

NIEDERER KRAFT FREY

Retrozessionen

Neuste Judikatur zu Art. 400 Abs. 1 OR und Gedanken
zum Anwendungsbereich von Art. 26 FIDLEG sowie zur
Schnittstelle Banken – Versicherer

Sandro Abegglen

ZÜRICH – 14. Juni 2022

Inhaltsverzeichnis

1. Neuste Judikatur zur Herausgabepflicht gem. Art. 400 Abs. 1 OR
 - a) Rekapitulation: Rechtsprechung BGer
 - b) Ablieferungspflicht bei Execution Only
 - HGer SG 2018.11 vom 12. September 2019
 - TdA TI 12.2019.102 vom 21. Juli 2020
 - HGer ZH HG150054 vom 15. November 2017
 - HGer ZH HG190234 vom 5. Oktober 2021
 - c) Ablieferungspflicht bei reinem Depotvertrag
2. Zum sachlichen Anwendungsbereich von Art. 26 FIDLEG
3. Schnittstelle Banken – Versicherer: Art. 45b revVAG

Neuste Judikatur zur Herausgabepflicht
gem. Art. 400 Abs. 1 OR

Rekapitulation: Rechtsprechung BGer (1/2)

Der Beauftragte ist schuldig, [...], alles was ihm infolge [seiner Geschäftsführung] aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten.

=

"innerer Zusammenhang"

≠

"bei Gelegenheit"

(BGE 138 III 755, E. 4.2; 138 III 137, E. 5.3.1; 137 III 393, E. 2.1; 132 III 460 E. 4.1)

- **Zweck:** Konkretisierung der Treuepflicht; Vorbeugung der Gefahr, "der Beauftragte könnte sich aufgrund der Zuwendung eines Dritten veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen" (BGE 138 III 755, E. 5.3; 137 III 393 E. 2.3; s. auch 146 III 435 E. 4.1.3.1; 143 III 348 E. 5.1.1; 139 III 49 E. 4.1.2 und **jüngst** BGer 4A_436/2020 vom 28. April 2022 E. 5)
- "Bei Zuwendungen Dritter ist ein innerer Zusammenhang schon dann zu bejahen, wenn die **Gefahr** besteht, der Beauftragte könnte sich dadurch veranlasst sehen, die **Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen [...]**." (BGE 138 III 755, E. 5.3, Hervorhebung hinzugefügt; s. auch BGE 137 III 393, E. 2.3)

Rekapitulation: Rechtsprechung BGer (2/2)

"Die Beurteilung, ob es sich [...] um herausgabepflichtige Zuwendungen handelt, kann nicht losgelöst vom **konkreten Vertragsverhältnis** erfolgen. Im Hinblick auf den Zweck der Ablieferungspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR ist vielmehr anhand der Vertragspflichten zu untersuchen, ob die [...] Bestandespflegekommissionen die Besorgnis begründeten, **die Beklagte könnte möglicherweise die Interessen des Klägers nicht ausreichend wahrnehmen.**" (BGE 138 III 755 E. 5.5, Hervorhebung hinzugefügt)

- | | | |
|------------------------|---|--|
| 1. Vermögensverwaltung | → | Pot. IK und damit Ablieferungspflicht (gültiger Verzicht vorbehalten.) |
| 2. Anlageberatung* | → | Leitentscheide zu Retrozessionen beziehen sich alle auf VV, s. aber Urteil BGer 4A_427/2011 vom 29. November 2011 und kantonale Rechtsprechung, etwa HGer SG 2018.11 vom 12. September 2019, E. III. 3.2 → wie bei Vermögensverwaltung |
| 3. Execution only | → | ? <i>offengelassen</i> in BGE 138 III 755 E. 5.5 |
| 4. Reiner Depotvertrag | → | ? |

Ablieferungspflicht bei Execution Only? – Übersicht

- Offengelassen in BGE 138 III 755 E. 5.5
- Kantonale Rechtsprechung:

HGer SG	Urteil 2018.11 vom 12. September 2019 E III. 3.3	verneint (obiter)
AppGer TI	Urteil TdA TI 12.2019.102 vom 21. Juli 2020 E. 8	verneint
HGer ZH	Urteil HGer ZH HG150054 vom 15. November 2017	bejaht, aber...
	Urteil HGer ZH HG190234 vom 5. Oktober 2021	bejaht

→ Vereinbarkeit mit Rechtsprechung BGer?

