

Schweizerisches  
Bundesgericht, Urteil vom  
30. Oktober 2012, BGer.  
4A\_127/2012 und BGer.  
4A\_141/2012 –  
Vertriebsvergütungen

---

## Entscheidungsbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

2. **Privatrecht / Droit privé**  
 2.7. **Schuldrecht – allgemein /  
Droit des obligations – en général**  
 2.7.2. **Obligationenrecht – Besonderer Teil –  
allgemein / Droit des obligations –  
Partie spéciale – en général**  
 2.7.2.9. **Auftragsrecht / Mandat**

### (1) Vermögensverwaltungsvertrag: Vertriebsvergütungen – Herausgabepflicht der Bank.

Bundesgericht, I. Zivilabteilung, Urteil vom 30. Oktober 2012, i.S. *Bank X. AG v. A. und A. v. Bank X. AG* (BGer 4A\_127/2012 und BGer 4A\_141/2012), Beschwerden gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 13. Januar 2012.



**OLIVER ARTER**  
lic. iur., TEP, Rechtsanwalt, Zürich

### I. Sachverhalt

«A. A. (Kläger) verfügt über ein Wertschriftendepot bei der Bank X. AG (Beklagte). Nach dem Tod seines Vaters, der seit dem Jahr 1988 ein Depot bei der Beklagten unterhalten hatte, wurden dessen Wertschriften im Sommer 2006 auf die ebenfalls von der Beklagten geführten Depots des Klägers, seiner Mutter und seiner Schwester übertragen. Die Beklagte führte die Wertschriftendepots gestützt auf Vermögensverwaltungsverträge und legte das Vermögen jeweils zu einem wesentlichen Teil in Anlagefonds und strukturierte Produkte an. Dabei erhielt sie als Vertriebsträgerin verschiedener Anlageprodukte Vertriebsentschädigungen. Beim Grossteil der eingesetzten Anlagefonds und strukturierten Produkte handelt es sich um Anlageprodukte von mit der Beklagten verbundenen Konzerngesellschaften, zu einem geringeren Teil um Anlageprodukte von Anbietern ausserhalb des Konzerns der Beklagten.

Im Laufe des Jahres 2007 gelangte der Kläger zur Auffassung, er und seine Familienangehörigen hätten gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR Anspruch auf Information über sowie auf Herausgabe von Zahlungen, welche die Beklagte im Zusammenhang mit den in ihren Depots liegenden Werten von Dritten (insbesondere Fondsanbietern) erhalten habe. Die Beklagte bestritt eine Offenlegungs- und Heraus-

gabepflicht; sofern und soweit sie Vergütungen von Fondsanbietern erhalten habe, handle es sich dabei um Vertriebsentschädigungen für Eigenleistungen der Bank, die sie den Fondsleitungen im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Anlagefonds erbracht habe, weshalb ein innerer Zusammenhang mit den vom Kläger bzw. seinen Verwandten erteilten Vermögensverwaltungsaufträgen nicht gegeben sei.

Im März 2008 traten die Mutter und die Schwester des Klägers ihm ihre Ansprüche gegen die Beklagte im Zusammenhang mit Wertschriften in ihren eigenen Depots sowie ihre anteilmässigen Ansprüche als Miterbinnen betreffend Wertschriften im vormaligen Depot des Verstorbenen ab.

B. B.a Am 28. Mai 2008 klagte A. beim Bezirksgericht Zürich gegen die Bank X. AG auf Zahlung von 100'000 Franken, zuzüglich Zins zu 5% ab Fälligkeit der Teilforderung, unter Vorbehalt der Nachklage. Dabei wies er darauf hin, die Bezifferung der Forderung beruhe unvermeidlich auf einer Schätzung, zu der er gestützt auf einen durchschnittlichen Wert des Depots seines Vaters von 6 Mio. Franken und der Annahme gelangte, dass die Beklagte für einen Drittel dieses Werts Retrozessionen in der Höhe von einem Prozent, d.h. 20'000 Franken pro Jahr, erhalten habe. Der Kläger berief sich auf einen Zeitraum von zehn Jahren vor Klageeinleitung und klagte ausgehend davon einstweilen die Hälfte, also 100'000 Franken, ein.

Die Beklagte bestritt sowohl einen Herausgabeanspruch als auch die Pflicht zur Rechenschaftsablegung. Für die von ihr freiwillig eingereichten Vertriebsverträge erliess das Bezirksgericht Zürich Schutzmassnahmen nach kantonalem Verfahrensrecht. Mit Urteil vom 26. August 2009 wies das Bezirksgericht Zürich die Klage ab.

B.b Eine vom Kläger gegen den bezirksgerichtlichen Entscheid vom 26. August 2009 erhobene Berufung hiess das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 13. Januar 2012 teilweise gut und verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von 1'538.60 Franken (Dispositiv-Ziffer 1 Abs. 1). Im Übrigen wies es die Klage ab (Dispositiv-Ziffer 1 Abs. 2). Es setzte die Gerichtsgebühren für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren fest (Dispositiv-Ziffern 2 und 3), auflegte die Gebühren beider Instanzen zu einem Viertel dem Kläger und zu drei Vierteln der Beklagten (Dispositiv-Ziffer 4) und verpflichtete die Beklagte zur Leistung einer Prozessentschädigung von 17'500 Franken an den Kläger (Dispositiv-Ziffer 5).

Das Obergericht bejahte einen inneren Zusammenhang zwischen den der Beklagten von konzernfremden Produktanbietern zugeflossenen sog. Bestandespflegekommissionen, die sich nach dem platzierten Volumen berechnen, und den Vermögensverwaltungsaufträgen des Klägers und dessen Familienangehörigen; diese Zahlungen seien als zu-

Der Autor bedankt sich für die kritische Durchsicht des Manuskripts und wertvolle Hinweise bei Dr. iur. FLORIAN S. JÖRG, MCJ, Rechtsanwalt, Zürich. Zudem bedankt sich der Autor für die Abschlusssredaktion bei NADINE LASER, Zürich.

sätzlich erlangte Vergütung für die erfolgreiche Platzierung der Produkte in den Kundendepots herauszugeben. Es liess den Einwand der Beklagten nicht gelten, die Bestandespflegekommissionen stützten sich auf «eigenständige, genuine Leistungen», weshalb ihnen der von der Rechtsprechung für die Anwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR geforderte innere Zusammenhang zum Vermögensverwaltungsmandat fehle. Zwar sei glaubhaft, dass die Bestandespflegekommission neben ihrem Charakter als Zusatzvergütung auch konkret anfallende Kosten für den Fondsvertrieb decke; die Beklagte habe aber bewusst keine konkreten Angaben dazu gemacht, was sie für den Vertrieb im Einzelnen aufwende, weshalb prozessual keine andere Wahl bleibe, als die auf die Depots des Klägers und seiner Familienangehörigen entfallenden Kommissionen als reine Retrozessionen zu behandeln. Entsprechendes gelte für die strukturierten Produkte, welche die Beklagte im Rahmen der Vermögensverwaltungsverträge mit dem Kläger bzw. seinen Familienangehörigen eingesetzt hat.

Das Obergericht bejahte daher einen Herausgabeanspruch für Bestandespflegekommissionen, welche die Beklagte für sechs in den fraglichen Depots gehaltene Anlageprodukte im Zeitraum vom 29. Mai 1998 bis zum 28. Mai 2008 von Anbietern ausserhalb ihres Konzerns erhalten hatte. Es sprach dem Kläger – nachdem die Beklagte die konkret vereinnahmten Bestandespflegekommissionen im weiteren Verfahrensverlauf offengelegt hatte – den entsprechenden Betrag von 1'538.60 Franken zu. Für Vertriebsentschädigungen, die der Beklagten von ihren Konzerngesellschaften zugeflossen waren, lehnte das Obergericht einen Ablieferungsanspruch hingegen ab.

C. Beide Parteien haben gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Januar 2012 beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen erhoben.

Die Beklagte beantragt im Verfahren BGer 4A\_127/2012, es sei Dispositiv-Ziffer 1 Abs. 1 des angefochtenen Urteils aufzuheben und die Klage abzuweisen. Im Weiteren seien Dispositiv-Ziffern 4 und 5 aufzuheben und die Gebühren des kantonalen Verfahrens dem Kläger aufzuerlegen, der ausserdem zu einer Prozessentschädigung von 35'000 Franken zu verpflichten sei. Eventualiter sei «das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Beweiserhebung über die Frage des Bestandes eines aufsichtsrechtlichen Verbotes der Weiterleitung von Bestandespflegekommissionen durch KAG-Vertriebsträger an Endanleger in der Zeit vom 29. Mai 1998 bis zum 28. Mai 2008». In prozessualer Hinsicht beantragt die Beklagte ausserdem, es sei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) eine Frist anzusetzen, um eine Stellungnahme zur Frage des Bestandes eines aufsichtsrechtlichen Verbots der Weiterleitung

von Bestandespflegekommissionen durch Vertriebsträger an Endanleger im entsprechenden Zeitraum einzureichen.

Der Kläger beantragt dem Bundesgericht im Verfahren BGer 4A\_141/2012 die Gutheissung seiner Klage unter Aufhebung des obergerichtlichen Urteils vom 13. Januar 2012; eventualiter sei die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Der Kläger schliesst in seiner Antwort zur Beschwerde der Beklagten auf deren Abweisung. Die Beklagte beantragt ihrerseits die Abweisung der Beschwerde des Klägers; eventualiter sei diese abzuweisen, soweit sie sich auf strukturierte Produkte beziehe. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassungen verzichtet.

Im Verfahren BGer 4A\_127/2012 reichte die Beklagte dem Bundesgericht eine Replik, der Kläger eine Duplik ein.

D. Mit Verfügung vom 22. März 2012 wies das Bundesgericht den Verfahrensantrag des Klägers, die Beschwerdeschrift der Beklagten sei zur Änderung zurückzuweisen, ab.»

## II. Aus den Erwägungen des Bundesgerichts

«1. Wenn – wie hier – an den Verfahren dieselben Parteien beteiligt sind und den Beschwerden der gleiche Sachverhalt zugrunde liegt, behandelt das Bundesgericht die verschiedenen Eingaben in der Regel in einem einzigen Urteil. Es rechtfertigt sich daher unter den gegebenen Umständen, die beiden Beschwerdeverfahren BGer 4A\_127/2012 und BGer 4A\_141/2012 zu vereinigen. [...]

