



Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis

Festschrift für Roland von Büren



Herausgeber

Peter V. Kunz
Dorothea Herren
Thomas Cottier
René Matteotti

Der Bankkonzern in der Schnittmenge von Privat- und Aufsichtsrecht; zugleich zur Rechenschafts- und Ablieferungspflicht bei bankkonzerninternen Vergütungen

SANDRO ABEGLLEN

Inhaltsübersicht

A. Einleitung und Überblick	659
B. Stand der Lehre und Judikatur	661
C. Auslegung von Art. 400 Abs. 1 OR bezüglich «Dritter»	662
I. Überblick	662
II. Entwicklungsstand des Schweizerischen Konzernrechts	663
III. Der Konzern im Aktienrecht	664
1. Überblick	664
2. Konzernratbestand: Einheitliche Leitung	664
3. Rechtsfolgen des Konzernratbestandes	665
a) Konsolidierte Rechnungslegung	665
b) Finanzielle Einheit des Konzerns	666
c) Haftung im Konzern	668
d) Problem der einheitlichen Leitung	669
4. Fazit	670
IV. Der Konzern im Bank- und Börsenrecht	671
1. Überblick	671
2. Begriffliche Ausgangslage	672
3. Massgeblichkeit einer Vertrauensschutzüberlegung für die aufsichtsrechtliche Definition des Bankkonzerns	672
4. Fazit	673
V. Anwendung auf Art. 400 Abs. 1 OR	674
1. Überblick	674
2. Berücksichtigung aktienrechtlicher Wertungen	674
a) Konsolidierte Betrachtungsweise auch für Vergütungen	674
b) Saldobetrachtung?	675
3. Berücksichtigung aufsichtsrechtlicher Wertungen	676
a) Einheitsbetrachtung als solche	676

b) Notwendigkeit der Konformität der Einheitsbetrachtung mit Vertrauensschutzgesichtspunkten	677
VI. Ergebnis	678
D. Auslegung von Art. 400 Abs. 1 OR anhand des Normzwecks: «Vermeidung von Interessenkonflikten»	679
I. Überblick	679
II. Normzweck von Art. 400 Abs. 1 OR	679
III. Interessenkonflikt	680
1. Zum Tatbestand des Interessenkonflikts	680
2. Kein Interessenkonflikt im Konzernverbund	681
IV. Sicht des Kunden: Einheitsbetrachtung; kein Interessenkonflikt	684
V. Ergebnis	686
E. Auslegung von Art. 400 Abs. 1 OR bezüglich «Innerer Zusammenhang»	686
I. Überblick	686
II. Umschreibung des «inneren Zusammenhangs»	687
III. Kein Zusammenhang zwischen Vergütungen im Bankkonzern und der Geschäftsführung für den Auftraggeber	687
IV. Ergebnis	688
F. Auslegung von Art. 400 Abs. 1 OR bezüglich «Zukommen»	688
G. Schlusswort	689

A. Einleitung und Überblick

Der vorliegende Aufsatz befasst sich mit Themen, die allesamt der wissenschaftlichen Bearbeitung durch Professor Roland von Büren erfahren haben. Er zeigt, wie wichtig auch in der heutigen Zeit hoher und höchster Spezialisierung es sowohl in Wissenschaft als auch Praxis ist, verschiedene Rechtsgebiete im Überblick zu behalten, ohne dabei die Fähigkeit zum Blick in die immer komplexer werdenden dogmatischen und technischen Details zu verlieren. Der Umstand, dass der Aufsatz ein Thema beschlägt, zu dem es noch keine gesicherten Erkenntnisse gibt, zeigt weiter die Bedeutung des Rechtsgefühls bei der Behandlung juristischer Themen und die Wichtigkeit dieser Fähigkeit für den in Lehre oder Praxis tätigen Juristen. Genau dieses feine Judiz hat es Roland von Büren immer auch erlaubt, sich in grundlegender Weise zu schwierigen Fragen zu äussern.

Roland von Büren gehört zu den bedeutendsten Konzernrechtlern der Schweiz, wobei ihm seine vor der Tätigkeit in Lehre und Forschung wahrgenommene Führungsfunktion in einem internationalen Grosskonzern wichtige Einsichten in «law in action» vermittelte. Naturgemäss als Handelsrechtler ebenfalls stets von Interesse für Professor von Büren sind Vertrags- und allgemein schuldrechtliche Fragestellungen. Seine Tätigkeit schliesslich als Verwaltungsratspräsident einer bedeutenden schweizerischen Bank – natürlich in Form eines Konzerns – machten und machen ihn auch sensibel für bankrechtliche und finanzmarktaufsichtsrechtliche Fragen, zu welchen er sich von Zeit zu Zeit immer wieder geäussert hat¹. In dem Sinne soll mit diesem Aufsatz über ein Querschnittsthema auch die Vielseitigkeit des Jubilars aufgezeigt werden.

Als Ausgangspunkt soll hierbei die höchstrichterliche Rechtsprechung dienen. In einem Aufsehen erregenden Entscheid äusserte sich das Bundesgericht am 22. März 2006 zur Pflicht des Vermögensverwalters, Zahlungen, die ihm von einer Bank für die Zuführung von Kunden oder die Vermittlung von Kommissionserträgen geleistet wurden (d.h. solche, die von einem Dritten erfolgten), an seine Kunden abzuliefern, es sei denn der Kunde habe darauf gültig verzichtet². Die Ablieferungs- und die damit einhergehende Rechenschaftspflicht von solchen «Finder's Fees» und Retrozessionen stützt sich dabei auf Art. 400 Abs. 1 OR, welcher besagt, dass all jenes dem Auftraggeber abzuliefern ist, was dem Beauftragten *infolge der Geschäftsführung* von einem Dritten aus irgendeinem Grund zugekommen ist. Das Bundesgericht hat dazu in seinem Urteil – in Übereinstimmung mit der Lehre – festgehalten, dass nur solche Vermögenswerte der Ablieferungspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR unterliegen, deren Vereinnahmung in einem *inneren Zusammenhang* zur Auftragsausführung stehen³. Damit sollen jene Zahlungen ausschei-

1 So z.B. bei der Besprechung des bundesgerichtlichen Entscheides zu den Retrozessionen: ROLAND VON BÜREN/HANS PETER WALTER, Die wirtschaftliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006, ZBJV 2007, 495 ff.

2 BGE 132 III 460.

3 BGE 132 III 464; BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 115 ff.; PETER CH. HSU, Retrozessionen, Provisionen und Finder's Fees, Basel 2006, 30 ff. (zit. Hsu, Retrozessionen); SANDRO ABEG-

den, die nur bei Gelegenheit der Auftragsausführung vereinnahmt worden sind. Eine Ablieferungspflicht entfällt beispielsweise, mangels innerem Zusammenhang, wenn die Vergütung eine *Gegenleistung für eine Dienstleistung* darstellt, die vom Beauftragten für den Dritten erbracht worden ist. Dies trifft in praxi z.B. auf Fondsvertriebsentschädigungen zu, die Fondsgesellschaften den Banken (als Vertriebs-träger) für die Verrichtung von Vertriebsleistungen entrichten⁴.

Anders als im Beispiel der Fondsvertriebsentschädigungen hatte das Bundesgericht in BGE 132 II 460ff. einen Fall zu beurteilen, in welchem einem externen Vermögensverwalter von einer Bank, bei der die Mittel des Kunden im Depot lagen, Zahlungen für die blosser Zuführung des Kunden bzw. die Vermittlung von Börsentransaktionen geleistet wurden. Angesichts dieser Sachlage war klar, dass Art. 400 Abs. 1 OR auf diese Zahlungen anwendbar war. Das Bundesgericht hat deshalb nicht im Einzelnen den Anwendungsbereich von Art. 400 Abs. 1 OR analysieren müssen; insbesondere hat es sich auch nicht mit der im vorliegenden Aufsatz zu untersuchenden Frage befasst, inwiefern *bankkonzerninterne Vergütungen*, d.h. Vergütungen, die zwischen verschiedenen Gesellschaften eines Bankkonzerns (genauer: einer Finanzgruppe gemäss Art. 3c Abs. 1 BankG) «up stream» oder «cross stream» entrichtet werden, in den Anwendungsbereich der Rechenschafts- und Ablieferungspflicht von Art. 400 Abs. 1 OR fallen. Daher muss angesichts des Fehlens von Präjudizien schweizerischer Gerichte und auch einer klar herrschenden Lehrmeinung für die Zwecke dieses Aufsatzes Art. 400 OR gemäss Art. 1 ZGB ausgelegt werden. Ziel der Auslegung ist dabei die Ermittlung des *objektiven Sinnes der Norm*, dies als Ausfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben im Schweizer Recht (Art. 2 ZGB)⁵. Dabei werden im Rahmen der Auslegung ausschliesslich die Auswirkungen der privat- und aufsichtsrechtlichen Normen des (Bank-)Konzernrechts auf die Anwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR bei (bank)konzerninternen Vergütungen untersucht; nicht Gegenstand dieses Aufsatzes sind hingegen die vom Bundesgericht ebenfalls (noch) nicht geklärten Fragen, welches der genaue Kreis der Zahlungen im Allgemeinen ist, die unter Art. 400 Abs. 1 OR fallen, sowie welche konkreten Anforderungen an einen expliziten Verzicht der Ablieferung von Retrozessionen gestellt werden⁶.

Im Folgenden wird – nach einer kurzen Darstellung der Lehrmeinungen⁷ zur Frage der Ablieferungspflicht von konzerninternen Zahlungen – in einem ersten Schritt der *Begriff des Dritten* in Art. 400 Abs. 1 OR ausgelegt⁸. Es darf davon aus-

gegangen werden, dass diesbezüglich keine Gesetzeslücke besteht, folglich nicht ein fehlender Begriff erarbeitet werden muss, sondern der bestehende objektive Sinn der Norm zu ermitteln ist. In einem zweiten Schritt wird zu erörtern sein, ob durch die konzerninternen Zahlungen der *Normzweck* von Art. 400 Abs. 1 OR überhaupt tangiert wird. Fraglich ist, ob es in einem (bank)konzernrechtlichen Verhältnis überhaupt zu einem Interessenkonflikt im Sinne von Art. 400 Abs. 1 OR kommen kann⁹. Verneint man einen Interessenkonflikt, fragt sich, inwieweit Art. 400 Abs. 1 OR zur Anwendung kommen soll. Drittens gilt es festzustellen, ob konzerninterne Zahlungen ebenfalls in den Anwendungsbereich von Art. 400 Abs. 1 OR fallen, wenn sie aus konzernspezifischen Gründen erfolgen¹⁰. Es fragt sich mithin, wieweit solche konzerninternen Zahlungen dann noch den erforderlichen *inneren Zusammenhang* zur Geschäftsführung für den Auftraggeber haben. Abschliessend ist zu erörtern, ob der Gesellschaft durch die gruppeninterne Zahlung überhaupt etwas *zugekommen* ist¹¹.

B. Stand der Lehre und Judikatur

Die Frage der Ablieferung von *konzerninternen* Zahlungen ist in der Judikatur – soweit ersichtlich – mit Ausnahme eines publizierten BGH-Urteils¹² noch nie und in der Literatur bis vor kurzem nicht behandelt worden.

WIEGAND/ZELLWEGE-GUTKNECHT weisen soweit ersichtlich als Erste überhaupt auf die Problematik hin, und zwar noch vor dem oben zitierten Bundesgerichtsentcheid, indem sie in einem allgemeinen Beitrag zur Vermögensverwaltung festhalten, dass Retrozessionen gemäss der Lehre generell abgeliefert werden müssen, die Praxis dem aber nicht immer zustimme¹³.

HSU bzw. Hsu/STUPP äusserten sich eher am Rande zur vorliegenden Fragestellung, beziehen jedoch klar Stellung dahingehend, dass Retrozessionen im Konzernverbund nicht abzuliefern sind¹⁴. Sie gehen insbesondere davon aus, dass es meist an dem für die Rechenschafts- und Ablieferungspflicht erforderlichen inneren Zusammenhang zur Geschäftsführung für den Kunden fehlt. Bei Retrozessionen innerhalb einer Gruppe sei eine konsolidierte Betrachtungsweise angezeigt und die Interessenkonfliktsproblematik zu relativieren. Es sollte keinen wesentlichen Un-

GLEN, Die adäquate Entschädigung des Vermögensverwalters unter besonderer Berücksichtigung der Anlagekosten im Verhältnis zur Anlageperformance, ZSR 2008 I, 41f. (zit. ABEGGLEN, ZSR).

4 SANDRO ABEGGLEN, «Retrozession» ist nicht gleich «Retrozession»: Zur Anwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR auf Entschädigungen, die an Banken geleistet werden, insbesondere im Fondsvertrieb, SZW 2007, 128 ff. (zit. ABEGGLEN, SZW).

5 BK-MEIER-HAYOZ, Art. 1 N 140.

6 Ausführlich dazu ABEGGLEN, SZW (FN 3), 125 sowie SANDRO ABEGGLEN, Der Verzicht auf Ablieferung von Retrozessionen - Einordnung und Anforderungen, recht 2007, 190 ff.

7 Vgl. unten B.

8 Vgl. unten C.

9 Vgl. unten D.

10 Vgl. unten E.

11 Vgl. unten F.

12 Dazu unten E.III.2. und E.IV.

13 WOLFGANG WIEGAND/CORINNE ZELLWEGE-GUTKNECHT, Privatrechtliche Probleme der Vermögensverwaltung, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Berner Bankrechtstag 2004, Band 11, Vermögensverwaltung und Nachlassplanung, Bern 2005, 44.