HGer SG Urteil 2018.11 vom 12. September 2019

- Punktuelle Anlageberatung (E. III. 5.2), pot. IK bejaht (E. III. 6)
- Ablieferungspflicht bei Execution Only obiter verneint (E. III. 3.3):

"Bei reinen Konto-/Depotbeziehungen (execution-only) fehlt ein **innerer Zusammenhang** (und damit die Gefahr eines **Interessenkonfliktes**) mit den zugeflossenen Retrozessionen, da die Bank grundsätzlich nur die Anweisungen des Kunden ausführt – es besteht deshalb keine Gefahr, dass die Bank mit ihrer Beratung auf die Anlageentscheidung des Kunden zu ihrem eigenen Vorteil Einfluss nimmt, indem sie etwa besonders provisionsprofitable Anlagen empfiehlt, denn eine solche Beratung findet nicht statt. Eine Herausgabepflicht ist bei der reinen Konto-/Depotbeziehung daher nicht sachgerecht (vgl. BSK OR I-Weber, Art. 400 N 14a)." (Hervorhebung hinzugefügt)

→ Innerer Zusammenhang setzt pot. IK voraus – übereinstimmend mit Rechtsprechung BGer

AppGer TI 12.2019.102 vom 21. Juli 2020

- Transaktion ohne Kundeninstruktion im Rahmen Execution-Only-Vertrag, aber ausdrückliche nachträgliche Genehmigung (bestätigt durch BGer Urteil 4A_469/2020)
- Pot. IK und Ablieferungspflicht bejaht (E. 8; Retrozessionen nicht Gegenstand des BGer-Urteils)

"Entscheidend ist, dass der Beauftragte die Produkte, in die investiert werden soll, frei wählen konnte und durch die ihm zufließenden indirekten Vorteile und damit aufgrund eines **Interessenkonflikts** dazu veranlasst werden konnte, bestimmte Anlagen zum Nachteil des Auftraggebers zu bevorzugen. Obwohl die Rechtsprechung die Frage offengelassen hat, ob die Pflicht zur Rückerstattung dieser Vorteile auch im Rahmen eines "execution only"- oder Anlageberatungsvertrages gilt (BGE 138 III 755 E. 5.5), ist im vorliegenden Fall, in dem – wie erwähnt – die Beklagte **im Rahmen eines "Execution-only"-Vertrags gleichwohl das Investment ohne die Bevollmächtigung des Klägers gewählt** [und getätigt] hat, die Bejahung gerechtfertigt, da die entstandene Situation letztlich derjenigen ähnelt, die im Rahmen eines Vermögensverwaltungsvertrages entstehen würde." (Übersetzung aus dem Italienischen; Hervorhebung hinzugefügt)

→ Innerer Zusammenhang setzt pot. IK voraus – übereinstimmend mit Rechtsprechung BGer

HGer ZH HG150054 vom 15. November 2017 (1/2)

- Beurteilung der Herausgabepflicht von Third Party Brokerage Commissions; Auswahl Broker durch Beauftragten (E. 3.1.4 und E. 3.2.4.1)
- Pot. IK gem. HGer ZH nicht zwingende Voraussetzung für inneren Zusammenhang...:

E. 3.2.3: "Die Zahlung steht auch dann in einem inneren Zusammenhang mit dem Auftragsverhältnis, wenn sie einzig deshalb erfolgt, weil der Empfänger vom Kunden und dank seiner Investition eine Position eingeräumt bekam, die den Zufluss der Zahlung ermöglichte."