3.2 Die Beklagte führt zur Begründung ihres Verfahrensantrags um Einholung einer Stellungnahme der FINMA aus, sie mache im vorliegenden Verfahren geltend, dass es ihr als Vertriebsträgerin nach dem Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG; SR 951.31) bzw. nach dem damaligen Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Anlagefonds (Anlagefondsgesetz, AFG; AS 1994 2523) im konkret massgeblichen Zeitraum vom 29. Mai 1998 bis 28. Mai 2008 sonderprivat- und aufsichtsrechtlich verboten gewesen sei, vereinnahmte Vertriebsentschädigungen an Endanleger abzuliefern. Die Vorinstanz habe dieses aufsichtsrechtliche Verbot verkannt und die Streitsache stattdessen ausschliesslich nach den auftragsrechtlichen Grundsätzen gemäss Art. 400 Abs. 1 OR beurteilt. Dies sei – wie die Beklagte in ihrer weiteren Beschwerdebegründung unter Hinweis auf die nach ihrer Ansicht massgebenden Regeln ausführlich darlegt – klar falsch und verletze Bundesrecht. [...]

4. Die Beklagte wirft dem Obergericht vor, es habe eine Herausgabepflicht für die Bestandespflegekommissionen, die ihr von konzernfremden Produktanbietern zugeflossen sind, zu Unrecht bejaht.

4.1 Die Beklagte steht in einem doppelten Vertragsverhältnis: Sie verwaltet einerseits das Wertschriftenvermögen des Klägers (bzw. seiner Familienangehörigen, die im Folgenden nicht mehr separat erwähnt werden) und vertreibt andererseits Anlagefondsanteile. Den Vertrieb dieser Fondsanteile übernimmt sie aufgrund von Verträgen, die sie mit verschiedenen Fondsleitungen abgeschlossen hat.

Das Entgelt, das die Beklagte als Vertriebssträgerin nach den ins Recht gelegten Verträgen von den Fondsleitungen erhält, besteht einerseits in Kommissionen für die Ausgabe und Rücknahme von Fondsanteilen, die dem Anleger beim Kauf und Verkauf von Fondsanteilen direkt in Rechnung gestellt werden. Andererseits erhält sie als Vergütung einen Teil der von den Fondsleitungen dem Fondsvermögen – und damit indirekt sämtlichen Fondsanlegern – belasteten Verwaltungskommission (Management Fee), die periodisch, meist jährlich, für die Leitung und Verwaltung des Fonds sowie den Vertrieb der Fondsanteile erhoben wird; dieser Teil der Verwaltungskommission, der als Vergütung an Vertriebssträger fliesst, wird als Bestandespflegekommission bezeichnet. Das Herausgabebegehren des Klägers bezieht sich ausschliesslich auf die von der Beklagten erhaltenen Bestandespflegekommissionen.

Die Vorinstanz beschreibt die Bestandespflegekommissionen, die im vorliegenden Verfahren zur Beurteilung stehen, aufgrund der unbestrittenen Darstellung der Beklagten. Nach den Vertriebsverträgen, welche die Beklagte im kantonalen Verfahren vorgelegt hat, wird die Bestandespflegekommission nach dem Wert aller an einem bestimmten Stichtag in den Depots der Vertriebssträgerin lagernden Fondsprodukte bemessen, die von der Vertriebsvereinbarung erfasst werden; der in Prozenten definierte Entschädigungs- oder Retrosatz wird mit dem Anlagevolumen multipliziert. Je höher das Volumen der von der Beklagten am Stichtag gehaltenen Fondsanteile ist, desto höher ist mitunter der für die Bemessung massgebende Entschädigungssatz. Die Bestandespflegekommission wird der Beklagten nicht für einzelne Transaktionen oder pro Kunde und Anlageeinheit bezahlt, sondern für den gesamten von ihr gehaltenen Anlagebestand. Die Beklagte bezieht als Vertriebssträgerin demnach von den Fondsleitungen, deren Anteile sie vertreibt, eine Vergütung nach Prozenten der von ihr in den Depots ihrer Kunden lagernden Fondsanteile, wobei die Vergütung umso höher ausfällt, je grösser der Bestand solcher Anteile ist.

4.2 Die Beklagte verwaltet das Wertschriftendepot des Klägers, indem sie nach eigenem Ermessen Aktien, Obligationen sowie (überwiegend) Finanzprodukte (wie Anlagefonds und strukturierte Produkte) für den Kläger erwirbt und gegebenenfalls wieder verkauft. Auf den zwischen den

Parteien abgeschlossenen Vermögensverwaltungsvertrag sind die auftragsrechtlichen Regeln anwendbar [...]. Der Beauftragte ist nach Art. 400 Abs. 1 OR verpflichtet, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grund zugekommen ist, zu erstatten. Die Ablieferungspflicht betrifft nicht nur diejenigen Vermögenswerte, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, sondern auch indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen. Der Beauftragte soll durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren; er hat daher alle Vermögenswerte herauszugeben, die in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung stehen. Behalten darf der Beauftragte nur, was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten erhält [...]. Zu den indirekten Vorteilen, die der Herausgabepflicht unterstehen, zählen etwa Rabatte, Provisionen oder Schmiergelder. Ob die Zuwendung nach dem Willen des Dritten ausschliesslich dem Beauftragten zugute kommen soll oder nicht, spielt dabei keine Rolle [...].

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gehören zu den indirekten Vorteilen des Beauftragten unter anderem sogenannte Retrozessionen bzw. Rückvergütungen; darunter werden etwa Zahlungen verstanden, die dem Vermögensverwalter gestützt auf eine entsprechende Vereinbarung mit der Depotbank aus vereinnahmten Gebühren zufließen. Rückvergütungen werden dem Beauftragten ausgerichtet, weil er im Rahmen des Auftrags bestimmte Verwaltungshandlungen vornimmt oder veranlasst: sie fallen im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens an und unterliegen der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR [...].

5.1 Die beiden in der Amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheide zur Herausgabepflicht für Rückvergütungen (BGE 132 III 460 und BGE 137 III 393) betrafen Auftragsverhältnisse zwischen einem Auftraggeber und einem externen Vermögensverwalter. In der Literatur wird kontrovers diskutiert, ob die genannten Grundsätze auch auf den Fall einer Bank anzuwenden sind, die als Vermögensverwalterin für einen Kunden tätig ist, wenn sie in diesem Rahmen Anlagefonds oder strukturierte Produkte für den Kunden erwirbt und vom Produktanbieter (etwa einer Fondsgesellschaft) einen Teil der von diesem erhobenen Verwaltungsgebühren in Form von Bestandespflegekommissionen erhält.

Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, von Banken vereinnahmte Vertriebsentschädigungen für Anlagepro-



dukte wie Anlagefonds und strukturierte Produkte seien von Retrozessionen zu unterscheiden und daher nicht nach Art. 400 Abs. 1 OR herausgabepflichtig [...]. Dabei wird unter anderem vorgebracht, es fehle den Vertriebsentschädigungen der Bank am inneren Zusammenhang mit dem Vermögensverwaltungsauftrag, da damit gegenüber dem Produkthanbieter erbrachte (Vertriebs-)Leistungen entschädigt würden, die durch die Vermögensverwaltungsgebühr nicht gedeckt seien. Zudem werden aufsichtsrechtliche Argumente gegen eine Herausgabepflicht ins Feld geführt. Andere Autoren sind demgegenüber der Meinung, dass es sich bei Vertriebsentschädigungen, die der Bank von Produkthanbietern zufließen, um herausgabepflichtige Zuwendungen handle [...].

5.3 Die Pflicht zur Ablieferung ist – wie die Rechenschaftspflicht – ein zentrales Element der Fremdnützigkeit des Auftrags [...]. Die Herausgabepflicht lässt sich als Konkretisierung der Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR verstehen. Sie garantiert die Einhaltung der Treuepflicht und stellt insofern eine präventive Massnahme zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers dar, indem sie der Gefahr vorbeugt, der Beauftragte könnte sich aufgrund der Zuwendung eines Dritten veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen [...].

Wann von einem inneren Zusammenhang der Zuwendung eines Dritten zur Auftragsausführung auszugehen ist, kann nicht für alle Auftragsverhältnisse ein für allemal umschrieben werden. Die mit der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR angestrebte Vorbeugung von Interessenkonflikten zur Sicherung der Fremdnützigkeit ist – neben dem damit verbundenen Grundsatz, dass der Beauftragte (abgesehen vom Honorar) durch den Auftrag weder gewinnen noch verlieren soll – der massgebende Gesichtspunkt bei der Beurteilung, ob der Vermögensvorteil dem Beauftragten infolge der Auftragsausübung oder lediglich bei Gelegenheit der Auftragserfüllung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten zugekommen ist. Bei Zuwendungen Dritter ist ein innerer Zusammenhang schon dann zu bejahen, wenn die Gefahr besteht, der Beauftragte könnte sich dadurch veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen [...]. Nicht erforderlich ist im Hinblick auf die Herausgabepflicht demgegenüber, dass er sich tatsächlich pflichtwidrig verhält oder der Auftraggeber einen konkreten Nachteil erleidet [...].

5.4 Die Beklagte weist grundsätzlich zutreffend darauf hin, dass sich die umstrittenen Bestandespflegekommissionen von den vom Bundesgericht in BGE 132 III 460 und BGE 137 III 393 beurteilten Retrozessionen insofern unterscheiden, als sie nicht Zahlungen betreffen, die ihr aus beim Auf-

traggeber direkt erhobenen Gebühren zugeflossen sind. Im Gegensatz zu den in diesen beiden Entscheiden umschriebenen Retrozessionen handelt es sich bei den vorliegend zu beurteilenden Bestandespflegekommissionen nicht um Rückvergütungen aus einer beim Endkunden unmittelbar erhobenen Gebühr; vielmehr werden sie der Beklagten als Vertriebsträgerin aus der Verwaltungskommission vergütet, die dem Fondsvermögen wiederkehrend, meist jährlich, gemäss Fondsreglement belastet wird und die den Ertrag des Fondsvermögens schmälert, der dem Anleger anteilmässig zusteht. Die Beklagte verkennt jedoch, dass es bei der Beurteilung, ob die Zuwendung eines Dritten von Art. 400 Abs. 1 OR erfasst wird, nicht darauf ankommt, ob diese unter einen bestimmten Begriff der «Retrozession» fällt [...]. Herausgabepflichtig sind neben den Vermögenswerten, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, vielmehr auch allgemein indirekte Vorteile, die dem Beauftragten – unabhängig von deren Bezeichnung – infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen; dazu gehören unter anderem – jedoch nicht ausschliesslich – Retrozessionen im beschriebenen Sinn [...].

