusammenfinden um dessen gewerblich angebotenen Dienste in Anspruch zu nehmen. Wenn es in diesem Zusammenhang zu einer Anlage kommt – sei es aufgrund von Verwaltung, Beratung oder einem blossen Transaktionsauftrag – so agiert der Mittler regelmässig bereits in Erfüllung einer entsprechenden *Pflicht gegenüber dem Anleger*. Folglich ergibt sich das massgebliche Volumen automatisch, wenn eine Finanzintermediärin die einzelnen Kundenaufträge vertragsgemäss ausführt.¹⁰⁷ Überdies sind Finanzintermediäre heute schon aufgrund der prudentiellen Gewährsartikel¹⁰⁸ gehalten, eine entsprechend sophistierte *Infrastruktur, Logistik, Informatik, Belegschaft und Organisation bereit zu stellen*, um Aufträge i.S.v. Art. 398 Abs. 2 OR sorgfältig¹⁰⁹, d.h. v.a. effizient, professionell und zeitgerecht erbringen zu können – selbst wenn sich dies als kostenintensiv erweist, andernfalls ihnen aufsichtsrechtliche Sanktionen und Restriktionen der Geschäftstätigkeit drohen. Die so erreichte Bündelung von Aufträgen mag zwar auch beim Dritten zu Kosteneinsparungen führen, der eine kleine Zahl von Grossbestellungen statt zahlreiche Kleinbestellungen zu verarbeiten hat.¹¹⁰ Dies geschähe aber wie gesehen bereits ohne ein entsprechendes Entgelt. Die Vertriebsstruktur, von der die Dritten als Anlageanbieter mit profitieren, weil sie sie nicht erst selber teuer einrichten müssen, erweist sich damit regelmässig als blosser Reflex einer schon aufsichtsrechtlich gebotenen Organisation der Beauftragten. Somit sind dennoch dafür ausgeschüttete Vorteile wirtschaftlich prinzipiell

¹⁰³ Vgl. zur künftigen Regelung unter VVG und BVV 2 unten Haupttext bei FN 235.

¹⁰⁴ Zit. NOBEL/STIRNIMANN, SZW 2007, 343, 348.

¹⁰⁵ Zit. LUCHSINGER GÄHWILER, 59.

¹⁰⁶ Zit. NOBEL/STIRNIMANN, SZW 2007, 343, 348.

¹⁰⁷ So schon BRETTON-CHEVALLIER, 160.

¹⁰⁸ Vgl. für *Banken* Art. 3 Abs. 2 lit. c und c^{bis} sowie Art. 3 f. Abs. 1 BankG; im *Versicherungswesen* Art. 14 und 21 VAG i.V.m. Art. 12 und 14 AVO (Versicherungsunternehmen), Art. 67 VAG (Versicherungsgruppen) und Art. 75 (Versicherungskonglomerate); im *Effektenhandel* Art. 3 Abs. 2 lit. b (Börsen und börsenähnliche Einrichtungen) und Art. 10 Abs. 2 lit. d BEHG (Effektenhändler); bei *Kollektivanlagen* Art. 14 Abs. 1 lit. a und b und Abs. 3 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 KAG sowie Art. 10 f. KKV (Fondsleitungen, SICAV, Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen, SICAF, Depotbanken, Vermögensverwaltungen schweizerischer und freiwillig unterstellter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen, Vertriebsträger und Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen); bzgl. *Geldwäschereibekämpfung* Art. 14 lit. c (direkt der FINMA-Aufsicht unterstellte Finanzintermediäre) und Art. 24 Abs. 1 lit. c GwG (von der FINMA anerkannte Selbstregulierungsorganisationen); für delegierte Aufsicht Art. 26 Abs. 2 und 3 FINMAG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Lit. b (Prüfungsgesellschaften) und Art. 4 Lit. b FINMA-PV (Prüfer).

¹⁰⁹ Vgl. nur WIEGAND/GUTKNECHT, in: WIEGAND, 155, 169 ff. m.w.N.

¹¹⁰ Vgl. ROBERTO, ZSR 2009, 15, 37.

unnötig – sofern mit ihnen nicht der Anreiz geschaffen werden soll, Transaktionen mit dem Dritten oder seinen Anlagen vorzunehmen.

Kein Beleg für Eigenwirtschaftlichkeit ist endlich der angeblich mit Transaktions- und Anlagevolumen korrelierende *Risikoanstieg*,¹¹¹ schliessen doch Finanzintermediäre ihre Haftung bis heute regelmässig möglichst weitgehend aus. Mindestens aber hätte eine Mittlerin, die regulatorisch zu entsprechender Eigenmittelunterlegung bei Risikoübernahme verpflichtet ist, den Nachweis zu erbringen, dass sie diese Unterlegung tatsächlich vorgenommen hat, andernfalls ist eher von einem vorgeschobenen Argument auszugehen.

Eigenwirtschaftlicher Natur sind hingegen Leistungen etwa im *Bereich der Kollektivanlage*, die jemand erbringt als *Investment Manager* (wenn er innerhalb der strategischen *asset allocation* im Anlage-Tagesgeschäft Adjustierungen vornimmt und Händler auswählt),¹¹² als *Investment Advisor* (Recherche und Anlageberatung),¹¹³ oder als *Arranger und (Co-)Structurer* (Emissionsberatung, Mitwirkung bei der Strukturierung massgeschneiderter Anlageprodukte).¹¹⁴ Denn selbst ein Vermögensverwaltungskunde kann seinen Verwalter höchstens anweisen, dass er in eine bestimmte Kollektivanlage(-art) investiert, nicht aber, dass er auf deren Entstehung und wirtschaftliche Entwicklung Einfluss nimmt.

In diesem Zusammenhang ist auch ein jüngeres Urteil der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts zu lesen. Es beschied pauschal, dass «Bestandspflegekommissionen ... bezahlt [werden] ... für Dienstleistungen (vorliegend strukturierte Produkte), die gegenüber dem Produkthanbieter ... erbracht werden»¹¹⁵. Gerade die Klammerbemerkung deutet darauf hin, dass damit Dienstleistungen im Rahmen der Produktentwicklung angesprochen sind, die durchaus als eigenwirtschaftliche Leistungen gelten können (etwa das Design von strukturierten Produkten, sog. *structuring*). Allerdings blieb vorliegend offenbar ungeprüft (oder ging aus dem Urteil wenigstens nicht hervor), welche ganz konkreten Leistungen im Einzelnen tatsächlich betroffen waren. Insofern darf dem Urteil jedenfalls keine Allgemeingültigkeit für Bestandspflegekommissionen zukommen

¹¹¹ A.M. ABEGGLEN, SZW 2007, 122, 129 FN 22 und 130: Es sei ein «Anknüpfen an die Fondsvolumina ... dort besonders angebracht, wo die Volumina im Durchschnitt ein Gradmesser des Aufwands und der Risiken sind». Vgl. auch BÜHRER, 54.

¹¹² Vgl. ABEGGLEN, SZW 2007, 122, 130.

¹¹³ Vgl. ABEGGLEN, SZW 2007, 122, 130.

¹¹⁴ Vgl. PREISIG, 107 f.; ABEGGLEN, SZW 2007, 122, 132.

¹¹⁵ Zit. BGer 6B_223/2010, 13. Januar 2011 E. 3.4.5 m.w.N. Dem Urteil lag grob folgender Sachverhalt zugrunde: Die A-«Branch» mit Sitz London emittiert strukturierte Produkte. Die mit ihr verbundene (unklar: als Hauptniederlassung oder innerhalb eines Konzerns) A Bank AG mit Sitz in Luzern hilft bei der Produktentwicklung und vertreibt diese Anlagen hernach auch unter ihren Kunden, für die sie (vertreten durch ihre Angestellten) als Vermögensverwalterin tätig ist. Die Bank in Luzern erhält für ihre Dienste Bestandspflegekommissionen von der A in London. Mitarbeiter X in Luzern zweigt diese aber auf eigene Rechnung ab. Streitig war, ob er so gegenüber seiner Arbeitgeberin ungetreue Geschäftsbesorgung nach Art. 158 Ziff. 1 StGB begangen hatte. Das wäre nur zu bejahen, wenn die Kommissionen der Bank in Luzern (so laut Urteil) und nicht ihren Kunden zustehen.

– nur schon, weil die in der Lehre seit Jahren geführte Diskussion zur Frage der Ablieferungspflicht von Vertriebsentschädigungen nicht einmal Erwähnung fand, geschweige denn bewertet worden wäre.¹¹⁶

Zu Recht hat daher später das Zürcher Obergericht in einem zivilen Streit zwischen anderen Parteien für jedes Anlageprodukt separat ermittelt, ob es sich bei Vergütungen, welche die beklagte Bank von Fondsträgern kollektiver Kapitalanlagen (traditionelle Fonds und alternative Anlagen) sowie von Emittenten strukturierter Produkte erhalten hat und erhält, um Vergütungen für eigenwirtschaftliche Vertriebsleistungen handelt oder nicht.¹¹⁷ Dabei hat nach dem Grundsatz *negativa non sunt probanda* die beauftragte Mittlerin zu belegen, dass überhaupt eine Leistung erbracht wurde,¹¹⁸ während der Auftraggeber sodann beweisen muss,¹¹⁹ dass sie schon geschuldet oder nur vorgeschoben (z.B. unnötig, ungeeignet oder überteuert) war.¹²⁰

Auch in einer zweiten Kategorie von Fällen fehlt Drittvergütungen ein vertragswidriger Einmischungszweck. Dann nämlich, wenn sie zwar eine Mittlerin beeinflussen – und damit indirekt auch die Vermögensdispositionen des Anlegers – dieser die fraglichen Handlungen aber *nicht im Zuge eines Auftrags, sondern* etwa als Käufer vornimmt. Angesprochen sind damit primär Situationen im (Effekten-)Handel, in denen Mittler den Vertrieb nicht auf fremde Rechnung ausführen, sondern durch *Eigengeschäfte*: Dabei übernimmt eine Finanzintermediärin Anlagen bei einer Neuemission oder im Rahmen einer Sekundärplatzierung zunächst in ihren Eigenbestand und veräussert sie anschliessend in eigenem Namen und auf eigene Rechnung an die Anleger. Sie trägt insofern das

¹¹⁶ So auch OGer ZH LB0900786 vom 13. Januar 2012 E. III.3.A.3.2.

¹¹⁷ OGer ZH LB0900786 vom 13. Januar 2012 E. I.2 und III. 2.1. Dort indes zur Frage, ob diese Vergütungen gemäss Art. 400 OR an ihre Vermögensverwaltungskunden *herauszugeben* seien. Freilich trat die Beklagte den Beweis entsprechender genuiner Gegenleistungen gar nicht erst an (vgl. E. III.3.B.5.4). So wurde sie zur Auskehr aller (konzernexternen) Einnahmen verurteilt, weil kein gültiger Verzicht vorlag (vgl. E. III.3.E.4) und das Gericht auch den Anreizcharakter als erwiesen ansah (wenn es dies auch nicht so sagte, sondern den «inneren Zusammenhang» bejahte wegen der indirekten Kosten zulasten des Auftraggebers und der Berechnungsparameter, die von Vermögensdispositionen des Auftraggebers abhingen): E. III.3.B.5.3.

¹¹⁸ Das in OGer ZH LB0900786 vom 13. Januar 2012 E. E. III.3.B zur Herausgabe Gesagte gilt beim Annahmeverbot nicht minder: Führt der Nachweis der eigenwirtschaftlichen Gegenleistung dazu, dass die Beauftragte das einmal Vereinnahmte behalten kann, ist nicht einzusehen, weshalb nicht auch bereits die Annahme erlaubt sein sollte.

¹¹⁹ In Anlehnung an WALTER, ZSR 2008, 99, 120 f. Der Nachweis obliegt ihm hier freilich unabhängig davon, ob er die fragliche Leistung als Erfüllung angenommen oder innert Frist protestiert hat, da er nicht deren Vertragswidrigkeit mit Blick auf das Auftragsverhältnis behauptet, sondern nur deren auftragsabhängige causa.

¹²⁰ Diese Differenzierung musste OGer ZH LB090076 vom 13. Januar 2012 nicht vornehmen, da in casu die Mittlerin bereits den Leistungsnachweis als solchen schuldig blieb.

Platzierungsrisiko¹²¹ und kommt im Gegenzug in den Genuss einer Rückleistung oder eines «Einkaufsrabatts».¹²²

Diese Gewinnmarge bedarf m.E. unbedingt einer differenzierten Betrachtung. Es wäre zu pauschal, hier alleine auf die *formal* allenfalls gegebene kaufrechtliche oder kaufähnliche Natur¹²³ der Veräußerung abzustellen¹²⁴ und ein Einmischungszweck deshalb von vornherein zu verneinen. Genauso wenig geht es aber an, diese Einkünfte unbesehen dem Regime der auftragsrechtlich erlangten Ertragswerte zu unterwerfen.¹²⁵ Richtigerweise ist vielmehr zunächst festzustellen, ob überhaupt ein Verkauf (und nicht doch eine treuhänderische Veräußerung) stattgefunden hat. Dabei ist zu beachten, dass im Verhältnis zwischen Effekthändlerin und Endkunde im Zweifelsfälle sowieso ein Kommissionsverhältnis (bzw. mangels körperlicher Objekte ein Auftrag)¹²⁶, wenn auch oft in der Variante des Selbsteintritts, vorliegt.¹²⁷ Etwas anderes gilt nur, wenn für den Anleger angesichts spezieller Umstände während der Vertragsentstehung «besonders deutlich» bzw. «offenkundig» ist, dass die Effekthändlerin «eine im eigenen Interesse handelnde Gegenpartei ist und demnach gerade keine Dienstleistung für den Kunden erbringen soll»¹²⁸. Das mag bei Primärmarktgeschäften noch eher der Fall sein und mitunter auch

¹²¹ Vgl. PREISIG, 86, 108; EMCH/RENZ/ARPAGAU, Rz. 1844 ff., 1905; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Rz. 74 ff. Vgl. diese Situation auch in OGER ZH LB090076 vom 13. Januar 2012 E.III.5.

¹²² Sog. *placement* oder *issuing fee*, vgl. bei FN 53–55.

¹²³ Vgl. BGE 112 II 444, 447 f. E. 4, in: Pra 1988 Nr. 62, 245, 247 f. (Kauf), 120 IV 276, 279 E. 4 (kaufähnlicher Innominatvertrag).

¹²⁴ So aber etwa BGH XI ZR 178/10 vom 27. November 2011 Rz. 44: «Eine ... Rückvergütung in diesem Sinne liegt hier nicht vor. Sie setzt ein Dreipersonenverhältnis voraus» und das fehle beim Festpreisgeschäft.

¹²⁵ So aber OGER ZH LB090076 vom 13. Januar 2012 E.III.5.

¹²⁶ Vgl. nur BSK OR I-LENZ/VON PLANTA, Art. 425 N 2 m.w.N. Freilich wird auch postuliert, dass das Kommissionsrecht analog heranzuziehen sei (vgl. SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2006, 71 FN 11), was jedenfalls zutreffend ist für jene Vorschriften in den Art. 425 ff. OR, die nicht alleine aufgrund der Körperlichkeit des Vertragsgegenstandes positiviert wurden. Denn will ein Kunde etwa eine bestimmte Anzahl einer als Bucheffekten kotierten Aktie kaufen, muss er sich dazu eines Effekthändlers bedienen, da die unmittelbare Teilnahme am Börsenhandel regelmässig einer privatrechtlichen Zulassung bedarf (vgl. nur Art. 4 BEHG i.V.m. den einschlägigen Börsenreglementen, etwa Ziff. 3 Handelsreglement vom 2. November 2011 der SIX; Ziff. 3 Handelsreglement vom 1. Oktober 2010 der Scoach, die beide für den (zivilen) Teilnehmervertrag eine Bewilligung i.S.v. Art. 10 BEHG verlangen). Der zwischen Anleger und Händler dazu geschlossene Vertrag behält weitestgehend den Charakter einer Kommission, übernimmt doch der Effekthändler gegen Gebühr in eigenem Namen für Rechnung des Anlegers einen Kauf (der sich seinerseits bekanntlich auch auf unkörperliche Gegenstände richten kann).

¹²⁷ Vgl. EBK Bulletin 2005, 172; ABEGGLEN, SZW 2007, 122, 127. Die Anfechtung wegen *error in negotio* i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. 31 OR ist jedenfalls der geschäftserfahrenen Finanzintermediärin verwehrt, da ihr das Wissen um diesen Umstand zu unterstellen ist.

¹²⁸ Zit. EBK Bulletin 2005, 173.

bei besonderen Sekundärmarktgeschäften,¹²⁹ ist aber im Einzelfall stets zu belegen, was schwierig sein dürfte, wenn die Händlerin bereits als beauftragte Beraterin oder Verwalterin für den Anleger tätig ist und dieser ohne Warnung nicht mit einem «Systemwechsel» rechnen muss.

Doch selbst wenn ein Festpreisgeschäft formal zu bejahen ist, muss es doch mit den gleichen Ellen wie ein Interessenwahrungsgeschäft gemessen werden, wenn die Händlerin in Wahrheit gar *kein eigengeschäftliches Risiko übernimmt*, etwa weil das Gegenstück (die Weiterveräusserung) schon feststeht. Das trifft nun jedenfalls dort zu, wo sie als diskretionäre Vermögensverwalterin bereits im Voraus abschätzen kann, welche Anzahl von Anlagen sie ohne Mühe und Risiko sowieso absetzen kann. Um hier echte von vorgeschobenen Eigengeschäften zu trennen, lassen sich somit letztlich die gleichen Kriterien heranziehen, die auch angewendet werden, um Kursschnitte aufzudecken.¹³⁰ (*Vice versa* dürfen als Eigengeschäfte taxierte Transaktionen richtigerweise bei der Berechnung der Gebühr für die diskretionäre Vermögensverwaltung nicht berücksichtigt werden.)

c. Beeinflussbare Empfängerin (trotz chinese walls oder Konzernstruktur)

Doch selbst wenn die Vergütung Anreizcharakter aufweist und nicht für eine eigenwirtschaftliche Leistung ausgerichtet wird, kann die Anreizwirkung im konkreten Fall ausbleiben, wenn es an einer effektiven Einflussmöglichkeit fehlt, weil der Vergütungsempfängerin bei einer fraglichen Vermögensdisposition jeder *Ermessensspielraum* fehlt. Das trifft v.a. auf reine Transaktionsabwicklungen (*execution only* Geschäfte) zu, bei denen der Anleger – gleich dem strafrechtlichen *omnimodo facturus* – seinen Anlageentscheid bereits gefällt hat und nur noch dessen Umsetzung verlangt. Gleiches gilt, wenn ein Anleger eine Mittlerin ohne deren vorherige Einflussnahme instruiert, sein Vermögen bei einer bestimmten Depotbank zu platzieren.¹³¹

Gleichwohl bleibt die Annahme der Drittvergütungen zweckwidrig, wenn sie den Auftraggeber schädigt, indem sie ihm einen Preisnachteil zufügt.¹³² Soweit zudem trotz einer konkreten Transaktionsweisung ein Handlungsermessen bestehen bleibt (beispielsweise

¹²⁹ So implizit BGE 112 II 444, 447 f. E. 4, in: Pra 1988 Nr. 62, 245, 247 f., 120 IV 276, 279 E. 4. Gemäss ABEGGLEN, SZW 2007, 122, 127 liegt ein Interessengegensatzgeschäft vor beim reinen Fondsvertrieb und in bestimmten Konstellationen bei der Platzierung strukturierter Produkte; am *Sekundärmarkt* zudem sehr oft bei Investment-Banking-Transaktionen, z.B. bei *block trades*. Vgl. nur EBK Bulletin 2005, 157 ff.

¹³⁰ Vgl. nur EBK Bulletin 2005, 157 ff.

¹³¹ Vgl. HSU, 40. Je nach Abrede zwischen Mittlerin und Drittem wird in diesem Fall gar keine *finder's fee* fällig, so dass der Dritte, wenn er unwissentlich doch leistet, eine Nichtschuld erbringt.

