

NIEDERER KRAFT FREY

Entschädigungen nach Art. 26 FIDLEG zwischen Aufsichtsrecht und Privatrecht

Sandro Abegglen

Entwicklungen im Recht der kollektiven
Kapitalanlagen, Universität St. Gallen
Zürich, 8. Dezember 2023

Agenda

1. **Einleitung**
2. **(Zivil- und aufsichtsrechtliche) Ablieferungspflicht von Entschädigungen Dritter trotz fehlenden Interessenkonflikt-Potenzials?**
 - a) Übersicht
 - b) "Innerer Zusammenhang" gem. OR 400 I
 - Ablieferungspflicht bei Execution-Only?
 - Insbesondere: Urteil HGer ZH HG210223 vom 21. Juni 2023
 - c) Exkurs: "Innerer Zusammenhang" gem. BGB § 667 (Deutschland)
 - d) Zwischenfazit
 - e) "Zusammenhang" gem. FIDLEG 26 I
 - Insbesondere: Parallele Herausgabepflicht gem. revVAG 45b
 - f) Fazit
3. **Hinweis auf neue Rechtsprechung**

1. Einleitung

2. (Zivil- und aufsichtsrechtliche)
Ablieferungspflicht trotz fehlenden
Interessenkonflikt-Potenzials?

a) Übersicht

OR 400 I

Der Beauftragte ist schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm *infolge* derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten.



"innerer Zusammenhang"

FIDLEG 26 I

Finanzdienstleister dürfen **im Zusammenhang** mit der Erbringung von Finanzdienstleistungen Entschädigungen von Dritten nur annehmen, wenn sie:

- a. [Information und Verzicht]
- b. [vollumfängliche Weitergabe]

revVAG 45b I (i.K. 1.1.2024)

Ungebundene Versicherungs-vermittler dürfen Entschädigungen von Versicherern oder sonstigen Dritten [nur] annehmen, wenn sie die Versicherungsnehmer ausdrücklich über die Entschädigung informiert haben.

Erhalten sie vom Versicherungsnehmer eine Vergütung, so dürfen sie Entschädigungen von Versicherern oder sonstigen Dritten nur annehmen, wenn sie:

- a. [Information und Verzicht]
- b. [oder vollumfängliche Weitergabe]

b) "Innerer Zusammenhang" gem. OR 400 I – Ablieferungspflicht bei Execution-Only? (1/2)

- Offengelassen in BGE 138 III 755 E. 5.5...

"Es ist unbestritten, dass zwischen den Parteien ein Vermögensverwaltungsverhältnis besteht [...]. Nicht zu beurteilen ist damit, wie es sich bei anderen Vertragsverhältnissen mit der Herausgabepflicht verhält, so insbesondere, wenn die Bank Anlageprodukte lediglich auf einen entsprechenden Kundenauftrag hin erwirbt (sogenannte "Execution-Only-Beziehung" [...])."

- ...und BGer Urteil 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 7.2:

"Auf die umstrittene Frage, ob grundsätzlich auch im Execution only-Verhältnis eine Pflicht zur Herausgabe von Retrozessionen besteht [...] muss vorliegend nicht weiter eingegangen werden. Denn die Vorinstanz durfte [...] davon ausgehen, die im bundesgerichtlichen Verfahren noch strittigen Ansprüche der Beschwerdeführerin seien verjährt."

...aber: "fraglich", so das Urteil, ob BGer Urteil 4C.125/2002 vom 27. September 2002 einschlägig

b) "Innerer Zusammenhang" gem. OR 400 I – Ablieferungspflicht bei Execution-Only? (2/2)

HGer SG		Urteil HG.2018.11 vom 12. September 2019	verneint (obiter)
AppGer TI		Urteil TdA TI 12.2019.102 vom 21. Juli 2020	verneint (obiter)
HGer ZH		Urteil HG150054-O vom 15. November 2017	bejaht, aber IK-Gefahr gegeben
		Urteil HG190234-O vom 5. Oktober 2021	bejaht
		Urteil HG210223-O vom 21. Juni 2023	bejaht
OGer ZH		Urteil NP230015-O/U vom 12. Juli 2023	HGer ZH folgend
HGer BE		Urteil HG 22 21 vom 6. September 2023	bejaht

b) "Innerer Zusammenhang" gem. OR 400 I – Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG210223-O vom 21. Juni 2023 (1/3)

Eigenständige Bedeutung des "*Grundsatzes der Nichtbereicherung*" (E. 6.2.2.)...