14 Hsu, Retrozessionen (FN 3), 77f. bzw. PETER CH. HSU/ERIC STUPP, Retrozessionen sind grundsätzlich dem Kunden abzuliefern, Besprechung des Urteils des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.432/2005 vom 22. März 2006, GesKR 2006, 202 ff., 207. (zit. Hsu/STUPP, Besprechung). Vgl. zu ihrer Argumentation auch nachfolgend, D.IV. und E.III.

terschied machen, ob verschiedene Abteilungen einer einzigen rechtlichen Einheit oder aber mehrere rechtliche Einheiten, zusammengefasst unter einheitlicher Leitung im Konzern oder in einer Gruppe und damit nur formell, nicht aber materiell «Dritte» beteiligt sind.

Auch NOBEL/STIRNIMANN¹⁵ halten klar dafür, dass konzerninterne Vergütungen nicht unter Art. 400 Abs. 1 OR fallen. Als Hauptbegründung wird auch hier angeführt, dass bei Zahlungen zwischen zwei Konzerngesellschaften nicht zwei juristisch fremde Personen beteiligt seien, sondern Teile einer unternehmerischen Einheit. Die Fremdheit wäre jedoch eine Voraussetzung für die Anwendung von Art. 400 Abs. 1 OR.

EMMENEGGER bejaht eine Herausgabepflicht von konzerninternen Vergütungen einerseits mit der Begründung, auch eine Konzerngesellschaft sei – formal betrachtet – Drittperson; andererseits führt sie aus, dass sich Interessenkonflikte im Konzernverbund eher noch verschärft stellen würden und daher aufgrund der Fremdnützigkeit des Auftrags eine Herausgabepflicht geboten sei¹⁶.

Eine der jüngsten Stellungnahmen stammt von CERUTTI. Er hält dezidiert dafür, dass gruppeninterne Vergütungen nicht ablieferungspflichtig seien, u.a. deshalb, weil der Konzern durch die gruppeninternen Zahlungen, mit der Sprache von BGE 132 III 460, «weder gewinne noch verliere», und weil es für den Kunden «keinen Unterschied [macht], ob ein Anlageprodukt aus einer Hand von seinem unmittelbaren Vertragspartner oder im Rahmen des dargelegten arbeitsteiligen Prozesses an anderer Stelle innerhalb des Konzerns entwickelt wird»¹⁷.

C. Auslegung von Art. 400 Abs. 1 OR bezüglich «Dritter»

I. Überblick

Als Erstes ist zu erörtern, wie sich ein Konzern definiert und wie er in der schweizerischen Praxis berücksichtigt wird. In einem weiteren Schritt ist zu untersuchen, wie die aus dieser Analyse resultierenden Wertungen des Konzerns spezifisch für die Interpretation des Begriffs des Dritten in Art. 400 Abs. 1 OR heranzuziehen sind, insbesondere, ob eine Konzerngesellschaft im Verhältnis zu einer anderen Konzerngesellschaft als Dritter im Sinne dieser Norm qualifiziert werden kann.

Bei einer systematischen Auslegung des Begriffs des Dritten müssen andere Bereiche der Rechtsordnung beigezogen werden, um daraus einen Schluss ziehen zu können, wie der Begriff des Dritten verstanden werden kann. Ausgangspunkt bil-

15 PETER NOBEL/ISABEL STIRNIMANN, Zur Behandlung von Entschädigungen im Vertrieb von Anlagefonds und strukturierten Produkten durch Banken, SZW 2007, 343 ff., 347.

16 SUSAN EMMENEGGER, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Susanne Emmenegger (Hrsg.), Anlagerecht, Basel 2007, 59 ff., 73 f. (zit. EMMENEGGER, Anlagekosten).

17 ROMEO CERUTTI, Rechtliche Aspekte der Vermögensverwaltung im Schweizer Universalbankensystem, ZSR 2008 I, 69 ff., 92 (zit. CERUTTI, ZSR).

det nachfolgend das Aktienrecht, welches durch das für Bankkonzerne relevante Bankaufsichtsrecht ergänzt wird.

II. Entwicklungsstand des Schweizerischen Konzernrechts

Der Konzern ist ein Phänomen der Praxis und durch das geltende Schweizer Recht, insbesondere das Privat- und Gesellschaftsrecht, nur punktuell erfasst und geregelt¹⁸. Entsprechend herrscht begrifflich keine vollständige Klarheit und es bestehen je nach Rechtsgebiet und Kontext unterschiedliche Definitionen¹⁹. In der Literatur wird der Konzern mit schillernden Begriffen zu erfassen versucht: Von FORSTMOSER als «Quadratur des Zirkels»²⁰ bezeichnet, greift DRUEY zum «Paradoxon»²¹, während BÖCKLI ein «Inventar von Widersprüchen»²² sieht.

Die Rechtslage in der Schweiz ist mit derjenigen der meisten europäischen Länder vergleichbar. Über ein systematisch kodifiziertes Konzernrecht verfügen einzig Deutschland und teilweise auch Italien sowie Portugal. Die übrigen EU-Mitgliedstaaten verfügen lediglich über gesetzliche Einzelregelungen sowie durchwegs über Kodifikationen des Bank- und Versicherungskonzern-Aufsichtsrechts. Hinzu kommt in vielen Mitgliedstaaten eine reiche Judikatur.

Zur Schaffung eines umfassenden Konzernrechts wird es in der Schweiz auch in absehbarer Zeit kaum kommen. Der Bericht der Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht» von 1993 äussert Bedenken gegenüber der Schaffung eines formellen Konzernrechts²³. Auch der Entwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungs-

18 PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ, Schweizerisches Gesellschaftsrecht: mit neuem Recht der GmbH, der Revision und der kollektiven Kapitalanlagen, 10. Aufl., Bern 2007, § 24 N 38 ff. (zit. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Gesellschaftsrecht); PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich 2004, § 11 N 1 ff. (zit. BÖCKLI, Aktienrecht); JEAN NICOLAS DRUEY/ALEXANDER VOGEL, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, 4 ff. (zit. DRUEY/VOGEL, Praxis); LUKAS HANDSCHIN, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994, 27 ff.

19 Vgl. dazu die grundlegende Darstellung bei ROLAND VON BÜREN in: Schweizerisches Privatrecht, Roland von Büren (Hrsg.), Achter Band, Handelsrecht, Sechster Teilband, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2005, 5 ff. (zit. VON BÜREN, Konzern), die die zahlreichen, zum Teil widersprüchlichen Definitionen und Begriffe des Konzerns aus den verschiedensten Erlassen wie dem OR, KG, BEHG, DBG, StHG etc. nennt.

20 PETER FORSTMOSER, Haftung im Konzern, in: Charlotte Baer (Hrsg.), Vom Gesellschaftsrecht zum Konzernrecht, St. Gallen 2000, 115 ff., 139 (zit. FORSTMOSER, Haftung im Konzern).

21 JEAN NICOLAS DRUEY, Die drei Paradoxe des Konzernrechts, in: Roland von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992-1997, Versuch einer Bilanz: Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, 75 ff.

22 BÖCKLI, Aktienrecht (FN 18), § 11 N 16.

23 Der Bericht äussert sich dahingehend, dass zu den Wesensmerkmalen grösserer Konzerne regelmässig internationale Strukturen gehören; folglich sollte das Konzernrecht auch internationalrechtlich geregelt werden. Eine autonome schweizerische Regelung würde nur die Gefahr von Standortnachteilen heraufbeschwören. Hingegen erscheint der Groupe de réflexion eine punktuelle Regelung konzernrechtlicher Bereiche empfehlenswert, Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht», Schlussbericht vom 24. September 1993, 77 f.

legungsrechts im Obligationenrecht vom 21. Dezember 2007 befasst sich vor allen Dingen mit der Konzernrechnung. Er übernimmt mit wenigen inhaltlichen Änderungen die Bestimmungen aus dem geltenden Aktienrecht (Art. 663e ff. OR, neu: Art. 963, 963a und b E-OR)²⁴.

Trotz dieser eher spärlichen Wurzeln bzw. des Fehlens eines systematisch kodifizierten Konzernrechts ist in der Schweiz – ähnlich wie in den meisten ausländischen Rechtsordnungen – durch Lehre und Praxis ein Konzernrecht geschaffen worden.

III. Der Konzern im Aktienrecht

1. Überblick

Zunächst sollen diejenigen Tatbestände des Aktienrechts untersucht werden, welche im Sinne einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise den Konzern auch rechtlich als eine Einheit behandeln, das heisst folglich ein «Dritter» nicht eine konzern-eigene Gesellschaft sein kann. In einem zweiten Schritt wird dann zu untersuchen sein, ob die sich ergebenden Schlussfolgerungen auch für Art. 400 Abs. 1 OR eine solche Auslegung des Begriffs des Dritten nahelegen.

2. Konzernatbestand: Einheitliche Leitung

Die gesetzliche Definition des Konzerns findet sich in den aktienrechtlichen Bestimmungen zur Rechnungslegung in Art. 663e Abs. 1 OR:

«Fast die Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammen (Konzern), so erstellt sie eine konsolidierte Jahresrechnung (Konzernrechnung).»

Die Tatbestandsmerkmale eines Aktienrechtskonzerns sind demnach die zwei folgenden²⁵:

- Zusammenfassen²⁶ mehrerer juristisch selbständiger Gesellschaften;
- unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung.

24 Entwurf und Botschaft zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 21. Dezember 2007.

25 Statt vieler: PETER FORSTMOSER, Horizontale Integration im Konzern, in: Schweizer/Burkert/Gasser (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, 383 ff., 385 f. (zit. FORSTMOSER, Horizontale Integration); PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001, 14 N 10 ff. (zit. KUNZ, Minderheitenschutz).

26 Die Zusammenfassung, bzw. die Beherrschung der abhängigen Gesellschaften kann auf verschiedene Art erreicht werden. Es stehen dafür grob gesagt die folgenden Möglichkeiten zur Verfügung: Beherrschung durch eine Mehrheitsbeteiligung, durch Stimmenmehrheit im Verwaltungsrat, oder Vormachtstellung in der Geschäftsleitung oder eine Beherrschung mittels vertraglicher Regelung. Vgl. dazu VON BÜREN, Konzern (FN 19), 77, sowie eingehend zu den personellen Möglichkeiten FORSTMOSER, Horizontale Integration (FN 25), 388 ff.

In der Lehre herrscht Einigkeit darüber, dass von einer «einheitlichen wirtschaftlichen Leitung» nur dann ausgegangen werden kann, wenn diese *tatsächlich* durchgesetzt wird (Faktizitätsprinzip)²⁷. Unklar ist allerdings, welches Ausmass die einheitliche wirtschaftliche Leitung erreichen muss²⁸. Die geforderte Leitungseinheit wird in der Regel als unternehmerische, finanzielle Leitungseinheit verstanden. Da der Einsatz der zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel im Zentrum der Konzernstrategie steht und damit Teil der vom Gesetz geforderten wirtschaftlichen Leitung bildet, gehört der Entscheid darüber zu den zentralen Funktionen der Konzernleitung²⁹.

Obwohl das Schweizer Aktienrecht ein Konzernrecht nur in beschränktem Umfang kennt, anerkennt es den Konzern mit der Bestimmung von Art. 663e OR und einzelnen wichtigen anderen Normierungen, die nachfolgend dargestellt werden.

3. Rechtsfolgen des Konzernatbestandes

Im Folgenden sollen in einer kurzen Übersicht die wichtigsten rechtlichen Konsequenzen einer Qualifikation als Konzern im Gesellschaftsrecht zusammengefasst werden³⁰. Ein besonderes Augenmerk ist dabei natürlich auf diejenigen Folgen zu werfen, welche der *wirtschaftlichen, finanziellen Einheit* des Konzerns besonders Rechnung tragen.

a) Konsolidierte Rechnungslegung

Werden mehrere Aktiengesellschaften im Sinne von Art. 663e Abs. 1 OR als Konzern qualifiziert, so muss eine *konsolidierte Jahresrechnung* erstellt werden³¹. Weil der Konzern finanziell eine Einheit darstellt, soll er im Rahmen der Rechnungslegung auch zahlenmässig als Einheit erfasst werden, um die Transparenz für den Aktionär und Investor zu verbessern³². Zu diesem Zweck werden alle *konzerninternen Transaktionen eliminiert*, folglich Aktiven nur einmal ausgewiesen und Gewin-

27 KUNZ, Minderheitenschutz (FN 25), § 14 N 14 ff., FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Gesellschaftsrecht (FN 18), § 24 N 36; BÖCKLI, Aktienrecht (FN 18), § 9 N 22 ff. Dies anders als im Bankaufsichtsrecht, wo bereits eine blosser Möglichkeit der Kontrolle zur Konzernbildung ausreicht (vgl. C.IV.3.). Der Entwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 21. Dezember 2007 beabsichtigt ebenfalls die Einführung des einfacheren zu handhabenden Control-Prinzips (Art. 963 E-OR).

28 VON BÜREN, Konzern (FN 19), 82.

29 VON BÜREN, Konzern (FN 19), 56.

30 Der Vollständigkeit halber sei hier auf die weiteren Konsequenzen des Konzernatbestandes hingewiesen: Kennzeichnungspflicht für die finanziellen Beziehungen der Konzerngesellschaften untereinander (Art. 663a Abs. 4 OR und Art. 663b Ziff. 7 und 10 OR), Pflicht zur Bekanntgabe der Beteiligungsverhältnisse (Art. 663c OR), Vorschriften betreffend den Erwerb eigener Aktien auch für konzernverbundene Gesellschaften (Art. 659b OR) sowie betreffend das bedingte Kapital (Art. 653 I OR), sog. Holdingprivilegien (Art. 671 Abs. 4 OR), Unabhängigkeit der Revisionsstelle vom ganzen Konzern (Art. 728 Abs. 6 OR) sowie verschiedene, wichtige Sonderregelungen im Börsenrecht.

31 Wovon kleinere Gesellschaften und Subkonzerne dispensiert sind, wenn sie gewisse Richtwerte nicht erreichen und nicht börsenkotiert sind (Art. 663e Abs. 2 und Abs. 3 OR).