¹³² Vgl. sogleich eingehend II.A.2.a: Insb. wenn der Einmischungszweck (II.A.1.b) zu bejahen ist.

bei einer Effektenhändlerin hinsichtlich der Wahl des Börsenplatzes), bleibt auch eine Anreizwirkung möglich (wenn ihr etwa im mehrgliedrigen Handel der «Endbroker» eine Vergütung zahlt). Dann ist die Annahme schon aus diesem Grund zu unterlassen.¹³³

In diesem Zusammenhang bleibt zu klären, was gilt, wenn eine Mittlerin zwar über Ermessen verfügt, ihr aber aufgrund *innerbetrieblicher Informationsbarrieren* der Zusammenhang zwischen einzelnen Anlagen und Anreizen formell verborgen bleibt. Derartige sog. *chinese walls*, können zum einen auf strategischer Ebene errichtet werden, so dass Angestellte einer Mittlerin, die von ihr vertriebene Anlagepalette ohne Wissen um die einzelnen Vergütungskonditionen zusammenstellen und (wenn überhaupt) nur erfolgsabhängig entlohnt werden, wenn diese Palette im Ergebnis einen bestimmten Bezugswert (sog. *benchmark*) schlägt. Zum andern kann auch dem Kundenberater bzw. Vermögensverwalter dieses Wissen vorenthalten werden, so dass wiederum nur die Interessen des Anlegers überhaupt bekannt sind und berücksichtigt werden können.¹³⁴ Wohl spräche die reine Logik dafür, derart ausgeblendete Vergütungen als frei von Anreizwirkungen zu behandeln. Die Wirklichkeit spricht indessen eine andere Sprache: Die damalige EBK stellte 2008 fest, dass alle untersuchten Vermögensverwalter und Anlageberater «organisatorische Vorkehrungen getroffen [hatten], um entsprechende Anreize zur Übervorteilung ihrer Kunden zu verhindern»¹³⁵. Dass die Drittvergütungen seither reduziert worden wären (soweit sie noch nicht spezialgesetzlich verboten sind), hat aber soweit ersichtlich keiner der beteiligten Marktakteure behauptet. Deshalb stellt sich die Frage, weshalb gewinnstrebige Dritte angeblich wirkungslose Vergütungen in Milliardenhöhe¹³⁶ entrichten sollten. Die EBK mutmasste schon damals, dass «auf informeller Ebene weiter Konflikte mit den Interessen der Kunden bestehen und aktiv oder zumindest passiv ausgenützt werden könnten»¹³⁷. Solange für die Zahlungen kein anderer plausibler, d.h. rechtlich und ökonomisch überzeugender Grund nachgewiesen werden kann, ist davon auszugehen, dass diese Befürchtung nicht haltlos ist. Daher ist nach dem Gesagten anzunehmen, dass innerbetriebliche Informationsbarrieren die Anreizwirkung von Drittvergütungen offenbar nicht wirksam unterbrechen.

Noch offen ist schliesslich die Frage, wie *konzerninterne Vergütungen* zu beurteilen sind. Die Antwort ist von grosser praktischer Bedeutung. Denn vielfach finden sich

¹³³ Vgl. HSU, 65 ff.

¹³⁴ Vgl. insb. Art. 8 der Verhaltensregeln für Effektenhändler der Schweizerischen Bankiervereinigung SBVg: «zweckdienliche organisatorische Massnahmen». Vgl. auch OGER ZH LB 090076 vom 13. Januar 2012 E. 2: «Entlohnung und Anreizsystem für Portfolio Manager verwalteter Vermögen unabhängig von den ausgehandelten Vertriebsentschädigungen und Ausrichtung all-fälliger Boni ausschliesslich nach der Performance».

¹³⁵ Zit. EBK Bericht 2008, 73.

¹³⁶ Vgl. sogleich II.A.1.d.

¹³⁷ Zit. EBK Bericht 2008, 73. Vgl. ausserdem a.a.O. 57.

selbst in den Depots von Banken, die nicht nur haus- und konzerneigene Produkte vertreiben, sondern «sich dem offenen Ansatz verpflichtet haben, schwergewichtig eigene Produkte. Bei den meisten Banken stammen über die Hälfte der berücksichtigten Produkte aus eigenem Haus. ... In den Depots bei Vermögensverwaltern mit einer grossen eigenen Produktpalette ist diese deutlich übergewichtet.»¹³⁸ Bei der Beurteilung stehen zwei Argumentationslinien zur Wahl: (i) eine formal-rechtliche einerseits und (ii) eine wirtschaftliche andererseits. Freilich führen m.E. beide Wege zum gleichen Resultat, wie nachstehend dargelegt werden soll.

(i) Für den ersteren Ansatz hat sich in der hiesigen Lehre bis *dato* soweit ersichtlich nur EMMENEGGER ausgesprochen: Sie betrachtet die einzelnen Konzerngesellschaften als rechtlich selbstständig und bejaht damit ein Dreiparteienverhältnis, wenn eine Gesellschaft einer anderen Gesellschaft Vergütungen ausrichtet, weil Letztere in ihrer Funktion als Beauftragte bewirkt, dass der Auftraggeber Leistungen oder Produkte der Ersteren bezieht – selbst wenn vergütende und empfangende Gesellschaft konzernverbunden sind.¹³⁹ Dieser Ansatz verdient grundsätzlich den Vorzug. Dies, obwohl heute die konsolidierte Betrachtungsweise in ausgewählten Anwendungsgebieten generell (und im Bankbereich noch verbreiteter) zur Anwendung gelangt.¹⁴⁰ Denn alleine im Steuer- und teils im Konzernrecht dient sie dem Konzern selbst. Ansonsten aber ist sie – gerade umgekehrt – stets darauf angelegt, das individuelle und systemische *Umfeld* von Konzernen vor deren Marktmacht zu *schützen*¹⁴¹ und beruht zudem in aller Regel auf einer expliziten *Gesetzesgrundlage*. Eine (m.E. sowieso gesetzesübersteigende) Übertragung auf das Auftragsrecht brächte daher schon gar nicht die teils behauptete «Wertungskongruenz»¹⁴², sondern würde diese vielmehr verletzen, zumal gerade das Auftragsrecht die Interessen der Beauftragten (mithin der Konzerne) jenen des Auftraggebers wesensgemäss hintanstellt.

¹³⁸ Zit. EBK Bericht 2008, 35 f. Vgl. auch THÉVENOZ, in: THÉVENOZ/BAHAR, 336, 342.

¹³⁹ EMMENEGGER, in: EMMENEGGER, 59, 73 f. (getreu dem gängigem Ansatz nur bzgl. Herausgabe und Offenlegung).

¹⁴⁰ Insb. bzgl. Rechnungslegung (Art. 663e OR; Art. 6 BankG i.V.m. Art. 23a BankV), Aufsichtsaspekte (Art. 3b ff. BankG) wie etwa Eigenmittelanforderungen (Art. 6 ff. ERV), Übernahmerecht (Art. 20 und 32 BEHG), Grundstückerwerb (Art. 6 BewG), Steuern (z.B. Art. 61 und 69 DBG; Art. 24 Abs. 3 und 28 Abs. 1 StHG, Art. 13 MWSTG), Kartellrecht (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Vgl. detailliert PREISIG, 191 ff. m.w.N.

¹⁴¹ So schon PREISIG, 198 (und die Bsp. auf S. 192 f.). Dieses Fazit fliesst aber nicht in seine Schlüsse ein. Stattdessen fordert er «aufgrund einer systematischen Auslegung» eine konsolidierte Betrachtung, «welche die wirtschaftliche Realität des Konzerns besser erfassen» könne (zit. S. 200). Ob eine so verstandene Systematik dem Wesen des Auftrags Rechnung trägt, bleibt ungeprüft.

¹⁴² Zit. ABEGGLEN, in: Kunz et al., 657, 677.

Dieser formal-juristischen Betrachtungsweise scheint übrigens auch der deutsche Bundesgerichtshof zu folgen: Empfängt eine Bank Rückvergütungen für den Vertrieb konzerneigener Fonds, bejaht er nämlich mit Blick auf ihr «Umsatzinteresse», einen «insofern bestehenden Interessenkonflikt der Bank»¹⁴³, ohne auf die konzernbilanzneutrale Wirkung der Vergütung separat einzugehen. Gleich hat der österreichische Oberste Gerichtshof entschieden.¹⁴⁴ Die Britische Aufsichtsbehörde FSA wendet ausserdem die nationalen Umsetzungsbestimmungen zu MiFID und MiFID-DR dahingehend an, dass sie konzerninterne Zahlungen ebenfalls unter den sachlichen Anwendungsbereich subsumiert und sie auch nicht als notwendige Zahlungen im Sinne der Ausnahme in Art. 26 lit. c MiFID-DR auslegt.¹⁴⁵ Ausserdem gilt zu bedenken, dass desgleichen die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde CESR, welche die EU-Kommission bei der Erstellung von Durchführungsregeln im Wertpapiersektor berät, Unternehmen einer Gruppe als «Dritte» qualifiziert, so dass konzerninterne Zuwendungen schon direkt Art. 26 MiFID-DR unterfallen.¹⁴⁶

(ii) Demgegenüber bevorzugt hierzulande eine Reihe von freiberuflichen Wirtschaftsanwälten und Unternehmensjuristen die konsolidierte Betrachtungsweise und verneint folglich eine tripartite Konstellation und mit ihr die Möglichkeit, dass innerhalb eines Konzerns überhaupt Drittvergütungen im hier untersuchten Sinne fliessen könnten:¹⁴⁷ Bezieht eine Beauftragte eine Vergütung von einem anderen Konzernmitglied, so bleibe diese wertneutral, da sich dadurch das Konzernvermögen weder erhöhe noch vermindere. Dem hat sich erst jüngst das Zürcher Obergericht angeschlossen. Entsprechend unterliess es die Prüfung eines durch diese Zahlungen ausgelösten Interessenskonflikts von vornherein.¹⁴⁸

Indessen ist von Vertreterinnen und Vertretern der wirtschaftlichen Betrachtungsweise Konsequenz zu fordern: Wird das Dreiparteienverhältnis mit Blick auf die Vergütung verneint, so darf für die Anlage (für deren Vertrieb die Vergütung bezahlt wird) nichts anderes gelten. Auch sie bildet Teil der Konzernrechnung und wäre darum ebenfalls zu behandeln, wie wenn sie direkt von der Beauftragten erbracht (und nicht nur durch sie

¹⁴³ Zit. BGH XI ZR 56/05 vom 19. Dezember 2006 E. 2.4b.aa, in: BGHZ 170, 226.

¹⁴⁴ OGH 6 Ob 110/07f vom 7. November 2007 E. 4.4.3 und 5.1 i.f. zu Rückvergütungen zwischen Depotbank und ihrer 100 prozentigen Tochtergesellschaft, die als Vermögensverwalterin agierte. Vgl. schon CONTRATTO/ERIKSSON, GesKR 2009, 300, FN 6.

¹⁴⁵ Vgl. FSA, 2009, Rz. 2.15, 2.18 zu «intra-group payments». Vgl. schon CONTRATTO/ERIKSSON, GesKR 2009, 300, FN 125.

¹⁴⁶ Vgl. CESR 07-228b, Empfehlung 5.

¹⁴⁷ Etwa ABEGGLEN, in: KUNZ et al., 657, 688 f.; HSU, 77 f.; NOBEL/STIRNIMANN, SZW 2007, 343, 187; PREISIG, 197 ff. m.w.N. (alle wiederum nur zu Herausgabe und Offenlegung). Desgleichen CERUTI, ZSR 2008, 69, 92.

¹⁴⁸ OGer ZH LB0900786 vom 13. Januar 2012 E. III.3.F.6 m.w.N. und insb. E. III.3.F.6.2.2.

vermittelt) worden wäre.¹⁴⁹ Das hätte zur Folge, dass dieser Geschäftsvorgang entweder direkt oder analog nach Art. 184 ff. OR (Kauf) oder Art. 436 OR (Selbsteintritt) beurteilt werden müsste – obwohl die «Beauftragte» gar keine formal-juristische Rechtsinhaberschaft über die fragliche Anlage innehat. Spätestens hier zeigt sich, dass jedenfalls die Schuldverträge unseres Kernprivatrechts einer konzernrechtlichen Betrachtungsweise in Wahrheit nicht zugänglich sind bzw. die genannten Normen in unzulässiger Weise *contra legem* ausgelegt werden müssten. Wer diesen Schritt dennoch wagt, müsste wenigstens im Falle des «Kaufs» die bereits oben dargestellten Regeln betreffend Eigengeschäfte berücksichtigen¹⁵⁰ und bei einem «Selbsteintritt» dessen Schranken beachten.¹⁵¹ Richtiger ist es indes, die geschäftsverbundenen Vorgänge, d.h. die Anlageübertragung wie die dafür erbrachte Vergütung von vornherein einheitlich nach formal-juristischen Grundsätzen zu beurteilen.

d. Würdigung

Zugegebenermassen vollzieht sich eine Anreizwirkung bloss als innere Tatsache bei der Beauftragten und bleibt ohne deren Bekenntnis einem direkten Beweis gemeinhin verschlossen. Die vorstehenden Umstände (Anreizcharakter, Einmischungszweck, Beeinflussbarkeit) erweisen sich damit lediglich als Indizien, die gegebenenfalls auf die Anreizwirkung einer Drittvergütung – und damit verbunden auf die Verletzung der Fremdnützigkeit des Auftrags durch die Beauftragte – schliessen lassen. Allerdings sollte der entsprechende Nachweis gerade im Bereich der Finanzanlage auch über einen sog. *Anscheinsbeweis*¹⁵², d.h. eine qualifizierte natürliche Vermutung gestützt auf einen generell-abstrakt gültigen Erfahrungssatz¹⁵³ geführt werden dürfen; sind doch die entsprechenden *Voraussetzungen* regelmässig erfüllt:

Denn selbst wenn (i) ein Auftraggeber (insb. gestützt auf seine Informationsrechte) alles unternimmt, um Beweismittel aufzufinden und zu präsentieren, wovon ihn auch der Anscheinsbeweis nicht entbindet,¹⁵⁴ wäre (ii) eine Anreizwirkung kaum je direkt zu beweisen, die Beweisschwierigkeiten mithin *symptomatisch*¹⁵⁵. Zudem sieht die Beweislage hinsichtlich eines allfälligen Schadens nicht besser aus,¹⁵⁶ weshalb das Annahmeverbot gemäss Art. 398 Abs. 2 OR mangels Beweises der Zweckwidrigkeit gar nie

¹⁴⁹ Zu diesem Prinzip schon BGE 96 I 115, 118 E. 1.

¹⁵⁰ Vgl. Haupttext ab FN 123.

¹⁵¹ Vgl. nur die Übersicht bei BSK OR I-LENZ/VON PLANTA, Art. 436 N. 1 ff. m.w.N.

¹⁵² Er betrifft nur die Art und Weise der Beweiswürdigung, aber nicht das Beweismass und kann vom Bundesgericht überprüft werden: WEBER, in: EMMENEGGER, 129, 154 m.w.N.

¹⁵³ Auch sog. Normhypothese, vgl. BERGER-STEINER, Rz. 02.33 ff.

¹⁵⁴ Vgl. WEBER, in: EMMENEGGER, 129, 154.

¹⁵⁵ Vgl. WEBER, in: EMMENEGGER, 129, 154.

¹⁵⁶ Vgl. unten II.A.2.a.

greifen könnte.¹⁵⁷ Vor allem aber darf bei Vorliegen der oben genannten Indizien bei einer Vorteilsannahme nach der allgemeinen Lebenserfahrung auf die Anreizwirkung geschlossen werden, weil (iii) diese Kausalität als *typisch* erscheint, d.h. erfahrungsgemäss weitaus häufiger als andere mögliche Geschehensabläufe vorliegen dürfte – wäre es doch höchst unökonomisch, wirkungslose Drittvergütungen auszurichten.¹⁵⁸ Wie Beteiligte selber zugeben, fliessen und flossen alleine in der Schweiz (bzw. im schweizerischen Juristiktionsbereich)¹⁵⁹ Milliardenbeträge in Form von Drittvergütungen zwischen Finanzintermediären.¹⁶⁰ Wenn aber gewinnstrebige Unternehmungen über Jahre und selbst in konjunkturell widrigsten Zeiten Leistungen in solchen Grössenordnungen erbringen, kann dies nur eins bedeuten: Dass sie ihren Zweck erfüllen und dank ihrer Anreizwirkung die Empfänger effektiv zu Rechts- und Tathandlungen bewegen, die den Absatz fördern und so für die Unternehmungen einträglicher sind als unbeeinflusste Dispositionen.

Freilich kann eine Beauftragte diesen Beweis entkräften, indem sie den *Gegenbeweis* gegen die Vermutung führt, mithin durch Nachweis von Tatsachen Zweifel an der Richtigkeit der gezogenen Folgerung weckt.¹⁶¹ Das dürfte ihr wie gesehen v.a. dann gelingen, wenn sie belegen kann, dass ihr die Drittvergütung für eine eigenwirtschaftliche Leistung ausgerichtet worden ist und/oder sie im fraglichen Fall gar nicht beeinflussbar war, insb. weil sie über keinerlei Ermessensspielraum verfügte. Misslingt dieser Gegenbeweis aber, *bleibt die Annahme der Drittvergütung zweckwidrig und damit verboten*. Denn sonst würde der mit der Annahme verbundene Anreiz (nicht mehr ausschliesslich die Interessen des Auftraggebers zu berücksichtigen) wirksam und der Auftraggeber vertragswidrig benachteiligt, weil sich die von ihm beauftragte Mittlerin fortan (auch) von der Aussicht auf die höchste Vergütung leiten liesse und nicht mehr (alleine) nach den für ihn adäquatesten Anlagen und Diensten Dritter suchen würde.¹⁶² Damit einher ginge ein entsprechend erhöhtes Schädigungsrisiko, bestehend aus drohenden Preis- und/oder Leistungsnachteilen.

¹⁵⁷ Vgl. BGer 5C.109/2001 vom 10. Juli 2001 E. 2.a m.w.N.

¹⁵⁸ WEBER, in: EMMENEGGER, 129, 154.

¹⁵⁹ OGer ZH LB090076 vom 13. Januar 2012 E. 5.4 i.f.

¹⁶⁰ Vgl. auch EMMENEGGER, in: EMMENEGGER, 59, 67 f.; SCHMID, Rz. 9 m.w.N.

¹⁶¹ BERGER-STEINER, Rz. 02.31 und FN 104 m.w.N.

¹⁶² Vgl. etwa THÉVENOZ, in: THÉVENOZ/BAHAR, 337, 345 f. bzgl. Bestandesprovisionen an Vertriebsmittler; HSU, 40 bzgl. Beibringungskommission; HSU, 67 bzgl. Wahl des Brokers; AEPLI, 15 bzgl. Versicherungsvermittler.

2. Wegen Schädigung

Zweckwidrig ist die Annahme einer Drittvergütung durch die Beauftragte auch, wenn dem Auftraggeber daraus ein konkreter Vermögensschaden erwächst. Dadurch vermindert sich der angestrebte Leistungserfolg entweder direkt oder verletzt jedenfalls die Integrität des Auftraggebers,¹⁶³ was im Falle von Anlagegeschäften, die auf Vermögenserhalt und -vermehrung zielen,¹⁶⁴ gleichzeitig auch den Leistungserfolg verkürzt. Ein Vermögensschaden tritt in der Regel dann ein, wenn der Auftraggeber eine Anlage oder Anlagedienstleistung erwirbt, die (a) übersteuert ist oder (b) aus qualitativen Gründen einen *Anlageschaden* verursacht.

a. Preisnachteil

Wie bereits erwähnt, gibt es zwar den «gerechten» Preis auch in der hiesigen Marktwirtschaft nicht, so dass es zunächst irrig anmuten mag, einen nachteiligen Preis als rechtlich relevanten Schaden auszulegen. Freilich geschieht dies mit Blick auf das Interessenwahrungsverhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragter. Es behaftet die Beauftragte jedenfalls dort bei ihrer Treuepflicht, wo sie weiss oder annehmen muss, dass (i) die Kosten eines von ihr vereinnahmten Vorteils auf eine Anlage oder Dienstleistung *überwälzt* werden, die ihr Auftraggeber im Rahmen des Auftrags erwirbt und damit letztlich finanziert, (ii) ohne (und dies ist entscheidend) dass mit diesen Kosten hinsichtlich Anlage bzw. Dienst ein *Mehrwert* generiert würde. (iii) Ob die Drittvergütung eine *Anreizwirkung* entfaltet, spielt hier hingegen *keine Rolle*.