Dass die Zuwendung nicht aus einer unmittelbar beim auftragerteilenden Kunden erhobenen Gebühr fliesst, sondern aus einer dem Sondervermögen – an dem der Kunde anteilmässig beteiligt ist – belasteten Verwaltungsgebühr, schliesst die Vergütung ebenso wenig vom Anwendungsbereich von Art. 400 Abs. 1 OR aus wie der Umstand, dass ihre Berechnung anhand des Gesamtbestands der jeweiligen Produkte bei der Beklagten und nicht für jeden Kunden einzeln erfolgt [...]. Im Hinblick auf die Anwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR ist auch nicht ausschlaggebend, ob es sich beim Beauftragten um einen externen Vermögensverwalter oder eine vermögensverwaltende Bank handelt; die Bestimmung ist auf sämtliche Auftragsverhältnisse anwendbar.

5.5 Die Beurteilung, ob es sich bei den der Bank zugeflossenen Bestandespflegekommissionen um herausgabepflichtige Zuwendungen handelt, kann nicht losgelöst vom konkreten Vertragsverhältnis erfolgen. Im Hinblick auf den Zweck der Ablieferungspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR ist vielmehr anhand der Vertragspflichten zu untersuchen, ob die gestützt auf Vertriebsvereinbarungen von Produkthanbietern gezahlten Bestandespflegekommissionen die Besorgnis begründeten, die Beklagte könnte möglicherweise die Interessen des Klägers nicht ausreichend wahrnehmen.

Es ist unbestritten, dass zwischen den Parteien ein Vermögensverwaltungsverhältnis besteht, in dessen Rahmen die Beklagte gegen Entgelt eigenständig Anlageentscheide für den Kläger gefällt und unter anderem Fondsanteile

sowie strukturierte Produkte erworben und veräussert hat. [... Bei Vermögensverwaltungsverhältnissen] besteht eine umfassende Interessenwahrungspflicht des Verwalters gegenüber dem Kunden [...].

5.6 Die Bestandespflegekommissionen, welche die Beklagte von Dritten erhielt, bestimmen sich nicht nach dem erbrachten Aufwand, sondern nach dem Erfolg der Vertriebsbemühungen, wie die Beklagte im kantonalen Verfahren selbst anerkannte. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass diese Vergütungen in erster Linie auf Absatz ausgerichtet sind und damit die erfolgreiche Platzierung der Produkte bei Kunden entschädigen. Dies bestätigt auch der von der Beklagten vorgebrachte Umstand, dass die zweite Bemessungskomponente neben dem platzierten Volumen, nämlich der Entschädigungssatz, dessen Höhe von der Grösse der Bank bzw. von der Anzahl potentieller Kunden abhängig ist, sie «hauptsächlich für ihre Platzierungskraft bzw. wirtschaftliche Grösse» und damit für den von ihr geschaffenen «Aggregierungseffekt» (Zurverfügungstellen des aufgebauten Vertriebsapparats bzw. Zugang zu einem bestimmten Kundenpool) entschädige [...].

Der mit der Vergütung für die erfolgreiche Platzierung der fraglichen Finanzprodukte verbundene Anreiz, diese im Rahmen des bestehenden Vermögensverwaltungsmandats einzusetzen, steht im Zielkonflikt mit der Verpflichtung der Beklagten zur umfassenden Interessenwahrung gegenüber dem Kläger. Die Bestandespflegekommissionen sind der Beklagten im strittigen Umfang nur zugeflossen, weil ihr durch das Vermögensverwaltungsmandat vom Kläger eine Position eingeräumt wurde, die es ihr erlaubte, entsprechende Anlageentscheide selbständig vorzunehmen. Insoweit stellen sie, wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, eine zusätzlich erlangte Vergütung für die erfolgreiche Platzierung der fraglichen Produkte beim Kläger dar. Dem lässt sich nicht entgegenhalten, die Bank erlange diesen Vorteil nicht aus der Auftragsausführung für den einzelnen Kunden, sondern ausschliesslich aufgrund der Abnahme grosser Mengen und damit als Folge eines ihr zuzurechnenden Grössenvorteils [...]. Eine derartige Argumentation übersieht, dass gerade durch die vermögensverwaltende Disposition über zahlreiche Vermögen die grösseren Volumen überhaupt erst ermöglicht werden [...]. Der mit der Bestandespflegekommission einhergehende Interessenkonflikt ist nicht zu übersehen, besteht doch ein Anreiz der Bank, durch eigene Entscheidung einen Bestand bestimmter Anlageprodukte zu begründen, zu erhalten oder zu erhöhen, auch wenn dies möglicherweise nicht durch die Interessen des Kunden gerechtfertigt ist [...]. Damit stehen die vereinnahmten Vergütungen in einem inneren Zusammenhang mit der Auftragsausführung durch die Beklagte.

5.7 Der Einwand der Beklagten, mit der Bestandespflegekommission würden neben ihrer «Platzierungskraft» auch «verschiedenartige, genuine Vertriebsleistungen ausgerichtet», verfängt nicht. Der Umstand, dass ihr im Hinblick auf die Platzierung der fraglichen Produkte auch Aufwand (für Personal, Einrichtung technischer Systeme zur Abwicklung der Geschäfte usw.) entstanden sein soll, ändert nichts am inneren Zusammenhang mit dem Vermögensverwaltungsmandat; der beschriebene Interessenkonflikt besteht aufgrund der mit der erfolgsabhängigen Vergütung verbundenen Anreize auch dann, wenn damit darüber hinaus allfällig entstandener Aufwand für den Produktvertrieb mitentschädigt wird. Anders zu beurteilen wäre gegebenenfalls – wie die Beklagte grundsätzlich zutreffend vorbringt – eine andere Form des Entgelts des Vertriebssträgers, die den Vertriebsaufwand konkret entschädigt (wie etwa für das Einrichten von fondsspezifischen Prozessen, das Vorrätighalten und die Abgabe von Marketing- und rechtlichen Dokumenten der Fondsleitung, das Weiterleiten gesetzlich vorgeschriebener und anderer Publikationen, die Wahrnehmung von durch den Produktanbieter delegierten geldwäschereirechtlich oder regulatorisch bedingten Abklärungspflichten, das Erstellen von Fondsresearch-Material; den Betrieb und den Unterhalt einer elektronischen Vertriebs- und Informationsplattform für Drittanbieter usw.). Eine derartige Entschädigung steht jedoch vorliegend nicht zur Diskussion.

Die Beklagte bringt überdies zu Unrecht vor, solange der Vertriebssträger marktgerecht für die gegenüber der Fondsleitung erbrachte Vertriebsleistung entschädigt werde, falle eine Herausgabepflicht für die erhaltene Vertriebsentschädigung ausser Betracht. Zu beurteilen ist nicht, ob die zwischen dem Vertriebssträger und der Fondsleitung vereinbarte Vertriebsentschädigung zulässig, angemessen, marktgerecht oder übermässig ist. Massgebend ist im Hinblick auf die Herausgabepflicht nicht dieses Vertragsverhältnis, sondern dasjenige zwischen der vermögensverwaltenden Bank und dem Kunden: Anhand der zwischen den Parteien des Vermögensverwaltungsvertrags bestehenden Interessenwahrungspflichten ist zu beurteilen, ob angesichts der von der Bestandespflegekommission ausgehenden finanziellen Anreize – jedoch unabhängig von deren Rechtsgrundlage – ein innerer Zusammenhang zur Auftragsausführung besteht [...]. Der von der Beklagten ins Feld geführte Umstand, dass sich die von ihr vereinnahmten Bestandespflegekommissionen im Rahmen der Entschädigungen bewegten, die auch andere grosse Vertriebssträger entgegennehmen, vermag eine Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR damit nicht auszuschliessen.

Allfällige Aufwendungen sind dem Beauftragten nach auftragsrechtlichen Grundsätzen gestützt auf seinen An-

spruch auf Auslagenersatz (Art. 402 Abs. 1 OR) durch den Auftraggeber zu entschädigen, sofern sie nicht bereits durch das Auftragshonorar abgegolten werden [...]. Die Beklagte hat im vorinstanzlichen Verfahren nach den Feststellungen im angefochtenen Entscheid allerdings bewusst auf die Substantiierung konkreter Aufwendungen verzichtet, womit solche im zu beurteilenden Fall ausser Betracht fallen [...].

5.8 Die Beklagte bringt im Weiteren vor, die kollektivanlagerechtliche Regelung der Vertriebsentschädigung gehe Art. 400 Abs. 1 OR vor und beruft sich auf ein aufsichtsrechtliches Verbot der Weiterleitung solcher Vergütungen.

5.8.1 Das Sonderprivat- und Aufsichtsrecht des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG; SR 951.31) bzw. des damaligen Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Anlagefonds (Anlagefondsgesetz, AFG; AS 1994 2523) gehe davon aus, dass Vertriebskosten dem Fondsvermögen zugunsten der Vertriebsträger (und nicht der Anleger) belastet werden dürften. Die einschlägigen kollektivanlagerechtlichen Vorschriften seien zeitlich lange nach Art. 400 OR erlassen worden. Damit komme ihnen als *leges posteriores* und *leges speciales* Vorrang gegenüber den auftragsrechtlichen Bestimmungen zu.

Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Ansicht ist nicht ausschlaggebend, dass das Kollektivanlagerecht die Verwendung eines Teils der Verwaltungskommission für den Vertrieb von Fondsanteilen als zulässig erachtet, sofern diese Vertriebsentschädigung ausdrücklich im Fondsvertrag vorgesehen ist (vgl. Art. 38 Abs. 6 der Verordnung vom 22. November 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen [Kollektivanlagenverordnung, KKV; SR 951.311]). Zu beurteilen ist nicht die Zulässigkeit der Entrichtung von Vertriebsentschädigungen durch die Fondsleitung an Vertriebsträger, sondern ein allfälliger Herausgabeanspruch des Kunden aufgrund eines bestimmten – nicht fonds-spezifischen – Auftragsverhältnisses zum Vertriebsträger [...]. Die Beklagte vermag keine Bestimmungen des AFG oder des KAG aufzuzeigen, die das Verhältnis zwischen dem Anleger und dem Vertriebsträger, geschweige denn die Frage der Herausgabepflicht, in Abweichung vom allgemeinen Vertragsrecht regeln würden.