32 BGE 132 III 77.

ne, welche nur durch konzerninterne Transaktionen entstanden sind, gelöscht. Diese Vorgänge umschreibt das Bundesgericht in einem aktuellen Entscheid wie folgt: Die «Rechnung wird also aufgestellt, wie wenn die Obergesellschaft und die Untergesellschaft nicht nur wirtschaftlich, sondern *auch rechtlich* eine Einheit bilden würden»³³. Diese Einheit ist gemäss Bundesgericht allerdings fiktiv; welche Folgen diese *fiktive Einheit* im Allgemeinen haben soll, lässt das Bundesgericht leider offen.

Die konsolidierte Jahresrechnung, deren Einführung als wichtigster Einzelschritt in der Entwicklung des Konzernrechts angesehen werden darf, ist heute im wirtschaftlichen Alltag von überragender Bedeutung und ist das massgebliche Instrument zur Beurteilung eines Unternehmens.

b) Finanzielle Einheit des Konzerns

Der Konzern stellt primär eine finanzielle Einheit dar. Im Sinne von *kommunizierenden Gefässen* wird bei konzerninternen Transaktionen das Vermögen des Konzerns lediglich umgeschichtet. Eine solche Umschichtung zwischen Konzerngesellschaften bewirkt keinen Vermögensabfluss, sondern erhöht den Wert einer Tochtergesellschaft und damit im Endeffekt den Wert der betreffenden Beteiligung der Mutter im selben Umfang³⁴. Das Volumen des dem Konzern insgesamt zur Verfügung stehenden Kapitals verändert sich mit konzerninternen Finanztransaktionen nicht, da jeder konzerninternen Kapitalzufügung ein entsprechender Kapitalabfluss gegenübersteht und jede Erfolgsverlagerung auf eine Konzerngesellschaft durch einen korrespondierenden Aufwandsposten bei der anderen Gesellschaft ausgeglichen wird³⁵.

Finanzielle Leitungseinheit beinhaltet unter anderem die Befugnis, über die Finanzen der Tochtergesellschaften zu verfügen. Insbesondere bei 100% beherrschten Gesellschaften, bei denen also keine Interessen von Minderheitsaktionären zu berücksichtigen sind, setzt diesem Vorgehen grundsätzlich einzig der Gläubigerschutz Grenzen. Ist der Schutz der Gläubiger aber garantiert, was bei einer mithaftenden Muttergesellschaft der Fall sein sollte, ist diese Befugnis umso weitreichender.

In der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Annäherung von der Einzelbetrachtung zur Behandlung des Konzerns als finanzielle Einheit auszumachen: In einem bankaufsichtsrechtlichen leading case in Sachen CS-Holding statuierte das Bundesgericht den Grundsatz des *faktischen Beistandszwanges* im Konzernver-

33 BGE 132 III 78.

34 ROLF WATTER, Gewinnverschiebungen bei Aktiengesellschaften im schweizerischen Handelsrecht, AJP 1996, 135 ff., 139 (zit. WATTER, Gewinnverschiebungen). Von BÖCKLI wird dieser Vorgang als Akkreszenzwirkung bezeichnet: PETER BÖCKLI, Die Transponierungstheorie. Überlegungen zur neueren Bundesgerichtspraxis bei Sachwertbringungen und zur «wirtschaftlichen» Betrachtungsweise, ASA 47 (1978), 31 ff., 38 f.; ferner: ARMAND P. RUBLI, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Zürich 2002, 64 (zit. RUBLI, Sanierungsmassnahmen).

35 RUBLI, Sanierungsmassnahmen (FN 34), 64.

bund³⁶. Konkret wurde aus diesem Grundsatz gefolgert, dass die aufsichtsrechtlichen erforderlichen Eigenmittel schon auf Stufe der Muttergesellschaft vorhanden sein müssen (inzwischen in Art. 12 BankV gesetzlich normiert). Der Bankkonzern wurde damit eindeutig schon damals als finanzielle Einheit behandelt.

Auch in einem seiner neuesten Entscheide (BGE 132 III 71) geht das Bundesgericht beim Konzern von einem finanziellen Ganzen aus. Es anerkennt darin aufgrund einer Gesamtbetrachtung des Konzerns ein weitgehendes Einsichts- und Auskunftsrecht des Aktionärs nach Art. 697 OR; dem Aktionär der Konzernobergesellschaft ist es dabei grundsätzlich erlaubt, Unterlagen über die Tochtergesellschaften einzusehen, sofern sie sich bei der Konzernobergesellschaft befinden³⁷. Weiter schreibt das Bundesgericht, dass «der Wert ihrer Beteiligung [der Klägerin als Aktionärin, Anm.] an der Beklagten [der Konzernobergesellschaft] von der finanziellen Situation des Gesamtunternehmens abhängt»³⁸.

Mit einer Vielzahl von konzernrechtlichen Fragen hatten sich die Zürcher Gerichte nach dem Zusammenbruch des Omni-Imperiums von Werner K. Rey zu befassen. Eine Zusammenfassung dieser Rechtsprechung findet sich in ZR 98 (1999) Nr. 52, worin die wechselseitigen Wirkungen, welche sich innerhalb eines Konzerns ergeben können, ausführlich erörtert werden. Unter anderem wird festgehalten, «dass ein Geschäft isoliert betrachtet für eine Konzerngesellschaft zwar nachteilig erscheint, die Vorteile der Konzernzugehörigkeit aber so gross sind, dass die Nachteile des konkreten Geschäfts im Interesse des Weiterbestandes des Konzerns gerechtfertigt erscheinen (DRUEY, a.a.O., 313)»³⁹. Dazu ist auszuführen, dass aufgrund der engen wirtschaftlichen Verflechtungen im Konzern finanzielle Schwierigkeiten einzelner Konzerngesellschaften oft Auswirkungen auf die übrigen haben. Die Sanierung notleidender Konzerngesellschaften mit konzernerneigenen Mitteln ist in der Praxis häufig und teilweise sogar zwingend⁴⁰. Solche finanziellen Leistungen sind aber nur unter den Voraussetzungen zulässig, dass sie sowohl vom Endzweck der Gesellschaften als auch vom statutarischen Zweck der leistenden Gesellschaft gedeckt sind und selbstverständlich immer nur im Bereich der verfügbaren Mittel (Art. 680 Abs. 2 OR) erfolgen.

Werden einzelne Rechtsgeschäfte zwischen Konzerngesellschaften nicht zu denselben Konditionen abgeschlossen wie am Markt, also nicht «*at arm's length*», kann eine verdeckte Kapitaleinlage oder eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegen, welche aber in den Schranken von Art. 680 Abs. 2 OR und allenfalls Art. 678 Abs. 2 OR grundsätzlich zulässig sind⁴¹. Zahlungen zwischen Konzerngesellschaften, welche formell als Vergütungen ausgewiesen werden, tatsächlich aber allenfalls einen anderen Zweck verfolgen, sind daher grundsätzlich unproblematisch.

36 BGE 116 Ib 338, vgl. dazu unten C.IV.3.

37 BGE 132 III 75.

38 BGE 132 III 78.

39 ZR 98 (1999) Nr. 52, 249. Vgl. zur darin angesprochenen «Saldobetrachtung» auch unten C.V.2.b.

40 Man kann dabei von einer sog. Sound Business Decision sprechen. Vgl. zu diesem Thema FORSTMOSER, Haftung im Konzern (FN 20), 115.

41 VON BÜREN, Konzern (FN 19), 168.

matisch, solange die grundlegenden Kapitalschutzbestimmungen nicht verletzt werden.

Zusammengefasst kann folglich gesagt werden, dass der Konzern nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich in vielerlei Hinsicht als *finanzielle* Einheit behandelt wird.

c) Haftung im Konzern

Einzugehen ist im Folgenden auf diejenigen Möglichkeiten einer Haftung, bei welchen die einzelgesellschaftlichen Grenzen aufgelöst werden und der Konzern als Einheit betrachtet wird und aus dieser Einheit einer Haftung für andere Konzerngesellschaften ausgesetzt wird⁴².

Aus dem Konzernparadox ergeben sich für die Frage der Haftung im Konzern eine Reihe von Folgerungen, aber auch von offenen Fragen. Tatsache ist, dass die Konzerngesellschaften grundsätzlich ihren *Gläubigern* wie auch allfälligen *Minderheitsaktionären* gleich haften wie eine einzelne, selbständige Gesellschaft. Unklar ist allerdings, inwieweit die Organe der Untergesellschaften dem Konzerninteresse Rechnung tragen dürfen oder sogar müssen, ohne dass sie sich dadurch einer Haftung aussetzen. Für die Konzernmuttergesellschaft ist dagegen nicht gänzlich geklärt, ob sie in die Geschicke der Tochtergesellschaft eingreifen kann oder gar muss und welche Folgen dies auf eine Haftung ihrer selbst hat. In vielen Fällen wird der Konzernrealität dadurch Rechnung getragen, dass die Muttergesellschaft bereits vertraglich in die Verbindlichkeiten der Untergesellschaften eingebunden wird.

Ein Konzern wird in der Öffentlichkeit als Einheit wahrgenommen. Dieses dem Gläubiger und mitunter auch Bankkunden vermittelte Bild eines *einheitlichen Konzernauftritts* kann unter gewissen Bedingungen rechtlichen Schutz geniessen. Trotz Fehlens einer vertraglichen oder deliktischen Haftungsgrundlage entsteht eine Haftung der Muttergesellschaft, falls sie durch ihr Verhalten bestimmte Erwartungen in ihre Konzernverantwortung erweckt, diese später aber in treuwidriger Weise enttäuscht⁴³. Allerdings ist unbestritten, dass das blosse Bestehen einer Konzernverbindung noch keine Haftung begründet. Voraussetzung ist eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben, indem das herrschende Unternehmen durch zusätzliche Elemente ein entsprechendes Vertrauen hervorruft, und damit eine Sonderverbindung begründet, das Vertrauen sodann aber in treuwidriger Weise enttäuscht⁴⁴.

Trotz der grundsätzlichen Beibehaltung der einzelgesellschaftlichen Grenzen kann folglich gesagt werden, dass Rechtsprechung und Lehre dem Konzern auch haftungsrechtlich Rechnung tragen, indem die einheitliche Erscheinung eines Kon-

zerns als «Gesamtunternehmung» unter gewissen Voraussetzungen Haftungsfolgen zeitigt.

d) Problem der einheitlichen Leitung

Das Schweizer Recht führt bei der Behandlung von Konzernen z.T. zu einer merkwürdig widersprüchlichen Behandlung, so auch was die einheitliche Leitung betrifft. Einerseits impliziert die Anerkennung des Konzerns in Art. 663e Abs. 1 OR ein legitimes *Konzerninteresse*, da nur so sichergestellt werden kann, dass die wirtschaftliche Einheit erreicht wird, in der die einzelnen Gesellschaften in ihrer Willensbildung insbesondere im Finanzbereich beeinflusst werden können⁴⁵. Andererseits stehen dem zwingende Rechtsnormen des Aktienrechts entgegen: Zum einen Art. 716a Abs. 1 OR, welcher die unentziehbaren und unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates auch für Konzerngesellschaften grundsätzlich uneingeschränkt gelten lässt; sowie Art. 717 OR, nach welchem die Organe die Interessen der *eigenen* und nur der eigenen Gesellschaft in guten Treuen verfolgen müssen. Die Organe des abhängigen Unternehmens haben zwischen dem eigenen *Gesellschaftsinteresse* und dem Konzerninteresse stets eine Interessenabwägung vorzunehmen, wollen sie nicht aus Art. 754 OR verantwortlich werden. Die Widersprüche sind also vorprogrammiert – die Praxis hat sich damit arrangiert⁴⁶.

Fest steht allerdings, dass kraft der vielfältigen Interdependenzen im Konzerngefüge, die Einzelinteressen sich automatisch mehr oder weniger untereinander sowie dem Konzerninteresse angleichen (sog. *Phänomen der Interessenskonvergenz*)⁴⁷. Je integrierter eine Gesellschaft im Konzern folglich ist und je vielfältiger und intensiver die Verbindungen zu den anderen ausgestaltet sind, desto eher verlagern sich ihre Interessen zu denen des ganzen Konzerns.

Aus der Praxis sind insbesondere die folgenden Entscheide zu erwähnen, welche beide ganz selbstverständlich von einem rechtmässigen Konzerninteresse ausgehen, jedoch auch die schwierige Situation für die Organe klarmachen: In den Entscheiden zum *Omni-Imperium* wurde festgehalten, dass das Konzerninteresse grundsätzlich sogar als übergeordnetes Unternehmensinteresse angesehen werden kann⁴⁸. Ferner anerkannte das Bundesgericht in BGE 122 IV 103 (Von Roll) die einheitliche Leitung, diesmal im Zusammenhang mit einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit⁴⁹. In BGE 130 III 213 anerkannte das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Treuepflicht eines Arbeitnehmers einer Tochtergesellschaft, welcher zugleich auch Organ der Gesellschaft war, dass für den Arbeitnehmer eine erweiterte Treuepflicht zugunsten anderer Konzerngesellschaften bestehen könne, folglich also ein rechtmässig zu verfolgendes Konzerninteresse existiere. Herrschende

42 Ausgelassen werden damit Ausführungen zur Haftung der Konzernobergesellschaft aufgrund der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR, aufgrund eines Durchgriffs, einer Hilfspersonenhaftung oder einer Haftung für unerlaubte Handlungen der Organe. Dazu weitergehend anstatt vieler: FORSTMOSER, Haftung im Konzern (FN 20), 99 ff.

43 BGE 120 II 331 (Swissair), diese Rechtsprechung präzisierend BGE 124 III 297 (Motor Columbus); vgl. zum Konzernvertrauen ausführlicher DRUEY/VOGEL, Praxis (FN 18), 119 ff.