(i) Aus Kapitalien des Anlegers stammen jedenfalls jene geldförmigen Vergütungen, die ein Dritter *direkt aus Leistungen* begleicht, die ihm der *Anleger* im Rahmen eines separaten Rechtsverhältnisses schuldet. Unerheblich ist dabei die zeitliche Abfolge von Drittvergütung und Alimentation, sofern nur eine bevorsicherte Drittvergütung durch eine spätere Leistung des Anlegers wieder gedeckt werden soll.¹⁶⁵ Unter diese Kategorie fallen etwa: im Kollektivanlagenbereich die Abschlussprovision; im Rahmen von Verwahrung, Handel und Emission ausgerichtete Rückvergütungen; oder im Versicherungswesen die Bestandesprovisionen.¹⁶⁶

¹⁶³ Sog. Begleitschaden: BK-FELLMANN, Art. 398 OR N 139.

¹⁶⁴ Vgl. BGE 116 IB 73, 79 E. 2.c: «*La notion de placement en capital recouvre l'utilisation, planifiée à long terme, de moyens financiers afin d'obtenir un rendement et/ou une augmentation de valeur ou, pour le moins, une conservation de substance des sommes investies*», bestätigt in BGER 2C_571/2009 vom 5. November 2010 E. 2.3.1 m.w.N.

¹⁶⁵ Vgl. etwa die im mehrgliedrigen Effektenhandel zuweilen geübte Praxis der Zweitbroker, Drittvergütungen an Erstbroker nicht umgehend nach jeder Transaktion ausschütten, sondern diese nachträglich anhand eines periodischen Transaktionsvolumens zu berechnen: HSU, 67 f.

¹⁶⁶ Vgl. BGE 124 III 481, 484 f. E. 4.a und eingehend oben Haupttext bei den FN 29 ff.

Doch auch wenn der Dritte die Vergütung an die Mittlerin nicht aus einer spezifischen Leistung des Anlegers abzweigt, sondern als Verwaltungsaufwand *seinem Gesamtvermögen entnimmt*, stammen die Mittel wirtschaftlich gesehen wenigstens teilweise doch vom Anleger. Denn Drittvergütungen werden regelmässig von Finanzintermediären ausgeschüttet, bei denen es angesichts ihrer Gewinnstrebigkeit als notorisch gelten darf, dass sie derartigen Aufwand auf die Nachfrageseite abwälzen.¹⁶⁷ Freilich hängt es vom konkreten Kostenumlageschlüssel ab, inwieweit ein Anleger dadurch effektiv belastet wird. Unter diese Kategorie fallen – neben wohl sämtlichen geldwerten Leistungen – v.a.: im Kollektivanlagebereich die aus dem Fondsvermögen bestrittenen Bestandespflegekommissionen,¹⁶⁸ in der Vermögensverwaltung die Beibringungskommission; sowie im Rahmen der Verwahrung geleistete Bestandes(pflege)kommissionen.¹⁶⁹

Schliesslich finden sich dort *Mischformen*, wo Drittvergütungen nur teilweise aus den vom Anleger vereinnahmten Leistungen stammen, so etwa die Abschlussprovisionen der Lebensversicherungen: Soweit noch nicht amortisierte Provisionskosten im Falle einer Umwandlung oder eines Rückkaufs nicht abgezogen werden dürfen,¹⁷⁰ würden sie das Gesamtergebnis der Versicherungsunternehmung belasten, was diese aber mutmasslich wiederum mit Prämienzuschlägen bereits von vornherein einpreist und damit letztlich doch auf das Vermögen des Anlegers abwälzt.

Bereits das Gesagte deutet darauf hin, dass die Drittvergütungen wirtschaftlich in letzter Instanz grundsätzlich die Nachfrageseite belasten, wobei aber eine relativ mühelose Zuordnung zu einem einzelnen Anleger i.d.R. nur bei Vergütungen möglich ist, die direkt aus seinen Leistungen beglichen und damit gemeinhin als «Retrozession» oder «kickback» i.e.S. qualifiziert¹⁷¹ werden. Die volle Höhe der durch eine Drittvergütung bewirkten Mehrkosten ist freilich selbst in letzterem Fall noch nicht mit Sicherheit erstellt, ist doch denkbar, dass sie im konkreten Fall hinter der Drittvergütung zurückbleiben (also nicht voll überwältzt werden). Indessen führt diese *erschwerte ziffernmässige Nachweisbarkeit des Vermögensnachteils* nicht etwa zur Beweislosigkeit zulasten der Anleger.¹⁷² Vielmehr reicht wiederum ein Anscheinsbeweis:¹⁷³ Ist der direkte Nachweis doch symptomatischerweise verwehrt, und die aus den Indizien zu ziehende qualifizierte Vermutung geradezu typisch. Denn angesichts der von gewinnstrebigen Unterneh-

¹⁶⁷ Vgl. auch BÜHRER, 160 f.

¹⁶⁸ Hier verringert sich der Wert aller Fondsanteile gleichermassen, während die Mittler pro (ihnen zurechenbarem) Anlageanteil in unterschiedlicher Höhe entschädigt werden.

¹⁶⁹ Vgl. eingehend oben Haupttext bei den FN 29 ff.

¹⁷⁰ Vgl. bei FN 79 f.

¹⁷¹ Vgl. nur RUSCH, WM 2012, 440, 441 und FN 17 m.w.N.

¹⁷² Vgl. SETHE, in: FS Nobbe, 769, 782, der (indes bzgl. Informationspflicht) eine intransparente Kostenstruktur ebenfalls der Sphäre der dafür verantwortlichen Finanzintermediäre zuweist.

¹⁷³ Vgl. zu den Voraussetzungen im Einzelnen oben II.A.1.d.

mungen seit Jahrzehnten ausgeschütteten Milliardenbeträge ist neben deren Anreizwirkung auch zu unterstellen, dass sie für die Dritten nicht nur günstiger sind als unbeeinflusste Dispositionen, sondern dass der so erlangte Vorteil den Vergütungsaufwand sogar noch übersteigt, so dass entsprechender *Ertrag* resultiert.¹⁷⁴ Jedenfalls aber *erspart sich der Dritte auf Kosten der Anleger jene Preissenkung oder Leistungssteigerung*, die erforderlich wäre, um eine Beauftragte auch ohne Vergütung zur identischen Entscheidung zu bewegen.¹⁷⁵ Zwar ist durchaus denkbar, dass im Einzelfall ein so gelenkter Entscheid für den Auftraggeber sogar vergleichsweise günstig ausfällt. Da Unternehmen, die Vergütungen leisten, aber in aller Regel in einem Interessengegensatz zu den Anlegern stehen, ist im Sinne einer qualifizierten Vermutung anzunehmen, dass der Vorteil des einen dem andern zum Nachteil gereicht und somit der Nachteil der Anleger mindestens den Wert des Vergütungsaufwandes erreicht. Unterstellt wird damit eine Belastungs- und daran gekoppelte Rentabilitätsvermutung nach Massgabe der getätigten Aufwendungen.¹⁷⁶ Soweit es einem Anleger allerdings *zumutbar* ist, hat er auch hier konkrete Beweise beizubringen,¹⁷⁷ was für lediglich weitergereichte (nicht umgelegte) Drittvergütungen eher zutreffen wird. Ein so geführter Anscheinsbeweis kann sodann entkräftet werden, «wenn die dadurch belastete Partei Tatsachen nachweist, die Zweifel an dieser Folgerung erwecken»¹⁷⁸.

Nicht entlasten kann sich die Beauftragte zudem mit dem Argument, dass ohne Drittvergütungen «anstelle der indirekten Kosten höhere direkte Kosten in Form von Honoraren anfallen würden und ... der Ertrag somit letztlich gleich» bliebe.¹⁷⁹ Dies jedenfalls, solange ein Auftraggeber um die effektive Höhe der indirekten Kosten gar nicht weiss. Denn während direkte und bekannte Kosten vergleichbar und damit dem Wettbewerb ausgesetzt sind, können indirekte und verdeckte Kosten ohne diesen dämpfenden Kontrollmechanismus festgelegt werden. Zudem vergleicht die obige Argumentation den Vermögensstatus im Rahmen zweier unterschiedlicher Rechtsverhältnisse: einmal unter dem geltenden (wenigstens teilweise) unentgeltlichen Auftrag und einmal unter einem rein fiktiven (höher) entgeltlichen Auftrag. Das ist unzulässig, gilt es doch einzig, Schaden im konkreten Rechtsverhältnis zu vermeiden.

¹⁷⁴ Vgl. schon ROBERTO, ZSR 2009, 15, 30 FN 78 m.w.N.

¹⁷⁵ Ähnlich (bzgl. Preissenkung) BGH II ZR 151/60 vom 26. März 1962, in: NJW 1962, 1099, 1100.

¹⁷⁶ ROBERTO, ZSR 2009, 15, 30 FN 78.

¹⁷⁷ WEBER, in: EMMENEGGER, 129, 154.

¹⁷⁸ Zit. BGER 4C.424/2004 vom 15. März 2005 E. 3.2.2.1; vgl. auch ROBERTO, ZSR 2009, 15, 30 f. zu dieser Praxis in Deutschland gem. BGH NJW 1962 S. 1099, 1100.

¹⁷⁹ So aber zit. BGE 137 III 393, 398, E. 2.4 m.w.N.; sowie NÄNNI/VON DER CRONE, SZW 2006, 377, 383; BRETTON-CHEVALLIER, 164 f.

(ii) Um die kraft Anscheinsbeweises begründete Schadensvermutung wieder umzustossen, kann die beauftragte Mittlerin indes den *Gegenbeweis* erbringen,¹⁸⁰ dass die durch die Annahme der Drittvergütung beim Anleger verursachten Mehrkosten im konkreten Fall nicht nutzlos waren, sondern die von ihm erworbene Anlage oder Anlagedienstleistung verbessert haben.¹⁸¹ Das ist mutmasslich der Fall, wenn der Vergütung eine *eigenwirtschaftliche Leistung* gegenübersteht, sie mithin für eine existente, nicht bloss vorgeschobene (sondern erforderliche sowie geeignete) und nicht bereits geschuldete Leistung ausgerichtet wurde.¹⁸²

(iii) Da sich dieser Preisnachteil zudem bereits durch die blossе und nutzlose Überwälzung schädigend auswirkt, spielt es keine Rolle, ob der Drittvergütung überhaupt Anreizwirkung zukommt; v.a. ob die Beauftragte über ein Handlungsermessen verfügt. In der Höhe einer unentgeltlichen Drittvergütung wirkt deren Annahme per se vermögensschädigend. Sie ist zweckwidrig und deshalb generell zu unterlassen.

b. Leistungsnachteil

Nimmt eine Beauftragte eine Drittvergütung an, obwohl sie dafür keine eigenwirtschaftliche Gegenleistung erbringt, erleidet ihr Auftraggeber als Anleger unter Umständen aber nicht nur einen Preisnachteil. Denn eine Anlage oder Anlagedienstleistung kann darüber hinaus noch aus anderen Gründen fehlerhaft sein: etwa bei Churning angesichts ihres Übermasses; oder aufgrund ihrer generellen Qualitätsmängel im Vergleich mit Konkurrenzangeboten oder aufgrund ihrer konkreten Inkongruenz mit den Bedürfnissen des Anlegers (mangelhafte sog. *suitability*). Ist die Anreizwirkung erstellt – hat also die Beauftragte nachweislich beeinflusst durch die Drittvergütung auf eine entsprechende Vermögensdisposition des Anlegers (Neuinvestition, Investitionserhalt, Desinvestitionen, Investitionsverzicht)¹⁸³ hingewirkt – fragt es sich daher, ob ein dadurch verursachter *Anlageschaden* ebenfalls noch als adäquat kausal zur Vorteilsannahme qualifiziert werden kann.

Im Haftpflichtrecht, aber auch bei Anlageschäden, verlangt ein Teil der *schweizerischen Lehre*, dass nicht nur eine sog. haftungsbegründende¹⁸⁴ Kausalität gegeben sein müsse, was zutrifft, wenn eine schuldhafte Handlung (in casu die Vergütungsannahme) die schädigende Vermögensdisposition auslöst bzw. wenn umgekehrt die Disposition bei

¹⁸⁰ ROBERTO, ZSR 2009, 15, 30 f. m.w.N. Ebenso schon BGH NJW 1962 S. 1099, 1100.

¹⁸¹ In diese Richtung zielt Art. 26 lit. b (ii) MiFID-DRL, wonach Entschädigungen erlaubt bleiben, wenn sie sich generell-abstrakt eignen, die Dienstleistungsqualität für den Anleger zu verbessern (ohne die Interessenwahrung zu gefährden); vgl. etwa CONTRATTO/ERIKSSON, SZW 2009, 300, 304 ff. Vgl. aber oben FN 6.

¹⁸² Es kann auf das zur Fremdnützigkeit Ausgeführte verwiesen; vgl. oben II.A.1.b.

¹⁸³ Vgl. WEBER, in: EMMENEGGER, 129, 133.

¹⁸⁴ Vgl. dazu etwa BGE 132 III 715, 720 E. 3.2.

vertragskonformem Verhalten so nicht getätigt worden wäre. Es soll vielmehr auch eine sog. haftungsausfüllende Kausalität vorliegen.¹⁸⁵ Das wird im Rahmen der Prospekthaftung nur bejaht, wenn die schuldhaft Handlung selbst zum geltend gemachten Schaden geführt hat und soll verhindern, dass schon der kleinste haftungsbegründende Fehler «den Anlegern eine Versicherung gegen sämtliche Schäden bieten würde, die ihnen aus ihrer Investition entstehen können»¹⁸⁶. Allerdings operiert das Bundesgericht soweit ersichtlich bislang nicht mit dieser Differenzierung¹⁸⁷, bzw. hatte es bei Anlageschäden aus Prospekthaftung (bei denen diese Abgrenzung vornehmlich vertreten wird) noch keine Veranlassung sich zu äussern, da jeweils bereits die natürliche bzw. hypothetische Kausalität zu verneinen war.¹⁸⁸ Vielmehr schränkt das Bundesgericht die Kausalität stattdessen traditionell getreu der Adäquanztheorie ein und erachtet ein Ereignis nur dann als Ursache eines Erfolgs, «wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der Erfahrung des Lebens an sich geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, so dass der Eintritt dieses Erfolgs durch jenes Ereignis allgemein als begünstigt erscheint», wobei es «für die Adäquanz auf die generelle Eignung der fraglichen Ursachen an[kommt], Wirkungen der eingetretenen Art herbeizuführen»¹⁸⁹. Damit fehlt der alternativen Einschränkung über eine «haftungsausfüllende» Kausalität (die zudem die Risikosphären m.E. zu einseitig zulasten des Anlegers teilt) jedenfalls ein höchstgerichtliches Plazet.

Hinzu kommt, dass die Kumulation von haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität selbst in der *deutschen Lehre*¹⁹⁰, die hier als Vorbild diente, im Grundsatz

¹⁸⁵ Vgl. etwa je m.w.N. zur Lehre in Deutschland LENOIR, 142 ff., 150 ff.; WEBER, in: EMMENEGGER, 129, 130, 145 ff.; CHAMMARTIN/VON DER CRONE, SZW 2006, 452, 455. (Sehr) allgemein zum Haftpflichtrecht SCHWENZER, Rz. 19.01. Während aber SCHWENZER beide Teilaspekte der natürlichen Kausalität zuordnet, ergibt sich aus ihnen für CHAMMARTIN/VON DER CRONE und WEBER bereits der adäquate Kausalzusammenhang. Generell ist die Begriffsverwendung kaum zu harmonisieren: Die Prospekthaftungsrechtler verorten den haftungsbegründende Konnex zwischen der Pflichtverletzung (Fehlinformation) und der Vermögensdisposition, den haftungsausfüllenden zwischen Pflichtverletzung und Schaden. SCHWENZER sieht den ersten Konnex zwischen «dem schädigenden Verhalten» und der Rechtsgutsverletzung (was eigentlich der Widerrechtlichkeit entspricht) und den zweiten zwischen der Rechtsgutsverletzung und dem Schaden (was für die ersteren Autoren schon haftungsausfüllend ist). Schliesslich setzt das Bundesgericht (vgl. auch FN 187) den ersten Konnex zwischen «dem (schuldhaften, gefahrenträchtigen) Verhalten eines Dritten und dem schädigenden Ereignis» und den zweiten «zwischen diesem und dem Schaden andererseits», zit. BGE 127 II 289, 294 E. 3. b.

¹⁸⁶ Zit. CHAMMARTIN/VON DER CRONE, SZW 2006, 452, 455; LENOIR, 151 FN 693 m.w.N.

¹⁸⁷ BGE 127 II 289, 294 E. 3. b äussert sich hierzu nur *obiter* und nicht bzgl. Anlageschäden.

¹⁸⁸ BGE 131 III 306, 309 f E. 2.2, 2.3; BGE 132 III 715, 723 ff. E. 3.3; BGer 4C.70/2005 vom 18. Mai 2005 E. 3.2.

¹⁸⁹ Zit. BGE 89 II 239, 250 E. 7. Noch heute so BGer 4A_521/2008 vom 26. Februar 2009 E. 8.1.

¹⁹⁰ Vgl. insb. ELLENBERGER, 38 ff., 42 ff. und die bei CHAMMARTIN/VON DER CRONE, SZW 2006, 452, 455 FN 32 Genannten.

wie hinsichtlich der Abgrenzungskriterien bis heute umstritten ist¹⁹¹ und jedenfalls der Bundesgerichtshof die Prospekthaftung selbst dann bejaht, wenn ein Prospektfehler nicht jenen Umstand betrifft, der schliesslich zur Wertminderung einer Anlage führt.¹⁹² Ausserdem hat sich dort gerade mit Blick auf Drittvergütungen die *gerichtliche Praxis* gefestigt, das pflichtwidrige Verschweigen bezahlter wie erhaltener Drittvergütungen generell als adäquat kausal für die Schäden einer damit beeinflussten nachteiligen Anlageentscheidung zu betrachten.¹⁹³ Massgeblich ist nur die sog. Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, die unterstellt, dass ein Anleger bei pflichtgemässer Information (über Drittvergütungen) von der schädigenden Anlage abgesehen hätte.¹⁹⁴ Eine in diesem Sinne verstandene Adäquanz mag zunächst als zu weit erscheinen. Freilich setzt auch der Bundesgerichtshof Schranken: «Bei Kapitalanlagen folgt daraus, dass jemand, der nicht Partner des Anlagegeschäfts ist und dem Anlageinteressenten *nur hinsichtlich eines bestimmten für das Vorhaben bedeutsamen Einzelpunkts* Aufklärung schuldet, im Falle eines Fehlers *lediglich für die Risiken einzustehen braucht, für deren Einschätzung die geschuldete Aufklärung massgeblich* war. Aufklärungspflichten, die dem Partner des Anlagegeschäfts obliegen, sind dagegen *regelmässig auf den Gesamterfolg des in Aussicht genommenen Geschäfts ausgerichtet*. Der Partner des Anlagegeschäfts haftet daher grundsätzlich für alle mit einer nachteiligen Anlageentscheidung verbundenen Schäden, wenn er seine Pflichten auch nur hinsichtlich eines Einzelpunktes verletzt und dadurch die Anlageentscheidung verursacht hat.»¹⁹⁵ Bedingt durch den gängigen Ansatz, die Vorteilsannahme nur indirekt wegen unterlassener Information zu sanktionieren, äussert sich auch dieses Urteil nicht zur Schadensadäquanz der vorgelagerten Annahme.