Im Gegenteil bestehen hinsichtlich der Pflichten des Vertriebsträgers offensichtliche Ähnlichkeiten mit dem Auftragsrecht, indem auch das Kollektivanlagerecht die Vertriebsträger neben einer transparenten Rechenschaftsablegung unter anderem dazu verpflichtet, unabhängig zu handeln und ausschliesslich die Interessen der Anleger zu wahren (Art. 20 Abs. 1 KAG [...]). Die Bank trifft im Übrigen auch als Effektenhändlerin gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. c

des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG; SR 954.1) eine Treuepflicht gegenüber ihren Kunden; dabei hat sie insbesondere sicherzustellen, dass allfällige Interessenkonflikte ihre Kunden nicht benachteiligen. Die aufsichtsrechtlich vorgeschriebenen organisatorischen Massnahmen zur Vermeidung einer Benachteiligung der Kunden sind dabei unabhängig von einer privatrechtlichen Herausgabepflicht zu gewährleisten. Während das Verhältnis zwischen Anleger, Fondsleitung und Depotbank ausführlich geregelt wird (vgl. Art. 6 ff. AFG, Art. 26 ff. KAG), lässt sich dem Kollektivanlagerecht keine Bestimmung entnehmen, welche die Herausgabepflicht von Bestandespflegekommissionen für Anlagefonds im Rahmen eines Vermögensverwaltungsverhältnisses zwischen dem Kunden und dem vermögensverwaltenden Vertriebsträger in Abweichung von Art. 400 Abs. 1 OR regeln und einen besonderen Rechtsgrund für die Einbehaltung darstellen würde.

5.8.2 Die Beklagte beruft sich im Weiteren darauf, es sei ihr aufsichtsrechtlich verboten, erhaltene Bestandespflegekommissionen an Endkunden weiterzuleiten. Dem Konzept der kollektiven Kapitalanlage entspreche eine strikte Pflicht zur Gleichbehandlung der Anleger, die für das AFG in der Rechtsprechung wiederholt bestätigt und in Art. 7 Abs. 1 KAG ausdrücklich normiert worden sei. Entsprechend hätten grundsätzlich alle Anleger die genau gleiche Verwaltungskommission zu zahlen. Würde nun eine Ablieferungspflicht von Vertriebsentschädigungen der Vertriebsträger bejaht, so käme ein Anleger in den Genuss einer reduzierten Verwaltungsgebühr, bloss weil zufälligerweise noch ein Auftragsverhältnis mit dem Vertriebsträger des Fonds bestehe, so dass Anleger, die in keinem Auftragsverhältnis zum Vertriebsträger stehen oder gar nicht über einen Vertriebsträger Fondsanteile erwerben, benachteiligt wären; dies verstiesse gegen den in Art. 12 AFG bzw. Art. 20 KAG verankerten Gleichbehandlungsgrundsatz. Um die Gleichbehandlung zu gewährleisten, so die Beklagte weiter, sehe die Richtlinie der Swiss Fund Association (SFA) für Transparenz bei Verwaltungskommissionen vom 7. Juni 2005 denn auch ein ausdrückliches Verbot für Fondsleitungen vor, Rückvergütungen an andere als in der Richtlinie genannte institutionelle Anleger zu bezahlen (vgl. Ziff. 4 Abs. 3). Dieses sei nach seinem Sinn und Zweck auch von den Vertriebsträgern zu beachten, was auch von der damaligen Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) in einem Diskussionspapier vom 5. September 2008 bestätigt worden sei. Die von der SFA erlassene Richtlinie sei von der EBK am 30. Juni 2005 als Mindeststandard anerkannt worden, womit deren Verletzung zu aufsichtsrechtlichen Sanktionen führen würde. [...]



Es erscheint allerdings fraglich, ob Ziff. 4 der von der damaligen EBK als Mindeststandard anerkannten SFA-Richtlinie über die Zulässigkeit der Zahlung von (eigens definierten) Rückvergütungen und Bestandespflegekommissionen durch Fondsleitungen hinaus auch die Frage der Weiterleitung entsprechender Zahlungen durch Vertriebs-träger regelt [...]. Das von der Beklagten erwähnte Verbot der Ausrichtung an andere (als die einzeln aufgeführten) institutionellen Anleger sowie Endanleger (Ziff. 4 Abs. 3) betrifft nach Wortlaut und Systematik die sogenannten Rückvergütungen, d.h. Zahlungen (Rabatte) aus der Verwaltungskommission an Anleger; bei diesen stellt sich das Problem der relativen Gleichbehandlung der Anleger, nicht aber die Problematik von Retrozessionen im Sinne von Anreizen Dritter [...]. Demgegenüber werden Bestandespflegekommissionen, d.h. Zahlungen aus der Verwaltungskommission an den Vertrieb (vgl. die Begriffsbestimmung in Ziff. 3), wie sie der Beklagten zufließen, daran anschliessend in Ziff. 4 Abs. 4 und 5 geregelt. Darin werden vier verschiedene Arten von Vertriebsträgern und -partnern aufgeführt, an die Bestandespflegekommissionen bezahlt werden dürfen; gleichzeitig wird festgehalten, dass die Ausrichtung von Bestandespflegekommissionen an andere Vertriebsträger und -partner nicht zulässig ist, ohne dass dabei Endanleger erwähnt würden.

Inwiefern von den Regelungen in Ziff. 4 Abs. 3 und 5 der erwähnten SFA-Richtlinie auch eine Weiterleitung von Bestandespflegekommissionen des Vertriebsträgers erfasst sein soll, die sich aus der privatrechtlichen Herausgabepflicht gestützt auf ein fondsunabhängiges Auftragsverhältnis ergibt, erschliesst sich auf Anhieb ebenso wenig wie ein aus der Treuepflicht nach Art. 12 Abs. 1 AFG bzw. Art. 20 Abs. 1 lit. a KAG abgeleitetes angebliches Weiterleitungsverbot [...]. Die Frage eines aufsichtsrechtlichen Verbots braucht jedoch nicht abschliessend geklärt zu werden, da auch ein solches Verbot nichts am Herausgabeanspruch des Klägers ändern würde. Es obliegt der Beklagten, ihre Verträge so zu gestalten, dass sie ihren aufsichtsrechtlichen Pflichten auch dann nachkommen kann, wenn sie gleichzeitig verschiedene Verträge mit Fondsleitungen und mit Bankkunden eingeht. Sollten die Tätigkeiten als Vertriebs-trägerin einerseits und als Vermögensverwalterin andererseits aufgrund eines aufsichtsrechtlichen Verbots nicht miteinander vereinbar sein, müsste dies letztlich zum Verzicht auf eine der beiden Tätigkeiten führen. Gegenüber dem Kläger lässt sich aus einem angeblichen Weiterleitungsverbot demgegenüber nichts zugunsten der Beklagten ableiten.

Sodann ist die Pflicht zur Herausgabe nach Art. 400 Abs. 1 OR nicht zwingend, vielmehr kann der Auftraggeber auf die Ablieferung verzichten [...]. Der Beklagten war es demnach möglich, ihre Vertragsverhältnisse derart auszuge-

stalten, dass sie sowohl ihren (angeblichen) aufsichtsrechtlichen Vorgaben als auch ihren vertraglichen Verpflichtungen genügen konnte. Durch eine vertragliche Regelung hinsichtlich des mit den Bestandespflegekommissionen verbundenen potentiellen Interessenkonflikts würden auch die von der Beklagten für den Fall einer Bejahung einer Herausgabepflicht befürchteten und von ihr als unhaltbar erachteten aufsichtsrechtlichen und ordnungspolitischen Ergebnisse ausser Betracht fallen. Weder in einer im Rahmen der Selbstregulierung von einer Branchenorganisation erlassenen Richtlinienbestimmung noch in einer behördlichen Äusserung in einem blossen Diskussionspapier kann ein Rechtsgrund erblickt werden, der eine Einbehaltung zu geflossener Bestandespflegekommissionen in Abweichung der privatrechtlichen Gesetzesbestimmung von Art. 400 Abs. 1 OR rechtfertigen würde.

Dem Kläger steht demnach – unter Vorbehalt eines gültigen Verzichts – ein Herausgabeanspruch für die Bestandespflegekommissionen zu, die der Beklagten von konzernfremden Produktanbietern zugeflossen sind.

6. Die Beklagte bringt im Sinne eines Eventualstandpunkts vor, der Kläger habe auf die Ablieferung der Vertriebsentschädigungen verzichtet, [da sich ein Herausgabeverzicht gestützt auf den abgeschlossenen Fondsvertrag ergäbe] [...].

6.2 Die Beklagte hat den Fondsvertrag mit der Fondsleitung und der Depotbank, auf den sie sich beruft, gestützt auf den Vermögensverwaltungsauftrag als Vertreterin des Klägers selbst abgeschlossen. Nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Kontrahieren eines Vertreters mit sich selbst grundsätzlich unzulässig, weil es regelmässig zu Interessenkollisionen führt [...]. Dies muss angesichts der Gefahr der Benachteiligung des Vertretenen auch gelten, wenn – wie vorliegend – der Vertreter einen Verzicht des Vertretenen auf vertragliche Ansprüche ihm gegenüber aus einem mit Dritten abgeschlossenen Vertrag ableiten will. Dass der Kläger den von ihr angeblich erklärten Verzicht nachträglich genehmigt hätte, macht die Beklagte zu Recht nicht geltend. Die Beklagte kann daher aus dem von ihr als Vertreterin des Klägers angeblich erklärten Verzicht auf gegenüber ihr selbst bestehende Herausgabeansprüche nichts zu ihren Gunsten ableiten.

6.3 Abgesehen davon legt die Beklagte nicht einmal ansatzweise dar, inwiefern sie als Zahlungsempfängerin aufgeführt und welche konkreten Berechnungsansätze der von ihr vereinnahmten Bestandespflegekommissionen dem Kläger mit den Fondsverträgen offengelegt worden wären. Insbesondere reicht es entgegen ihrer Ansicht nicht aus, dass die maximal mögliche Höhe der Vertriebsentschä-



digung bekannt sei, zumal diese (logisch) zwingend immer begrenzt sei durch die im Fondsprospekt aufgeführte Verwaltungskommission, aus der sie bezahlt werde [...]. Im Hinblick auf einen gültigen Verzicht muss der Vermögensverwaltungskunde vielmehr die Parameter kennen, die zur Berechnung des Gesamtbetrags der Bestandesspflegekommissionen notwendig sind und einen Vergleich mit dem vereinbarten Vermögensverwaltungshonorar erlauben. Hierzu gehören zumindest die Eckwerte der bestehenden Vereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Entschädigungen [...].