44 BGE 124 III 303.

45 Vgl. schon WALTER R. SCHLUEP, Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation, ZSR 1973 II, 284 ff., 284.

46 Vgl. zu den Möglichkeiten FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Gesellschaftsrecht (FN 18), § 24 N 48 f.

47 FORSTMOSER, Horizontale Integration (FN 25), 391.

48 ZR 98 (1999) Nr. 52, 248.

49 BGE 122 IV 127.

Lehre ist in diesem Zusammenhang wohl die Theorie des «doppelten Pflichtenexus»: Eine Pflichtverletzung des Organs soll dann vorliegen, wenn bei Kollisionen zwischen dem Interesse der eigenen Gesellschaft und dem Interesse des Konzerns oder der Konzernobergesellschaft nicht demjenigen der eigenen Gesellschaft der Vorrang gegeben wird. Im Rahmen von Ermessensentscheiden darf das Konzerninteresse aber durchaus verfolgt werden⁵⁰.

Weiter bejahte das Bundesgericht in BGE 128 III 92 unter Berücksichtigung der konzernrechtlichen Einheit die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der Obergesellschaft als faktisches Organ bei der Tochtergesellschaft⁵¹. Eine solche Schlussfolgerung für die Organhaftung konnte das Bundesgericht nur durch Anerkennung einer Konzernleitungspflicht ziehen⁵². Zu beachten ist hierbei, dass von Bundesgerichtsentscheiden aus dem Bereich des Steuerrechts, welches sich in vielerlei Hinsicht speziell gestaltet, nicht grundlegend auf das Privatrecht geschlossen werden darf. Dieser Entscheid betrifft allerdings die leicht differenzierte Frage nach einer Konzernleitungspflicht der Konzernmuttergesellschaft. Gemäss der Rechtsprechung hat der Verwaltungsrat der leitenden Konzernobergesellschaft bei der Konzernleitung die Interessen *aller* Gesellschaften gleichmässig zu wahren und seine Aufgabe mit der erforderlichen Sorgfalt in guten Treuen auszuführen⁵³.

Sowohl dem Konzerninteresse als auch der Konzernleitungspflicht sind aber im Rahmen der Rechtsordnung – abgesehen von Art. 716a OR und Art. 717 OR – ganz grundsätzliche Schranken gesetzt: Die Grenze liegt nämlich dort, wo die Tochtergesellschaft den Status eines selbständigen Unternehmensträgers verliert, mithin nicht mehr mit genügend Eigenkapital ausgestattet wird, um ihren Geschäftsbetrieb aufrecht erhalten zu können. Zudem haben die zwingenden gesetzlichen Bestimmungen, die das Gesetz zum Schutz von Gläubigern und Minderheitsaktionären des abhängigen Unternehmens aufstellt, natürlich auch im Konzernverhältnis ihre Geltung.

Für die Zwecke der vorliegenden Darstellung kann jedenfalls festgehalten werden, dass die Konzernrealität in diesem Bereich zu einem Wertungswiderspruch führt, welcher letztlich nur durch den Gesetzgeber befriedigend gelöst werden kann. Für die vorliegende Fragestellung wichtig ist allerdings, dass sowohl in Lehre als auch in (höchstrichterlicher) Praxis das Konzerninteresse als legitime Zweckverfolgung gilt, solange damit die Interessen der betreffenden Gesellschaft gewahrt werden und der Gläubigerschutz aufrechterhalten wird.

4. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass das Aktienrecht den Konzern teils – der wirtschaftlichen Realität entsprechend – als Einheit behandelt, teils aber

50 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Gesellschaftsrecht (FN 18), § 24 N 51.

51 BGE 128 III 93 ff.

52 BGE 128 III 94.

53 ZR 98 (1999) Nr. 52, 243. In der Lehre wird die Frage nach einer Konzernleitungspflicht kontrovers diskutiert, vgl. zu weiteren Hinweisen FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Gesellschaftsrecht (FN 18), § 24 N 54.

auch auf die formelle rechtliche Unabhängigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften abstellt. Es zeigt sich, dass das Schweizer Konzernrecht letztlich zu einem dogmatisch nicht lösbaren Paradox führt. Im praktischen Alltag ist diese Kontroverse allerdings zu relativieren, da sie sich teilweise durch gesellschaftsrechtliche oder schuldvertragliche Massnahmen neutralisieren lässt und die Kontroverse für die direkt getätigten Rechtsgeschäfte meistens keine Konsequenzen hat. Zudem vermindert sich diese Problematik entscheidend, wenn es um eine zu 100% beherrschte Tochtergesellschaft geht.

Abschliessend bleibt die Frage jedoch offen, unter welchen Voraussetzungen die Konzernobergesellschaft rechtmässig in die Geschicke der Tochtergesellschaft eingreifen und dabei das Konzerninteresse dem Interesse der Einzelgesellschaft voranstellen darf. Eine Beantwortung dieser Frage wäre m.E. wünschenswert und letztlich Sache des Gesetzgebers.

Grundsätzlich ist bis dahin von Fall zu Fall zu entscheiden, inwiefern den Wirkungen der einheitlichen Leitung Rechnung getragen werden soll und damit die Konzernrealität anzuerkennen ist. Die Rechtsordnung bleibt in vielen Bereichen bei der einzelgesellschaftlichen Betrachtungsweise: Absolut zwingend sind in jeder Situation etwa der Schutz der Minderheitsaktionäre und der Gläubiger.

Für die Auslegung des Begriffs des Dritten in Art. 400 Abs. 1 OR ist aber m.E. davon auszugehen, dass die konzernrechtliche finanzielle Einheit berücksichtigt werden kann. Gerade aus der Tatsache, dass es sich beim Konzern um eine finanzielle Einheit handelt, bei der sich konzerninterne Transaktionen grundsätzlich auf das Vermögen des ganzen Konzerns nicht auswirken, wird offensichtlich, dass es sich bei einem Dritten im Sinne von Art. 400 Abs. 1 OR nur um eine Person handeln kann, die durch die Vergütungszahlung eine Vermehrung des Vermögens des Beauftragten bewirken kann. Allerdings wird damit der Bogen zum *Normzweck* von Art. 400 Abs. 1 OR geschlagen; eine Berufung auf die finanzielle Einheit des Konzerns alleine ist m.E. nicht möglich. Berufet man sich hingegen auf eine *wirtschaftliche Betrachtungsweise* des Begriffs des Dritten, wird aus den obigen Ausführungen zum Konzern im Aktienrecht klar, dass eine Konzerngesellschaft im hier behandelten Zusammenhang kein Dritter im Sinne von Art. 400 Abs. 1 OR sein kann.

IV. Der Konzern im Bank- und Börsenrecht

1. Überblick

Vorliegend wird die Rechtslage im Hinblick auf einen *Bankkonzern* behandelt⁵⁴. Wie nachfolgend gezeigt wird, wird ein Bankkonzern in aufsichtsrechtlicher Sicht sehr stark als Einheit behandelt, auch und gerade mit Bezug auf seine Aussenwir-

54 Mit dem Bankkonzern befasst sich eingehend SUSAN EMMENEGGER, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe: Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmung zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht, Bern 2004, 308 ff.

kung. Diese gesetzgeberische Wertung wird bei der Auslegung von Art. 400 Abs. 1 OR zu berücksichtigen sein.

2. Begriffliche Ausgangslage

Mit der Revision des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 17. Dezember 2004 wurde die Finanzgruppen- und Konglomeratsaufsicht kodifiziert. Im BankG ist dabei Art. 3b BankG die Ausgangsnorm:

«Ist eine Bank Teil einer Finanzgruppe oder eines Finanzkonglomerats, so kann die Bankkommission ihre Bewilligung vom Bestehen einer angemessenen konsolidierten Aufsicht durch die Finanzmarktaufsichtsbehörde abhängig machen.»

Die neuen Bestimmungen sprechen nicht mehr wie die frühere Praxis der EBK vom «Bankkonzern», sondern neu von Finanzgruppe bzw. bank- und effektenhandelsdominiertem Finanzkonglomerat, ohne damit indessen etwas anderes zu meinen, als was bislang mit Bank- oder Finanzkonzern bezeichnet wurde.

Als «Finanzgruppe» gelten gemäss Art. 3c Abs. 1 BankG zwei oder mehrere Unternehmen, wenn mindestens eines als Bank oder Effektenhändler tätig ist, sie hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind und sie eine wirtschaftliche Einheit bilden oder aufgrund anderer Umstände anzunehmen ist, dass eine oder mehrere der Einzelaufsicht unterstehende Unternehmen rechtlich verpflichtet oder faktisch gezwungen sind, Gruppengesellschaften beizustehen.

Als «bank- oder effektenhandelsdominiertes Finanzkonglomerat» gilt gemäss Art. 3c Abs. 2 BankG eine Finanzgruppe, die hauptsächlich im Bank- oder Effektenhandelsbereich tätig ist und zu der mindestens ein Versicherungsunternehmen von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung gehört⁵⁵.

3. Massgeblichkeit einer Vertrauensschutzüberlegung für die aufsichtsrechtliche Definition des Bankkonzerns

Die alternativen Tatbestandsvoraussetzungen einer Finanzgruppe gemäss Art. 3c Abs. 1 BankG, wirtschaftliche Einheit und Beistandszwang, werden in Art. 12 BankV konkretisiert. Von einer *wirtschaftlichen Einheit* ist auszugehen, wenn:

«[...] das eine direkt oder indirekt mit mehr als der Hälfte der Stimmen oder des Kapitals am anderen beteiligt ist oder dieses auf andere Weise beherrscht.»

Daraus folgt, dass im Rahmen des bank- und börsenrechtlich relevanten Konzernrechts im Unterschied zum Aktienrecht nicht auf das Faktizitätsprinzip abgestellt wird, sondern das *Control-Prinzip* herangezogen wird. Auf die nachweisliche Durchsetzung einer einheitlichen wirtschaftlichen Leitung wird demnach verzichtet⁵⁶.

Der (*rechtliche oder faktische*) *Beistandszwang* ist gemäss Art. 12 Abs. 2 BankV

zum einen anzunehmen, wenn eine *wirtschaftliche Einheit* gemäss Art. 12 Abs. 1 BankV vorliegt; zum andern kann er sich aus Folgendem ergeben:

- aus personellen oder finanziellen Verflechtungen;
- aus der Verwendung einer gemeinsamen Firma;
- aufgrund eines einheitlichen Marktauftritts; oder
- durch Patronatserklärungen.

Diese Regulierung geht zurück auf das Bundesgerichtsurteil in der Sache CS-Holding, in dem das Bundesgericht den faktischen Beistandszwang (übrigens ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage) als Argument heranzog, um die Konsolidierungspflicht auf atypische Bankkonzerne auszudehnen, an deren Spitze nicht eine Bank, sondern eine nicht beaufsichtigte Holdinggesellschaft steht⁵⁷. Die Konsolidierungspflicht traf in casu die eine Banktätigkeit ausübende Tochtergesellschaft, weil für sie eben eine faktische Beistandspflicht gegenüber den anderen Konzerngesellschaften bestehe, auch wenn sie nicht an der Konzernspitze stand. Dieser Standard fand dann Eingang im alten Art. 13a Abs. 1 BankV, der den Gehalt des neuen, geltenden Art. 12 BankV vorwegnahm. Das Bundesgericht begründete sein rechtsschöpferisches Urteil u.a. damit, der Bankkonzern werde «stärker als der Industrie- oder Handelskonzern als Einheit wahrgenommen»⁵⁸, mithin mit einer *Vertrauensschutzüberlegung*⁵⁹.

4. Fazit

Im Bank- und Versicherungsbereich wird das *Bestehen eines Konzerns eher angenommen als in anderen Industrien*. So reichen für eine konsolidierte Betrachtungsweise bzw. die Annahme eines Bankkonzerns gemäss Bankaufsichtsrecht Sachverhalte aus, die im Rahmen von Art. 663e OR keine hinreichenden Elemente darstellen würden⁶⁰. Vor allem aber entscheidend im vorliegenden Zusammenhang ist, dass der Schutz des Vertrauens des Publikums in das Bestehen der wirtschaftlichen Einheit und des Beistandszwangs der Gruppengesellschaften der zentrale Grund für die aufsichtsrechtliche Qualifikation als (früher) Bankkonzern bzw. heute als Finanzgruppe ist.

So wie diese Wertung auf andere privatrechtliche Fragen im Bankkonzern einen bestimmenden Einfluss hat, etwa auf die Wissenszurechnung⁶¹, so muss sie auch bei der systematischen Auslegung von Art. 400 Abs. 1 OR berücksichtigt werden. Es ist somit davon auszugehen, dass der Kunde einer konzernierten Bank diese

57 BGE 116 Ib 331 ff.

58 BGE 116 Ib 337; vgl. auch EBK-Bulletin 1991/21, 45.

59 SANDRO ABEGGLEN, Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen. Interessenkonflikte und Chinese Walls bei Banken und Wertpapierhäusern. Privatrecht und Finanzmarktrecht, Habil. Bern 2004, 328 (zit. ABEGGLEN, Wissenszurechnung und Interessenkonflikte).

60 Vgl. auch SANDRO ABEGGLEN, Wissenszurechnung im Konzern?, ZBJV 142 (2006), 1 ff., 23 f.

61 Mit ausführlicher Begründung ABEGGLEN, Wissenszurechnung und Interessenkonflikte (FN 59), 329 f.

55 Art. 14 BEHG verweist betreffend *Effektenhändler* auf die Bestimmungen des BankG über Finanzgruppen und Finanzkonglomerate.

56 Vgl. zum Faktizitätsprinzip im Aktienrecht, oben C.III.2.

und deren die Anlagen «produzierende» Tochtergesellschaften als eine Einheit wahrnimmt; dies insbesondere, wenn eine Bankgruppe weltweit unter einheitlicher Bezeichnung auftritt.