E. 3.2.4.1: "Im Weiteren kamen der Beklagten die Zahlungen auch infolge der Auftragsausführung zu: Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Zahlungen einzig deshalb erfolgten, weil die Beklagte über die Broker B2._____ und B3._____, die sie befugterweise einsetzte, Transaktionen für die Klägerin abwickeln liess. [...] Hätte die Beklagte die Transaktionen nicht über B2._____ und B3._____ ausgeführt, wären ihr die im Streit stehenden Zuwendungen nicht zugekommen."

HGer ZH HG150054 vom 15. November 2017 (2/2)

➤ ...aber Vorliegen eines prominenten IK ausführlich erörtert und stark betont:

E. 3.2.4.1: "Hier ist aber auch die von der Rechtsprechung betonte Gefahr einer Interessenkollision vorhanden. Die Beklagte war vertraglich berechtigt, die Vertragserfüllung betreffend Effektenhandel ganz oder teilweise auf Dritte auszulagern, wozu es – gemäss der Beklagten selbst – gehörte, die Dritten gehörig auszuwählen. [...] Nach dem Ausgeführten bestand zumindest die Gefahr, dass die Beklagte versucht sein könnte, bei dieser Auswahl die jeweils fliessenden Zuwendungen einzubeziehen bzw. die Broker B2._____ und B3._____ vor diesem Hintergrund einzusetzen."

→ *Ergebnis* übereinstimmend mit Rechtsprechung BGer, da IK in casu gegeben

HGer ZH HG190234 vom 5. Oktober 2021

- Reine Konto-/Depotbeziehung zwischen Bank und Vorsorgeeinrichtung
- Innerer Zusammenhang verlangt gem. HGer ZH keinen pot. IK:

E. 2.3: "Der innere Zusammenhang ist nicht nur dann zu bejahen, wenn ein Interessenkonflikt besteht, sondern auch, wenn sie einzig deshalb erfolgt, weil der Empfänger vom Kunden und dank seiner Investition eine Position eingeräumt bekam, die den Zufluss der Zahlung ermöglichte."

E. 2.4: "Die Beklagte ist daher grundsätzlich und unabhängig von einem allfälligen Interessenkonflikt dazu verpflichtet, über von Dritten erhaltene Vorteile, die einen inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung haben, Rechenschaft abzulegen und sie der Klägerin herauszugeben."

- In casu und anders als im 2017-Urteil kein pot. IK
- Verfahren hängig vor BGer

→ Nicht vereinbar mit bundesgerichtlicher Rechtsprechung (siehe S. 12)

HGer ZH HG190234 vom 5. Oktober 2021 – Analyse

Der Beauftragte ist schuldig, [...], alles was ihm infolge [seiner Geschäftsführung] aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten.

=

"innerer Zusammenhang"

≠

"bei Gelegenheit" ?

(BGE 138 III 755 E. 4.2; 138 III 137, E. 5.3.1; 137 III 393, E. 2.1; 132 III 460 E. 4.1)

- **Zweck:** Konkretisierung der Treuepflicht; Vorbeugung der Gefahr, "der Beauftragte könnte sich aufgrund der Zuwendung eines Dritten veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen" (BGE 138 III 755, E. 5.3; 137 III 393 E. 2.3; s. auch 146 III 435 E. 4.1.3.1; 143 III 348 E. 5.1.1; 139 III 49 E. 4.1.2 und **jüngst** BGer 4A_436/2020 vom 28. April 2022 E. 5)
- Ermöglichung des Zahlungsflusses einzig, "*weil der Empfänger vom Kunden und dank seiner Investition eine Position eingeräumt bekam*" → **blasse Kausalität!**
- Siehe auch Art. 26 FIDLEG und Art. 29 FIDLEV (dazu Seiten 15 ff.)

Herausgabepflicht bei blossem Depotvertrag?