Dennoch lassen sich die angestellten Überlegungen verallgemeinern. Dadurch bieten sie m.E. eine taugliche Antwort auf die Frage, wann die Annahme einer Drittvergütung, der Anreizwirkung zukommt, generell geeignet scheint, den Eintritt eines Anlageschadens im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung allgemein zu begünstigen: *Entscheidend ist der Schutzzweck einer Interessenwahrungspflicht, bei deren Erfüllung eine Beauftragte über Handlungsermessen verfügt und damit von Anreizen überhaupt beein-*

¹⁹¹ Vgl. LANGE/SCHIEMANN, 77 f. m.w.N.

¹⁹² So schon BGH II ZR 194/92 vom 5. Juli 1992, in: BGHZ 123, 106, 112 und jüngst wieder BGH II ZR 211/09 Rz. 17 vom 23. April 2012, in: WM 2012, 1184.

¹⁹³ Vgl. nächste FN. Ablehnend für das hiesige Recht WEBER, in: EMMENEGGER, 129, 148.

¹⁹⁴ BGH XI ZR 349/99 vom 19. Dezember 2000, in: BGHZ 146, 235; BGH XI ZR 73/05 vom 09.10.2006 (Rückweisung der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision von OLG Stuttgart 9 U 171/03 vom 16. Februar 2005, insb. E. II.2); BGH XI ZR 586/07 vom 12. Mai 2009; vgl. auch SETHE, in: FS Nobbe, 769, 789.

¹⁹⁵ Zit. BGH XI ZR 349/99 vom 19. Dezember 2000, E. I.2.c.aa, in: BGHZ 146, 235 (Hervorhebung hinzugefügt).

*flusst werden kann.*¹⁹⁶ Schützt die Pflicht einen punktuellen Erfolg, so kann die Annahme einer Drittvergütung mit Anreizwirkung auch nur diesen Erfolg gefährden, weshalb die Beauftragte für die Verwirklichung von Risiken, die einen darüber hinausgehenden Gesamterfolg vereiteln, nicht mehr verantwortlich gemacht werden darf. Das sei an Beispielen illustriert:

Ein Anleger will eine bestimmte Anzahl ausländischer Aktien einer Unternehmung kaufen und erteilt seiner auch als Brokerin tätigen Depotbank einen entsprechenden Auftrag. Diese tätigt das Geschäft nicht direkt, sondern beauftragt in eigenem Namen und auf fremde Rechnung einen Drittbroker, der für die Ausführung eine Kommission zulasten des Anlegers erhebt, die er teils der Erstbrokerin zukommen lässt.¹⁹⁷ Die Rückvergütung *wirkt als Anreiz bei der Wahl des Drittbrokers*,¹⁹⁸ sofern die Erstbrokerin dafür keine eigenwirtschaftliche Leistung erbringt und soweit sie den Handelsplatz nach ihrem Ermessen wählen kann. Nach einer negativen *ad hoc* Mitteilung der Unternehmung sinkt der Aktienkurs rapide und der Anleger erleidet trotz sofortigen Verkaufs Schaden. In diesem Fall ist die Adäquanz zwischen der Vorteilsannahme und dem Schaden zu verneinen. Denn eine Effekthändlerin haftet nur für den Erfolg des ihr aufgetragenen Kommissionsgeschäfts. Für den Erfolg des damit verbundenen Kaufes ist sie hingegen von vornherein nicht verantwortlich. Diesbezüglich trifft sie keine Interessenwahrungspflicht, die folglich durch Anreize auch nicht vermindert werden kann.

Etwas anderes gälte hingegen, wenn im obigen Beispiel der Kauf zu nachteiligen Konditionen abgeschlossen wird, weil die Handelssysteme des ausgewählten Endbrokers im fraglichen Zeitpunkt ausfallen oder Transaktionen nur verzögert verarbeiten. Ein daraus entstehender Schaden hängt mit der (durch die Anreize beeinflussten und damit anscheinend pflichtwidrig erfolgten) Wahl des Endbrokers adäquat zusammen und ist von der Brokerin zu tragen.

Erteilt der Anleger die Order gestützt auf den Rat seines langjährigen Anlageberaters, der als Mitarbeiter der Depotbank tätig ist, erweitert sich nicht nur der Wirkkreis der vom Drittbroker bezahlten Rückvergütung (welche nun auch die Anlageberatung beeinflussen kann), sondern überdies die Interessenwahrungspflicht der (über ihren Mitarbeiter) beratenden Bank: Sie schuldet nicht mehr eine reine Transaktionsabwicklung, sondern ausserdem rein fremdnützigem Rat, der eine sachgerechte Entscheidung über die fragliche Anlage insgesamt ermöglicht. Gefährdet sie diese Fremdnützigkeit, indem sie wirksame Anreize annimmt und das Geschäft insofern auch zu einem eigenen macht, trägt sie fortan nicht nur den daraus fliessenden Nutzen, sondern auch das mit der Anlage insgesamt verbundene Risiko.

¹⁹⁶ Ebenso jener Teil der deutschen Lehre, welche die Haftung statt durch zusätzliche Kausalitätskriterien über den Rechtswidrigkeitszusammenhang begrenzen will, der durch den Schutznormzweck limitiert ist: so etwa CANARIS, Rz. 2298; ASSMANN in: ASSMANN/SCHÜTZE, Rz. 6.181 f.

¹⁹⁷ Vgl. Hsu, 65 ff.

¹⁹⁸ Vgl. Hsu, 67.

Nimmt eine Beauftragte anreizwirksame Drittvergütungen an, geschieht dies folglich nicht nur in zweckwidriger Weise, wenn dem Auftraggeber dadurch ein Preisnachteil entsteht, sondern auch, wenn sie dadurch weiteren Anlageschaden verursacht. Das ist zu bejahen, wenn dieser Schaden aufgrund einer Vermögensdisposition des Anlegers eintritt, zu der ihn die Beauftragte im Rahmen ihres ermessensbasierten Handlungsspielraums (beratend oder in direkter oder indirekter Stellvertretung) bestimmt hat, obwohl sie verpflichtet gewesen wäre, ihn vor derartigen Schäden zu bewahren.

3. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beauftragte zweckwidrige Vermögensvorteile nach dem Gesagten gar nicht erst annehmen darf, wenn diese aufgrund ihrer Anreizwirkung die Fremdnützigkeit des Auftrags gefährden oder beim Anleger einen Schaden in Form eines Preisnachteils oder eines darüber hinausreichenden Anlageschadens hervorrufen. Es handelt sich dabei um eine Art. 98 Abs. 2 und 3 OR unterfallende vertragliche *Unterlassungspflicht*¹⁹⁹. Im Rahmen der vorliegend interessierenden Finanzanlagegeschäfte genießt der Auftraggeber gestützt auf Art. 394 Abs. 1 i.V.m. 398 Abs. 2 OR einen *selbstständigen Erfüllungsanspruch*, soweit dessen Verletzung (auch) einen Vermögensschaden zur Folge hätte, selbst wenn «nur» ein Begleitschaden aus Integritätsverletzung entstünde. Denn jeder Vermögensschaden beeinträchtigt hier auch den Leistungserfolg, der schon wesensmässig primär auf Vermögenserhalt und -vermehrung ausgerichtet ist.²⁰⁰ Dabei bleibt zu beachten, dass sich Unterlassungsansprüche auf künftige Leistung beschränken. Doch selbst diese lassen sie sich nicht real erzwingen, sondern es kann höchstens mit gerichtlichem Befehl unter Androhung einer Ungehorsamsstrafe verstärkend auf ihre Einhaltung hingewirkt werden.²⁰¹ Wurde ihnen einmal zuwidergehandelt, können sie nicht mehr erfüllt werden²⁰² und die *Verjährung* der in Art. 98 Abs. 2 und 3 OR vorgesehenen und später noch zu erläuternden *Sekundäransprüche* beginnt zu laufen.²⁰³

B. Bei Zweckkonformität

Geradezu geboten ist die Annahme von Vermögenswerten vom Auftraggeber oder von Dritten hingegen dann, wenn dies den angestrebten Auftragserfolg fördert, was wie

¹⁹⁹ Vgl. zu diesen etwa BK-WEBER, Art. 98 OR N 92 ff.

²⁰⁰ BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 137.

²⁰¹ BK-WEBER, Art. 98 OR N 95.

²⁰² BK-WEBER, Art. 98 OR N 115.

²⁰³ BK-WEBER, Art. 98 OR N 113. Vgl. im Einzelnen V.

gesehen v.a. bei Instrumentalwerten²⁰⁴ vermutet werden darf, aber auch auf Ertragswerte zutreffen kann – v.a. wenn sie fortan zur Auftragsausführung eingesetzt werden sollen (so etwa durch die Wiederanlage vereinnahmter Zinsen oder Dividenden im Rahmen einer diskretionären Vermögensverwaltung). Bei Produktionswerten²⁰⁵ erfolgt zwar keine «Annahme» im engeren Sinne, da diese Vermögenswerte von der Beauftragten gerade selber erschaffen werden – etwa ein strukturiertes Produkt, das für einen Emittenten konzipiert und aufgesetzt wird. Der Grundsatz gilt aber *mutatis mutandis* auch für sie: Nur solange der Vertragszweck gewahrt bleibt, ist ihre Annahme (bzw. Schöpfung) zulässig. Letztlich erfolgt die zweckkonforme Annahme aber *immer nur treuhänderisch*: Selbst wenn die Beauftragte Gegenstände im Rahmen einer indirekten Stellvertretung in eigenem Namen erwirbt und ihr daran im Aussenverhältnis fortan absolute Verfügungsmacht zukommt, ist sie im Innenverhältnis gehalten, diese Vermögenswerte vertragsgemäss zu behandeln und bei Fortfall der Zweckwidmung, spätestens also bei Auftragsende, dem Auftraggeber (wieder) die volle Rechtsinhaberschaft daran zu verschaffen.

C. Bei Zweckneutralität

Damit verbleibt die Gruppe jener Drittvergütungen, die eine Beauftragte für sich vereinahmen und definitiv behalten kann, weil sie den Auftragserfolg im Idealfall weder positiv noch negativ beeinflussen,²⁰⁶ da sie (1) zu geringfügig sind oder (2) eine eigenwirtschaftliche Gegenleistung abgelten oder (3) ein Einfluss zwar besteht, die Annahme vom Auftraggeber aber dennoch wirksam genehmigt worden ist:

1. Bagatelleinnahmen

Ohne Wirkung auf ein Auftragsverhältnis bleibt wie gesehen die Annahme von geringfügigen Vorteilen. Hier sei auf die früheren Ausführungen verwiesen.²⁰⁷ Anzufügen bleibt, dass auch die Lehre den Bagatellvergütungen implizit eine Beeinflussungsgefahr abspricht, wenn sie diese von der Herausgabepflicht dispensiert.²⁰⁸

²⁰⁴ Vgl. oben FN 7 f.

²⁰⁵ Vgl. oben FN 9 f.

²⁰⁶ Fehlt es der Empfängerin lediglich an einem Handlungsermessens, fällt wegen der dennoch eintretenden Schädigung durch Kostenüberwälzung (II.A.2.a) eine Zweckneutralität ausser Betracht.

²⁰⁷ Vgl. oben II.A.1.a.

²⁰⁸ Oft mit Trinkgeldern und Gelegenheitsgeschenken exemplifiziert, was freilich nur passt, solange sie die Bagatellschwelle nicht überschreiten; vgl. BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 134.

2. Einkünfte aus eigenwirtschaftlicher Leistung

Gleichfalls als zweckneutral ist sodann die Annahme von Drittvergütungen zu betrachten, die für eine eigenwirtschaftliche Gegenleistung vereinnahmt werden. Wiederum gelten die bereits zuvor gemachten Ausführungen.²⁰⁹

3. Honorar

a. Exkurs: Direkthonorar

Ist ein Auftrag kraft Vereinbarung oder Übung entgeltlich (Art. 394 Abs. 3 OR), schuldet der Auftraggeber der Beauftragten neben dem Ersatz aus Art. 402 OR noch eine zusätzliche Vergütung: das Honorar.²¹⁰ Insofern wird ein Auftrag auch für die Beauftragte vorteilhaft, so dass ihre Geschäftsführung i.S.v. Art. 400 Abs. 1 OR fortan neben den Interessen des Auftraggebers auch ihren eigenen (Honorar-)Interessen dient. Dabei ist nicht auszuschliessen, dass beide Interessen in Konflikt geraten, insb. wenn, wie heute zunehmend üblich, das Honorar (auch) umsatz- oder erfolgsabhängig ausgestaltet ist. Könnte doch die Beauftragte dadurch, vergleichbar mit Anreizen aus Drittvergütungen, dazu verleitet werden, die Fremdnützigkeit des Auftrags zu vernachlässigen, wenn sich so ein höheres Einkommen erzielen lässt.

Angesichts dieses Risikos ist es etwa Anwälten aufgrund von Art. 12 lit. e BGFA untersagt, Erfolgshonorar anzunehmen, sofern dieses eine Beteiligung am Prozessgewinn beinhaltet, oder bei einem ungünstigen Verfahrensausgang wegfällt, oder sonst nicht unabhängig vom Verfahrensergebnis die Selbstkosten deckt und einen angemessenen Gewinn einträgt.²¹¹ Zwar stehen diese Schranken in einem Nebengesetz, doch ist der dahinterstehende Normzweck m.E. auf andere Interessenwahrungsverhältnisse durchaus übertragbar – entsprechend wurden im folgenden Zitat die anwaltsspezifischen Termini durch jene des allgemeinen Auftragsrechts ersetzt: Die Schranken sollen «verhindern, dass der [Beauftragte] seine Unabhängigkeit verliert, weil er wegen der Erfolgsabrede am [Geschäftsergebnis] persönlich interessiert ist. Weiter soll das Verbot der Gefahr begegnen, dass der [Auftraggeber] durch seinen [Beauftragten], der die [Erfolgsaussichten] besser beurteilen kann als er, übervorteilt wird»²¹². Diese Gefahr erscheint spätestens dort zu gross, wo «der erfolgsabhängige Teil des Honorars wesentlich grösser ist als der erfolgsunabhängige»²¹³. Innerhalb dieser Grenzen sind aber erfolgsabhängige

²⁰⁹ Vgl. oben II.A.1.b und II.A.2.a.ii.

²¹⁰ BGE 94 II 263, 268 E. 4.a.

²¹¹ BGer 2A.98/2006 vom 24. Juli 2006 E. 2.

²¹² Zit. BGE 113 IA 279, 284 E. 4a.

²¹³ Zit. BGer 2A.98/2006 vom 24. Juli 2006 E. 3.2.3 i.f.

Honorare grundsätzlich zulässig. Vorausgesetzt ist indessen, dass der Auftraggeber die Berechnungsparameter *in voller Kenntnis um ihre Gefährdungswirkung auf die Fremdnützigkeit akzeptiert*. Dadurch reduzieren die Parteien konsensual die Interessenwahrungspflichten der Beauftragten, so dass abredekonformes Honorar als zweckneutral bezeichnet werden darf.

b. Indirekt kraft Genehmigung der Annahme von Drittvergütungen

Diese Überlegungen lassen sich auf Drittvergütungen übertragen: Mit dem Einverständnis des Auftraggebers lassen sie sich trotz ihrer Anreizwirkung *zu einem Honorarbestandteil umwidmen*, wodurch die Parteien die Annahme legalisieren. Auch hier ist die Willenserklärung des Auftraggebers aber nur wirksam, wenn er über die damit verbundenen Umstände umfassend im Bilde ist: Bei *vergangenen* Vergütungen muss er wissen, dass ihm dadurch jedenfalls ein Preisnachteil entstanden ist.²¹⁴ Bei *künftigen* Vergütungen fällt der Preisnachteil insoweit weg, als die Beauftragte ihr Direkthonorar erhöhen kann, um den Ausfall der bisherigen Drittvergütungen zu decken.²¹⁵ In jedem Fall gefährdet die Annahme von anreizwirksamen Drittvergütungen aber wie gesehen die Fremdnützigkeit. Dem Auftraggeber muss daher unmissverständlich klar sein oder von der Beauftragten vorab klar gemacht werden, dass er mit der Umwidmung letztlich insbesondere «auf das gesetzlich vorgegebene System zur Vermeidung von Interessenkonflikten» verzichtet.²¹⁶

Die Anforderungen an einen gültigen Verzicht hat das Bundesgericht in zwei Leitscheiden *mit Blick auf den Herausgabeanspruch* gemäss Art. 400 Abs. 1 OR konkretisiert. Sie können aber *mutatis mutandis* bereits für den Verzicht auf den Annahmeverlassungsanspruch herangezogen werden, führen doch beide Rechtsgeschäfte dazu, dass die Beauftragte die davon erfassten Drittvergütungen inskünftig auf eigene Rechnung vereinnahmt und bereits angenommene Werte behalten kann. Konsequenterweise ist in einem Verzicht auf den Herausgabeanspruch der Verzicht auf den Annahmeverlassungsanspruch regelmässig mit enthalten. Dreierlei ist erforderlich:

(i) Weil eine entsprechende Verzichtsvereinbarung «zu Interessenkonflikten führen kann, da ... ein nennenswertes Zusatzeinkommen erzielt werden kann», wenn Transaktionen getätigt werden, die Drittvergütungen auslösen,²¹⁷ wird zum einen verlangt, dass

²¹⁴ Vgl. II.A.2.a. Das allenfalls (zu) tiefe Direkthonorar vermindert diesen Schaden nicht, da die Beauftragte an eine einmal vereinbarte Höhe gebunden ist.

²¹⁵ BGE 137 III 393, 398 E. 4.2 m.w.N. vermutet dies apodiktisch, indes ist eine Umlagerung 1:1 wenig realistisch, da die neue Transparenz im Wettbewerb preismildernd wirken dürfte.

²¹⁶ Zit. BGE 137 III 393, 398 E. 4.2 m.w.N. Vgl. auch NÄNNI/VON DER CRONE, SZW 2006, 377, 383; BRETTON-CHEVALLIER, 164 f. (Alle zur Herausgabe und nicht zur vorgelagerten Annahme.)

²¹⁷ Zit. BGE 132 III 460, 466 E. 4.2 m.w.N., indes (zu) eng nur m.H.a. drohende Spesenschinderei, die in BGE 137 III 393, 398 E. 2.3 zutreffend nur noch als mögliches Beispiel genannt wird.

der *Verzichtswille* des Auftraggebers «aus der Vereinbarung entsprechend klar hervorgehen muss».²¹⁸ Fehlt eine «ausdrückliche und eindeutige Verzichtserklärung»²¹⁹, darf die Beauftragte ohne Rückfrage daher von vornherein nicht davon ausgehen, dass ihr der Auftraggeber Drittvergütungen als zusätzliche Entschädigung für ihre Tätigkeit überlassen will.