Dies spricht sehr stark für eine wirtschaftliche Interpretation des Begriffs des Dritten bei der Auslegung von Art. 400 Abs. 1 OR bzw. dagegen, dass gruppeninterne Vergütungen offenzulegen bzw. abzuliefern wären, und zwar unabhängig davon, ob diese *up stream* oder *cross stream* fliessen⁶².

V. Anwendung auf Art. 400 Abs. 1 OR

1. Überblick

Nachdem die einschlägigen Grundlagen zum schweizerischen (Bank-)Konzernrecht dargestellt worden sind, soll im Folgenden auf die Problematik der Vergütungen eingegangen werden. Dabei soll geprüft werden, ob aus der konsolidierten Betrachtungsweise des Konzerns positiv-rechtlich niedergelegte Wertungen fliessen, die gegen eine Ablieferung konzernintern entrichteter Zuwendungen sprechen.

2. Berücksichtigung aktienrechtlicher Wertungen

a) Konsolidierte Betrachtungsweise auch für Vergütungen

Der Umstand, dass der Beauftragte sowie der «Dritte» Teil ein und desselben Konzerns sind, muss bei der Auslegung von Art. 400 Abs. 1 OR, mithin bei der Bestimmung der Frage, ob eine (echte) Retrozession vorliegt, berücksichtigt werden. Im Rahmen der *systematischen Auslegung* ist zu verhindern, dass es innerhalb der Rechtsordnung zu unterschiedlichen Wertungen derselben Konstellation kommt⁶³.

Wie ausführlich erörtert, *wertet* das Aktienrecht unter einheitlicher Leitung verbundene Gesellschaften in verschiedener Hinsicht als ein Ganzes: So im Rahmen der Rechnungslegung, teilweise bei der Haftung sowie bei verschiedenen finanziellen Aspekten. Die einzelnen Gesellschaften werden dabei behandelt als wären sie Teil eines einzigen Rechtssubjektes. Art. 663e OR verlangt die Erstellung einer konsolidierten Jahresrechnung und daher die (rechnerische) Eliminierung sämtlicher konzerninternen Zahlungsvorgänge. Wenn interne Zahlungen aufgrund der konsolidierten Betrachtungsweise eliminiert werden müssen, muss es umgekehrt zulässig sein, gegenüber den Gläubigern geltend machen zu können, dass die Zahlungen zwischen den Konzerngesellschaften gar nicht erfolgt sind bzw. spätestens mit der Konzernrechnung wieder eliminiert werden. Der Konzern wäre also gleichsam als ein einziges Gefäss zu betrachten und die Zahlungen zwischen den

Gesellschaften lediglich als Verschiebungen innerhalb des gleichen Vermögens anzusehen.

All dies kann im Rahmen von Art. 400 Abs. 1 OR selbstverständlich nicht ignoriert werden. In casu hätte eine solche konsolidierte Betrachtung zur Folge, dass konzernintern vergütete Retrozessionszahlungen dem Beauftragten nicht von einem «Dritten» im Sinne des Gesetzes entrichtet werden, weil die konzerninterne Transaktion nicht zwischen zwei selbständigen Subjekten stattgefunden hat.

Allerdings wendet das Gesetz die konsolidierte Betrachtungsweise nur punktuell an, namentlich in finanziellen Belangen. Wie oben gezeigt wurde, verfügt das Konzernrecht auch über zahlreiche Mechanismen, die der *juristischen Selbständigkeit* der einzelnen Konzerngesellschaften Rechnung tragen: *Minderheiten- und Gläubigerschutz* kommen für jede einzelne Gesellschaft separat zur Anwendung. Des Weiteren muss wohl nach dem derzeit herrschenden Stand von Lehre und Praxis davon ausgegangen werden, dass das *Interesse der eigenen Gesellschaft*, will man vor einer Haftung sicher gehen, im Konfliktfall dem Konzerninteresse vorangeht.

Vor diesem Hintergrund kann deshalb nicht gesagt werden, es entspreche einer *grundlegenden* Wertenscheidung des Gesetzgebers, den Konzern, der keine umfassende rechtliche Regelung erfahren hat, im gesamten Privatrecht in jeder Hinsicht als Einheit zu behandeln. Die Rechtsprechung, insbesondere auch jene des Bundesgerichts, erweitert zwar den Aktionsradius des Konzerns⁶⁴, aber auch hier kann nicht von einer generellen Anerkennung des Konzerns als Rechtssubjekt über den einzelnen Gesellschaften gesprochen werden. Aus dem Umstand allein, dass eine Unternehmenszusammenfassung als Konzern im Sinne von Art. 663e Abs. 1 OR qualifiziert wird, lassen sich nicht beliebige Privilegien ableiten. Dies ist Aufgabe des Gesetzgebers.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die wertende Berücksichtigung der punktuell konsolidierten Betrachtungsweise des Konzerns durch das Aktienrecht *nicht gleichsam zwingend* und *allein* dazu führen kann, dass konzernintern erbrachte Vergütungen dem Kunden und Auftraggeber nicht abgeliefert werden müssen, weil sie als nicht von einem Dritten qualifiziert werden. Positiv ausgedrückt: Nur zusammen mit anderen Argumenten lässt die vor allem in finanziellen Belangen wichtige Einheitsbetrachtung m.E. den Schluss zu, dass konzerninterne Zahlungen nicht abzuliefern sind.

b) Saldobetrachtung?

Im Rahmen der theoretischen Grundlagen zum Konzernrecht wurde unter verschiedenen Aspekten ausgeführt, wie der Konzernratbestand für die zusammengefassten Gesellschaften nicht nur wirtschaftliche Vorteile, sondern auch rechtliche Nachteile mit sich bringt. Es fragt sich nun, ob geltend gemacht werden kann, dass die einheitliche Betrachtung des Konzerns deshalb auch dann gelten soll, wenn sich dies zugunsten des Konzerns auswirkt. Sollen im Sinne einer «Saldobetrach-

62 Natürlich immer unter dem generell und ohnehin stets gültigen Vorbehalt, dass durch die Auswahl der gruppeneigenen Produkte nicht Kundeninteressen benachteiligt werden.

63 PETER FORSTMOSER, Einführung in das Recht, unter Mitarbeit von Hans-Ueli Vogt, 3. Aufl., Bern 2003, § 19 N 16 ff., N 113 ff. (zit. FORSTMOSER, Einführung Recht).

64 Vgl. oben C.III.3.b. und C.III.3.d.

tung» Vor- und Nachteile der Einheitsbetrachtung eines Konzerns abgewogen werden können und vor allem kann sich ein Konzern darauf berufen⁶⁵?

Angesichts der überragenden Prinzipien von Gläubiger- und Aktionärsschutz in der Schweizer Rechtsordnung scheint diesem Argument eher wenig Erfolg beschieden. Viele der Tatbestände mit Einheitsbetrachtung ergeben sich aus dem Gläubigerschutz (Haftung im Konzern, faktischer Beistandszwang, regulatorische Pflichten) oder aus der Pflicht zur Transparenz für die Aktionäre bzw. Anleger (konsolidierte Jahresrechnung, teilweise regulatorische Pflichten). Angesichts dieser klaren Wertungen zugunsten der Gläubiger und zugunsten der Anleger, welche auch in vielen anderen Gesetzen Eingang gefunden haben⁶⁶, ist es fraglich, ob sich ein Konzern vorliegend darauf berufen kann, eine Rechenschafts- und Ablieferungspflicht bestände für konzerninterne Vergütungen einzig aus dem Grund nicht, weil der Konzern auch die Nachteile der finanziellen Einheit zu tragen hätte.

3. Berücksichtigung aufsichtsrechtlicher Wertungen

a) Einheitsbetrachtung als solche

Der Umstand, dass das Aufsichtsrecht den Bankkonzern als Einheit wahrnimmt und reguliert, könnte als Argument dafür verwendet werden, dass bei Vorliegen eines Bankkonzerns rechtlich generell eine Einheitsbetrachtung angezeigt wäre. Entsprechend könnte das gleiche Argument vorgebracht werden wie bereits im Rahmen der Einheitsbetrachtung des Aktienrechts⁶⁷: Soll der Bankkonzern zwar alle mit der Einheitsbetrachtung verbundenen Auflagen erfüllen müssen, sich *umgekehrt* aber nicht darauf berufen dürfen, als Einheit zu funktionieren und intern vergütete Vergütungen deshalb im Rahmen dieser Einheit erbracht zu haben?

Dem muss nebst den Vorbehalten, die bereits im Rahmen der aktienrechtlichen Erwägungen vorgebracht wurden, indessen Folgendes entgegen gehalten werden: Öffentliches Recht und Privatrecht stellen zwei verschiedene Teilrechtsordnungen dar. Die Einheitsbetrachtung im Rahmen des öffentlichen Rechts kann mithin wohl nicht ohne weiteres oder gar gleichsam im Sinne eines Automatismus bei der Anwendung von Art. 400 Abs. 1 OR in das Privatrecht übernommen werden.

Dies heisst aber nicht, dass aus den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des BankG und des BEHG für die Frage der Rechenschafts- und Ablieferungspflicht von Vergütungen gemäss Art. 400 Abs. 1 OR nichts gewonnen werden kann. Im schweizerischen Finanzmarktrecht wirken öffentlichrechtliche und privatrechtliche Normen meist wechselseitig aufeinander ein⁶⁸. Dabei ist anerkannt, dass das öf-

65 Ähnlich wie dies auch für die einzelne Konzerngesellschaft im Innenverhältnis gelten soll: FORSTMOSER, Horizontale Integration (FN 25), 388, sowie auch ZR 98 (1999) Nr. 52, 242.

66 So z.B. in vielen Bestimmungen des OR wie auch im SchKG, in der Bankgesetzgebung sowie im Börsenrecht etc.

67 Vgl. oben C.V.2.a.

68 Speziell zur Frage der Wirkung des öffentlichen Bankrechts auf das Aktienrecht, EMMENEGGER, Anlagekosten (FN 16), 121 ff.; zum Verhältnis zwischen öffentlichem und privatem

fentliche Recht bei der Auslegung der privatrechtlichen Normen als Massstab herangezogen und zu deren Konkretisierung verwendet werden kann. Ferner entspricht es einem grundsätzlichen Anliegen, Teilrechtsordnungen optimal zu koordinieren, so dass Wertungswidersprüche vermieden werden können. Entsprechend kann das positiv-rechtlich verankerte Gebot, dass ein Bankkonzern eher als der herkömmliche Aktienrechtskonzern *als Einheit behandelt* wird, im Privatrecht nicht unberücksichtigt bleiben.

Zu beachten ist aber, dass die Ratio auch der aufsichtsrechtlichen Einheitsbetrachtung der Gläubiger- und Funktionsschutz ist⁶⁹. Die Einheitsbetrachtung belastet den Konzern, um diesen Zweck zu erreichen. Würde man durch die Übertragung der Einheitsbetrachtung aus dem öffentlichen Recht eine Situation schaffen, wo der Gläubiger- und Funktionsschutz beeinträchtigt wären (inklusive Anleger- und Reputationsschutz), wäre die nicht vereinbar mit dem Ziel, *Wertungskongruenz* herzustellen. Führt die Übertragung der Einheitsbetrachtung auf Art. 400 Abs. 1 OR indessen nicht zu einer Beeinträchtigung dieser Schutzzwecke, liegt Wertungskongruenz vor⁷⁰.

b) Notwendigkeit der Konformität der Einheitsbetrachtung mit Vertrauensschutzgesichtspunkten

Das bloss Vorliegen eines Bankkonzerns (in welcher Ausgestaltung gemäss Art. 12 BankV auch immer) kann kaum automatisch und generell dazu führen, dass eine Norm wie Art. 400 Abs. 1 OR, welche implizit vorschreibt, dass das von einem Dritten Erhaltene abzuliefern sei, dann nicht gelte, wenn dieser Dritte Teil des gleichen Bankkonzerns wie der Beauftragte ist.

Bei einem Bankkonzern, der die Voraussetzungen von Art. 12 Abs. 2 BankV (gemeinsame Firma, einheitlicher Marktauftritt) erfüllt, ist weniger die einheitliche Beherrschung der Konzerngesellschaften relevant, sondern ist Leitmotiv der Regulierung mehr der Vertrauensschutz, mithin dass der Bankkonzern das durch das Auftreten als wirtschaftliche Einheit geschaffene Vertrauen im Interesse des Gläubiger- und Funktionsschutzes honoriert.

Der Vertrauensschutz aber ist eines der wichtigsten Prinzipien der Privatrechtsordnung und erst recht des Vertragsrechts, das es bei der Lückenfüllung zu beachten gilt. Und so wie erwecktes Vertrauen in das Vorliegen einer bestimmten Wis-

Bankrecht auch WOLFGANG WIEGAND/JÜRGEN WICHTERMANN, Der Einfluss des Privatrechts auf das öffentliche Bankrecht, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Die Banken im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, Berner Bankrechtstag, Band 6, Bern 1999, 119 ff. (zit. WIEGAND/WICHTERMANN, Banken); zur Effektivität von Regulierung im Finanzmarkt im Allgemeinen SABINE KILGUS, Effektivität von Regulierung im Finanzmarktrecht, Habil. Zürich 2005, Zürich/St. Gallen 2007, 1 ff.

69 BSK BankG-MAURENBRECHER, Vorbem. zu Art. 3b-h N 12; PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 2. Aufl., Bern 2004, § 9 N 203 ff.; DIETER ZOBL/STEFAN KRAMER, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich 2004, § 2 N 46.

