



Zulässigkeit und Herausgabe von Retrozessionen

RA Dr. iur. Corinne Zellweger-Gutknecht



**Universität
Zürich** UZH

Rechtswissenschaftliche Fakultät | RWI | Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht

Inhaltsübersicht



Inhaltsübersicht

Rechtsprechung Deutschland

- Fokus: Aufklärung und Schadenersatz (v.a. Anlageberatung)
- Differenzierungen: nach Quelle, Entgeltlichkeit (Beratertyp), Rechnung

Rechtsprechung Schweiz

- Fokus: Rechenschaft und Herausgabe (v.a. Vermögensverwaltung)

Tatbestandsmodell

- Annahme
- Herausgabe
- Information (Rechenschaft und Aufklärung)
- Schadenersatz

Anhang (Details Rechtsprechung Schweiz; Übersicht Deutschland)



**Universität
Zürich** UZH

Rechtswissenschaftliche Fakultät | RWI | Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht

Deutschland



Deutschland: Grundmodell (1/2)

BGH XI ZR 56/05, 19.12.2006; XI ZR 349/99, 19.12.2000

Beauftragter (i.d.R. Berater)

- ist zu spontaner Information verpflichtet [*▪ CH dito: BGE 137 III 393 E. 2.5*]
- aus § 666 BGB od. aus §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB

Drittvergütung

- veranlasst Interessenkonflikt [*▪ CH dito: BGE 4A_127/2012 E. 5.3, 5.6 f.*]
- und/oder beeinflusst Werthaltigkeit der Anlage

Anleger

- befindet sich im Irrtum über Interessengewichtung und/oder Anlagewert
- hätte sich vermutlich «aufklärungsrichtig» verhalten, d.h. nicht so investiert



Deutschland: Grundmodell (2/2)

Folge: Schadenersatz (§ 280 Abs. 1 BGB) via Rückabwicklung der Anlage

– exemplarisch: BGH XI ZR 56/05, 19.12.2006; XI ZR 349/99, 19.12.2000

Verjährung: i.d.R. 3 Jahre, max. 30 J. (§ 195 BGB a.F.; §§ 195, 199 BGB)

– vorsätzliches Organisationsverschulden vermutet

– exemplarisch: BGH XI ZR 586/07, 12.05.2009; XI ZR 191/10,
09.03./19.07./24.08.2011 und BVerfG, 1 BvR 2514/11, 08.12.2011

Nota:

– Gilt auch für konzerninterne Vergütungen:

BGH XI ZR 56/05, 19.12.2006 [*CH dito: BGE 4A_141/2012 E. 8.3*]

– Gilt auch für Depotbank, die Vergütungen zahlt

BGH XI ZR 56/05, 19.12.2006 [*CH obiter: BGE 137 III 393 E. 2.6*]



Deutschland: Differenzierung nach Quelle

Ratio: Verhinderung eines Irrtums über Werthaltigkeit

Kriterien: s. insb. BGH XI ZR 316/11, 26.6.2012, Rn 36, 40

A. Rückvergütung: aus Zusatzbeträgen (nebst Anlagevermögen)

→ Keine spontane Information (= nur auf Anfrage)

B. Innenprovision: aus Anlagevermögen

→ Spontane Information, falls im Prospekt nicht erwähnt oder >15%
(BGH III ZR 359/02, 12.02.2004, S. 18)

→ Keine spontane Aufklärung bei Zertifikaten,
weil ihr Wert nur von der Entwicklung der Basiswerte abhängt
(s. insb. BGH XI ZR 316/11, 26.06.2012, Rz 48)

Aber: m.E. Vertriebskosten einstrukturiert (Nominalwert, Chancen)

[▪ CH anders: kein Unterschied je nach Quelle, BGE 4A_127/2012 E. 5.4]



Deutschland: Differenzierung nach Beratertypus

Ratio: Verhinderung eines Irrtums über Interessengewichtung

A. Freie Berater: unentgeltliche, punktuelle Raterteilung

- Rückvergütung: Keine spontane Information (BGH III ZR 196/09, 15.04.2010, Rn 13)
- Innenprovision: Spontane Information, wenn Quelle nicht im Prospekt ausgewiesen ist (BGH III ZR 359/02, 12.02.2004)