(ii) Hinzu kommt aber – selbst bei einem ausdrücklichen Verzicht – dass nur der erklärte Wille eines *informierten*²²⁰ Auftraggebers rechtlich bindend sein kann.²²¹ Aus diesem Grund ist er schon vor dieser Erklärung über Quelle, Art und Höhe zu erwartende Drittvergütung «vollständig und wahrheitsgetreu» in Kenntnis zu setzen,²²² denn es kann nicht als üblich unterstellt werden, dass ein Auftraggeber mit Einnahmen der Beauftragten einverstanden ist, «deren Ausmass er weder kennen noch kontrollieren kann»,²²³ dies umso mehr, als schon die einschlägigen Ständesregeln Rechenschaft über Drittvergütungen und eine Abrede über deren Zuordnung verlangen und so auf eine entsprechende Berufsausübung hinweisen.²²⁴ Sowieso ungenügend ist sowohl der blosser Hinweis, dass die Beauftragte eventuell Drittvergütungen erhalte,²²⁵ als auch das blosser Angebot, auf Anfrage hin die Vergütungskonditionen näher offen zu legen.²²⁶ Doch auch das Wissen des Auftraggebers um die Tatsache von Drittvergütungen und deren blosser Grössenordnung reicht nicht aus, solange ihm die einzelnen Eckwerte, «keine hinreichend genaue Kenntnis über die tatsächlich anfallenden» Drittvergütungen vermitteln.²²⁷ Die sich aus der Fremdnützigkeit des Auftrags ergebenden Schranken sind darum laut Bundesgericht und h.L. erst gewährt, wenn der Auftraggeber weiss, welche *Handlungen* in welchem *Ausmass* von Abreden mit Dritten beeinflusst sein können. Dazu muss er die *Eckwerte*

²¹⁸ Zit. BGE 132 III 460, 466 E. 4.2 m.w.N. und 467 E. 4.3, vgl. auch DE CAPITANI, in: FS Chapuis, 25, 27; LOMBARDINI, SJ 2002, 506; dort je zum Wille, auf die *Ablieferung* zu verzichten.

²¹⁹ Zit. BGE 132 III 460, 469 E. 4.5; s. auch BGer 4A 427/2011 vom 29. November 2011 E. 5.3.

²²⁰ Vgl. zur Informationspflicht allgemein unten IV.

²²¹ Vgl. für den stillschweigenden Verzicht BGE 132 III 460, 467 E. 4.3 und für den ausdrücklichen Verzicht BGE 137 III 393, 396 ff. E. 2.2 ff.

²²² Zit. BGE 132 III 460, 466 E. 4.2.

²²³ Zit. BGE 132 III 460, 466 E. 4.3.

²²⁴ BGE 132 III 460, 466 f. E. 4.3 noch m.H.a. Art. 10 (und Ziff. 56) i.V.m. Art. 7 Anhang B VSV Ständesregeln für die Ausübung der unabhängigen Vermögensverwaltung vom 26. März 1999. Die gesamte Regel genüge aber der auf 1. Januar 2009 in Kraft gesetzten FINMA-RS 09/1 nicht mehr, so dass ihr fortan die Anerkennung als Mindeststandard gemäss Art. 7 Abs. 2 FINMAG versagt geblieben wäre. Entsprechend wurden die VSV-Ständesregeln revidiert, von der FINMA am 27. April 2009 anerkannt und auf 1. Oktober 2009 in Kraft gesetzt.

²²⁵ BGE 137 III 393, 401 E. 2.5 m.w.H. Ebenso NÄNNI/VON DER CRONE, SZW 2006, 377, 382; EMMENEGGER, in: EMMENEGGER, 59, 83; SCHMID, 189 f.; a.M. insb. ABEGGLEN, recht 2007, 190, 199; SCHÄREN, AJP 2008, 1204, 1210.

²²⁶ BGE 137 III 393, 397 E. 2.2; EMMENEGGER, in: EMMENEGGER, 59, 83; a.M. noch ABEGGLEN, recht 2007, 190, 199, 203; GUTZWILLER, 203; HSU, 35 f.; LOMBARDINI/MACALUSO, AJP 2008, 180, 183 ff.

²²⁷ Zit. BGE 132 III 460, 468 E. 4.5.

kennen, die zur Ermittlung des Gesamtbetrags der Retrozessionen notwendig sind, wobei zumindest die «konkreten Ansätze»²²⁸ sowie die Höhe *der erwarteten Drittvergütungen in einer Prozentbandbreite des vom Auftrag erfassten Anlagevermögens anzugeben ist*,²²⁹ soweit bei einem vorgängigen Verzicht eine genaue Bezifferung noch nicht möglich ist, weil sich die Berechnungsparameter noch laufend verändern.²³⁰ Erst diese Angaben erlauben es dem Auftraggeber, die Kostenstruktur inklusive Gesamtkosten der in Auftrag gegebenen Geschäftsführung zu erfassen und die anfallenden Aufwände zu plausibilisieren – insb. sie mit dem vereinbarten Vermögensverwaltungshonorar zu vergleichen – und so Interessenkonflikte der Beauftragten zu erkennen.²³¹ Dabei ist auch der *Kenntnisstand und die Geschäftserfahrung* des Auftraggebers zu berücksichtigen: Der Hinweis auf die genannten Eckwerte ist obsolet, wo er schon bekannt ist. Ansonsten reicht er freilich nur bei «erfahrenen und in finanziellen Angelegenheiten sachkundigen» Auftraggebern, während ein «gänzlich unerfahrener und unwissender» Auftraggeber ausdrücklich «auf die entsprechenden Zusammenhänge im Einzelnen aufmerksam zu machen ist, aus denen sich angesichts des Empfangs von Leistungen Dritter Interessenkonflikte ergeben können»²³². Ihm ist klar zu machen, dass der Interessenkonflikt besteht – und selbst bei Umwidmung zu Honorar fortbesteht und das *Risiko erhöht, einen Anlageschaden zu erleiden* (s. oben A.2.b). Soweit bisherige Drittvergütungen dem Auftraggeber zudem einen Vermögensschaden eingetragen haben, ist er richtigerweise auch darüber aufzuklären.

(iii) Schliesslich muss m.E. die *Grenze* sinngemäss zur Regelung bei erfolgsabhängigen Direkthonoraren bei den Drittvergütungshonoraren dort gezogen werden, wo sie dazu führen, dass eine Beauftragte ihre Unabhängigkeit verliert, insb. aufgrund des Fremdhonorarumfangs, weil der *Honoraranteil aus Drittvergütungen wesentlich grösser ist als jener aus Direkthonorar*.²³³ Noch viel eher ist diese Schranke anzusetzen, wenn die Fremdhonorare zudem von Voraussetzungen abhängen, deren Erfüllung den Auftragszweck besonders tangieren, was ein Beispiel illustrieren soll:

Bezeichnenderweise untersagt Art. 48k Abs. 2 Satz 3 BVV 2 seit dem 1. August 2011²³⁴ Personen und Institutionen, die von einer Vorsorgeeinrichtung als Externe mit der Ver-

²²⁸ Zit. BGE 137 III 393, 402 E. 2.6.

²²⁹ BGE 137 III 393, 399 f. E. 2.4 m.w.N.; HSU, 36; EMMENEGGER, in: EMMENEGGER, 59, 84; SCHMID, 190; NÄNNI/VON DER CRONE, SZW 2006, 377, 383; so schon DE CAPITANI, in: FS Chapuis, 25, 27; DE BOTH, in: FS Jeanneret, 119, 125 f.

²³⁰ BGE 137 III 393, 399 f. E. 2.4; vgl. nur EMMENEGGER, in: EMMENEGGER, 59, 84; BRETTON-CHEVALIER, 164.

²³¹ Vgl. zum Ganzen eingehend BGE 137 III 393, 398 ff. E. 2.4 m.w.N.

²³² Zit. BGE 137 III 393, 400 E. 2.5 m.w.H.

²³³ Vgl. Haupttext bei den FN 213 f.

²³⁴ Vgl. Abschnitt V lit. a BVV 2. Dies trotz teils massivem Widerstand im Vernehmlassungsverfahren: Vgl. Bericht BVV 2011, 19. Gemäss Übergangsbestimmung wird die erste Prüfung nach

mittlung von Vorsorgegeschäften beauftragt sind, die Bezahlung und Entgegennahme von volumen-, wachstums- oder schadenabhängigen Entschädigungen (sog. *Superprovisionen*) explizit – und *selbst im überobligatorischen Bereich zwingend* (Art. 49 Abs. 2 Ziff. 10 BVG).²³⁵

Eine sinngemäss lautende Regel ist zudem für Makler (nicht aber für Agenten)²³⁶ auch im Entwurf des revidierten²³⁷ Versicherungsvertragsgesetzes in Art. 45a VVG vorgesehen. Die Materialien zu BVG und BVV 2 äussern sich zwar nicht zur Ratio, doch kann der Normzweck kein anderer sein als jener bzgl. Art. 45a VVG: Wird einer Mittlerin ein solches Entgelt versprochen, setzt diese Vergütungsform sie noch stärkeren Anreizen aus, ihre Vermittlung primär auf die Entgelte auszurichten, als dies mit den ordentlichen Courtagen, Provisionen u.ä. sowieso schon der Fall ist.²³⁸ Art. 48k Abs. 2 Satz 3 BVV 2 dient damit dem Ziel, Interessenkonflikte zu vermeiden²³⁹, «die Integrität der Leistungsträger und den fairen Wettbewerb in der beruflichen Vorsorge zu stärken».²⁴⁰

Wie bereits bei den erfolgsabhängigen Direkt honoraren reduzieren die Parteien also auch hier vertraglich den Radius der Interessenwahrungspflichten der Beauftragten, so dass sich fortan die Annahme von Drittvergütungen, die von der Abrede erfasst werden, als zweckneutral erweist. Wo dieser Verzicht indessen dazu führt, dass der Auftrag seine Fremdnützigkeit (bei einer Gesamtbetrachtung der erfolgsabhängigen Direkt honorare und Drittvergütungen) überwiegend verliert, ist der Verzicht nichtig, da er der zwingenden Essentialie jedes Interessenwahrungsverhältnisses zuwider läuft (vergleichbar dem Vorausverzicht auf Information über Drittvergütungen).²⁴¹

den neuen Normen für das Rechnungsjahr 2012 erfolgen, wobei die Vorsorgeeinrichtungen ihre Reglemente und Verträge sowie ihre Organisation erst bis zum 31. Dezember 2012 anpassen müssen.

²³⁵ Vgl. auch Bot. BVG, BBl. 2007, 5669, 5702.

²³⁶ Vermittler werden künftig privatrechtlich wie aufsichtsrechtlich so getrennt, dass sie entweder (zivil als Agent bzw. prudentiell als gebundene Vermittler) mit einer Versicherung *oder* (zivil als Makler bzw. prudentiell als ungebundene Vermittler) mit den Versicherungsnehmenden verbunden sind: vgl. Bot. VVG, BBl. 2011, 7705, 7771; SCHNYDER, 2008, 665, 673.

²³⁷ Bot. VVG, BBl. 2011, 7705, 7726. Die parlamentarische Beratung steht noch aus. Zur EU-Regulierung vgl. SCHNYDER, 2008, 665, 667 f.

²³⁸ Vgl. Bot. VVG, BBl. 2011, 7705, 7812. Anders als im geplanten Art. 45a VVG wird das Verbot in Art. 48k Abs. 2 Satz 3 BVV 2 freilich ein generelles und nicht auf die ungebundenen Vermittler (Makler) beschränkt. Als *lex specialis* gilt Letzteres daher gegebenenfalls auch für Agenten.

²³⁹ Bot. BVG, BBl. 2007, 5669, 5702.

²⁴⁰ Zit. RECHSTEINER zu Geschäftsnummer 07.055 BVG Strukturreform, in: AB NR 2009, 1581.

²⁴¹ BGE 137 III 393, 399 E. 2.4. Vgl. dazu unten IV.A.

III. Herausgabeanspruch

A. Traditionelle Lesart

1. Innerer Zusammenhang als Abgrenzungskriterium

Gewöhnlich konzentrieren sich Lehre und Urteile direkt auf den Herausgabeanspruch gemäss Art. 400 Abs. 1 OR.²⁴² Laut dieser Norm hat die Beauftragte alles, was ihr «infolge [der Geschäftsführung] aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten», wobei Einigkeit besteht, dass ein reiner Tathandlungskonnex ausreicht und keine eigentliche Geschäftsführung (im Sinne eines Rechtsgeschäfts auf fremde Rechnung) vorzuliegen braucht.²⁴³ Verlangt wird aber, dass die betreffenden Vermögensvorteile einen *inneren Zusammenhang* zum Auftrag aufweisen, der bejaht wird, wenn sie «in Erfüllung des Auftrages»²⁴⁴ bzw. «infolge der Auftragsausführung»²⁴⁵ und nicht lediglich «bei Gelegenheit der Auftragsausführung»²⁴⁶ anfallen. Die Interpretation und Konkretisierung dieser Schlagworte bereitet nicht minder Mühe als die Feststellung des sog. funktionellen Zusammenhangs im Rahmen der Haftungszuordnung gemäss Art. 55 und 101 OR, der zu verneinen ist, wenn eine Hilfsperson eine Schädigung lediglich «bei Gelegenheit» der ihr aufgetragenen Verrichtung verursacht.²⁴⁷

2. Rechtsgeschichte

Die heutige Auslegung von Art. 400 OR hat ihren Ursprung im Bemühen deutscher Gerichte, sämtliche Schmiergelder, die als Gaunerlohn nicht zurückgefordert werden können, statt der Empfängerin zu belassen, wenigstens dem Auftraggeber zuzuweisen und so der (präsumierten) Gefahr vorzubeugen, dass diese Vorteile die Beauftragte zu treuwidrigen Handlungen veranlassen.²⁴⁸ Ein innerer Zusammenhang wird darum selbst

²⁴² Vgl. BGE 132 III 460; 137 III 393; BGer 6B_223/2010 vom 13. Januar 2011; OGer ZH LB090076 vom 13. Januar 2012 E. 3.

²⁴³ Vgl. nur BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 117 m.w.N.

²⁴⁴ Zit. BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 127.

²⁴⁵ Zit. BGE 132 III 460, 464 E. 4.1.

²⁴⁶ Zit. BGE 132 III 460, 464 E. 4.1; ebenso BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 127 m.w.N.; vgl. auch RUSCH, WM 2012, 440, 441.

²⁴⁷ Vgl. nur BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 55 N 13; BSK OR I-WIEGAND, Art. 101 N 10, je m.w.N. Vgl. auch BGer 4A_544/2008 vom 10. Februar 2009 E. 2.4: «*Cette notion est cependant assez difficile à cerner.*» Nicht umsonst bezeichnen einzelne Autoren sowohl den funktionellen Zusammenhang als «konturlosen Begriff» (zit. HONSELL, Rz. 13.16) wie den inneren Zusammenhang als «konturenlos» (zit. KOLLER, § 384 HGB N 38).

²⁴⁸ RG III 411/19 vom 27. April 1920 in: RGZ 99, 31, 33 (Schmiergeld an Beauftragten); vgl. detailliert HADDING, ZIP 2008, 529, 531; s. auch ROBERTO, ZSR 2009, 15, 25 f. m.w.N. und 31.

dann bejaht, wenn eine Vorteilsannahme die Interessen des Auftraggebers gefährdet, obwohl eine derartige, wie gesehen zweckwidrige Handlung – jedenfalls bei Annahme von Bestechungsgeldern – dogmatisch betrachtet nicht ernsthaft «in Erfüllung» des Auftrags, sondern *e contrario* lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung erfolgen kann.²⁴⁹ Ausdrücklich von der Herausgabepflicht ausgenommen sind heute nur noch Bagatellvergütungen.²⁵⁰ Abgesehen davon erfasst die zur Bestechung entwickelte Rechtsprechung im Grundsatz inzwischen praktisch sämtliche Drittvergütungen in Form von Rabatten, Provisionen²⁵¹ und weiteren «Sondervorteile[n] aller Art»²⁵², wobei in der Lehre um Regel und Ausnahmen noch gerungen wird. Dreh- und Angelpunkt bildet dabei die Frage, welche Drittvergütungen *nicht infolge* der Auftragsausführung, sondern *nur bei deren Gelegenheit* erworben worden und darum ohne inneren Zusammenhang zum Auftrag seien.²⁵³ Mit verantwortlich dafür sind Gerichte, die noch immer mit diesem Begriffspaar operieren²⁵⁴ und dadurch verschleiern, dass sie im Grunde auf andere Kriterien abstellen.

²⁴⁹ Für Deutschland zu den früheren – aufgrund der ständigen Rspr. inzwischen verstummen – kritischen Stimmen eingehend HADDING, ZIP 2008, 529, 532 Ziff. 2.1 m.w.N. Für die Schweiz schon so ZK-OSER, Art. 400 OR N 3; und heute wieder ROBERTO, ZSR 2009, 15, 21, 25 ff. m.w.N. auch zur geschichtlichen Entwicklung; dogmatische Bedenken gab selbst HIRZEL, 80 ff. zu (obwohl er für Herausgabe plädierte und so den entscheidenden Meinungsumschwung einleitete); a.M. bzw. schon direkt für einen inneren Zusammenhang ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 400 OR N 7; BK-BECKER, Art. 400 OR N 6; heute auch BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 127 f., 134; SPR-HOFSTETTER, 120 f. (allerdings wieder zögernd).

²⁵⁰ Vgl. dazu schon II.C.1.

²⁵¹ Vgl. insb. BGer 4C.125/2002 vom 27. September 2002, E. 3.1; BGE 132 III 460 ff., 464 E. 4.1; 137 III 393, 396, E. 2.1 nachdem BGE 80 IV 53, 55 die Frage der Tatbestandsmässigkeit gemäss Art. 400 OR noch offen gelassen hatte; ROBERTO, ZSR 2009, 15, 23.

²⁵² Zit. BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 131. Ihm folgend BGE 132 III 460 ff., 464 E. 4.1; a.M. ROBERTO, ZSR 2009, 15, 25 der einen inneren Zusammenhang generell verneint und zudem (S. 36 m.w.N.) Rabatte nicht als «Erlangtes», sondern als Aufwendungsersatz qualifiziert, indessen ab S. 36 ff. den Zusammenhang nur noch ablehnt, wenn Vorteile v.a. durch einen auf die Person des Beauftragten bezogenen Umstand gerechtfertigt werden (insb. wegen dessen Nachfragenakkumulation) oder wenn sie eine «eigenwirtschaftliche Leistung des Beauftragten» entgelten (zit. S. 38).

²⁵³ Vgl. etwa ABEGGLEN, SZW 2007, 122, 129 f., der in seinem Schema den (zweckwidrigkeitsindizierenden) Interessenskonflikt erst im Anschluss an den inneren Zusammenhang prüft.

²⁵⁴ Vgl. nur BGE 137 III 393, 395 f. E. 2.1; 132 III 460, 464 E. 4.1.

B. Alternativer Auslegungsvorschlag

1. Zweckbezug als Abgrenzungskriterium

a. Zweckwidriges: vertraglicher Gewinnabschöpfungsanspruch

Denn die Herausgabepflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR wird wie gesehen längst in einer Weise interpretiert, die neben den zweckkonformen auch sämtliche zweckwidrigen Vorteile erfasst: Statt Letztere der Beauftragten zu belassen und den Auftraggeber alleine auf einen allfälligen Schadenersatzanspruch zu verweisen,²⁵⁵ haben die Gerichte in *Rechtsfortbildung (extra legem) eine besondere vertragliche Anspruchsgrundlage zur Gewinnabschöpfung im Falle der vertragswidrigen Annahme von Drittvergütungen* geschaffen²⁵⁶ – nicht anders als die deutsche Praxis auch.²⁵⁷ Herauszugeben sind jene Drittvergütungen, die eine Beauftragte trotz deren Anreizwirkung und/oder in Schädigung des Auftraggebers entgegengenommen hat.²⁵⁸

Die *Ratio* dieser Lesart beruht auf der Fremdnützigkeit des Auftrags. Ihr wird so bereits auf Primäranspruchsebene zum vollen Durchbruch verholfen: Das Geschäftsergebnis hat sich alleine im Vermögen des Auftraggebers zu manifestieren, während der Beauftragten daraus, abgesehen von einem allfälligen Honorar, weder Gewinn noch Verlust entstehen soll.²⁵⁹ Dieser Grundsatz erlitte aber eine empfindliche Lücke, wenn gerade zweckwidrig erlangte – und mithin dieses Geschäftsergebnis gefährdende – Drittvergütungen der Beauftragten verbleiben dürften oder nur indirekt in Form von Schadenersatz von ihr zurückerlangt werden könnten.²⁶⁰

b. Zweckkonformes: vertraglicher Erfüllungsanspruch

Daneben besteht der seit je auf Art. 400 OR basierende Anspruch auf Herausgabe der zweckkonform und lediglich treuhänderisch angenommenen und gehaltenen Vermö-

²⁵⁵ Diese Lösung favorisiert ROBERTO, ZSR 2009, 15, 30 mit Blick auf Bestechungsgelder.