- Sachverhalt: Retrobehaltete Finanzinstrumente durch Kundin/Kunde selber eingeliefert
- Keine Judikatur
- Reiner Depotvertrag: primäre Leistung Verwahrung der hinterlegten Werte aber auch technische Verwaltungstätigkeiten
- Anwendbarkeit Auftragsrecht fraglich: Qualifikation als Innominatkontrakt, auf den grds. Hinterlegungsvertragsrecht zur Anwendung kommt
 - Nur wenn Verwaltungstätigkeit im Vergleich zur Verwahrung grössere Bedeutung zukommt, schlägt Auftragsrecht auch in Bezug auf Halten von Depotwerten durch (vgl. BGE 102 II 297 E. 2b, Auftragsrecht nur mit Bezug auf Verwaltung)
- Bei unverbrieften Wertrechten: keine hinterlegbare Sache; analoge Anwendung von Hinterlegungsvertragsrecht ist dennoch sachgerecht
 - Subsumtion unter Auftragsrecht würde zu einer komplett anderen Rechtslage führen, die sich bloss durch die Entmaterialisierung der Wertrechte nicht rechtfertigen liesse
- Zudem sowieso kein pot. IK, da kein Ermessensspielraum

Zum sachlichen Anwendungsbereich von
Art. 26 FIDLEG

Übersicht und Rechtsnatur

2. Abschnitt: Interessenkonflikte

[...]

Art. 26 Entschädigungen durch Dritte

¹ Finanzdienstleister dürfen im Zusammenhang mit der Erbringung von Finanzdienstleistungen Entschädigungen von Dritten nur annehmen, wenn sie: [...]

= ?

Der Beauftragte ist schuldig, [...], alles was ihm infolge [seiner Geschäftsführung] aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten.

=

"innerer Zusammenhang"

- **Keine Doppelnorm**, nur Aufsichtsrecht
- Allerdings **Ausstrahlungswirkung** auf das Zivilrecht und umgekehrt

"Zusammenhang" mit der Erbringung einer FDL (1/2)

- **Wortlaut**, siehe vorne
- **Systematik** und **ratio legis**: Art. 26 unter "2. Abschnitt: Interessenkonflikte"
- **Art. 29 FIDLEV** Entschädigungen durch Dritte:

Entschädigungen, die im Zusammenhang mit Finanzdienstleistungen Dritter entgegengenommen werden und von ihrer Natur her den Kundinnen und Kunden nicht weitergegeben werden können, sind nach Artikel 26 **als Interessenkonflikt offenzulegen**.

- Botschaft FIDLEG/FINIG, 8965 f.:

"Werden Entschädigungen gestützt auf die Zusammensetzung des durch den Finanzdienstleister betreuten Kundenvermögens bemessen, so weisen auch solche volumenbasierte Vergütungen – wie etwa Bestandespflegekommissionen für Kollektivanlagen – einen Zusammenhang mit der Dienstleistung für eine Kundin oder einen Kunden auf⁷¹"

⁷¹ Vgl. BGE 138 III 755"

"Eine ausreichende Information liegt vor, wenn die Kundin oder der Kunde die Existenz, die Art und den Umfang der Entschädigungen vor Vertragsschluss oder Erbringung der Dienstleistung kennt⁷²."

⁷² Vgl. BGE 137 III 393 E. 2.4."

"Zusammenhang" mit der Erbringung einer FDL (2/2)

Botschaft FIDLEG/FINIG, 8966

"Für die Anwendbarkeit der Bestimmung ist nicht erheblich, welche Art von Finanzdienstleistung erbracht wird. Erfasst werden unter anderem Entschädigungen im Rahmen von Vermögensverwaltungsmandaten, der Anlageberatung oder einer reinen Ausführung von Geschäften mit Finanzinstrumenten."



Erläuterungen FIDLEV/FINIV/AOV, 33

Was unter den Begriff der Entschädigung fällt, die dem Finanzdienstleister im Zusammenhang mit der Erbringung einer Finanzdienstleistung zufließt entscheidet sich grundsätzlich nach den Verhältnissen im konkreten Einzelfall. Die hierbei zu berücksichtigenden möglichen Sachverhalte sind zu komplex, als dass sie mit klaren Kriterien auf Verordnungsstufe abgebildet werden könnten. Massgebend wird nach der oben zitierten **bundesgerichtlichen Rechtsprechung** insbesondere sein, ob ein **Interessenkonflikt** vorliegt oder nicht." (Hervorhebung hinzugefügt)