B. Bankberater: Dauerverhältnis, Dienste generell gegen Entgelt

- Rückvergütung: Spontane Information (BGH: siehe „Grundmodell“)
- Innenprovision: (BGH XI ZR 316/11, 26.06.2012 Rz 44 f.)
 - Keine spontane Information, wenn nur Anlage-Nennwert bezahlt
 - Unklar, wenn zusätzlich Courtage o.ä. bezahlt



Deutschland: Differenz Eigen- vs. Kundengeschäft

Ratio: Verhinderung eines Irrtums über Interessengewichtung

- A. Vertrieb via **Eigengeschäfte**: auf Rechnung Berater
Anleger zahlt nur Investment (insb. Festpreisgeschäft mit Zertifikaten)
(BGH XI ZR 316/11, 26.06.2012, Rz 18 f., 21, 30)
- Gewinnerzielungsinteresse Bank sei offensichtlich,
damit entfalle auch Schutzbedürfnis im Beratungsverhältnis
[▪ *CH wohl anders: BGE 4A_13/2012 E. 3.3 und 3.4*]
 - Keine (weder spontane noch beantwortende) Information über
Einkaufsrabatte u.a. Komponenten der Gewinnmarge
 - Keine Information, ob Kunden- oder Eigengeschäft
(BGH XI ZR 316/11, 26. Juni 2012, Rz 30)
- B. Vertrieb via **Vermittlung oder Kommission**: auf Rechnung Anleger
→ S. vorherige Folien [▪ *CH: s. Folie 12 Stichwort «Eigengeschäfte»*]



**Universität
Zürich** UZH

Rechtswissenschaftliche Fakultät | RWI | Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht

Schweiz



Schweiz: Kernpunkte

Natur: Herausgabepflicht konkretisiert OR 398 II	BGE 4A_127/2012 E. 5.3
Ratio: Prävention Interessenkonflikt	BGE 4A_127/2012 E. 5.3
Interessenkonflikts-Gefahr («innerer Zusammenhang» OR 400 I)	BGE 4A_127/2012 E. 5.6 i.f.
– Pflichtenlage	BGE 4A_127/2012 E. 5.5
– Anreizwirkung	
– Begünstigungszweck	
– Vertriebsabhängigkeit	BGE 4A_127/2012 E. 5.6
– Konzernzuwendungen	BGE 4A_141/2012 E. 8.5
– Dispositionsfreiheit	
– subjektiv (Ermessen)	BGE 4A_127/2012 E. 5.6
– objektiv (Auswahl)	BGE 4A_141/2012 E. 8.6



Schweiz: Offene Rechtsfragen

Anlageberatung	s. aber bzgl. Anlageberatung BGer 4A_427/2011 passim
Abwicklung (execution only)	
Unentgeltliche Aufträge	s. aber BGer 4C.394/2005 E. 2.2; und BGer 4C.40/2004 E. 1.3 und 4.2
Eigengeschäfte	insb. Festpreisgeschäft; s. aber EBK Bull 47, 172 f. (m.H.a. Art. 3 Abs. 5 BEHV); BGer 4A_295/2012 E. 3.5; und zu Verträgen mit innerer Verbindung BGE 4A_13/2012 E. 3.3 f.
Verjährung	s. aber BGer 4C.125/2002 E. 3.1 i.f.
Verletzungsfolgen	Schadenersatz? Umfang (Preisschaden; Leistungsschaden)? (Anfechtung?)



**Universität
Zürich** UZH

Rechtswissenschaftliche Fakultät | RWI | Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht

Tatbestandsmodell



Tatbestandsmodell: Annahme/-verbot (1/2)

 = «Wider die Fremdnützigkeit»

Zweckwidrigkeit der Annahme von Drittvergütungen:

1. Interessenkonflikt ENTWEDER (BGE 4A_127/2012; Folie 11)
 - a. Pflichtenlage und
 - b. Anreizwirkung
 - i. Begünstigungszweck und
 - ii. Dispositionsfreiheit (Ermessen und Auswahl)
2. Schädigung **UND/ODER**
 - a. Preisnachteil und/oder
 - b. Leistungsnachteil (→ Apariuz, Band IX, 2012, 247-303, 273 ff.)