²⁵⁶ Ein Rückgriff auf Art. 423 OR erübrigt sich bei dieser Lesart selbst für Bestechungsgelder von vornherein. A.M. ROBERTO, ZSR 2009, 15, 30 f. m.w.N.; BSK OR I-WEBER, Art. 423 N 3; ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 84.

²⁵⁷ Implizit für eine «Abschöpfung von Vorteilen aus einer *unerlaubten Eigengeschäftsführung*» (zit. HADDING, ZIP 2008, 529, 531, Hervorhebung original) auch BGH VII ZR 149/61 vom 7. Januar 1963, in: BGHZ 39, 1, 3, demgemäss sich das Ergebnis der Herausgabe auch über die vorsätzliche unechte Geschäftsführung (§ 687 Abs. 2 i.V.m. §§ 681, 667 BGB) erzielen lasse.

²⁵⁸ Vgl. oben II.A.

²⁵⁹ Vgl. schon bei FN 16.

²⁶⁰ Vgl. schon RG III 411/19 vom 27. April 1920 in: RGZ 99, 31, 32: «Sodann liegt [der Pflicht zur Herausgabe von Schmiergeld] der weitere Gedanke zugrunde, dass demjenigen, für dessen Rechnung ein anderer Geschäfte führt, die gesamten Vorteile der letzteren ebenso gebühren, wie er die gesamte Gefahr zu tragen hat.»

genswerte.²⁶¹ Es handelt sich dabei um einen vertraglichen Erfüllungsanspruch²⁶² in Form einer sog. *obligation de résultat*. Hierunter fallen auch Werte, die eine Beauftragte eingenommen hat, während sie den Auftrag in weisungswidriger Art ausführte, deren Geschäftsführung der Auftraggeber letztlich aber dennoch genehmigt hat.²⁶³

c. Zweckneutrales: kein Herausgabeanspruch

Behalten darf die Beauftragte somit nur, was den Auftrag von Beginn weg weder positiv noch negativ tangiert, also insb. *Bagatellzuwendungen*, aber ebenso Drittvergütungen, die *eigenwirtschaftliche Leistungen* abgelten oder die kraft Verzichts zu *Honorar* umgewidmet wurden.²⁶⁴ Was die Umwidmung zu Honorar betrifft, haben die oben bereits referierten Entscheide des Bundesgerichts die erwünschte Klarheit geschaffen.²⁶⁵ Noch offen ist hingegen eine fundierte höchstrichterliche Erläuterung der – primär im Fondsvertrieb virulenten – Frage, wann eine Drittvergütung sich als zweckneutral erweist (bzw. in der gängigen Terminologie: wann der innere Zusammenhang zu verneinen ist) und wann nicht. Wie bereits ausgeführt, ist eine Drittvergütung m.E. nur zweckneutral, wenn sie den Auftraggeber weder schädigt, noch die Fremdnützigkeit des Auftrags gefährdet,²⁶⁶ was jedenfalls zu bejahen ist, wenn sie eine eigenwirtschaftliche Gegenleistung der Empfängerin abgilt.²⁶⁷

2. Verjährungsfolgen

Die Unterscheidung der zweckkonformen von der zweckwidrigen Annahme von Drittvergütungen schlägt sich auch auf die Verjährungsfolgen nieder: Während die Herausgabe zweckkonform angenommener Vermögenswerte der *Frist* von fünf Jahren gemäss Art. 128 Ziff. 1 OR untersteht, soweit sie periodisch fällig wird und sich ansonsten nach der Zehnjahres-Frist des Art. 127 OR richtet,²⁶⁸ fällt Periodizität beim vertraglichen Gewinnabschöpfungsanspruch von vornherein ausser Betracht. Denn selbst wenn die Drittvergütungen in durchaus wiederkehrenden Zeitabständen erfolgen, beruht dieser Rhythmus lediglich auf einer Abrede zwischen der Beauftragten und dem Dritten, die

²⁶¹ Vgl. oben II.B.

²⁶² Vgl. BGE 138 III 137, 143 E. 5.3.4.

²⁶³ Vgl. BGE 138 III 137, 142 f. E. 5.3.3.

²⁶⁴ Vgl. oben II.C.

²⁶⁵ Vgl. oben II.C.3. Vgl. zudem auch OGer ZH LB0900786 vom 13. Januar 2012 E. III.3.E.4.

²⁶⁶ Vgl. II.A und II.C.

²⁶⁷ Vgl. II.A.1.b. Im Resultat vergleichbar OGer ZH LB0900786 vom 13. Januar 2012 E. III.3.B.

²⁶⁸ Vgl. nur EMMENEGGER, in: EMMENEGGER, 59, 87 f. m.w.N.

als *res inter alios acta* unbeachtlich bleiben muss, da der Auftraggeber kraft Art. 400 OR nicht etwa in den – u.U. durchaus periodischen – Vergütungsanspruch subrogiert.²⁶⁹

Dabei *beginnen* die Fälligkeit und damit gemäss Art. 130 OR auch die Verjährung nach hier vertretener Auffassung mit jeder *pflichtwidrigen Annahme ad hoc* zu laufen. Demgegenüber findet sich in der Lehre und in kantonalen Urteilen die Ansicht, dass es die Einheitlichkeit des Auftragsverhältnisses gebiete, für Drittvergütungen «die gleichen Verjährungsregeln wie für den Hauptanspruch» zur Anwendung zu bringen.²⁷⁰ Dazu wird unterstellt, dass die Beauftragte selbst bei pflichtwidrig angenommenen Vermögenswerten gehalten sei, diese fortan wie zweckkonform erlangte Vermögenswerte zu behandeln – mithin im Rahmen eines Finanzanlagegeschäfts etwa aufzubewahren und gegebenenfalls auch zu bewirtschaften.²⁷¹ Der Anspruch auf Erstattung lebe daher *grundsätzlich erst bei Beendigung* des Vertragsverhältnisses auf, so dass die Verjährung erst dann beginne, wobei die auf zehn Jahre beschränkte Buchführungspflicht gemäss Art. 962 OR dem Herausgabeanspruch indirekt noch eine weitere Schranke setze.²⁷²

Dieser Ansatz ist aus mehreren Gründen abzulehnen. So führt er zu unterschiedlichen Verhältnissen, je nachdem ob eine Beauftragte zur Erfüllung des Vertrages Rechtsinhaberschaft über erlangte Vermögenswerte ausüben muss (wie dies auf Verwahrer, Effekthändler und insb. Vermögensverwalter zutrifft) oder nicht (was vornehmlich bei Anlageberatern und Versicherungsmaklern der Fall ist). Vor allem aber unterstellt er zweckkonform und zweckwidrig erlangte Vermögenswerte demselben Verjährungsregime. Dem steht aber die bundesgerichtliche Rechtsprechung entgegen, wonach die Verjährung von Forderungen aus ungehöriger Vertragserfüllung mit ihrer Fälligkeit, d.h. mit der Vertragsverletzung beginnt (wobei die von diesem Zeitpunkt an zu berechnende Verjährungsfrist des Art. 127 OR unabhängig davon läuft, ob der Gläubiger seine Forderung kennt).²⁷³ Hinzu kommt, dass nach h.L. Ersatzansprüche aus Verletzung einer Unterlassungspflicht gemäss Art. 98 Abs. 2 OR (unter die sich das Verbot der zweckwidrigen Annahme von Drittvergütungen wie gesehen einreicht) mit der Verletzung selber zu laufen beginnen.²⁷⁴ Schliesslich nehmen Beauftragte spätestens seit dem Urteil BGer 4C.125/2002 vom 27. September 2002 zweckwidrige Dritt Vorteile in *vorsätzlicher*

²⁶⁹ Insofern ist BGE 91 II 260, 262 nicht einschlägig, der den Entschädigungsanspruch des Gemeinwesens gemäss Art. 329 Abs. 3 ZGB als ebenso periodisch fällig betrachtete wie den privatrechtlichen Unterstützungsanspruch des Bedürftigen selbst.

²⁷⁰ Zit. OGer ZH LB0900786 vom 13. Januar 2012 E. III.3.D.2.1; so schon EMMENEGGER, in: EMMENEGGER, 59, 89 ff.

²⁷¹ Vgl. EMMENEGGER, in: EMMENEGGER, 59, 89 f.;

²⁷² OGer ZH LB0900786 vom 13. Januar 2012 E. III.3.D.2.1; EMMENEGGER, in: EMMENEGGER, 59, 88 ff.; HSU, 44.

²⁷³ Vgl. BGE 90 II 428, 440; 53 II 342 f.; 87 II 155 ff.

²⁷⁴ BK-WEBER, Art. 98 OR N 113.

Verletzung der Fremdnützigkeit an.²⁷⁵ Wider besseren Wissens verwalten bzw. verwahren sie diese Werte aber anschliessend sowieso nicht im Sinne des Auftrages, sondern vereinnahmen sie bekanntlich von vornherein für eigene Rechnung, so dass umso weniger einzusehen ist, weshalb die Verjährung dennoch an diese Verwendung anknüpfen bzw. erst mit deren supponiertem Ende zu laufen beginnen sollte.²⁷⁶ Denn der Auftraggeber erscheint nicht schutzbedürftiger als bei anderen Vertragsverletzungsansprüchen auch, so dass das Abweichen von der allgemeinen Regel willkürlich pönalisierend wäre.

Hingegen ist für den *zweckgebundenen Vorteilserwerb* der oben skizzierten Lehre und Rechtsprechung beizutreten: Die betreffenden Werte sind, soweit sie nicht ordnungsgemäss aufgebraucht wurden, gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR herauszugeben, wenn ihre Widmung (spätestens bei Vertragsende) entfällt. Erst ab dann läuft die Verjährung nach Art. 127 oder 128 OR.²⁷⁷

IV. Information

Neben der Pflicht, keine zweckwidrigen Drittvergütungen anzunehmen und dennoch erworbene Werte sowie zweckkonform erlangtes Vermögen herauszugeben, hat die Beauftragte mit Blick auf Drittvergütungen noch eine dritte Primärleistung zu erbringen: Sie muss den Auftraggeber gehörig informieren. Der Umfang sowie die Art und Weise der Information richten sich dabei nach dem Inhalt einerseits und nach dem Adressaten andererseits:

A. Spontan hinsichtlich dispositionsbedürftiger Umstände

Tatsachen, die den angestrebten Vertragszweck in einer dem Auftraggeber bislang nicht bewussten Weise wesentlich beeinflussen, sind ihm von der Beauftragten spontan offenzulegen.²⁷⁸ Wesentlichen Einfluss haben Tatsachen dann, wenn sie vom Auftraggeber einen Entscheid darüber erfordern, ob er Folgedispositionen (z.B. Weisungen, Kündi-

²⁷⁵ Vgl. für Deutschland (dort zur Aufklärungspflicht) BGH XI ZR 308/09 vom 29. Juni 2010: «Vielmehr war für Kreditinstitute bereits auf der Grundlage von zwei Urteilen des Bundesgerichtshofs aus den Jahren 1989 und 1990 eine entsprechende Aufklärungspflicht erkennbar...».

²⁷⁶ Für einen Verjährungsbeginn ab Annahme wäre grundsätzlich auch SCHMID, 172 ff. m.w.N. hält dies aber angesichts von BGE 91 II 442 für nicht durchsetzbar. Der genannte Entscheid behandelt indes alleine die Herausgabe von *zweckkonform* erworbenen Werten.

²⁷⁷ BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 141 ff, 159. Entgegen a.a.O. N 160 sind darum Ertragswerte nur sofort herauszugeben, wenn sie nicht als Instrumentalwerte (FN 8) weiterverwendet werden.

²⁷⁸ SPR-HOFSTETTER, 115 spricht in diesen Fällen von einer «Benachrichtigungspflicht».

gung, Ablieferungsbegehren, Schadenersatzforderungen) treffen will oder nicht.²⁷⁹ In solchen Fällen darf die Beauftragte nicht etwa eine entsprechende Nachfrage abwarten, sondern hat ihren Auftraggeber schon gestützt auf die Treuepflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR *spontan* über die dispositionsbedürftigen Umstände zu benachrichtigen und aufzuklären.²⁸⁰ Ob sich diese Pflicht überdies auch direkt aus Art. 400 OR ergibt,²⁸¹ ist insofern ohne praktische Relevanz.

In seinen jüngsten Urteilen hat sich das Bundesgericht jenem Teil der Lehre angeschlossen, der auch Drittvergütungen mit innerem Zusammenhang zu einem Auftrag zu jenen Gegenständen zählt, über welche die Beauftragte von sich aus zu informieren hat²⁸² – und zwar schon im Rahmen ihrer vorvertraglichen Aufklärungspflichten.²⁸³ Dies ist richtig nicht nur «angesichts der damit verbundenen Gefahr von Interessenkonflikten»²⁸⁴ sondern m.E. auch aufgrund der damit regelmässig verbundenen Vermögensschädigung.²⁸⁵ Ein vorgängiger Verzicht auf die Information ist nicht möglich.²⁸⁶ Wie ein Auftraggeber im Einzelfall zu informieren ist, wurde bereits eingehend erläutert²⁸⁷ und gilt hier ebenso. Dreierlei sei aber noch angefügt:

Erstens besteht eine Informationspflicht über Drittvergütungen auch dann, wenn die Beauftragte der Auffassung ist, dass damit wirtschaftliche Eigenleistungen honoriert würden. Denn erst mit entsprechender Kenntnis kann der Auftraggeber beurteilen, ob dem tatsächlich so ist. Freilich geht das Informationsinteresse dem Interesse an der Geheimhaltung potentieller Geschäftsgeheimnisse nicht uneingeschränkt vor.²⁸⁸ Das Gesagte gilt vielmehr nur, soweit die *Berechnungsparameter* von Vermögensdaten des

²⁷⁹ Sinngemäss BK-FELLMANN, Art. 398 OR N 148; BK-GAUTSCHI, Art. 400 OR N 23.

²⁸⁰ BGE 115 II 62, 64 E. 3a und 67 E. 3d; 110 II 360, 372 E. 5a; BK-FELLMANN, Art. 398 OR N 143 ff., 146 und Art. 400 OR N 66.

²⁸¹ BSK OR I-WEBER, Art. 400 OR N 1 ff.; SPR-HOFSTETTER, 115 f.; BK-GAUTSCHI, Art. 400 OR N 23c. Im Ergebnis auch BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 14 m.w.H., soweit er Aspekte anspricht, die den Auftraggeber bewegen, «sich allenfalls veränderten Verhältnissen anpassen zu können».

²⁸² Anders hingegen BGH XI ZR 56/05 vom 3. März 2011 (vgl. insb. E. 2.c.bb.1 zu den Gründen und E. 2.b zur Lehre); III ZR 196/09 vom 15. April 2010, in: BGHZ 185, 185 bei bankexternen Anlageberatern, die kein Direkthonorar beziehen, sondern Drittvergütungen, welche 15% des Anlagekapitals nicht überschreiten: Lege der Dritte in solchen Fällen Abzüge und Kosten, könne der Auftraggeber daraus bereits auf Vergütungen an die Beauftragte schliessen und nachfragen.

²⁸³ BGE 137 III 393, 400 E. 2.5; BRETTON-CHEVALLIER, 95; SCHMID, 136, BORER-BENZ, 151 ff.; BK-FELLMANN, Art. 398 OR N 150 ff.

²⁸⁴ Zit. BGE 137 III 393, 400 E. 2.5.

²⁸⁵ Vgl. II.A.2.

²⁸⁶ BGE 137 III 393, 399 E. 2.4 m.w.N., da er dem voraussetzungslosen Herausgabeverzicht gleichkäme. Ebenso SCHMID, 181; BRETTON-CHEVALLIER, in: FS Jeanneret, 107, 113 FN 20. Für Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 58. A.M. noch Hsu, 28 f.

²⁸⁷ Vgl. II.C.3.b.

²⁸⁸ So aber HGer ZH HG090121-O/U vom 19. Mai 2011 E. 8.2.

Auftraggebers abhängen. Denn in diesem Fall hat es sich die Beauftragte selber zuzuschreiben, wenn sie mit diesem Konnex den Verdacht eines Einmischungszwecks erregt. Gleiches muss gelten, wenn die vergütete Gegenleistung der Beauftragten in eine *Anlage oder Dienstleistung* einfließt, die der Auftraggeber auf ihr Betreiben hin erwirbt. Blicke dem Auftraggeber diese aus Art. 400 Abs. 1 OR fließende Kontrollmöglichkeit versagt, könnte eine Beauftragte ohne jede Gefahr, später überführt zu werden, den Auftraggeber zum Erwerb überteuerter Leistungen bewegen, was nicht nur die Fremdnützigkeit gefährden, sondern den Auftraggeber schon direkt schädigen würde.

Zweitens genügen die Rz. 30 f. des FINMA-RS 09/1 der geltenden Rechtsprechung nicht mehr, soweit sie eine Information nur auf Anfrage vorsehen, nicht nach dem Empfängerhorizont differenzieren und die Beauftragte von ihrer Pflicht dispensieren, wenn sich Drittvergütungen nicht «mit vernünftigem Aufwand eindeutig individuell [d.h. einem Auftraggeber] zuordnen lassen». Einen solchen Dispens sehen die Präjudizien indessen nicht vor. Der Aufwand beruht zudem auf einer von der Beauftragten selbst zu verantwortenden Vergütungsstruktur, von der sie profitiert hat und deren negative Folgen sie daher ebenso zu tragen hat und nicht nachträglich gegen die Auskunftspflicht vorbringen darf.

Drittens bestehen Hinweise, dass das Bundesgericht gewillt ist, künftig Beauftragte nicht mehr nur zu verpflichten, über *empfangene* Drittvergütungen zu informieren, sondern die Informationspflicht auch zu bejahen, wenn derartige Vergütungen *ausgerichtet* werden, etwa durch eine Depotbank. Denn jüngst erwähnte das Bundesgericht in einem *obiter dictum* nicht nur die befürwortenden Schweizer Autorinnen und Autoren, sondern auch die entsprechende Praxis in Deutschland,²⁸⁹ denen es – ohne eigene Stellungnahme – nur eine hiesige Gegenansicht gegenüberstellte.²⁹⁰

B. Beantwortend hinsichtlich bedeutender Umstände

Vollständige Kenntnis (die über potentiell dispositionsbedürftige Umstände weit hinausreichen kann) bedarf der Auftraggeber ausserdem zur Kontrolle der für seine Rechnung getätigten Rechts- und Tathandlungen und damit letztlich der Beauftragten selbst.²⁹¹ Aus diesem Grund hat der Auftraggeber gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR das Recht auf Rechenschaft «über alles..., was für ihn von Bedeutung sein kann»²⁹², wobei diese Infor-

²⁸⁹ BGH XI ZR 349/99 vom 19. Dezember 2000, in: BGHZ 146, 235, 238 ff. E. 2.

²⁹⁰ Vgl. BGE 137 III 393, 402 E. 2.6 m.w.N.

²⁹¹ BGE 110 II 182; BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 14; SPR-HOFSTETTER, 115 f.

²⁹² Zit. BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 19, vgl. auch N 13 ff., 53. Die Rechnungslegung, d.h. die mit Einnahmen und Ausgaben verbundenen Auskünfte, bildet zwar einen wesentlichen Teil dieser Information, reicht darüber aber doch hinaus: BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 47 ff.

mation vollständig, hinreichend ausführlich, verständlich, nachprüfbar und wahrheitsgetreu zu erteilen ist, selbst wenn sich die Beauftragte dadurch selbst belastet.²⁹³ Sie ist ausserdem vorleistungspflichtig, kann also Honorierung und Befreiung i.S.v. Art. 400 und 402 OR erst verlangen, wenn sie ihrer Informationspflicht vollständig nachgekommen ist.²⁹⁴

An Grenzen stösst die Rechenschaft erst dann, wenn sie unzumutbar wäre und damit Rechtsmissbrauch betrieben würde²⁹⁵ oder wenn sie sich als unnützlich erweise, weil der Auftraggeber die betreffenden Informationen schon erhalten hat²⁹⁶ oder wenn sie für eine Beauftragte unzumutbar wäre,²⁹⁷ wobei hier der soeben gemachte Vorbehalt nicht minder gilt: Hat die Beauftragte den mit der Information verbundenen Arbeitsaufwand selber zu verantworten, versagt ein entsprechender Einwand.