70 Der Anlegerschutz wird durch Vergütungen im Konzern mangels möglichem Interessenkonflikt eben gerade nicht tangiert. Vgl. hierzu nachfolgend die Ausführungen D.III.2.

sensororganisation im Konzern zur Zurechnung von Wissen führen kann⁷¹, darf und soll die Gegenpartei eines Bankkonzerns, welcher weltweit einheitlich unter einer Firma auftritt, davon ausgehen, dass ihm durch die Verteilung verschiedener Funktionen und Aufgaben auf separate juristische Einheiten des Konzerns (anstatt auf verschiedene Abteilungen oder Zweigniederlassungen) keine Nachteile entstehen, in casu mit Bezug auf Anlagegeschäfte. Ist dies der Fall, und das wird vorausgesetzt, wäre es ein Widerspruch (und seitens des Anlegers, der den Vertrauensschutz in Anspruch nimmt, ein *venire contra factum proprium*), der Gegenpartei Vorteile nur deshalb zukommen zu lassen, weil die verschiedenen Fertigungsstufen auf mehrere juristische Personen verteilt sind.

Diese Wertung führt zur Folgerung, die zwischen verschiedenen Gesellschaften eines Bankkonzerns erfolgten Zahlungen, die ihre Ursache ja *allein* in der rechtlichen Struktur des Bankkonzerns haben, seien nicht von der Rechenschafts- und Ablieferungspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR betroffen. Es wird sich zeigen, ob die übrigen Auslegungsergebnisse diese Folgerung stützen oder nicht.

VI. Ergebnis

Vieles spricht dafür, eine Konzerngesellschaft im Verhältnis zu einer Mutter- oder Schwestergesellschaft nicht als «Dritte» im Sinne von Art. 400 Abs. 1 OR zu qualifizieren. Die Schweizer Rechtsordnung qualifiziert den Konzern vielerorts als ein Ganzes, insbesondere im finanziellen Bereich, wo es um konzerninterne Zahlungen geht. Die Gesellschaften, welche unter einheitlicher Leitung verbunden sind, haben aus dieser wirtschaftlichen Vorteilssituation viele rechtliche Nachteile zu tragen. Es wäre daher angebracht, dass der Konzern auch einen Teil der *rechtlichen* Vorteile geniessen könnte, etwa dadurch, dass er frei ist, die konzerninterne Allokation der Dienstleistungserbringung (z.B. Entscheid, dass gewisse strukturierte Produkte von einer Off-shore-Gesellschaft emittiert werden etc.) so effizient und kostengünstig wie möglich auszurichten; die sich daraus u.a. auch aufgrund des Steuerrechts zwingend ergebenden gruppeninternen Zahlungsströme (Entschädigung von konzerninternen Dienstleistungen nach dem *at arm's length*-Prinzip) sollten deshalb nicht als unter Art. 400 Abs. 1 OR fallend betrachtet werden.

Das Argument, dass eine Bankkonzerngesellschaft für die Zwecke von Art. 400 Abs. 1 OR nicht als selbständige Drittperson qualifiziert werden kann, kann für sich alleine aber nur schwer ausreichen, um eine Ablieferung von internen «Vergütungen» zu verneinen.

Vielmehr muss für eine Beurteilung der Normzweck von Art. 400 Abs. 1 OR genauer erörtert werden, was nachfolgend geschieht.

71 ABEGGLEN, Wissenszurechnung und Interessenkonflikte (FN 59), 202 f.

D. Auslegung von Art. 400 Abs. 1 OR anhand des Normzwecks: «Vermeidung von Interessenkonflikten»

I. Überblick

Mittels der teleologischen Auslegung sollen *Sinn und Zweck* der Norm von Art. 400 Abs. 1 OR, d.h. der *objektive Normsinn*, ermittelt werden⁷², welcher für die Beurteilung der diesem Aufsatz zugrundeliegenden Frage von Bedeutung ist. *Normfremde* Zwecke müssen bei der teleologischen Auslegung ebenfalls erkannt werden, um sie nicht in die Interpretation einfließen zu lassen.

Vorliegend ist in einem ersten Schritt zu erörtern, was mit der Rechenschafts- und Ablieferungspflicht in Art. 400 Abs. 1 OR bezweckt wird. In der Folge stellt sich die Frage, was die daraus gewonnenen Erkenntnisse für die vorliegende Frage der konzerninternen Vergütungen bedeuten. Genau genommen fragt sich, ob der Zweck der Norm auch erfüllt ist, wenn konzerninterne Zahlungen zur Abgeltung von genuinen Dienstleistungen nicht abgeliefert werden müssen.

II. Normzweck von Art. 400 Abs. 1 OR

Die Rechenschafts- und Ablieferungspflicht in Art. 400 Abs. 1 OR ist eine Folge der Fremdnützigkeit des Auftrags. Sie gründet in der Überlegung, dass der Beauftragte fremde Interessen besorgt und die damit einhergehenden Änderungen im Vermögen – abgesehen vom Honorar – letztlich nur den Auftraggeber treffen sollen; der Beauftragte darf durch die Geschäftsbesorgung also nicht eigene Interessen verfolgen. Nach der *ratio legis* der Norm darf der Beauftragte durch die Ausführung des Auftrags keinen Nachteil erleiden, aber auch keinen Vorteil daraus ziehen⁷³. Handelt es sich um einen Rechtshandlungsauftrag, stellt die Ablieferungspflicht eine Hauptpflicht, bei Tathandlungsaufträgen eine Nebenpflicht dar⁷⁴.

Der Norm liegt zusammengefasst die Befürchtung zugrunde, dass der Beauftragte dadurch, dass er Entschädigungen einbehält, nicht mehr nur die Interessen des Kunden verfolgen könnte, sondern auch (oder vor allem) seine eigenen. Vermieden werden muss daher, dass der Beauftragte seine Interessen über diejenigen des Kunden stellt. Dies widerspräche klar der Treue- und Sorgfaltspflicht, welche dem Auftrag inhärent ist.

Nachfolgend sind daher die Voraussetzungen einer Interessenkonfliktssituation näher zu erläutern, um danach festzustellen, ob diese in der Konzernsituation überhaupt erfüllt sein können.

72 FORSTMOSER, Einführung Recht (FN 63), § 19 N 59 ff.

73 Vorbehältlich des Honorars. BGE 132 III 464; BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 127.

74 BSK OR II-WEBER, Art. 400 N 11.

III. Interessenkonflikt

Potentielle Interessenkonflikte sind dem gesamten Bankgeschäft inhärent und nehmen mit der Komplexität des Geschäfts und der möglichen Vertragsbeziehungen noch zu. Wichtig ist dabei, sich stets Folgendes zu vergegenwärtigen: «Mit der Entscheidung des Gesetzgebers für das Universalbankensystem wurde das Auftreten von Interessenkonfliktsituationen [...] bewusst in Kauf genommen. Entscheidend ist also, dass das Vorhandensein von Interessenkonflikten im Rahmen des Bankgeschäfts anerkannt wird. Dies, weil der Gesetzgeber und der zuständige Regulator in den Ländern mit Universalbankensystem davon ausgehen, dass ihre jeweiligen Universalbanken mit den allfälligen Interessenkonflikten umzugehen wissen»⁷⁵. Das gleiche gilt für die Interessenkonflikte, die selbst dann unausweichlich sind, wenn eine Bank nur eine bestimmte Art von Geschäft betreibt; so bestehen natürlich auch im Falle der Vermögensverwaltung potentielle Interessenkonflikte, etwa was die Anlagetätigkeit (z.B. Häufigkeit von Portfolio-Umschichtungen) anbelangt. Insbesondere auch den aufsichtsrechtlichen Vorgaben entsprechend ergreifen die Banken dabei Massnahmen, um solchen Interessenkonfliktsituationen vorzubeugen bzw. – wenn das nicht möglich ist – um eine Benachteiligung des Kunden auszuschliessen⁷⁶. Bei den nachfolgenden Ausführungen wird wie erwähnt denn auch angenommen, dass die für den Kunden getätigten Anlagegeschäfte dem *Gebot der best execution* ausnahmslos entsprechen⁷⁷. Andernfalls besteht die Gefahr, dass bereits bei der Empfehlung oder Auswahl der Kapitalanlage – das heisst also völlig unabhängig von einer allfälligen Retrozessionszahlung – ein Interessenkonflikt vorliegen haben könnte.

1. Zum Tatbestand des Interessenkonflikts

Wie eingangs festgehalten soll die Rechenschafts- und Ablieferungspflicht vermeiden, dass der Beauftragte eigene Interessen denjenigen des Kunden voranstellt. Der vorliegende Interessenkonflikt lässt sich als typisches «Prinzipal-Agent-Problem» beschreiben⁷⁸. Während der Kunde (Prinzipal) daran interessiert ist, die Kosten des Auftrags möglichst zu minimieren, möchte der Beauftragte (Agent) seine Einnahmen möglichst maximieren. Erzielt der Beauftragte nicht nur durch das Honorar des Auftraggebers Einnahmen, so besteht die Gefahr, dass er die an-

75 CERUTTI, ZSR (FN 17), 83; die jüngste und sehr gute Darstellung der Interessenkonflikte bei einer Universalbank und deren rechtlichen Bewältigung findet sich bei CERUTTI, ZSR (FN 17), 82-86.

76 Vgl. dazu ABEGGLEN, Wissenszurechnung und Interessenkonflikte (FN 59), 301-309.

77 Bzw. die Auswahl konzerneigener Produkte offen gelegt wird. Gemäss einem Urteil des Deutschen Bundesgerichtshof vom 19. Dezember 2006 geht der Bankkunde sowieso davon aus, dass in «hausinterne» Produkte angelegt wird, vgl. zu dieser Annahme und zum Urteil auch unten D.III.2. und D.IV.

78 RAPHAEL CAMP/CHRISTIAN BÜHRER, Retrozessionszahlungen. Interessenkonflikte bei externer Vermögensverwaltung, ST 2006, 527 ff., 530 (zit. CAMP/BÜHRER, Retrozessionszahlungen).

dere Einnahmequelle zu maximieren versucht, was sich allenfalls nachteilig auf die Geschäftsführung auswirken könnte.

Im Kontext der Vergütungsproblematik bedeutet dies im Allgemeinen, dass die Bank versucht sein könnte, eine aufgrund der in Aussicht gestellten Vergütungen lukrative, aber aus Sicht des Auftraggebers nachteilige Anlage auszuwählen oder zu empfehlen. Grundsätzlich führt das Prinzipal-Agent-Problem im Zusammenhang mit Vergütungen zu den folgenden Interessenkonflikten:

- Der Beauftragte könnte versucht sein, *möglichst viele* Geschäfte für den Auftraggeber zu tätigen oder zu empfehlen, um somit eine möglichst hohe Anzahl an Retrozessionen einzustreichen (sog. Churning)⁷⁹.
- Der Beauftragte könnte versuchen, solche Transaktionen zu tätigen oder zu empfehlen, auf welche *möglichst hohe* Entschädigungen entfallen, auch wenn diese für den Auftraggeber nicht vorteilhaft sind⁸⁰.

Schliesslich fliesst die Pflicht, die Interessen des Kunden optimal zu wahren, d.h. die bestmöglichen Anlageentscheidungen zu treffen, auch aus der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht. Entsteht dem Kunden dadurch, dass unnötig viele Transaktionen getätigt oder die für ihn geeignete Anlage nicht gewählt wurde, ein Verlust oder entgeht ihm ein Gewinn, so haftet ihm die Bank, wenn die übrigen Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind, gestützt auf Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR.

2. Kein Interessenkonflikt im Konzernverbund

Für die Erörterung des Interessenkonflikts im Konzernverbund ist nun nochmals auf die konzernrechtlichen Ausführungen zurückzukommen: Wie gesehen stellt der Konzern eine finanzielle Einheit dar; Zahlungen, die bei der einen Gesellschaft ausgehen und bei einer anderen eingehen, stellen lediglich Verschiebungen des Vermögens innerhalb des Konzerns dar⁸¹. Das Gesamtvermögen des Konzerns ändert sich dadurch nicht. Bei Vermögenszuflüssen von Tochter- oder Enkelgesellschaften, welche zu 100% beherrscht werden, ändert sich im Vermögensstand der betreffenden Muttergesellschaft, allenfalls eine Subholding des Konzerns, nichts.

Es folgt daraus, dass die oben beschriebene Prinzipal-Agent-Problematik bei Zahlungen, welche innerhalb eines Konzerns erfolgen, schlichtweg nicht besteht, da der Agent durch die Zahlung seine Einnahmen nicht maximiert, sondern sich höchstensfalls sein Vermögen anders zusammensetzt. Das Potential für einen Interessenkonflikt, durch welchen der Prinzipal allenfalls benachteiligt würde, ist daher in der vorliegenden Konstellation nicht existent⁸². Für die beauftragte Bankgruppe ist es nicht von Interesse, möglichst viele Geschäfte in eigenen Anlagen zu tätigen

79 CAMP/BÜHRER, Retrozessionszahlungen (FN 78), 530.

80 MARIO A. BASSI, Der bankunabhängige Vermögensverwalter: Analyse des Handlungsbedarfs einer möglichen Aufsicht unter Berücksichtigung des amerikanischen und englischen Rechts, Zürich 1996, 26.

81 WATTER, Gewinnverschiebungen (FN 34), 146. Vgl. oben C.III.3.b.

82 So auch HSU, Retrozessionen (FN 3), 78 bzw. HSU/STUPP, Besprechung (FN 14), 207, allerdings ohne diese Feststellung näher zu begründen.

oder möglichst solche zu wählen, welche die grössten Zahlungen einbringen, da sie sich grundsätzlich durch eine Konzerngesellschaft zulässigerweise eine beliebig hohe Entschädigung auszahlen kann⁸³ und – das ist entscheidend – das Vermögen der Gruppe so oder so immer gleich gross bleibt⁸⁴.