Letzterem Erfordernis wird beim Vorausverzicht auch beim Einsatz von Anlagefonds und strukturierten Produkten in der Vermögensverwaltung Genüge getan, wenn die Höhe der erwarteten Bestandesspflegekommissionen in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens angegeben wird. Damit wird dem Auftraggeber ermöglicht, im Hinblick auf einen Verzicht sowohl die Gesamtkosten der Vermögensverwaltung zu erfassen als auch die beim Vermögensverwalter aufgrund der konkreten Anreizstrukturen vorhandenen Interessenkonflikte zu erkennen [...]. Dass diese Voraussetzungen erfüllt worden wären, legt die Beklagte nicht dar, weshalb ein Verzicht – unabhängig von der Problematik des Vertretungsverhältnisses – von vornherein ausser Betracht fällt.

Die Vorinstanz hat daher gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR einen Anspruch des Klägers auf Herausgabe der Bestandesspflegekommissionen zu Recht geschützt, die der Beklagten von konzernfremden Produktanbietern ausgerichtet wurden.

7. Die Beschwerde der Beklagten erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. [...]

8. Der Kläger wirft der Vorinstanz vor, sie habe eine Herausgabepflicht der Beklagten für Bestandesspflegekommissionen, die ihr von Konzerngesellschaften zugeflossen sind, zu Unrecht verneint.

8.1 Die Vorinstanz erwog, zwar seien die Vertriebsentschädigungen zahlenden Konzerngesellschaften der Beklagten rechtlich selbständige Gesellschaften mit eigener Rechnungslegung, jedoch befänden sich diese Einheiten unter einer einheitlichen Leitung in einem Konzernverbund, weshalb die zwischen ihnen erfolgten Zahlungen «bei einer konsolidierten Betrachtungsweise als konzernneutral zu werten» seien. Es sei mit der Beklagten davon auszugehen, dass «in Anlehnung an eine wirtschaftliche Betrachtungsweise» der Kunde dem Konzern gegenüberstehe und konzerninterne Zahlungen für die Beklagte nicht als wirtschaftlich fremd im Sinne von Art. 400 Abs. 1 OR anzusehen seien, da die Gesellschaften des Konzernverbunds vom gleichen

wirtschaftlich Berechtigten gehalten würden. Entsprechend wies die Vorinstanz einen Herausgabeanspruch für der Beklagten zugeflossene Bestandesspflegekommissionen ab, die auf den Einsatz von Anlageprodukten von Konzerngesellschaften zurückzuführen sind.

8.2 Die Ablieferungspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR betrifft neben denjenigen Vermögenswerten, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, auch indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung zukommen [...]. Eine Herausgabepflicht für indirekte Vorteile in Form von Vertriebsentschädigungen setzt demnach voraus, dass solche dem Beauftragten von einem Dritten geleistet wurden. An einer derartigen Zuwendung fehlt es etwa, wenn die beauftragte Vermögensverwaltungsgesellschaft die betroffenen Finanzprodukte selbst herausgibt und vertreibt, was nach der Behauptung der Beklagten bei den strukturierten Eigenprodukten im Depot des Klägers zutreffen soll, jedoch aus den Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid nicht hervorgeht. Mangels Zahlung fällt in diesem Fall eine Herausgabepflicht ausser Betracht [...]. Entsprechendes gilt, wenn zwischen der Fondsleitungsgesellschaft und dem Vermögensverwalter – etwa weil beide der gleichen Unternehmensgruppe angehören – auf Rückvergütungen verzichtet wird [...].

Die Vorinstanz stützte ihre (knappe) Begründung für den Ausschluss konzerninterner Zahlungen vom Anwendungsbereich von Art. 400 Abs. 1 OR auf zwei Lehrmeinungen [...]. Darin wird insbesondere argumentiert, aus Sicht des Bankkonzernrechts handle es sich bei einer Vertriebsentschädigung, die eine als Produktanbieterin (Fondsleitung oder Emittentin) fungierende Konzerngesellschaft an die mit dem Vertrieb betraute Konzerngesellschaft leistet, «nicht um eine Zahlung zwischen zwei juristisch fremden Personen». Der Bankkonzern sei eine unternehmerische Einheit; die Fremdheit sei jedoch eine Voraussetzung für die Anwendung von Art. 400 Abs. 1 OR [...]. Darüber hinaus wird die Ansicht vertreten, formell betrachtet scheine es sich bei Vergütungen innerhalb des Konzerns oder einer Finanzgruppe teilweise um Retrozessionen zu handeln; materiell erfolge jedoch nur eine (meist) steuerlich motivierte Gewinnverschiebung von einer Einheit der Gruppe zur anderen [...].

8.3 Der pauschale Verweis der Vorinstanz auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise unter Berücksichtigung des Konzernverbunds vermag einen Ausschluss der Herausgabe von Bestandesspflegekommissionen, die der Beklagten für den Einsatz von Anlageprodukten von Gesellschaften ihrer Unternehmensgruppe zugeflossen sind, nicht zu begründen.

Zunächst leuchtet nicht ein, weshalb Art. 400 Abs. 1 OR von vornherein keine Anwendung auf konzernintern bezahlte Vertriebsentschädigungen finden soll. Die Schweiz kennt kein systematisch kodifiziertes Konzernrecht; der Konzern wird von der Rechtsordnung nur punktuell erfasst und geregelt [...]. Art. 663e Abs. 1 OR enthält zwar im Hinblick auf die zu erstellende Konzernrechnung eine gesetzliche Definition des Konzerns; diesem kommt jedoch keine eigene Rechtspersönlichkeit zu. Grundsätzlich wird die juristische Selbstständigkeit von Konzerngesellschaften anerkannt; trotz Konzernrechnung hat jede Konzerngesellschaft einzeln für ihre Verbindlichkeiten einzustehen, unabhängig davon, ob diese vertraglich, deliktisch oder durch ungerechtfertigte Bereicherung begründet wurden [...].

Zwar wird die wirtschaftliche Verflechtung von Konzerngesellschaften von der Rechtsordnung fallweise berücksichtigt. Auch wenn namentlich das Gesellschafts- und Bankenrecht der wirtschaftlichen Einheit eines Bankkonzerns in verschiedener Hinsicht Rechnung trägt [...], so lässt sich daraus entgegen der in der Beschwerdeantwort geäußerten Ansicht kein allgemeines Prinzip ableiten, das zur Nichtanwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR auf konzerninterne Zahlungen führen würde [...].

Entgegen der Ansicht der Vorinstanz kann sich die Beklagte daher gegenüber ihrem Vertragspartner nicht einfach auf die wirtschaftliche Einheit ihres Konzerns berufen und eine Herausgabe von Bestandespflegekommissionen nach Art. 400 Abs. 1 OR für konzerneigene Produkte mit dem Hinweis darauf verweigern, die zahlende Gesellschaft sei mit ihr verbunden. Der Vermögensverwaltungsvertrag besteht zwischen dem Kläger und der Beklagten, nicht etwa mit deren Konzern, dem keine Rechtspersönlichkeit zukommt. Es kann dem Auftraggeber trotz des Konzernverhältnisses nicht verwehrt sein, sich auf die bestehenden rechtlichen Verhältnisse und tatsächlichen Vorgänge zu berufen, an die das Vertragsrecht Rechtsfolgen knüpft. Entsprechend ist bei der Beurteilung der vertraglichen Ansprüche des Klägers nicht unter Hinweis auf die «wirtschaftliche Realität» oder die finanzielle Einheit des Konzerns auszublenken, dass es sich bei den Gesellschaften, die Bestandespflegekommissionen ausgerichtet haben, um rechtlich selbständige juristische Personen handelt [...]. Der Beklagten kann daher nicht gefolgt werden, wenn sie dafür hält, konzerninterne Zahlungen könnten keine herausgabepflichtigen Leistungen eines Dritten darstellen.

Unerheblich ist im Übrigen ihr Vorbringen, die konzerninterne Entrichtung von Vertriebsentschädigungen durch Fondsleitungsgesellschaften sei angeblich steuerrechtlich vorgeschrieben. Steuerliche Gründe vermögen die Transparenz- und Herausgabevorschriften im Auftragsverhältnis nicht auszuhebeln [...]. Ebenso wenig verfängt ihr Ein-

wand, sie hätte die konzerninternen Vertriebsentschädigungen und damit ihre Pflicht zu deren Ablieferung nicht nur aus steuerlichen, sondern auch aus regulatorischen Gründen nicht vermeiden können [...]. Die Bank kann sich schliesslich auch nicht darauf berufen, eine konzerninterne Zahlung hätte auch unterbleiben oder ebenso gut als Dividende oder in einer anderen gesellschaftsrechtlichen Form erfolgen können [...]; solche Sachverhalte stehen vorliegend nicht zur Diskussion.

8.4 Entscheidend ist im Hinblick auf den Zweck der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR daher nicht, ob die Bestandespflegekommission dem Beauftragten von einer Konzerngesellschaft oder einer konzernfremden Gesellschaft entrichtet wurde, die insoweit beide als Dritte zu betrachten sind, sondern ob damit die Gefahr verbunden ist, der Beauftragte könnte sich aufgrund der Zuwendung veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen. Entgegen den Vorbringen der Beklagten ist demnach nicht massgebend, ob der Vermögensverwaltungskunde die Bank bzw. die deren Anlageprodukte auflegenden Konzerngesellschaften als Einheit «und die Produkte als unter dem einheitlichen Brand der Bank hergestellte Produkte» wahrnimmt oder nicht, oder ob er über die interne Organisation des Bankkonzerns informiert bzw. daran interessiert ist [...]. Daraus lässt sich jedenfalls nicht auf einen fehlenden Interessenkonflikt im Zusammenhang mit Bestandespflegekommissionen, geschweige denn auf einen Verzicht auf deren Herausgabe schliessen. Vielmehr gilt es unter Berücksichtigung des mit der Herausgabepflicht bezweckten präventiven Schutzes des Auftraggebers vor einer Missachtung der Interessenwahrungspflicht zu beurteilen, ob die Besorgnis bestand, die Bank könnte die Interessen des Auftraggebers ausser Acht lassen.