→ Kein Widerspruch! vgl. HGer ZH HG150054 vom 15. November 2017

Unterbruch des "Zusammenhangs" mit Erbringung FDL

- (1) Gegenleistungen für **eigenständige** Dienstleistungen zugunsten eines Dritten
- (2) Leistung und Gegenleistung in **keinem Missverhältnis** (*At Arm's Length*)
- (3) Sicherstellung, dass sich **pot. IK** nicht zum Nachteil Kunde/Kundin auswirkt (so bereits ABEGGLEN, SZW 2007, S.129 ff.)

- BGE 138 III 755, 766 E. 5.7: "Anders zu beurteilen wäre gegebenenfalls [...] eine andere Form des Entgelts des Vertriebsträgers, die den Vertriebsaufwand konkret entschädigt (wie etwa für das Einrichten von fondsspezifischen Prozessen)"

- Erläuterungen FIDLEV/FINIV/AOV, 33: "Massgebend wird nach der oben zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere sein, ob ein Interessenkonflikt vorliegt oder nicht. So werden etwa Dienstleistungen, welche einem Dritten in einer marktkonformen Höhe vergütet werden, keinen oder allenfalls nur zum Teil einen weitergabepflichtigen Entschädigungsteil enthalten"

- Bsp. Fonds-Custody-Gebühr, Fonds-Brokerage-Gebühr, **Fondsmanagement-Gebühr** ! → FINIV

Investition in selbstverwaltete Fonds

Art. 34 Abs. 4 aKKV

Die Fondsleitung sowie die Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen, die Anteile einer von ihnen verwalteten kollektiven Kapitalanlage für Kundinnen und Kunden erwerben, müssen diesen die dafür erhaltenen Leistungen offenlegen.

→ Ex post Offenlegungspflicht

Art. 39 Abs. 2 ^{sic!} FINIV und Art. 55 Abs. 3 FINIV

Ein Verwalter von Kollektivvermögen [bzw. eine Fondsleitung], der [/die] auch die individuelle Vermögensverwaltung nach Artikel 6 Absatz 4 [bzw. 3] in Verbindung mit Artikel 17 Absatz 1 FINIG anbietet, darf das Vermögen der Anlegerin oder des Anlegers weder ganz noch teilweise in Anteilen der von ihm verwalteten kollektiven Kapitalanlagen anlegen, es sei denn, die Kundin oder der Kunde hat zuvor eine allgemeine Zustimmung gegeben.

→ Ex ante Zustimmung der Kundin/des Kunden

→ Art. 39 Abs. 2 FINIV gilt auch für Banken (vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, 8927)

Schnittstelle Banken – Versicherer

Art. 45b revVAG

- Nicht dem FIDLEG unterstellt, soweit ihre Tätigkeit dem VAG untersteht (Art. 2 Abs. 2 lit. d FIDLEG): Versicherungsunternehmen, Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler
- Art. 45a revVAG Vermeidung von **Interessenkonflikten**
- Art. 45b revVAG Offenlegung der Entschädigung
 - ¹ **Ungebundene Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler** dürfen Entschädigungen von Versicherungsunternehmen oder sonstigen Dritten annehmen, wenn sie die Versicherungsnehmerinnen und -nehmer ausdrücklich über die Entschädigung informiert haben.
 - ² Erhalten sie von Versicherungsnehmerinnen und -nehmern eine **Vergütung**, so dürfen sie Entschädigungen von Versicherungsunternehmen oder sonstigen Dritten nur annehmen, wenn sie [lit. a Information **und Verzicht**; oder lit. b vollumfängliche Weitergabe]
- Art. 40 Abs. 2 revVAG Definition
 - ² **Ungebundene** Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler stehen in einem **Treueverhältnis** zu den Versicherungsnehmerinnen und -nehmern und handeln in deren Interesse.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

PD Dr. Sandro Abegglen, Fürsprecher, LL.M.

Partner, Head Banking, Finance & Regulatory

sandro.abegglen@nkf.ch