Solange es zulässig und im Interesse des Kunden ist, dass die Bank Fonds oder andere Produkte ihrer Tochtergesellschaften auswählt, wird durch die konzerninterne Zahlung also kein Interessenkonflikt geschaffen. Ob seine Tochter- oder Enkelgesellschaft (1) ihm eine vertragsrechtlich abgestützte Zahlung in Form einer Vergütung leistet, ob sie (2) ihm den Gegenwert in Form einer *Dividende* oder in anderer gesellschaftsrechtlicher Form zukommen lässt, oder ob sie (3) weder das eine noch das andere tut und somit einfach ihre *Aktiva vermehrt* bzw. nicht vermindert, wodurch die Beteiligung an der Tochter oder Enkelin in der Bilanz der Muttergesellschaft, d.h. des Beauftragten, an Wert gewinnt bzw. nicht an Wert verliert, ändert nichts am Bestand der Aktiva des Agenten. Ja, es hat, wenn die beiden ersten Möglichkeiten einander gegenüber gestellt werden, nicht einmal Einfluss auf die Aktivseite seiner Bilanz. Und auch für den Prinzipal ist irrelevant, welche der drei Situationen vorliegt, immer vorausgesetzt, es bestand kein Interessenkonflikt bei der Auswahl der Anlagen.

Dieser Vorgang, welcher für Zahlungen einer 100%igen Tochtergesellschaft offensichtlich ist, gestaltet sich für Zahlungen von Schwestergesellschaften, d.h. cross stream-Zahlungen, ganz ähnlich. Anstatt die Vermögensverschiebungen aus der Sicht der direkten Muttergesellschaft bzw. der Subholding zu sehen, ist im Fall von cross stream-Zahlungen das Vermögen des Gesamtkonzerns zu betrachten. Die Aktiven der die Zahlung empfangenden Einheit können zwar einzelgesellschaftlich gesehen um die Zahlung vermehrt sein, für den Konzern als Ganzes ändert sich durch eine cross stream-Zahlung wiederum nichts. Dafür ist allerdings vorauszusetzen, dass ein *Konzerninteresse* als legitime Zweckverfolgung jeder einzelnen Gesellschaft anerkannt wird. Je integrierter eine Tochtergesellschaft daher im Konzern ist und je mannigfaltiger ihre vertraglichen Beziehungen zu anderen Konzerngesellschaften sind, desto eher darf sie das Konzerninteresse verfolgen⁸⁵. Wenn man nochmals auf den Begriff des «Dritten» zurückkommt, wird zudem klar, dass sowohl *cross stream*- als auch *up stream*-Zahlungen nicht als solche eines Dritten qualifiziert werden können. Denn wird «Dritter» im Sinne des Art. 400 Abs. 1 OR im Hinblick auf das Prinzipal-Agent-Problem ausgelegt, so kommt man zum Schluss, dass dieser Dritte überhaupt in der Lage sein muss, den Beauftragten in eine eigentliche Interessenkonfliktsituation zu manövrieren, indem er durch die angebotene Vergütung einen echten Anreiz schafft. Dies trifft aber nur auf einen konzernexternen Dritten, mithin auf einen *echten Dritten* zu. Konzerneigene Gesellschaften können keinen solchen Anreiz schaffen.

Rechtsvergleichend hinzuweisen ist hier auf ein neues Urteil des Deutschen Bundesgerichtshofes («BGH») vom 19. Dezember 2006 betreffend Retrozessionszah-

83 Vgl. oben C.III.3.b.

84 Auf die diesbezüglich anderen Meinungen in der Lehre wurde oben in B. hingewiesen.

85 Vgl. oben C.III.3.d.

lungen innerhalb eines Bankkonzerns im Zusammenhang mit Wertpapiergeschäften. In diesem Urteil stellt der Bundesgerichtshof – ohne dies näher zu erläutern – beim Vertrieb von konzern eigenen Produkten einen Interessenkonflikt fest, indem er statuiert:

«b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts muss eine Bank, die Fondsanteile empfiehlt, aber darauf hinweisen, dass und in welcher Höhe sie Rückvergütungen aus Ausgabeaufschlägen und Verwaltungskosten von der Fondsgesellschaft erhält. aa) Die Aufklärung über die Rückvergütung ist notwendig, um dem Kunden einen insofern bestehenden Interessenkonflikt der Bank (§ 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG) offen zu legen. Erst durch die Aufklärung wird der Kunde in die Lage versetzt, das Umsatzinteresse der Bank selbst einzuschätzen (vgl. ASSMANN/SCHNEIDER/KOLLER, WpHG 4. Aufl. § 31 Rdn. 74; a.A. SCHWARK, Kapitalmarktrechts-Kommentar 3 Aufl. § 31 WpHG Rdn. 27) und zu beurteilen, ob die Bank ihm einen bestimmten Titel nur deswegen empfiehlt, weil sie selbst daran verdient.»

Wie aus den Ausführungen zur Sicht des Kunden, gleich nachfolgend, hervorgeht, setzt sich der Bundesgerichtshof m.E. mit dieser Äusserung in einen massiven Widerspruch. An dieser Stelle wird die beauftragte Bank beschrieben wie ein «klassischer» externer Vermögensverwalter, der durch zurückbehaltene Vergütungen in einem latenten Interessenkonflikt seine Geschäfte tätigt. Dagegen blendet der Bundesgerichtshof bei dieser Äusserung vollkommen aus, dass es sich im zugrundeliegenden Fall um einen Bankkonzern handelt, der sich lediglich organisatorisch auf verschiedene Rechtseinheiten aufteilt. Diese Sichtweise des Bankkonzerns wendet der Bundesgerichtshof im selben Urteil aber an anderer Stelle *nota bene* an, indem er festhält, dass die beauftragte Bank logischerweise in ihre eigenen Produkte anlegt (welche bei den Tochtergesellschaften eingekauft werden), was dem Kunden klar sein müsse⁸⁶. Es scheint als würde der Bundesgerichtshof die Konzernrealität in diesem Urteil an einer Stelle voll akzeptieren, an der oben zitierten Stelle dagegen vollkommen ausblenden. Auch aufgrund dieser Widersprüchlichkeit ist die Haltung des BGH, die eine rein begrifflich-formale Betrachtungsweise der Geldflüsse im Konzern an den Tag legt, abzulehnen.

Abschliessend kann festgehalten werden, dass ein Interessenkonfliktpotential bei der Entrichtung von Vergütungen durch Gesellschaften, welche direkt oder indirekt grundsätzlich vollständig beherrscht werden, m.E. ausgeschlossen werden kann. Bei Gesellschaften, welche lediglich zum Teil zum gleichen Konzern gehören, gestaltet sich die Situation etwas komplizierter, da sich der Vermögensstand der beauftragten Gesellschaft tatsächlich ändert. Wenn die Verfolgung des Konzerninteresses als legitime Zweckverfolgung anerkannt wird, was m.E. zutreffend ist, kann jedoch die Nicht-Vermehrung des Vermögens der empfangenden Konzerngesellschaft behauptet und damit auch das Vorliegen eines Interessenkonflikts verneint werden.

Die Argumentation muss allerdings insofern relativiert werden, als das Vorliegen eines Interessenkonfliktes nicht ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal von

86 Vgl. dazu das ausführliche Zitat in E.IV.

Art. 400 Abs. 1 OR darstellt. Das Fehlen eines Interessenkonfliktpotentials allein lässt noch nicht abschliessend auf ein Nichtvorliegen der Rechenschafts- und Ablieferungspflicht schliessen.

Aus diesem Grunde sollen nachfolgend weitere Argumente mit Blick auf ihre Aussagekraft zu Vergütungen im Bankkonzernverbund geprüft werden.

IV. Sicht des Kunden: Einheitsbetrachtung; kein Interessenkonflikt

Der Bankkunde steht in der Regel mit einer Bank des Konzerns in einer Vertragsbeziehung, abgesehen von den Beziehungen, die sich aus seiner Eigenschaft als Investor der verschiedenen Produkte ergeben. Er nimmt indessen die Bank bzw. die deren Produkte «produzierenden» Entitäten als *Einheit*, und die Produkte als unter der Bezeichnung bzw. unter dem einheitlichen Brand der Bank hergestellte Produkte wahr. Über die interne Organisation des jeweiligen Bankkonzerns dürften die wenigsten Retail- und Private Banking-Kunden informiert, geschweige denn daran interessiert sein. Wer genau Emittent eines Anlageprodukts ist (z.B. ob eine ausländische Zweigniederlassung oder eine Tochtergesellschaft), ist für den Anlageentscheid objektiv oder subjektiv nicht relevant, solange dies nicht zu Unterschieden in der Sicherheit der Anlage führt, was grundsätzlich nicht der Fall sein sollte⁸⁷. Es ist denn auch bezeichnend, dass das Aufsichtsrecht bei der Regulierung der strukturierten Produkte in Art. 5 Abs. 1 KAG (und gemäss dessen Interpretation durch die EBK im FAQ Strukturierte Produkte, Stand 19. Juli 2007, Frage 6) wesentliche Erleichterungen gewährt bei Vorliegen eines Bankkonzerns, und nota bene dort Tochtergesellschaften eines Bankkonzerns gleich wie Zweigniederlassungen einer Bank behandelt. Dies alles spricht für die Einschlägigkeit der Einheitsbetrachtung.

Mit Blick auf die Interessenkonflikte wird allgemein davon ausgegangen, dem Kunden müsse bekannt sein, dass eine Bankgruppe, die als solche auftritt, bevorzugt ihre eigenen Produkte berücksichtigt. Dies im Gegensatz zu einem unabhängigen Vermögensverwalter, wo der Auftraggeber grundsätzlich darauf vertraut, dass der Vermögensverwalter das beste Produkt aus den bei verschiedenen Anbietern erhältlichen Produkten auswählt⁸⁸. Hsu/STUPP ersehen in der Präferenz für «hauseigene» Produkte sogar einen Bestandteil der Vertragsbeziehung Kunde-Bank, welcher zu einer *Einschränkung der Treuepflicht* führen soll⁸⁹. Wie auch immer

87 Relevant ist dagegen natürlich die Kenntnis der Eigenheiten des Produkts, z.B. ob es sich dabei um einen Fonds handelt, dessen Vermögen im Konkurs der Fondsleitung zu Gunsten der Anleger abgesondert werden kann, oder aber um ein strukturiertes Produkt und damit eine nicht spezialgesetzlich privilegierte Forderung gegen den Emittenten des Produkts.

88 Es versteht sich, wie bereits erwähnt, dass dies dann nicht zutrifft, wenn der Kunde aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung davon ausgehen kann, dass die Bank nicht eine Präferenz für «hauseigene» Produkte haben wird. (Nota: dies betrifft von vorneherein nur Vermögensverwaltungs- und Beratungsmandate, wo Anlagen für den Kunden ausgewählt bzw. ihm diesbezügliche Beratung erteilt wird).

89 Hsu, Retrozessionen (FN 3), 78 bzw. Hsu/STUPP, Besprechung (FN 14), 207.

dies dogmatisch begründet wird, es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass bei entsprechend auftretenden Bankgruppen der Kunde mangels anderer Vereinbarung oder sonstigen Bindungsakten nicht geltend machen kann, die Bank hätte nicht bevorzugt eigene Produkte auswählen dürfen⁹⁰.

Rechtsvergleichend ist darauf hinzuweisen, dass ein Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs diese Rechtsauffassung auch für das deutsche Recht bestätigte⁹¹:

«[...] Massgeblich für Kapitalanlageempfehlungen im gewöhnlichen Geschäftsverkehr einer Bank ist grundsätzlich das von ihr zusammengestellte Anlageprogramm (vgl. BGHZ 123, 126, 129). Soweit bank-, konzern- oder institutsgruppeneigene Anlageprodukte wie etwa Fondsanteile vorhanden sind, ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass solche Produkte, nicht aber vergleichbare konkurrierender Banken oder Institutsgruppen in das Anlageprogramm aufgenommen werden und die Bank nur solche Produkte, nicht aber Konkurrenzprodukte empfiehlt. Ebenso wenig wie ein Kreditnehmer, der sich von einer bestimmten Bank beraten lässt, kann ein Anlageinteressent, der die Beratung einer Bank in Anspruch nimmt, vernünftigerweise erwarten und erwartet auch nicht, dass die Bank ihm von sich aus Produkte konkurrierender Banken oder Institutsgruppen empfiehlt. Das gilt auch dann, wenn diese Produkte besser oder günstiger sind. Erst wenn die Bank gegenüber dem Kunden damit hervortritt, auch über die Produkte konkurrierender Banken zu beraten, oder aber, wenn der Anlageinteressent von sich aus die Erwartung zum Ausdruck bringt, auch über solche, etwa von ihm angesprochene Konkurrenzprodukte beraten zu werden, muss die Bank, wenn sie die Beratung insoweit nicht ablehnt, ihn auch darüber objektiv richtig und vollständig informieren und beraten und die Konkurrenzprodukte gegebenenfalls auch empfehlen.»

Daraus folgt: Da davon ausgegangen werden kann, dass ein Kunde einer Bankgruppe weiss und dies akzeptiert, dass gruppeneigene Produkte bevorzugt oder gar ausschliesslich berücksichtigt werden⁹², bedarf es darüber keiner weiteren Information des Kunden – er ist informiert, und der Interessenkonflikt, der hier besteht, ist durch Offenlegung gelöst. Der Umstand, dass darüber hinaus zwischen den Gruppengesellschaften Vergütungen fliessen, bedarf keiner Offenlegung, sofern dadurch nicht zusätzlich Interessenkonflikte geschaffen werden, die über den Konflikt der generellen Bevorzugung gruppeneigener Produkte hinausgehen. Zusätzliche Interessenkonflikte würden etwa geschaffen, wenn die Retrozessionszahlungen für die Frontmitarbeiter als Anreiz dienen würden, anstelle des für einen bestimmten

90 Natürlich dürfen aber im Rahmen eines Vermögensverwaltungs- oder Anlageberatungsvertrags mit dieser Begründung nicht etwa «schlechte» Produkte ausgewählt oder empfohlen werden, was bedeutet, dass bei Fehlen eines geeigneten eigenen Produkts Konkurrenzprodukte berücksichtigt werden müssen; sodann sind – vorbehaltlich spezieller Vereinbarung – auch die Diversifikationserfordernisse zu beachten, soweit sie aufgrund der Produktart relevant sind (der Fall bei strukturierten Produkten, nicht dagegen jedenfalls bei schweizerischen Fonds oder Fonds, die einer gleichwertigen Aufsicht und Regelung mit Bezug auf die Absonderung wie die schweizerischen Fonds unterstehen).