8.5 Ein Interessenkonflikt der vermögensverwaltenden Bank besteht bei Bestandespflegekommissionen unabhängig davon, ob sie von einer konzernfremden oder einer verbundenen Gesellschaft ausgerichtet werden. Fällt eine Bank – wie vorliegend die Beklagte – im Rahmen eines Vermögensverwaltungsmandats Anlageentscheide für den Kunden und verdient sie bei deren Platzierung mittels Bestandespflegekommissionen an den von ihr selbst getätigten Anlagen mit, sind die Kundeninteressen gefährdet. Es besteht auch beim Einsatz konzerneigener Anlageprodukte die Gefahr, dass die Bank ihre Verwaltungstätigkeit nicht im Interesse des Auftraggebers ausübt, sondern zumindest auch in ihrem eigenen Interesse, zusätzliche Entschädigungen zu erhalten [...]. Die Problematik des Interessenkonflikts stellt sich bei konzerneigenen Produkten eher noch verschärft, indem ein besonderer Anreiz der Bank besteht, die Anlagen mit Blick auf die Bestandespflegekommission

auszurichten, da sie mit der Wahl eines konzerneigenen Produkts nicht nur selbst eine Zuwendung erhält, sondern gleichzeitig eine andere Konzerngesellschaft mit dem Produkt verbundene Gebühren vereinnahmt [...].

Mitunter wird mit Blick auf die Interessenkonflikte ins Feld geführt, Kunden hätten davon auszugehen, dass eine Bank bevorzugt eigene Produkte berücksichtigt [...]. Dies erscheint insbesondere bei der entgeltlich erbrachten Vermögensverwaltung, bei der sich der Beauftragte zur umfassenden Interessenwahrung verpflichtet, als äusserst fraglich [...]. Jedenfalls führt dies nicht dazu, dass die mit dem Einsatz eigener Produkte verbundenen Interessenkonflikte bei der Beurteilung der Aufklärungs- und Herausgabepflicht ausser Betracht fallen. Ebenso wenig kann sich die Bank darauf berufen, es bestünden auch ohne konzerninterne Rückvergütungen Anreize, dem Kunden gruppeneigene Produkte zu verkaufen [...]. Der Umstand, dass beim Einsatz konzerneigener Anlageprodukte zusätzliche Interessenkonflikte bestehen können, rechtfertigt im Hinblick auf die auftragsrechtliche Herausgabepflicht jedenfalls keine bevorzugte Behandlung konzerninterner Bestandespflegekommissionen im Vergleich zu entsprechenden Zahlungen konzernfremder Produktanbieter. Werden konzernintern keine Rückvergütungen ausgerichtet, erhält der Verwalter nichts, was nach Art. 400 Abs. 1 OR herausgegeben werden könnte. Fliessen jedoch solche Zahlungen, so ist ein innerer Zusammenhang mit der Auftragsausführung zu bejahen und es ist nicht ersichtlich, weshalb sie nicht ebenfalls der Herausgabepflicht unterliegen sollen.

8.6 Wie auch die Ausführungen in der Beschwerdeantwort bestätigen, lässt der mit dem Kläger abgeschlossene Vermögensverwaltungsvertrag den Einsatz von Anlageinstrumenten der Beklagten oder mit ihr verbundener Gesellschaften zu, ist jedoch nicht auf solche beschränkt; vielmehr wird in der Vereinbarung als zulässig erachtet, Instrumente von Drittanbietern einzusetzen, ohne bestimmten Produkten den Vorrang einzuräumen. Die Beklagte hatte im Rahmen des Vermögensverwaltungsmandats die Anlagen (wie Festgeldanlagen, Aktien, Obligationen, Anlagefonds, strukturierte Produkte usw.) auf Rechnung des Klägers nach eigenem Ermessen zu tätigen und demnach sowohl eine Wahl zwischen Anlageinstrumenten von Drittanbietern (mit oder ohne Bestandespflegekommissionen) und eigenen Produkten bzw. solchen ihrer Konzerngesellschaften zu treffen, als auch etwa zu entscheiden zwischen Anlageinstrumenten und Direktanlagen in Aktien oder Obligationen, für die keine Bestandespflegekommissionen gezahlt werden. Damit bestand nicht nur bei den Anlageprodukten konzernfremder Dritter, sondern auch bei konzerneigenen Produkten ein Anreiz der Beklagten, ihre Verwaltungstätigkeit an den damit verbundenen Vergütungen auszurichten, und – unter

anderem anstelle von Produkten ohne Rückvergütungen oder Direktanlagen – gerade solche Anlagen zu tätigen und zu halten, auch wenn dies durch die Interessen des Klägers möglicherweise nicht gerechtfertigt war. Der Interessenkonflikt der Beklagten ist nicht von der Hand zu weisen.

Entgegen dem angefochtenen Entscheid sind demnach Bestandespflegekommissionen, die der Beklagten für Produkte von Konzerngesellschaften zugeflossen sind, im Hinblick auf die Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR nicht anders zu behandeln als die entsprechenden Zahlungen konzernfremder Gesellschaften.

9. Die Vorinstanz hat einen Herausgabeanspruch zu Unrecht abgelehnt für Bestandespflegekommissionen, die der Beklagten von Konzerngesellschaften bezahlt worden sind. Dem angefochtenen Urteil lassen sich jedoch keine Feststellungen zur Höhe dieser Zahlungen entnehmen, weshalb über das Klagebegehren im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nicht materiell entschieden werden kann. Die Beklagte bringt hinsichtlich ihres Eventualantrags, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit sie sich auf strukturierte Produkte beziehe, lediglich vor, die fraglichen strukturierten Produkte würden von ihr selbst herausgegeben und macht im Übrigen geltend, ihre Rügen für Produkte von Konzerngesellschaften gälten sinngemäss. Entsprechende tatsächliche Feststellungen lassen sich dem angefochtenen Entscheid jedoch nicht entnehmen, weshalb über ihren Einwand nicht im Beschwerdeverfahren entschieden und ihrem Eventualantrag nicht entsprochen werden kann.

Das angefochtene Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Januar 2012 ist daher in teilweiser Gutheissung der Beschwerde des Klägers aufzuheben und die Sache gestützt auf Art. 107 Abs. 2 BGG zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. [...]».

### III. Bemerkungen

#### 1. Rechenschaftspflicht i.e.S. und Herausgabepflicht

Art. 400 OR bestimmt, dass der Beauftragte auf *Verlangen* jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzugeben (Rechenschaftspflicht i.e.S.) und alles, was ihm infolge derselben aus irgend einem Grunde zugekommen ist, zu erstatten (Herausgabepflicht) hat. Die Rechenschaftsablage nach Art. 400 OR umfasst damit eine Auskunftspflicht sowie eine Ablieferungspflicht. Hinsichtlich der *Rechenschaftspflicht i.e.S.* hat das schweizerische Bundesgericht in einem kürzlich ergangenen Urteil festgehalten, dass der Beauftragte auf auftragsrechtlicher Grundlage u.a. verpflichtet ist, über stattgefundene Kundenkontakte, Telefongespräche sowie in diesem Zusammenhang erstellte schriftliche Dokumentationen wie Kun-



denprofile, Aktennotizen, Anlageziele usw. Rechenschaft abzulegen (vgl. BGer 4A\_688/2011, Urteil vom 17. April 2012, und dazu OLIVER ARTER/TENZIN DAHORTSANG, Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 17. April 2012, BGer 4A\_688/2011, AJP/PJA 2012, 1154 ff.).

Neben der Rechenschaftspflicht i.e.S. schuldet der Beauftragte *Herausgabe*. Er hat alles – Vermögenswerte wie Gegenstände –, (I) was er vom Auftraggeber erhält, (II) was er *bei Ausführung* des Auftrages von *Dritten* erlangt und (III) was er sich in Ausführung des Auftrages verpflichtet hat zu schaffen, dem Auftraggeber abzuliefern (WALTER FELLMANN [BerK-FELLMANN], Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag Art. 394–406 OR, Bern 1992, N 115 ff. zu Art. 400 OR). In vorliegendem Kontext ist vorerst die Herausgabe dessen näher zu untersuchen, was der Beauftragte von Dritten bei Ausführung des Auftrages erlangt.

Damit das, was der Beauftragte vom Dritten bei Auftragsausführung erhält, von diesem dem Auftraggeber herauszugeben ist, ist ein «*innerer Zusammenhang*» zwischen dem von Beauftragten bei der Auftragsausführung Erlangten und dem Auftrag erforderlich; nicht herauszugeben ist, was der Beauftragte lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung erlangt. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung betrifft die Herausgabepflicht «nicht nur diejenigen Vermögenswerte, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, sondern auch indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen. Der Beauftragte soll durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren; er muss daher alle Vermögenswerte herausgeben, welche in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung stehen; behalten darf er nur, was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten erhält» (so etwa BGE 132 III 460 ff., 464).

Bei Zuwendungen Dritter ist ein innerer Zusammenhang nach den bundesgerichtlichen Ausführungen (Ziff. 5.3 vorliegenden Urteils) gegeben, wenn die Gefahr besteht, der Beauftragte könnte sich durch diese veranlasst sehen, die *Interessen* des Auftraggebers nicht ausreichend zu wahren.

## 2. Retrozessionen

Nach mittlerweile konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung gehören zu dem, was der Beauftragte bei Ausführung des Auftrages von Dritten erlangt und herauszugeben hat, Retrozessionen und Rückvergütungen, also Zahlungen, die der Vermögensverwalter gestützt auf eine Vereinbarung

mit der Depotbank aus vereinnahmten Gebühren zufließen oder ihm ausgerichtet werden, weil er bestimmte Verwaltungshandlungen vornimmt oder veranlasst (vgl. BGE 132 III 460 ff. sowie BGE 137 III 393 ff.).

Vorausverzichte auf Retrozessionen und Rückvergütungen sind zulässig, sofern der Auftraggeber die Parameter kennt, welche zur Berechnung des Gesamtbetrags der Retrozessionen notwendig sind und einen Vergleich mit dem vereinbarten Vermögensverwaltungshonorar erlauben. Weil sich der Gesamtbetrag des verwalteten Vermögens laufend verändert und die genaue Anzahl und der Umfang der durchzuführenden Transaktionen im Zeitpunkt des Verzichts unbekannt sind, ist eine genaue Bezifferung der Retrozessionen bei einem vorgängigen Verzicht nicht möglich. Für einen gültigen Verzicht ist es deshalb ausreichend, dass der Auftraggeber zumindest die *Eckwerte* der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die *Grössenordnung* der zu erwartenden Rückvergütungen kennt, wobei diesem Erfordernis Genüge getan wird, wenn die Höhe der erwarteten Rückvergütungen in einer *Prozentbandbreite* des verwalteten Vermögens angegeben wird (so BGE 137 III 393 ff., 398 f.; vgl. zudem etwa ROLF KUHN/DEBORAH SCHLUMPF, Der Vorausverzicht auf Ablieferung von Retrozessionen bei der externen Vermögensverwaltung, ZBJV 2012, 339 ff., JEAN-MARC SCHALLER, Der perfekte Vermögensverwaltungsvertrag, AJP/PJA 2012, 56 ff., 64 oder SIMON SCHÄREN, Anforderungen an den vorgängigen Verzicht auf Herausgabe von Retrozessionen, GesKR 2011, 552 ff.).