Tatbestandsmodell: Annahme/-verbot (2/2)

Zweckkonformität (z.B. zur Wiederanlage bestimmte Dividenden)

Zweckneutralität

1. Bagatelleinnahmen
2. Einkünfte aus eigenwirtschaftlicher Leistung
 - a. für Dritten: BGE 4A_127/2012 E. 5.7 e contrario: reine Aufwandschädigung. Und: nicht aus anderem Grund schon geschuldete Leistung!
 - b. für Anleger: echte Eigengeschäfte mit Anlegern
3. Honorar
 - a. Direkt oder
 - b. Kraft Genehmigung der Annahme von Vergütungen
→ informed consent: Parameter, Interessenkonflikt u. Preisschaden



Tatbestandsmodell: Herausgabe

Traditionelle Lesart «innerer Zusammenhang»

Neuer Auslegungsvorschlag

1. Zweckbezug als Abgrenzungskriterium
 - a. Zweckkonformes: Auskehr gestützt auf vertragl. Erfüllungsanspruch
 - b. Zweckwidriges: Auskehr gestützt auf vertragl. Gewinnabschöpfungsanspruch
 - c. Zweckneutrales: kein Herausgabeanspruch

2. Verjährungsfolgen
 - a. Zweckkonformes: Beginn ab Wegfall Notwendigkeit; Frist: i.d.R. 10 J.
 - b. Zweckwidriges: Beginn ab Entgegennahme, Frist: generell 10 J.



Tatbestandsmodell: Information

Spontan: Aufklärung (OR 398 II)

- Dispositionsbedürftige Umstände
- Insb. zweckwidrige Annahme von Drittvergütungen (BGE 137 III 393 E. 2.5)

Beantwortend: Rechenschaft (OR 400 I)

- Kontrollbedürftige Umstände
- Insb. zweckkonforme und -neutrale Annahme von Drittvergütungen



Tatbestandsmodell: Schadenersatz

 Fokus Auftraggeber

Wegen Verletzung des Annahmeverbots (OR 394 I, 398 II, 97 und 98 II)

1. Preisnachteil (Anscheinsbeweis: Höhe Drittvergütung) → via Herausgabe
2. Anlageschaden (weiterer)

Wegen Verletzung der Herausgabepflicht (OR 400 I, 398 II, 97)

Nur bei Stückschulden relevant (nach Untergang oder Verzicht auf Primärleistung wegen Verzugs): Wertersatz

 Fokus Kunde

Wegen Verletzung der Informationspflicht (OR 398 II, 400 I, 97)

Negatives Interesse: jene Transaktionen, von denen der aufgeklärte Auftraggeber abgesehen hätte

(CH: hyp. Kausalverlauf; D: Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens)



**Universität
Zürich** UZH

Rechtswissenschaftliche Fakultät | RWI | Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht

Anhang

- Details Rechtsprechung Schweiz
- Übersicht Rechtsprechung Deutschland



Schweiz: Herausgabe (OR 400 I)

Herausgabepflicht bejaht

BGer	4C.125/2002	(27.09.2002)	Treuhand (Personalfürsorgestiftung)
BGE	132 III 460	(22.03.2006)	Vermögensverwaltung (bankexterne)
BGE	137 III 393	(29.08.2011)	Vermögensverwaltung (bankinterne)
BGE	4A_127/2012 4A_141/2012	(30.11.2012)	Vermögensverwaltung (bankinterne)
BGer	4A_427/2011	(29.11.2011)	Anlageberatung (Versicherungsbroker)



Schweiz: Herausgabe (OR 400 I)

Geklärte Rechtsfragen (1/3)

Natur: Konkretisiert OR 398 II

BGE 4A_127/2012 E. 5.3

Ratio: Prävention Interessenkonflikt

BGE 4A_127/2012 E. 5.3

Voraussetzung «Zusammenhang»

(= Gefahr Interessenkonflikt)

BGE 4A_127/2012 E. 5.6 i.f.