Allerdings ist eine laufende Kontrolle und damit ein sofortiger Rapport über jeden neuen Geschäftsaspekt schon angesichts der zuvor erwähnten Pflicht zur Spontaninformation bei redlichen Parteien (von denen auszugehen ist) nicht erforderlich. Daher ist es nur sachgerecht, dass nach Art. 400 Abs. 1 OR die Rechenschaft erst *auf Verlangen* hin fällig wird, wobei das entsprechende Begehren gemäss Normtext *jederzeit* gestellt werden darf. Bei Geschäftsbeendigung ist ein solches Verlangen zudem jedenfalls mit Blick auf die Rechnungslegung, d.h. Einnahmen und Ausgaben betreffend, als konkludent ergangen zu unterstellen.²⁹⁸

Darüber hinaus können selbstverständlich weitere Auskunftspflichten, insb. aus Erbrecht, gemäss Art. 8 DSG²⁹⁹ oder Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO³⁰⁰ und StPO bestehen,³⁰¹ die hier indessen nicht näher thematisiert werden können.

²⁹³ BGE 4A_688/2011 vom 17. April 2012 E. 6.4.; BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 20, 27 ff. und 85 m.w.N.; SPR-HOFSTETTER 116 f. und FN 135 m.w.N.

²⁹⁴ BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 60 ff. m.w.N.

²⁹⁵ BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 80.

²⁹⁶ Gegenüber Erben ist diese Schranke m.E. indes erst im Missbrauchsfalle anzuwenden, liegt es doch «gerade in der Natur der Sache, dass es im Zusammenhang mit dem Erbgang zu Wissensdefiziten und zum Verlust von Belegen über die entsprechenden Vorgänge kommen kann», zit. BGE 133 III 664, 668 E. 2.6.

²⁹⁷ Vgl. die Beispiele bei BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 79, 81, 86 f.

²⁹⁸ BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 67.

²⁹⁹ Dazu jüngst BGE 4A_688/2011 vom 17. April 2012 in Bestätigung von ZH OGer LB100078-O/U vom 1. Oktober 2011; SCHOCH/WIGET, AJP 2010, 999, *passim*.

³⁰⁰ Auch zum Zwecke der Prozesschancen-Einschätzung; dazu LIVSCHITZ/SCHMID, AJP 2011, 739, 742. Vgl. explizit Bot. ZPO, BBl. 2006, 7221, 7315. Eingehend zur Thematik WALDMANN YVES, Informationsbeschaffung durch Zivilprozess, Basel 2009, 59 ff., 141 und *passim* (indes noch zur Rechtslage vor der neuen ZPO).

³⁰¹ Eingehend LIVSCHITZ/SCHMID, AJP 2011, 739, 744 ff.

V. Beseitigungs- und Ersatzanspruch

Wie eingangs bereits erwähnt, klagen Auftraggeber in der Schweiz bis heute vornehmlich auf Information über und Herausgabe von Drittvergütungen. Keine Urteile sind hingegen soweit ersichtlich bislang ergangen zur Frage, welche Sekundäransprüche aus der Verletzung der primär geschuldeten Annahmeverweigerung, Herausgabe und Information mit Blick auf Drittvergütungen entstanden sind. Alle drei Varianten werden im Folgenden kurz erläutert:

A. Wegen Verletzung des Annahmeverbots

Wie mit Blick auf das Annahmeverbot eingehend dargelegt wurde, erweist sich dessen Missachtung u.a. als vertragszweck- und damit treuwidrig, weil dem Auftraggeber durch diese Vertragsverletzung kausal jedenfalls *nutzloser Aufwand in der Höhe der Drittvergütung* verursacht wird.³⁰² Wenigstens diesen Schaden verschuldet eine Beauftragte spätestens seit BGer 4C.125/2002 vom 27. September 2002 mindestens eventualvorsätzlich, wenn sie Drittvergütungen entgegennimmt, ohne sie sogleich an den Auftraggeber weiterzureichen, da schon das genannte Präjudiz klargestellt hat, dass Drittvergütungen dem Auftraggeber zustehen. Entsprechend haftet sie aus Art. 398 Abs. 2 und 98 Abs. 2 i.V.m. 97 ff. OR³⁰³ für diesen Preisnachteil gemäss Art. 127 und 130 Abs. 1 OR während zehn Jahren ab Fälligkeit des Anspruchs, d.h. ab Begehung der Vertragsverletzung (während die Kenntnis des Auftraggebers hinsichtlich des Schadens und der Person der Ersatzpflichtigen keine Rolle spielt).³⁰⁴

Darüber hinaus kann dem Auftraggeber wie gesehen durch die zweckwidrige Annahme von Drittvergütungen kausal zuweilen *zusätzlicher Anlagenschaden* entstehen.³⁰⁵ Anders als bei Delikten ist das Verschulden bei solchen Vertragsverletzungen zu vermuten (Art. 99 OR). Dabei scheidet eine Exkulpation i.S.v. Art. 97 OR bereits, wenn die konkrete Gefahr der Schädigung für die Beauftragte lediglich voraussehbar gewesen ist.³⁰⁶ In diesem Fall schuldet die Beauftragte dem Auftraggeber jedenfalls im Rahmen eines Vermögensverwaltungsmandates das Erfüllungsinteresse: Sie hat ihn gemäss der Ver-

³⁰² Vgl. II.A.2.a.

³⁰³ BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 181 ff.; BK-WEBER, Art. 98 OR N 114 ff.: Die Formel «schon bei blosssem Zuwiderhandeln» besagt nur, dass für die Fälligkeit des Ersatzanspruchs keine Vorkehrungen des Gläubigers (Mahnung etc.) nötig sind.

³⁰⁴ Vgl. nur HOFSTETTER, 147 m.w.N. auch zur Kontroverse in der Lehre.

³⁰⁵ Vgl. II.A.2.b.

³⁰⁶ Vgl. schon 99 II 176, 180 E. 1; 90 II 9, 12 E. 4, in: Pra 53 (1964) 155. Zum Verschulden bei Anlagenschäden, insb. bei Prospekthaftung, WEBER in: EMMENEGGER, 129, 150 m.w.N.

gleichshypothese³⁰⁷ in jenen Vermögensstand zu versetzen, den eine treue, sorgfältige und durchschnittlich erfolgreiche Beauftragte während der gleichen Periode erwirtschaftet hätte.³⁰⁸ Demgegenüber war in der Anlageberatung früher die gesamte Einbusse zu erstatten, die eine nach falscher Beratung getätigte Transaktion verursacht hatte.³⁰⁹ Inzwischen wurde die Vergleichshypothese allerdings auch in der Anlageberatung soweit ersichtlich erstmals angewandt.³¹⁰

B. Wegen Verletzung der Herausgabepflicht

Wird demgegenüber die Herausgabepflicht verletzt, besteht der Primäranspruch grundsätzlich fort, so dass sich eine Klage auf Schadenersatz in aller Regel erübrigt. Art. 402 Abs. 2 OR hält hier ausserdem eine *lex specialis* zu Art. 102 OR bereit.³¹¹ Etwas anderes gilt nur bei untergegangenen Stückschulden einerseits sowie andererseits, soweit der Auftraggeber seine Rechte aus dem eingetretenen Verzug wahrnimmt, insbesondere wenn er seine Wahl gemäss Art. 107 OR trifft und den Vertrag wandelt,³¹² etwa um eine Verrechnungsmöglichkeit zu erhalten.

C. Wegen Verletzung der Informationspflicht

Schliesslich bleibt zu prüfen, inwiefern eine Beauftragte schadenersatzpflichtig werden kann, weil sie den Auftraggeber nicht gehörig über bezahlte oder erhaltene Drittvergütungen informiert hat. In *Deutschland* erfolgt die Sanktionierung unerwünschter Drittvergütungsströme im Rahmen der diskretionären *Vermögensverwaltung* seit über zehn Jahren vornehmlich auf diesem Wege.³¹³ Dabei wird argumentiert, dass solche Leistungen, soweit sie verdeckt vereinbart werden, eine schwer wiegende Treuwidrigkeit der Empfängerin darstellten, die ihre Vertrauenswürdigkeit derart zerstörten, dass damit die Grundlage für das Verwaltungsgeschäft entfalle.³¹⁴ Es wird dem Auftraggeber also unterstellt, dass er bei voller Kenntnis auf die Dienste der Beauftragten und damit auch auf

³⁰⁷ Vgl. BGer 4C.158/2006 vom 10. November 2006, E. 4.4.3.

³⁰⁸ Seit BGer 4C.18/2004 vom 3. Dezember 2004 E. 2, in: Pra 2005 Nr. 73 S. 566. Ebenso BGer 4C.295/2006 vom 30. November 2006 E. 5.2.2; 4A_351/2007 vom 15. Januar 2008 E. 3.2.2. Nur die Einzelpositionen nennt etwa WEBER in: EMMENEGGER, 129, 141 ff. m.w.N.

³⁰⁹ BGer 4C.295/2006 vom 30. November 2006 E. 5.2.2; BGE 131 III 377, in: Pra 2006 216.

³¹⁰ BGer 4A_74/2008 vom 13. Juni 2008 E. 5.1: Zu erstatten war *in casu* die Differenz zu einem hypothetischen Durchschnittsportefeuille, das aufgrund einer Privatexpertise ermittelt worden war.

³¹¹ Vgl. etwa SPR-HOFSTETTER, 121 f.

³¹² Eingehend dazu ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, Die Gewähr, Bern 2007, Rz. 454 ff., 485 ff.

³¹³ BGH XI ZR 349/99 vom 19. Dezember 2000, in: BGHZ 146, 235, 239.

³¹⁴ Statt vieler SETHE in: FS Nobbe, 769, 778 f. m.w.N.

die von ihr für seine Rechnung getätigten Geschäfte verzichtet hätte. Folglich kann der Auftraggeber Ersatz in der Höhe des negativen Interesses verlangen – und zwar nicht nur von seiner Vermögensverwalterin, sondern alternativ auch von seiner Depotbank, weil diese durch ihr Schweigen die Möglichkeit einer solchen Schädigung in Kauf genommen habe.³¹⁵ Im Ergebnis wird durch diese Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens³¹⁶ und die damit verbundene Umkehr der Beweislast³¹⁷ das Geschäftsrisiko drittvergütungsrelevanter Transaktionen vom Anleger auf die Parteien der Drittvergütungsabrede überwältigt. Diese Grundsätze gelten inzwischen auch bei der *Anlageberatung*,³¹⁸ sogar wenn die Bankberatung explizit auf haus- und konzerneigene Produkte beschränkt bleibt.³¹⁹ Ausgenommen sind hingegen in der Regel bankexterne Berater,³²⁰ gewisse in Fondsprospekten angedeutete Drittvergütungen³²¹ und generell Festpreisgeschäfte.³²²

In der *Schweiz* ist soweit ersichtlich noch keine Beauftragte wegen unterlassener Information über Drittvergütungen gestützt auf Art. 398 Abs. 2 und 400 i.V.m. Art. 97 ff. OR zu Schadenersatz verurteilt worden.³²³ Da hierzulande Urteile zu allfälligen Sekundäransprüchen noch generell fehlen, besteht die Möglichkeit, dass unsere Gerichte in Zukunft Ersatzpflichten gegebenenfalls von vornherein wie oben beschrieben aus der Verletzung des Annahmeverbotes herleiten werden,³²⁴ statt wie die deutschen Gerichte den Umweg über den Ersatz aus Informationspflichtverletzung zu beschreiten. Im nun folgenden Fazit wird dargelegt, warum dies zu begrüßen wäre.

³¹⁵ SETHE in: FS Nobbe, 769, 779 f. m.w.N.

³¹⁶ Vgl. nur BGH XI ZR 586/07 vom 12. Mai 2009.

³¹⁷ Vgl. nur BGH XI ZR 191/10 vom 9. März 2011 Rz. 33 ff. m.w.N.: Die Vermutung kann widerlegt werden, wenn ein aufgeklärter Anleger aufgrund von mindestens zwei Handlungsoptionen in einen Entscheidungskonflikt käme. Die Geringfügigkeit einer Rückvergütung bleibt dabei laut Gericht aber ohne Einfluss.

³¹⁸ BGH XI ZR 56/05 vom 19. Dezember 2006, in: BGHZ 170, 226: Haftung der Bank wegen Empfehlung von Aktienfondsanteilen am Bankschalter ohne Hinweis auf Rückvergütungen, die der Bank von der Kapitalanlagegesellschaft für diese Vermittlung erhält. Das gilt auch für Anlagen, die nicht dem WpHG unterfallen: BGH XI ZR 510/07 vom 20. Januar 2009.

³¹⁹ BGH ZR XI 191/10 vom 9. März, 19. Juli und 24. August 2011; BVerfG 1 BvR 2514/11 vom 8. Dezember 2011.

³²⁰ Vgl. FN 282.

³²¹ BGH XI ZR 330/08 vom 27. Oktober 2009: Nennt der Prospekt die Kosten für Fremd- und Eigenkapitalbeschaffung sowie für die Platzierungsgarantie nach Inhalt und Höhe korrekt, fließen daraus alimentierte Rückvergütungen an die beratende Bank nicht verdeckt (*implicit*: sondern können vom Anleger aus den Kostenhinweisen gefolgert werden).

³²² BGH ZR XI 178/10 vom 27. November 2011; a.M. SETHE in: FS Nobbe, 769, 785 f.

³²³ Anspruch auf positives Interesse bejaht etwa RUSCH, WM 2012, 440, 441 f. (der angesichts der Schadensumschreibung aber wohl das negative Interesse meint).

³²⁴ Vgl. oben V.A.

D. Fazit

Für den Schadenersatzanspruch wegen Verletzung des Annahmeverbots ist der Zusammenhang zwischen einer pflichtwidrig *vorgenommenen* Handlung und dem eingetretenen Schaden zu belegen. Wird dabei auf der Tatbestandsebene die Anreizwirkung einer Drittvergütung bejaht, gilt als erstellt, dass eine Beauftragte eine Handlung so nicht vorgenommen hätte, wenn ihr nicht von dritter Seite ein Vorteil für ebendiese Handlung zugeflossen wäre. Konsequenterweise kann auf der Rechtsfolgeebene die Kausalität zwischen der zweckwidrigen Annahme und dem Schaden nur noch widerlegt werden, wenn selbst mit strategiekonformen und – vor allem – anreizärmeren oder -freien Anlagen kein besserer Vermögensstatus erzielt worden wäre, so dass auch eine gehörige Vermögensverwaltung, Anlageberatung oder Transaktionsabwicklung den Schaden nicht verhindert hätte.³²⁵ Der fragliche Nachweis knüpft an objektive Faktoren, die in der Regel direkt belegt werden können. Gerade einer kundigen Finanzintermediärin ist er durchaus zuzumuten.

Anders bei Schadenersatz wegen Informationspflichtverletzungen: Hier wird vermutet, dass ein informierter Anleger von drittvergütungsauslösenden Dispositionen absehen würde. In Frage steht also der Zusammenhang zwischen einem Schaden und einer pflichtwidrig *unterlassenen* Handlung. In Deutschland ist die entsprechende tatsächliche Vermutung wie gesehen nur durch den sog. Beweis des Gegenteils zu entkräften, nämlich durch den Nachweis, dass ein Anleger auch bei vollständiger Information nicht anders disponiert hätte. Die Beweisführung über derartige innere Tatsachen basiert in aller Regel alleine auf Indizien und stellt regelmässig eine kaum überwindbare Hürde dar. Es ist augenscheinlich, dass der Bundesgerichtshof mit der Vermutung des aufklärungsrichtigen Verhaltens den Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden auch aus ordnungspolitischen Motiven möglichst weit angelegt hat. Der damit verfolgte Zweck, den Systemwechsel von der Indirektvergütung zur reinen Direkthonorierung zu fördern,³²⁶ ist zwar durchaus zu begrüßen. Er heiligt aber nicht das gewählte Mittel. Denn eine Justiz, die quasikategorische Regelsätze aufstellt, ohne deren Richtigkeit oder Wahrscheinlichkeit wenigstens zu plausibilisieren, überschreitet m.E. die Grenzen der Gewaltenteilung.

In der Schweiz wäre demgegenüber getreu der bundesgerichtlichen Praxis der hypothetische Kausalverlauf zu prüfen:³²⁷ Das entsprechende Fazit kann entweder auf dem Wege

³²⁵ Zur weiteren Haftungsbeschränkung über den Schutzzweck der Norm vgl. schon oben II.A.2.b.

³²⁶ Offenbar mit ersten Erfolgen: SETHE in: FS Nobbe, 769, 780, wonach heute die meisten Depotbanken keine Drittvergütungen mehr mit unabhängigen Vermögensverwaltern verabreden.

³²⁷ Vgl. nur BGER 4A_424/2007 vom 21. Dezember 2007 E. 2.2.; RUSCH, WM 2012, 440, 442 f.

der Beweiswürdigung aus konkreten Anhaltspunkten gezogen werden (Tatfrage),³²⁸ oder auf allgemeiner Lebenserfahrung beruhen (Rechtsfrage).³²⁹ Wird die zweite Variante gewählt, um das hypothetische Verhalten eines korrekt informierten Anlegers zu ermitteln, gilt die oben geäußerte Kritik nicht minder: Die Gerichte geben sich bis heute nicht genügend (sichtbare) Rechenschaft über die Grundlagen ihrer angeblichen Lebenserfahrung zum Verhalten der Anleger. Geprägt scheint sie von der Vorstellung des nutzenmaximierenden Individuums (*homo oeconomicus*), die mutmasslich unbewusst abgeleitet wird aus der Hypothese der effizienten Märkte, die lange unangefochten vorherrschte. Beide wurden sie spätestens durch die jüngste Finanzkrise nachhaltig erschüttert. Längst forschen aber Verhaltensökonomien im Rahmen der sog. *behavioral finance* nach tragfähigeren Modellen.³³⁰ Solange deren Resultate nicht in die «allgemeine Lebenserfahrung» einfließen, darf daher jedenfalls im Anlagebereich der hypothetische Kausalverlauf m.E. höchstens noch aus Indizien hergeleitet werden. Den Vorzug verdient aber wie gesehen sowieso der Anspruch auf Schadenersatz wegen Verletzung des Annahmeverbots, da er ohne hypothetischen Kausalverlauf auskommt.

VI. Zusammenfassung

Damit schliesst dieser «Leitfaden» über Drittvergütungen im Finanzanlagegeschäft. Anders als die gängige Lehre und Praxis setzt er nicht erst bei Information und Herausgabe an, sondern bereits bei der Annahme. Denn schon in diesem Stadium entscheidet sich, welche Vergütungen Dritter gegenüber einer Beauftragten als «legitim» im Lichte der von ihr geschuldeten Interessenwahrung zu qualifizieren sind und welche nicht. So

³²⁸ So etwa in BGE 132 III 715, 722 ff. E. 2.4 und 3.3.1: Prospekt nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit kausal für Kaufentscheid, weil Beweiswürdigung ergibt, dass weitere Faktoren (Kursentwicklung, Markteuphorie) ebenfalls Einfluss gehabt haben.

³²⁹ So etwa in BGE 124 III 155, 165 f. E. 3d (Verlustrisiken bei Terminoptionen nicht offengelegt); BGER 4C.68/2007 vom 13. Juni 2008 (Risiko einer kreditfinanzierten Aktienstrategie auf die Sicherung von Pension und Lebenshaltung im Ruhestand).