## 3. Bestandespflegekommissionen

Entgelte, welche eine Bank als Vertriebsträger von Fondsleitungen erhält, bestehen einerseits in *Kommissionen* für die *Ausgabe und Rücknahme von Fondsanteilen*, die dem *Anleger* beim Kauf und Verkauf von Fondsanteilen direkt in Rechnung gestellt werden, und andererseits in *Bestandespflegekommissionen*, also einem *Teil* der von den Fondsleitungen dem *Fondsvermögen* – und damit indirekt sämtlichen Fondsanlegern – belasteten *Verwaltungskommission* (Management Fee). Bestandespflegekommissionen werden nicht für einzelne Transaktionen oder pro Kunde und Anlageinheit bezahlt, sondern für den gesamten gehaltenen Anlagebestand, weshalb eine Bank als Vertriebsträger von den Fondsleitungen eine Vergütung nach Prozenten der von ihr in den Depots ihrer Kunden lagernden Fondsanteile erhält. Die Vergütung fällt umso höher aus, je grösser der Bestand solcher Anteile ist, bestimmt sich also nicht nach dem erbrachten Aufwand, sondern nach dem Erfolg der Vertriebsbemühungen.

In vorliegendem Urteil geht es ausschliesslich um Bestandespflegekommissionen, die der durch den Auftragge-



ber zur Vermögensverwaltung – Gleiches würde nach der hier vertretenen Ansicht auch bei Anlageberatungsverhältnissen gelten (vgl. dazu ROLF SETHE, Die Zulässigkeit von Zuwendungen bei Wertpapierdienstleistungen, in: Mathias Habersack/Hans-Ulrich Joeres/Achim Krämer [Hrsg.], Entwicklungslinien im Bank- und Kapitalmarktrecht, Festschrift für Gerd Nobbe, Köln 2009, 769 ff., 771 f. sowie BGH, Urteil vom 19. Dezember 2006 – XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226, Rz. 22 ff.) – Beauftragte in seiner «weiteren» Eigenschaft als Vertriebsträger – neben und zusätzlich zum vom Auftraggeber ohnehin geschuldeten Vermögensverwaltungshonorar – von einer Fondsleitung erhält.

#### 4. Innerer Zusammenhang bei Bestandespflegekommissionen

Bei der Prüfung, ob zwischen der Zuwendung einer Fondsleitung an den Vertriebsträger ein innerer Zusammenhang zum Vermögensverwaltungsvertrag zwischen der Bank, welche nicht nur Vertriebsträger, sondern auch Vermögensverwalter ist, und dem Beauftragten vorliegt oder nicht, stellte das Bundesgericht auf den Zweck von Art. 400 Abs. 1 OR, der auch in der Vorbeugung von Interessenkonflikten bestehe, ab. Hierzu führte das Bundesgericht – wie bereits vorne gezeigt – aus, dass bei Zuwendungen Dritter ein innerer Zusammenhang zum Vermögensverwaltungsvertrag gegeben ist, wenn die *Gefahr* besteht, der Beauftragte *könnte* sich veranlasst sehen, die *Interessen* des Auftraggebers *nicht ausreichend zu wahren*, also aus dem zu erwartenden Empfang von Leistungen Dritter in einen Interessenkonflikt zu geraten (zu Haupt- und Nebenpflichten beim Vermögensverwaltungsvertrag vgl. etwa VALENTIN JENTSCH/HANS CASPAR VON DER CRONE, Informationspflichten der Bank bei der Vermögensverwaltung: Kundenprofil und Risikoaufklärung, SZW 2011, 639 ff., 645 ff.).

Dass die Zuwendung nicht aus einer unmittelbar beim auftragerteilenden Kunden erhobenen Gebühr fließt, sondern aus einer dem Sondervermögen – an dem der Kunde anteilmässig beteiligt ist – belasteten Verwaltungsgebühr, schliesst gemäss den weiteren Ausführungen des Bundesgerichts die Vergütung ebenso wenig vom Anwendungsbezug von Art. 400 Abs. 1 OR aus wie der Umstand, dass ihre Berechnung anhand des Gesamtbestands der jeweiligen Produkte bei der Bank und nicht für jeden Kunden einzeln erfolgt. Entscheidend sei, dass der mit der Vergütung für die erfolgreiche Platzierung der fraglichen Finanzprodukte verbundene Anreiz, diese im Rahmen des bestehenden Vermögensverwaltungsmandats einzusetzen, in einem Zielkonflikt mit der Verpflichtung der Bank zur umfassenden Interessenwahrung bei Vermögensverwaltungsverträgen (und nach der hier vertretenen Ansicht auch bei Anlageberatungsverträgen) steht und zudem eine zu-

sätzlich erlangte Vergütung für die erfolgreiche Platzierung der fraglichen Produkte beim Kunden darstellt. Dies gelte auch dann, wenn der Bank die Bestandespflegekommissionen nicht nur für ihre «Platzierungskraft», sondern auch als Abgeltung des Aufwandes beim Produktvertrieb geleistet wird, weil der innere Zusammenhang mit dem Vermögensverwaltungsvertrag und der Interessenkonflikt aufgrund einer letztlich erfolgsabhängigen Vergütung bestehen bleibe.

Anders zu beurteilen seien allenfalls Fälle, in welchen eine andere Form des Entgelts den Vertriebsaufwand der Vertriebsträgerin konkret entschädigt, beispielsweise für das Einrichten von fondsspezifischen Prozessen, das Vorrätighalten und die Abgabe von Marketing- und rechtlichen Dokumenten der Fondsleitung, das Weiterleiten gesetzlich vorgeschriebener und anderer Publikationen, die Wahrnehmung von durch den Produktanbieter delegierten geldwäschereirechtlich oder regulatorisch bedingten Abklärungspflichten, das Erstellen von Fondsresearch-Material, den Betrieb und den Unterhalt einer elektronischen Vertriebs- und Informationsplattform für Drittanbieter usw.

#### 5. Behandlung von Konzerngesellschaften als Dritte

Wenig Verständnis hatte das Bundesgericht für die Argumentation der Beklagten, dass Bestandespflegekommissionen nicht herauszugeben seien, weil es sich bei der Fondsleitung und dem Vertriebsträger um Konzerngesellschaften handelte. Das Bundesgericht führte aus, dass trotz einer Einheitsbetrachtung des Konzerns, etwa in bestimmten öffentlich-rechtlichen Vorschriften, sich diese nicht auf privatrechtliche Verhältnisse übertragen lasse. Aus diesem Grund könne bei der Beurteilung der vertraglichen Ansprüche des Klägers nicht unter Hinweis auf die «wirtschaftliche Realität» oder die «finanzielle Einheit des Konzerns» ausgeblendet werden, dass es sich um zivilrechtlich selbständige juristische Personen handle.

Wenn hiergegen vorgebracht wird, dass Fondsgesellschaften «nichts anderes als regulatorisch und steuerrechtlich konzipierte Konvenienzvehikel» sind, und «eine gesellschafts- und aufsichtsrechtliche Innenseite von der zivilrechtlichen Aussenseite der Klientenbeziehung» kaum derart getrennt werden kann, «dass die Konzernorganisation unbeachtlich wird» (so PETER NOBEL, Das Bundesgericht zu den Bestandespflegekommissionen, Jusletter, 19. November 2012, 6), wird übersehen – abgesehen davon, dass die zivilrechtliche Selbständigkeit von Konzerngesellschaften, etwa bei Haftungstatbeständen, auch sonst zu beachten ist und eine Konzernmuttergesellschaft als Aktionärin der Konzerntochtergesellschaft nicht für deren Verbindlichkeiten einzustehen hat (Art. 620 Abs. 2 OR), es sei denn, es läge ein Anwendungsfall der Durchgriffshaftung

(Art. 2 ZGB) oder der Haftung aus Konzernvertrauen (vgl. etwa BGE 120 II 331 f.) vor –, dass es in vorliegendem Urteil weniger um die Pflicht zur Herausgabe der Bestandespflegekommissionen an sich ging, sondern mit deren Herausgabe bezweckt werden soll, dass eine Bank vorgängig über den Erhalt von Bestandespflegekommissionen *aufklärt*, damit ein Kunde beurteilen kann, ob die Bank frei von *Interessenkonflikten* handelt (vgl. zum Ganzen SETHE, a.a.O., 780 ff.). Wenn eine Bank als Vermögensverwalter tätig ist – oder bei Anlageberatungsverhältnissen über Kapitalanlagen berät – und Fondsanteile in das Depot des Kunden legt, bei denen sie verdeckte Rückvergütungen aus den Ausgabeaufschlägen und jährlichen Verwaltungsgebühren erhält, muss sie den Kunden über diese Rückvergütungen *aufklären*, damit der Kunde beurteilen kann, ob die Bank allein im Kundeninteresse handelt oder im *eigenen Interesse* versucht ist, möglichst hohe Rückvergütungen zu generieren (vgl. auch BGH, Urteil vom 19. Dezember 2006 – XI ZR 56/05, Rz. 3 f., 22 ff.). Dies gilt im Übrigen unabhängig davon, ob es sich um *bankeigene oder -fremde Anlageprodukte* handelt (ebenso SETHE, a.a.O., 780 ff.; anders NOBEL, a.a.O., 6).