– Pflichtenlage

BGE 4A_127/2012 E. 5.5

– Anreizwirkung

– Begünstigungszweck

– Vertriebsabhängigkeit

BGE 4A_127/2012 E. 5.6

– Konzernzuwendungen

BGE 4A_141/2012 E. 8.5

– Dispositionsfreiheit

– subjektiv (Ermessen)

BGE 4A_127/2012 E. 5.6

– objektiv (Auswahl)

BGE 4A_141/2012 E. 8.6



Schweiz: Herausgabe (OR 400 I)

Geklärte Rechtsfragen (2/3)

Ohne Einfluss auf Interessenkonflikt

- Quelle BGE 4A_127/2012 E. 5.4
- Status BGE 4A_127/2012 E. 5.4;
BGer 4A_427/2011; 4C.125/2002
- Konzernverbund BGE 4A_141/2012 E. 8.3
- Regelungsdivergenzen BGE 4A_127/2012 E. 5.8
und 4A_141/2012 E. 8.3



Schweiz: Herausgabe (OR 400 I)

Geklärte Rechtsfragen (3/3)

Keine Herausgabepflicht bei

- Vertriebsaufwands-Entschädigung (aber: auch aus anderem Rechtsgrund schon geschuldeter A. erfasst?) BGE 4A_127/2012 E. 5.7
- Verzicht, verlangt Kenntnis BGE 132 III 460; 137 III 393
 - u.a. via Aufklärung, OR 398 II BGE 137 III 393, 400 E. 2.5
s. auch FINMA-Mitteilung 26.11.12
 - es gelten die allg. Regeln zu OR 398 II und 400 I s. Folien 24-26



Schweiz: Information (OR 398 II und 400 I)

Übersicht: Informationspflicht bzgl. Drittvergütung bejaht

BGE 132 III 460, 464 E. 4.1	(22.03.2006)	OR 400 I (Vermögensverwalt.)
BGE 137 III 393 , 400 E. 2.5	(29.08.2011)	OR 398 II od. vorvertr. (VmVwt.)
BGE 4A_127/2012 E. 5.8	(30.11.2012)	OR 400 I (VmVwt) KAG 20 I (Vertriebsträger)
BGer 4A_427/2011 E. 4, 7	(29.11.2011)	OR 400 I (Versicherungsbroker)
HGer ZH HG090121*	(19.05.2011)	OR 400 I (Anlageberatung)
HGer ZH HG090087*	(23.05.2011)	OR 400 I (Anlageberatung)
HGer ZH HE110153*	(20.06.2011)	OR 400 I (VmVwt u.a.)

*) rechtskräftig



Schweiz: Information (OR 398 II und 400 I)

Beantwortende, passive Information (Rechenschaft) gemäss OR 400 I

→ <u>Kontroll</u> relevante Informationen	BGE 4A_13/2012 E. 4.1.2
Alles was Disposition des Beauftragten auf Rechnung des Kunden beeinflusst	BGE 4A_13/2012 E. 4.3.2
– selbst bei execution only Beziehung	BGE 4A_13/2012 passim
– selbst bzgl. Inhalt interner Dokumente	BGE 4A_13/2012 passim
– selbst wenn Info umfangreich und nur mit Aufwand zusammenzustellen	BGE 4A_13/2012 E. 4.4
– selbst Info, die Beauftragten belastet	BGE 138 III 425, 435 E. 6.4
Ratio: Element der Fremdnützigkeit	BGE 137 III 393, 397 E. 2.3



Schweiz: Information (OR 398 II und 400 I)

Spontane, aktive Information (Aufklärung) gemäss OR 398 II

→ <u>Dispositions</u> relevante Informationen	Apariuz IX, 2012, 247-303, 289
Herausgabepflichtige Drittvergütungen (Tatsache, Konditionen, Konfliktfolgen)	BGE 137 III 393, 400 E. 2.5

Generell (OR 398 II und 400 I)

Vorgängiger Verzicht ist nichtig	BGE 137 III 393, 399 E. 2.4
Umfang je nach Kundenkenntnis und -bedürfnis im Einzelfall	BGE 137 III 393, 400 E. 2.5
Schranke: Treu und Glauben	BGE 4A_13/2012 E. 4.5.1



Deutschland: Übersicht Rechtsprechung

	Rückvergütung	Innenprovision
Freier Berater	Nicht spontan	Spontan, falls – im Prospekt nicht erwähnt – oder >15%
Bankberater	Spontan	<ul style="list-style-type: none">• Gar nicht bei Eigengeschäften• Bei Vermittlung oder Kommission:<ul style="list-style-type: none">• Falls nur Nennwert bezahlt → nicht spontan• Falls zusätzliche Courtage o.ä. bezahlt: → unklar [nicht wie freie „gratis“ Beratung?], jedenfalls → nicht spontan bei Zertifikaten