³³⁰ Eine treffliche Übersicht findet sich bei VON AAKEN ANNE, Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr: Das Prinzip des schonendsten Paternalismus, in: ANDERHEIDEN MICHAEL et al. (Hrsg.), Paternalismus und Recht: In memoriam Angela Augustin (1968–2004), Tübingen 2006, 109. Konkret etwa zu heuristischen Ansätzen GIGERENZER GERD, Bauchentscheidungen, München 2007; zu Neigungen (Trend zum Bekannten, übermässiges Vertrauen, Dispositionseffekt etc. zur Erklärung irrationaler Klumpenrisiken, Umschichtungsexzesse, verfrühter Gewinnrealisierung bzw. verspäteter Verlustbegrenzung) BARBERIS NICHOLAS/THALER RICHARD H., A Survey of Behavioral Finance, in: CONSTANTINIDES GEORGE M./HARRIS MILTON/STULZ RENÉ M. (Hrsg.), Handbook of the Economics of Finance, Financial Markets and Asset Pricing, Amsterdam 2004, 1053–1128, *passim* und insb. 1101 ff.; zu sozialen Präferenzen (Fairness, Vertrauen u.ä.) etwa FALK ARMIN/FEHR ERNST/FISCHBACHER URS, Testing Theories of Fairness – Intentions Matter, in: Games and Economic Behavior 62, 1/2008, 287–303.

gesehen erweist sich die Auslegung von Art. 400 Abs. 1 OR nur mehr als Reflex einer unter Art. 394 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR längst erfolgten Differenzierung. Deren Ergebnisse lassen sich in vier Themenblöcke fassen:

(i) *Annahme*: Aufgrund ihrer Treuepflicht darf eine Beauftragte von Dritten nur Vergütungen einheimsen, die zweckkonform oder zweckneutral sind, weil sie den angestrebten Vertragserfolg fördern oder gar nicht beeinflussen und die Integrität des Auftraggebers, d.h. seine bestehende Rechtssphäre, höchstens positiv tangieren. Zweckwidrig und verboten ist die Annahme von Drittvergütungen hingegen in zwei Fällen: erstens, soweit sie die Fremdnützigkeit des Auftrags gefährdet. Das ist anzunehmen, wenn die Drittvergütung der Empfängerin einen Vorteil einträgt für eine Handlung, die in ihrem Ermessen liegt (wobei *chinese walls* und Konzernstrukturen keine Einschränkung zeitigen), zugleich die Vermögenssphäre ihres Auftraggebers beeinflusst und keine eigenwirtschaftliche Leistung darstellt. Zweckwidrig ist die Annahme zweitens, soweit sie den Auftraggeber schädigt. Das trifft zu, wenn ihm die Kosten für die Drittvergütung gegenleistungslos überwälzt werden und/oder wenn ihm weiterer Anlageschaden erwächst, weil seine Beauftragte – beeinflusst durch die Drittvergütung – ihre Finanzdienste schlecht erfüllt hat. Freilich kann der informierte Auftraggeber auf seinen Unterlassungsanspruch verzichten und die betreffenden Vermögenswerte dadurch zu (zweckneutralem) Honorar umwidmen.

(ii) *Herausgabe*: Die zuvor entwickelte Unterscheidung der Drittvergütungen nach ihrer Wirkung auf den Auftragszweck ist auch hier massgebend: Definitiv behalten darf die Beauftragte alleine die zweckneutralen Drittvergütungen. Zweckkonform Erlangtes hält sie nur treuhänderisch. Zweckwidrig vereinnahmte Drittvergütungen hat sie (entsprechend verjährungsauslösend) sofort herauszugeben: gestützt auf Art. 400 OR, der durch Rechtsprechung *extra legem* zu einem vertraglichen Gewinnabschöpfungsanspruch auf Primärleistungsebene ausgeweitet worden ist. Die Frage, ob ein Vorteil «in Verrichtung» oder nur «bei Gelegenheit» der vertraglich geschuldeten Dienste erworben sei, wird bei dieser Betrachtungsweise obsolet.

(iii) *Information*: Die Beauftragte hat spontan über sämtliche dispositionsbedürftigen Umstände zu informieren, mithin auch über Drittvergütungen. Zu den übrigen bedeutenden Umständen hat sie hingegen nur auf Anfrage hin derart Rechenschaft abzulegen, dass der Auftraggeber kontrollieren kann, ob seine Interessen gewahrt wurden.

(iv) *Ersatz*: Verletzt die Beauftragte eine der drei vorstehenden Primärpflichten schuldhaft, wird sie für daraus kausal erwachsenen Schaden ersatzpflichtig. So schuldet sie bei Verletzung des Annahmeverbots den dadurch verursachten Preisnachteil oder weiteren Anlageschaden, bei Verletzung der Herausgabepflicht u.U. Wertersatz und bei Verletzung der Informationspflicht allenfalls das negative Interesse jener Transaktionen, von denen der aufgeklärte Auftraggeber abgesehen hätte. Gerade der Kausalitätsnachweis

ist in der Praxis kaum je direkt zu erbringen. Abhilfe schafft bei Annahmeverbotsverletzungen ein Anscheinsbeweis, bei Informationspflichtsverletzungen dagegen der sog. hypothetische Kausalverlauf. Freilich sollte Letzterer jedenfalls nicht alleine auf eine «allgemeine Lebenserfahrung» abgestützt werden, solange diese die Erkenntnisse der Verhaltensökonomik nicht reflektiert.

Dieser Wunsch leitet über zum Schlussgedanken: Zweckwidrige Drittvergütungen an eine Beauftragte vergrössern das Anlagerisiko des Auftraggebers stets mindestens potentiell. Information und Genehmigung vermögen daran wenig zu ändern. Sie verringern bloss den Radius der fortan geschuldeten Interessenwahrung. Gültig ist diese Umwidmung zu einem Honorarbestandteil freilich nur, wenn der Auftraggeber sie im vollen Bewusstsein um die quantitativen und qualitativen Folgen des so «genehmigten» zusätzlichen Anlagerisikos ausspricht. Die Beobachtungen der *behavioral finance* lassen indes wenig Hoffnung, dass ein Durchschnittsanleger dazu überhaupt in der Lage ist.

Literaturverzeichnis

- ABEGGLEN SANDRO, Retrozession ist nicht gleich Retrozession, in: SZW 2007, 122
- ABEGGLEN SANDRO, Der Verzicht auf Ablieferung von Retrozessionen – Einordnung und Anforderungen, in: recht 2007, 190
- ABEGGLEN SANDRO, Der Bankkonzern in der Schnittmenge von Privat- und Aufsichtsrecht – zugleich zur Rechenschafts- und Ablieferungspflicht bei bankkonzerninternen Vergütungen, in: KUNZ PETER V./HERREN DOROTHEA/COTTIER THOMAS/MATTEOTTI RENÉ (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, 657
- AEPLI FABIEN, Retrocessions and other Finder's Fees in the Asset Management and Investment Funds' Fields, Basel 2008
- ASSMANN HEINZ-DIETER/SCHÜTZE ROLF A. (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl., München 2007
- BAERLOCHER RENÉ JACQUES, Der Hinterlegungsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, besondere Vertragsverhältnisse, Basel etc. 1977, 649
- BECKER HERMANN, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184–551 OR, Bern 1934
- BERGER-STEINER ISABELLE, Das Beweismass im Privatrecht, Bern 2007
- BERTSCHINGER URS, Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung und Verwaltungsaufträgen, Zürich 1991
- BORER-BENZ BELLINA, Die Herausgabepflicht des Beauftragten gemäss Art. 400 Abs. 1 OR, St. Gallen 2006
- BRECHBÜHL JÜRIG, Änderung des BVG über die Strukturreform in der beruflichen Vorsorge – Hohe Ziele und offene Fragen, in: SZS 2012, 101
- BRETTON-CHEVALLIER CLAUDE, Le gérant de fortune indépendant, Zürich etc., 2002

- BRETTON-CHEVALLIER CLAUDE, Les clauses de confidentialité dans les accords de collaboration, in: BÉNÉDICT FOËX/LAURENT HIRSCH (Hrsg.), *Transparence et secret dans l'ordre juridique, liber amicorum pour Me Vincent Jeanneret*, Genf 2010, 107
- BUCHER EUGEN, *Obligationenrecht Besonderer Teil*, 3. Aufl., Bern 1988
- BÜHRER CHRISTIAN, *Unabhängige Vermögensverwalter in der Schweiz*, Bern 2006
- CANARIS WILHELM, *Bankvertragsrecht*, 4. Aufl., Berlin/New York 2005
- CERUTTI ROMEO, *Rechtliche Aspekte der Vermögensverwaltung im Schweizer Universalbankensystem*, ZSR 2008, 69
- CHAMMARTIN CATHERINE/VON DER CRONE HANS CASPAR, *Kausalität in der Prospekthaftung*, in: SZW 2006, 452
- CONTRATTO FRANCA/ERIKSSON HEIDI ERIKA, *Offenlegung von Vertriebsentschädigungen in der EU*, in: GesKR 2009, 300
- DE BOTH JEAN-YVES, *La saga des rétrocessions*, in: BÉNÉDICT FOËX/LAURENT HIRSCH (Hrsg.), *Transparence et secret dans l'ordre juridique, liber amicorum pour Me Vincent Jeanneret*, Genf 2010, 119
- DE CAPITANI WERNER, *Retrozessionen an externe Vermögensverwalter*, in: CLAUDE-ALAIN MARGELISCH (Hrsg.), *Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht, Festgabe für Jean-Paul Chapuis*, Zürich 1998, 25
- ELLENBERGER JÜRGEN, *Prospekthaftung im Wertpapierhandel*, Berlin 2001
- EMCH URS/RENZ HUGO/ARPAGAU RETO (Hrsg.), *Das Schweizerische Bankgeschäft*, 7. Aufl., Zürich 2011
- EMMENEGGER SUSAN, *Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, in: *Anlagerecht*, EMMENEGGER SUSAN (Hrsg.), Basel 2007, 59
- EMMENEGGER SUSAN/SCHMID FABIAN, *Die Herausgabepflicht des Beauftragten*, in: GAUCH PETER/WERRO FRANZ/PICHONNAZ PASCAL, *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genf/Zürich/ Basel 2008, 215
- ENGLER MARC, *Retrozessionen aus strafrechtlicher Perspektive*, in: *Der Schweizer Treuhänder 2010*, 137
- FELLMANN WALTER, *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der einfache Auftrag Art. 394–406 OR*, Bern 1992.
- GAUTSCHI GEORG, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der einfache Auftrag Art. 394–406 OR*, Bern 1971
- GEHRIG MATTHIAS/GARDIOL LUCIEN, *Regulierungsfolgenabschätzung zur Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes, Schlussbericht im Auftrag der Staatssekretariate für internationale Finanzfragen SIF und für Wirtschaft SECO*, Bern, 14. Oktober 2010 <www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/02181/index.html?lang=de>
- GUGGENHEIM DANIEL, *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, 4. Aufl., Genf 2000
- GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN NICOLAS, *Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 9. Aufl., Zürich 2000 (zit. als GUHL/AUTOR)
- GUTZWILLER PETER CHRISTOPH, *Rechtsfragen der Vermögensverwaltung*, Zürich 2008
- HADDING WALTHER, *Sind Vertriebsvergütungen von Emittenten an Kreditinstitute geschäftsbesorgungsrrechtlich an den Kunden herauszugeben?* In: ZIP 2008, 529
- HIRZEL OSKAR, *Das Schmiergelderunwesen und die Rechtsbehelfe der davon Beeinträchtigten nach schweizerischem Recht*, Zürich 1930

- HOFSTETTER JOSEF, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2000
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2005 (zit. als HONSELL, Rz.)
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), 5. Aufl., Basel 2012
- HOPT KLAUS JÜRGEN, Rechtsprobleme der Anlageberatung und der Vermögensverwaltung der Schweizer Banken, in: RUDOLF VON GRAFFENRIED (Hrsg.), Bern 1987, 135
- HSU PETER CHRISTIAN, Retrozessionen, Provisionen und Finder's Fees, ZSR-Beiheft 45, Basel 2006
- ISELI THOMAS/WEBER ROLF H., Vertriebsträger im Finanzmarktrecht, Zürich 2008
- KOLLER INGO, Handelsgesetzbuch Grosskommentar § 383–424, 4. Aufl., Berlin 2004
- LANGE HERMANN/SCHIEHMANN GOTTFRIED, Schadensersatz – Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, 3. Aufl., 2003 Tübingen
- LENOIR FRÉDÉRIC H., Prospekthaftung im Zusammenhang mit Going Publics [sic], Zürich 2004
- LIVSCHITZ MARK/SCHMID OLIVER, Sie wollen klagen – Ihr Gegner hat die Beweise, in: AJP 2011, 739
- LOMBARDINI CARLO, Responsabilité de la banque dans le domaine de la gestion de fortune – état de la jurisprudence et questions ouvertes, in: SJ II 2008, 415
- LOMBARDINI CARLO/MACALUSO ALAIN, Rétrocessions et rétributions dans le domaine bancaire: une nécessaire mise en perspective, in: AJP 2008, 180
- LUCHSINGER GÄHWILER CATRINA, Der Vertrieb von Fondsanteilen, Zürich 2004
- MARKOWITZ HARRY, Portfolio Selection, in: The Journal of Finance, Vol. 7, Nr. 1, März 1952, 77
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/VON DER CRONE HANS CASPAR, Wertpapierrecht, 2. Aufl., Bern 2000
- NÄNNI MATTHIAS, VON DER CRONE HANS CASPAR, Rückvergütungen im Recht der unabhängigen Vermögensverwaltung, SZW 2006, 377
- NOBEL PETER/STIRNIMANN ISABEL, Zur Behandlung von Entschädigungen im Vertrieb von Anlagefonds und strukturierten Produkten durch Banken, SZW 2007, 343
- OSER HUGO, [Zürcher] Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht Art. 1–529, Zürich 1915
- OSER HUGO/SCHÖNENBERGER WILHELM, [Zürcher] Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Besonderer Teil Art. 184–418 OR, 2. Aufl., Zürich 1936
- PREISIG, RAPHAEL URS, Der Vertrieb von Anlagefonds durch Banken – Eine Untersuchung von Vertriebsentschädigungen unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Retrozessionen, Zürich 2011
- ROBERTO VITO, Die auftragsrechtliche Herausgabepflicht des «Erlangten», in: ZSR 2009 I, 15
- ROSAT CHRISTOPHE, Der Anlageschaden – Schadensberechnung beim Vermögensverwaltungsvertrag, Bern 2009
- ROTH MONIKA, Die Spielregeln des Private Banking in der Schweiz, 3. Aufl., Zürich 2009
- ROTH URS PHILIPP, Aufklärungspflichten im Vermögensanlagegeschäft der Banken, in: BRUNO GEHRIG/IVO SCHWANDER (Hrsg.), Banken und Bankrecht im Wandel – Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, 1
- RUSCH F. ARNOLD, Auskehr in der Schweiz, Schadensersatz in Deutschland? In: WM Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 2012, 440

- SCHÄREN SIMON, Rechenschafts- und Herausgabepflicht des Vermögensverwalters im Bezug auf «Retrozessionen», AJP 2008 1204
- SCHMID FABIAN, Retrozessionen an externe Vermögensverwalter – privatrechtliche Fragen, Bern 2009
- SCHMID FABIAN, Retrozessionen und Anlagefonds, in: Jusletter vom 21. Mai 2007 (zit. als SCHMID, Rz.)
- SCHMID JÖRG, [Zürcher] Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Geschäftsführung ohne Auftrag Art. 419–424 OR, 3. Aufl., Zürich 1993
- SCHNYDER ANTON K., «Unabhängige» Versicherungsvermittler im Fokus aufsichts- und vertragsrechtlicher Regulierung, in: PETER GAUCH/FRANZ WERRO/PASCAL PICHONNAZ (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genf etc. 2008, 665
- SCHOCH DANIEL/WIGET LUKAS, Das Auskunftsrecht nach DSGVO – eine unkonventionelle Art der Beschaffung von Beweismitteln? In: AJP 2010, 999
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009
- SETHE ROLF, Die Zulässigkeit von Zuwendungen bei Wertpapierdienstleistungen, in: HABERSACK MATHIAS/JOERES HANS-ULRICH/KRÄMER ACHIM (Hrsg.), Festschrift für Gerd Nobbe, Entwicklungslinien im Bank- und Kapitalmarktrecht. Köln 2009, 769
- ERIC SIBBERN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Genehmigungsfiktion und Nebenpflichten der Bankkunden, in: SZW 2006, 70
- SPÄLTI DIETER, Die rechtliche Stellung der Bank als Vermögensverwalterin – unter Berücksichtigung der Anlageberatung, Zürich 1989
- THALMANN CHRISTIAN, Die Sorgfaltspflicht der Bank im Privatrecht insbesondere im Anlagegeschäft, in: ZSR 1994, 118
- THÉVENOZ LUC, Conflicts of Interest in the Distribution of Investment Funds, in: THÉVENOZ LUC/BAHAR RASHID (Hrsg.), Conflicts of Interest, Corporate Governance and Financial Markets, Zürich 2007, 337
- WALTER HANS PETER, Prozessuale Aspekte beim Streit zwischen Kunden und Vermögensverwalter, in: ZSR 2008, 99
- WEBER ROLF H., Anlageschäden, in: EMMENEGGER SUSAN (Hrsg.), Anlagerecht, Basel 2007, 129
- WEBER ROLF H., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97–109 OR, Bern 2000
- WIEGAND WOLFGANG, Von der Obligation zum Schuldverhältnis – Zur Entwicklung des schweizerischen Schuldrechts, in: recht 1997, 85
- WIEGAND WOLFGANG/GUTKNECHT CORINNE, Die Sorgfaltspflicht des Bankiers, in: WOLFGANG WIEGAND (Hrsg.), Berner Bankrechtstag – Banken und Bankenrecht im Wandel, Bern 2004, 155
- WIEGAND WOLFGANG/ZELLWEGGER-GUTKNECHT CORINNE, Privatrechtliche Probleme der Vermögensverwaltung – Grundfragen und Schnittstellen, in: WOLFGANG WIEGAND (Hrsg.), Berner Bankrechtstag – Vermögensverwaltung und Nachlassplanung, Bern 2005, 27
- ZIMMERMANN SALOME, Die Haftung der Bank aus Verwaltungsauftrag, in: SJZ 1985, 137

Materialienverzeichnis

- Bericht der Eidgenössischen Bankenkommission, Anreizsysteme und Interessenkonflikte beim Vertrieb von Finanzprodukten (EBK-Bericht «Vertriebsvergütungen») – Aufsichtsrechtliche Sicht, August 2008 (zit. als EBK Bericht 2008)

- Botschaft des Bundesrats vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl. 2006, 7221 (zit. als Bot. ZPO, BBl. 2006, 7221)
- Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Strukturreform) vom 15. Juni 2007, in: BBl 2007 5669–5726 (zit. als Bot. BVG, BBl. 2007, 5669)
- Botschaft vom 7. September 2011 zur Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes, BBl 2011 7705–7818 (zit. als Bot. VVG, BBl. 2011, 7705)
- Bulletin der Eidgenössischen Bankenkommission, 2005 (zit. als EBK Bulletin 2005)
- Committee of European Securities Regulators, Inducements under MiFID – Recommendations, Mai 2007 <www.esma.europa.eu/system/files/07_228b.pdf> (zit. als CESR 07-228b, Empfehlung)
- Financial Services Authority, MiFID supervisory priorities – results of wholesale thematic review, Januar 2009 <www.fsa.gov.uk/pubs/international/mifid_sup_priorities.pdf> (zit. als FSA, 2009, Rz.)
- Gebühren und Kosten in der Vermögensverwaltung, Vermögenspartner AG <www.kickbacks.ch/dokumente/105_guebuhren_kosten_vermogensverwaltung.pdf> (zit. als Vermögenspartner, Seite)
- Jahresbericht der Eidgenössischen Bankenkommission, 2007 (zit. als EBK JB 2007)