Dogmatisch ist die *Rechenschaftsablegung* von der *Aufklärungspflicht* zu unterscheiden: Erstere ergibt sich aus Art. 400 Abs. 1 OR, zweitere aus der allgemeinen Treuepflicht des Beauftragen nach Art. 398 OR (vgl. BERK-FELLMANN, N 53 zu Art. 400 OR). Die Auskunftspflicht bei der Rechenschaftsablegung besteht auf Grund einer konkreten *Anfrage* des Auftraggebers, die Aufklärungspflicht dagegen *unaufgefordert* und allenfalls auch *vorvertraglich* (BERK-FELLMANN, N 53 zu Art. 400 OR m.w.H.). Betreffend Vermeidung von Interessenkonflikten aus der Gefahr, dass der Beauftragte sich veranlasst sehen könnte, die Interessen des Auftraggebers aus dem zu erwartenden Empfang von Leistungen Dritter nicht ausreichend zu wahren, besteht eine *Aufklärungspflicht*. Soll eine Pflicht zur Herausgabe von Retrozessionen oder Bestandeskommissionen vermieden werden, ist über diese deshalb *vorgängig* (vgl. zu den Anforderungen vorne Ziff. III.2) *aufzuklären*. Alternativ zur Herausgabepflicht besteht bei einer Verletzung der Aufklärungspflicht über den möglichen Erhalt von Retrozessionen und Bestandespflegekommissionen und den sich daraus ergebenden Interessenkonflikten bei Vorliegen der übrigen allgemeinen Voraussetzungen ein *Rückabwicklungs- und Schadenersatzanspruch* hinsichtlich der erworbenen Anlageprodukte (vgl. auch BGH, Urteil vom 19. Dezember 2006 – XI ZR 56/05, Rz. 27).

## 6. Aufsichtsrechtliche Konsequenzen

Am 26. November 2012 hat sich die schweizerische Finanzmarktaufsichtsbehörde FINMA zu vorliegendem Urteil ge-

äussert. Die FINMA verlangt von den betroffenen Banken, dass diese (1) dem Entscheid des Bundesgerichts im Rahmen der laufenden Geschäftstätigkeit umgehend Rechnung tragen, (2) zur Herstellung der notwendigen Transparenz alle potentiell betroffenen Kunden kontaktieren und über den Entscheid in Kenntnis setzen, (3) im Rahmen der Kontaktaufnahme die Kunden darüber informieren, an welche Stelle innerhalb der Bank sie sich für weitere Auskünfte wenden können und (4) die Kunden sodann auf Anfrage über den Umfang der erhaltenen Rückvergütungen informieren (vgl. FINMA-MITTEILUNG 41 [2012] vom 26. November 2012, Aufsichtsrechtliche Massnahmen – Retrozessionen, Banken). Wie die Umsetzung der Vorgaben der FINMA genau erfolgen soll, ist unklar. Sicher scheint, dass die Ausführungen der FINMA, dass sich das Urteil nicht zu Beratungsmandaten und «Execution-only»-Beziehungen äussert, dahingehend zu verstehen sind, dass Banken über Bestandespflegekommissionen nur Vermögensverwaltungskunden zu informieren haben. Weiter kann der FINMA-Mitteilung nicht entnommen werden, dass automatisch in allen betreffenden Fällen unaufgefordert eine Herausgabepflicht bestehen würde, denn die FINMA verweist selber darauf, dass allfällige Ansprüche auf dem zivilrechtlichen Weg geltend zu machen sind. Diese Interpretation drängt sich auch deshalb auf, weil die Thematik der Verjährung von Bestandespflegekommissionen bislang nicht höchstrichterlich geklärt ist (vgl. dazu etwa BEAT MATHYS/VITO ROBERTO, Wann verjähren Bestandespflegekommissionen?, Jusletter, 19. November 2012 oder JEAN-MARC SCHALLER, Retrozessionen: Nochmals zur Verjährungsfrage, Jusletter, 3. Dezember 2012). Es ist deshalb zu erwarten, dass in naher Zukunft weitere Urteile zur Herausgabe von Bestandespflegekommissionen auch bei Vermögensverwaltungskunden folgen werden, um insbesondere die Verjährungsfrage zu klären.

## 7. Interessenkonflikt, vorgängiger Verzicht auf Herausgabe und Aufklärung

Vorliegendes Urteil des schweizerischen Bundesgerichts steht am derzeitigen Ende einer Reihe von Urteilen, welche sich mit den Pflichten der Vermögensverwalter und Anlageberater hinsichtlich Vergütungen, welche diese durch Dritte erhalten, und den sich daraus ergebenden Interessenkonflikten, befassen. Die Urteile des Bundesgerichts zeigen insbesondere, dass die Herausgabe der dem Vermögensverwalter (dies gilt nach der hier vertretenen Ansicht auch für Anlageberater) von Dritten zugekommenen Vorteile – sofern kein gültiger Verzicht vorliegt – nur einen Aspekt dieser Rechtsprechung darstellt. Der andere Aspekt besteht darin, dass ein Kunde Interessenkonflikte erkennen können soll.

Die bundesgerichtlichen Urteile zeigen vorerst, dass Retrozessionen, Rückvergütungen und Bestandespflegekommissionen durch Vermögensverwalter und Anlageberater dem Kunden herauszugeben sind. Von der Herausgabepflicht auszunehmen sind Entgelte, welche ein Vermögensverwalter oder Anlageberater von Dritten als effektive Entschädigung für Vertriebsaufwand erhält. Neben der Herausgabepflicht besteht nach der hier vertretenen Ansicht bei einer Verletzung der Aufklärungspflicht ein Rückabwicklungs- und Schadenersatzanspruch betreffend die erworbenen Anlageprodukte.

Weiter zeigen die Urteile des Bundesgerichts, dass Kunden auf Retrozessionen, Rückvergütungen und Bestandespflegekommissionen vorgängig (nachträglich ohnehin) verzichten können, sofern sie gewissen Vorgaben folgend über die Berechnung dieser Vergütungen aufgeklärt werden; diesbezüglich kann auf die Rechtsprechung zu Retrozessionen verwiesen werden (vgl. insbesondere BGE 137 III 393 ff., 398 f.), welche analog auch auf Bestandespflegekommissionen anzuwenden ist.

Hinsichtlich Vermeidung von Interessenkonflikten – dies scheint teilweise übersehen zu werden – gilt, dass der Vermögensverwalter und Anlageberater vorvertraglich und ohne Auskunftsbegehren des Kunden stets *aufklärungspflichtig* ist, wenn er herausgabepflichtige Vergütungen von Dritten erhält.

In BGE 132 III 460 ff., 466 führte das Bundesgericht in diesem Zusammenhang aus, «dass der Auftraggeber über zu erwartende Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert sein muss, und dass sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung entsprechend klar hervorgehen muss [...]. Diese Anforderung rechtfertigt sich zusätzlich aus der Erwägung, dass eine solche Vereinbarung zu Interessenkonflikten führen kann, da durch (zu) häufige Transaktionen ein nennenswertes Zusatzeinkommen erzielt werden kann [...]». In BGE 137 III 393 ff., 400, führt das Bundesgericht, mit u.a. Verweis auf BGE 115 II 62 ff., 64., präzisierend aus: «Eine Pflicht, den Kunden im Hinblick auf eine Verzichtserklärung unaufgefordert über den Umstand der zufließenden Retrozessionen zu informieren, der für diesen angesichts der damit verbundenen Gefahr von Interessenkonflikten zweifellos von Bedeutung ist, folgt bei der Ausführung des Auftrags aus der Treuepflicht des Beauftragten [...], ergibt sich jedoch bereits vor Abschluss des Vertrags aus dessen vorvertraglicher Aufklärungspflicht [...]». Bereits am 19. Dezember 2006 urteilte der deutsche Bundesgerichtshof: «Wenn eine Bank einen Kunden über Kapitalanlagen berät und Fondsanteile empfiehlt, bei denen sie verdeckte Rückvergütungen aus den Ausgabeaufschlägen und jährlichen Verwaltungsgebühren erhält, muss sie den Kunden über diese Rück-

vergütungen aufklären, damit der Kunde beurteilen kann, ob die Anlageempfehlung allein im Kundeninteresse nach den Kriterien anleger- und objektgerechter Beratung erfolgt ist, oder im Interesse der Bank, möglichst hohe Rückvergütungen zu erhalten» (so BGH, Urteil vom 19. Dezember 2006 – XI ZR 56/05).

Wenn ein Vermögensverwalter oder Anlageberater somit herausgabepflichtige Vergütungen von Dritten oder konzerninterne Vergütungen erhält, trifft diesen eine *vorvertragliche Aufklärungspflicht* (zu Aufklärung und Rechenschaft bei Anlageberatungsverträgen vgl. auch Handelsgericht des Kantons Zürich, Urteil vom 19. Mai 2011, Geschäfts-Nr. HG090121-O/U/dz, 54 f. sowie allgemein zu Anlageberatungsverträgen BGer 4A\_525/2011, Urteil vom 3. Februar 2012, und dazu OLIVER ARTER, Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 3. Februar 2012, BGer 4A\_525/2011, AJP/PJA 2012, 1316 ff.); er kann nicht abwarten, bis der Kunde selber Auskunft verlangt. Sieht man zudem den Zweck der Aufklärungspflicht nicht nur – wie in vorliegendem Urteil des Bundesgerichts – in der Vermeidung von Interessenkonflikten, sondern darin, dass ein Anleger Anlageentscheidungen in Kenntnis aller damit zusammenhängender Kosten treffen soll, ist eine Bank ebenfalls verpflichtet, über Vergütungen von Dritten auch beim beratungsfreien *execution-only*-Geschäft aufzuklären (vgl. dazu SETHE, a.a.O., 784 ff.).

**This publication may qualify as “Attorney Advertising” requiring notice in some jurisdictions. Prior results do not guarantee a similar outcome.**

**This publication is for general information purposes only, and not intended to constitute legal or other professional advice, and should not be relied on or treated as a substitute for specific advice relevant to particular circumstances. Consequently, this publication should not be relied upon for specific legal and/or tax advice, only be used as a guide to potential legal and/or tax issues and you should seek additional information and advice from legal counsel.**

**An offer to provide a free consultation, or an actual consultation, in person or by phone, signing up for, or attending, seminars and or workshops does not create an attorney-client relationship. An attorney-client relationship is only formed by a signed written agreement.**

**Oliver Arter accepts no responsibility for any loss which may arise from reliance on information or materials in this publication.**

**No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise without the prior permission of Oliver Arter.**

**If you do not wish to receive e-mails from Oliver Arter and want to be removed from the electronic mailing list, please reply to the e-mail with “remove” in the subject heading.**

**Oliver Arter, Consultant, Attorney at law, Bellerivestrasse 201, 8034 Zurich, Switzerland,  
Tel.: 0041 44 386 60 00, Email: oarter@froriep.ch**