91 Urteil des Deutschen Bundesgerichtshofs, verkündet am 19. Dezember 2006, XI ZR 56/05.

92 Anzumerken bleibt, dass die Bank sich selbstverständlich nicht auf diese Argumentation berufen kann, wenn der Kunde aufgrund einer Vereinbarung bzw. entsprechenden Zusicherungen davon ausgehen kann, dass die Bank hauseigenen Produkten keinerlei Präferenz geben werde, vgl. auch das oben im Text stehende Zitat aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19. Dezember 2006.

Zweck geeigneten Gruppenprodukts ein anderes, nicht geeignetes Gruppenprodukt auszuwählen (weil bei diesem die Vergütung höher wäre).

Aus dem bislang Ausgeführten folgt, dass der Anleger bei Retrozessionszahlungen mit Blick auf die Vermeidung von Interessenkonflikten innerhalb eines Bankkonzerns nicht den Schutz von Art. 400 Abs. 1 OR benötigt: Konzernintern besteht keine relevante Gefahr eines Interessenkonfliktes zuungunsten des Auftraggebers. Dieses Ergebnis muss in die Auslegung von Art. 400 Abs. 1 OR insgesamt einfließen.

V. Ergebnis

Im Rahmen der teleologischen Auslegung von Art. 400 Abs. 1 OR ergibt sich, dass eine bankkonzerninterne Vergütung, die nicht der Incentivierung des Empfängers dient, mit Blick auf den Normzweck von Art. 400 Abs. 1 OR nicht unter die Herausgabepflicht fallen sollte. Dieses Resultat ist deshalb sachgerecht, weil der spezifische Schutzzweck von Art. 400 Abs. 1 OR, die Vermeidung von Benachteiligungen der Auftraggeber durch Interessenkonflikte des Beauftragten, hier gar nicht tangiert wird.

Soweit mit einem Kunden dagegen vereinbart wurde, dass die Bank im Rahmen eines Vermögensverwaltungs- oder Anlageberatungsvertrags gruppeneigenen Produkten nicht den Vorzug gibt, hat die Bank sich daran zu halten und es gilt, dass Benachteiligungen der Kunden durch organisatorische Massnahmen absolut ausgeschlossen werden.

E. Auslegung von Art. 400 Abs. 1 OR bezüglich «Innerer Zusammenhang»

I. Überblick

Um eine Rechenschafts- und Ablieferungspflicht von konzernintern gezahlten Vergütungen bejahen zu müssen, bedürften diese Zahlungen eines inneren Zusammenhangs mit der Auftragsbefreiung der Bank für den Kunden. Dass dies nicht der Fall ist, ergibt sich aus dem Nachfolgenden, was im Übrigen bereits für sich allein betrachtet die Rechenschafts- und Ablieferungspflicht ausschliesst⁹³.

93 Das Vorliegen eines «inneren Zusammenhangs» ist nach Gerichtspraxis und ganz h.L. eine *conditio sine qua non* für das Bestehen der Ablieferungspflicht, vgl. etwa jüngst CERUTTI, ZSR (FN 17), 289–291 m.w.H. auf die Literatur.

II. Umschreibung des «inneren Zusammenhangs»

Lehre und Rechtsprechung bejahen eine Rechenschafts- und Ablieferungspflicht von Retrozessionen im Rahmen von Art. 400 Abs. 1 OR wie erwähnt nur dann, wenn ihre Entrichtung in einem *inneren Zusammenhang* zur Auftragsausführung steht und *nicht bloss bei Gelegenheit deren Verrichtung* vereinnahmt wird. Oder, wie es CAMP/BÜHRER formulieren, die Zahlung muss «infolge der kundenbezogenen Geschäftsführung zugefallen sein»⁹⁴. Ein Teil der Lehre nimmt einen inneren Zusammenhang dann an, wenn aufgrund der Umstände befürchtet werden muss, der Beauftragte lasse sich durch die Entrichtung des fraglichen Vermögenswertes von einem Interessenkonflikt leiten und berücksichtige die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend⁹⁵. Diese Umschreibung ist allerdings zu einseitig. Innerer Zusammenhang spricht vor allem das Verhältnis der Zahlung zum eigentlichen Inhalt des Auftrags an. Entscheidend ist dabei, dass der Beauftragte den Vermögenswert infolge und in Erfüllung seiner Geschäftstätigkeit erhalten hat⁹⁶. Es ist dabei im Übrigen unerheblich, ob die Zahlung nach dem Willen des Dritten einzig dem Beauftragten zukommen soll⁹⁷.

III. Kein Zusammenhang zwischen Vergütungen im Bankkonzern und der Geschäftsführung für den Auftraggeber

Da im vorliegenden Zusammenhang, wie vorstehend ausführlich dargelegt, durch die gruppeninternen Zahlungen kein *Interessenkonflikt* entstehen kann, wäre ein innerer Zusammenhang schon aus diesem Grund zu verweigern, folgt man der vorne genannten Lehrmeinung von FELLMANN⁹⁸, welche angesichts des Stellenwerts dessen Kommentars zum Auftragsrecht eine besondere Bedeutung hat. Insbesondere aber aus den folgenden weiteren Überlegungen ergibt sich, dass die Zahlungen keinen inneren Zusammenhang zur Geschäftsführung des Auftrags haben:

Vergütungen fliessen im Konzern aus zwingenden steuerlichen Gründen⁹⁹, die sich aus der konzerninternen Allokation von Fertigungs- oder Dienstleistungsfunktionen auf verschiedene rechtliche Einheiten ergeben. Zahlungen können sodann in gewissem Rahmen aus Gründen des konzerninternen Cash Managements erfolgen, für den Konzern hätten sie aber ebenso gut als Dividende oder in einer anderen gesellschaftsrechtlichen Form erfolgen oder je nach Situation unterbleiben können (und hätten diesfalls einfach den Wert der Beteiligung erhöht). Hat die Entrichtung der Vergütung – wohl eher ausnahmsweise – im Konzern materiell die

94 CAMP/BÜHRER, Retrozessionszahlungen (FN 78), 529.

95 BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 128.

96 So auch OLIVER ARTER/ FLORIAN S. JÖRG, Herausgabe- und Rechenschaftspflicht des unabhängigen Vermögensverwalters, Übergabepflichten richten sich nach dem Auftragsrecht, ST 2004, 297 ff., 298.

97 BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 131.

98 Vgl. oben E.II. sowie FN 93.

99 So auch HSU, Retrozessionen (FN 3), 78 bzw. HSU/STUPP (FN 14), Besprechung, 207.

Funktion einer eigentlichen Dividendenzahlung, ist eine Ablieferungspflicht in der Tat aber zu verneinen, weil ihre Entrichtung im Beteiligungsverhältnis bzw. der Aktionärserschaft des Empfängers gründet, mit dem Auftrag also nichts zu tun hat (immer natürlich nur, wenn die Zahlung nicht der Incentivierung dienen soll).

Hsu folgert aus diesem Umstand, dass es deswegen am erforderlichen inneren Zusammenhang gerade fehle¹⁰⁰. In der Retrozessionszahlung sei eine steuerlich motivierte *Gewinnverschiebung* von einer Konzerneinheit zur anderen zu sehen, die beide vom gleichen wirtschaftlich Berechtigten gehalten würden¹⁰¹ (richtiger formuliert bzw. für die meisten Fälle korrekter wäre es zu sagen, dass die Retrozessionszahlung aus der konzerninternen Allokation von Funktionen auf verschiedene rechtliche Einheiten resultiert). Dies selbst, wenn sich diese Zahlungen am Transaktionsvolumen und an den dafür erhobenen Gebühren orientieren, welche letztlich typische Folgen der Geschäftsführung für den Kunden sind. Dieselbe Schlussfolgerung ergibt sich auch für Vergütungen, welche aus Gründen des gruppeninternen Cash Managements getätigt werden; auch dabei handelt es sich lediglich um Gewinnverschiebungen innerhalb des Konzerns, welche für eine einheitliche finanzielle Leitung des Konzerns nötig und zulässig sind. Ein solches Cash Management ist ein wichtiges Instrument, um die Vorteile der finanziellen Einheit im Konzern umzusetzen. Mit der Geschäftsführung für den jeweiligen Bankkunden hat dies offensichtlich nichts zu tun.

IV. Ergebnis

Die konzerninterne Zahlung hat mit dem konkreten Auftrag zur Vermögensverwaltung und Kapitalanlage für den Bankkunden grundsätzlich nichts zu tun; sie hätte in beliebiger Form oder gar nicht erfolgen können. Zusammengefasst ergibt sich, dass den formell als Vergütungen (oder Retrozessionen) ausgewiesenen Zahlungen zwischen verschiedenen Konzerngesellschaften mangels jeglichem Bezug zur Geschäftsführung der Bank für ihre Kunden ein innerer Zusammenhang zum Kundenauftrag abgesprochen werden muss.

F. Auslegung von Art. 400 Abs. 1 OR bezüglich «Zukommen»

Abschliessend soll kurz auf ein letztes Tatbestandselement von Art. 400 Abs. 1 OR eingegangen werden: «was ihm [...] zugekommen ist, [...]». Auch nur das Fehlen dieses einen Tatbestandsmerkmals würde eine Herausgabepflicht zwingend ausschliessen.

100 Hsu, Retrozessionen (FN 3), 78 bzw. Hsu/STUPP, Besprechung (FN 14), 207.

101 Hsu, Retrozessionen (FN 3), 78 bzw. Hsu/STUPP, Besprechung (FN 14), 207.

In der Literatur ist dieses Tatbestandselement der Norm nicht näher besprochen worden, da in den klassischen Situationen, welche die Autoren vor Augen haben dürften, unzweifelhaft ist, dass im Falle einer geflossenen Vergütung durch einen «echten» Dritten dem Beauftragten tatsächlich etwas «zukommt».

Nähert man sich dem Begriff mittels der teleologischen Auslegung an, ist offensichtlich, dass sich des Beauftragten' Aktiven vermehrt oder die Passiven sich nicht vergrössert haben müssen, um dieses Tatbestandselement zu erfüllen. Bekanntermassen – und im Retrozessionsurteil BGE 132 III 460 ff. vom Bundesgericht wieder einmal bestätigt – soll der Beauftragte durch die Geschäftsführung ja weder gewinnen noch verlieren¹⁰².

Hält man sich im vorliegenden Fall nochmals die oben zum Interessenkonflikt beschriebene tatsächliche Situation vor Augen, wird klar, dass in der vorliegenden Konstellation bei einer Vergütung, die von einer Gesellschaft gezahlt wird, welche direkt oder indirekt vom Beauftragten beherrscht ist, kein Vermögenszuwachs erfolgt. Bei einer Gesellschaft, welche zwar nicht vom Beauftragten, aber von einer diesen beherrschenden Konzerngesellschaft beherrscht wird, erfolgt für den ganzen Konzern ebensowenig ein Vermögenszunahme. Dass der Beauftragte dabei seine Tätigkeit auf das Vermögen des ganzen Konzerns beziehen darf, folgt aus der Anerkennung des Konzerninteresses, was unproblematisch ist, sofern weder Gläubiger- noch Aktionärsinteressen gefährdet sind¹⁰³.

G. Schlusswort

Es ergibt sich aus den oben stehenden Ausführungen, dass die Tatbestandselemente, welche für eine Rechenschafts- und Ablieferungspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR erfüllt sein müssen, im Falle von (bank)konzerninternen Vergütungen nicht bzw. jedenfalls nicht alle gegeben sind: Die Vergütungen werden nicht von einem Dritten im Sinne von Art. 400 Abs. 1 OR entrichtet, sie stehen nicht in funktionalem Zusammenhang mit der Erfüllung eines Auftrags der erhaltenden Banken für deren Kunden und der die Vergütungen erhaltenden Partei kommt im Sinne von Art. 400 Abs. 1 OR nichts zu, weil sie wegen der Bankkonzernsituation, in der Sprache des Bundesgerichts, dadurch «weder gewinnt noch verliert». Schliesslich fehlt es an einer typischen Interessenkonfliktsituation bzw. einer Benachteiligung von Kunden, da diese im Falle eines Bankkonzerns mangels anderer Vereinbarung davon ausgehen müssen, dass die Bank bevorzugt gruppeneigene Produkte einsetzen wird.

Soweit mit den Kunden im Rahmen von Vermögensverwaltungs- oder Anlageberatungsverträgen speziell vereinbart wurde, dass die Bank gruppeninternen Produkten keinerlei Vorzug geben wird, könnte durch eine gruppeninterne Vergütung, wenn diese höher ist als Vergütungen, die von Drittanbietern entrichtet werden,

102 Vgl. oben D.II.

103 Vgl. oben C.III.3.d.

ein Interessenkonflikt entstehen. Sofern durch interne Massnahmen wie z.B. Chinese Walls, sachgerechte Anreizstrukturen (welche im Zusammenhang mit Vergütungen von Drittanbietern ohnehin implementiert sind)¹⁰⁴, eine Benachteiligung des Kunden vermieden wird, ergibt sich aber auch für solche speziellen Mandate keine Ablieferungspflicht.

104 Vgl. zuletzt CERUTTI, ZSR (FN 17), 85 ff.