"Durch die Retrozessionen erhält der Auftragnehmer ein zusätzliches Entgelt [...]. Der Beauftragte darf jedoch durch die Ausführung des Auftrags abgesehen von seinem Honorar weder gewinnen noch verlieren [...]. Aus dem Grundsatz der Nichtbereicherung ist zu schliessen, dass sich die Funktion von Art. 400 Abs. 1 OR nicht in der Prävention von Interessenkonflikten erschöpft, sondern unabhängig von allfälligen Interessenkonflikten die vermögenswerten Positionen zwischen Auftraggeber und Beauftragtem zuordnet [...]."

b) "Innerer Zusammenhang" gem. OR 400 I – Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG210223-O vom 21. Juni 2023 (2/3)

...widerspricht BGE 138 III 755 E. 5.3:

"Die Herausgabepflicht [...] garantiert die Einhaltung der Treuepflicht und stellt insofern eine präventive Massnahme zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers dar, indem sie der Gefahr vorbeugt, der Beauftragte könnte sich aufgrund der Zuwendung eines Dritten veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen (BGE 137 III 393 E. 2.3 S. 397)."

"Die mit der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR angestrebte Vorbeugung von Interessenkonflikten zur Sicherung der Fremdnützigkeit ist - neben dem damit verbundenen Grundsatz, dass der Beauftragte (abgesehen vom Honorar) durch den Auftrag weder gewinnen noch verlieren soll - der massgebende Gesichtspunkt bei der Beurteilung, ob der Vermögensvorteil dem Beauftragten infolge der Auftragsausübung oder lediglich bei Gelegenheit der Auftrags-erfüllung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten zugekommen ist."

b) "Innerer Zusammenhang" gem. OR 400 I – Urteil des Handelsgerichts Zürich HG210223-O vom 21. Juni 2023 (3/3)

- IK-Potenzial bei Execution-Only sodann/aber **pauschal** bejaht [sic!] – in casu Bestandespflegekommissionen! (E. 6.2.1)

"Demgegenüber bejaht ein anderer Teil des Schrifttums einen Interessenkonflikt auch bei einem reinen Execution-Only-Verhältnis [...]. So besteht die Gefahr, dass der Anbieter aus mehreren verfügbaren Plattformen oder Brokern jene wählt, welche ihm höhere Retrozessionen versprechen [...]. Demzufolge besteht auch bei einer blossen Konto-/Depotbeziehung die Gefahr eines Interessenkonflikts [...]."

- Widerspruch zu BGE 138 III 755 E. 5.5:

"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."



c) Exkurs: Herausgabepflicht unter § 667 BGB

- § 667 BGB: Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und *was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt*, herauszugeben.
- Urteil des (deutschen) Bundesgerichtshofs vom 19. Mai 1988 VII ZR 315/86 E. II.2.b.:

"Zutreffend ist weiter, dass nach **gefestigter Rechtsprechung** zu dem, was der Beauftragte aus der Geschäftsführung erlangt und was er deshalb dem Auftraggeber herauszugeben hat, auch alle für ihn persönlich bestimmten Vorteile gehören. **Voraussetzung ist lediglich**, dass sie ihm zugeflossen sind, weil sie mit der Geschäftsführung in einem **inneren Zusammenhang** stehen, **und dass ausserdem zu besorgen ist, er könnte durch sie veranlasst werden, die Interessen seines Geschäftsherrn ausser acht zu lassen.**"

- Siehe auch Urteile des (deutschen) Bundesgerichtshofs
 - vom 16. Juni 2016 III ZR 282/14 E.II.3.c.aa.
 - vom 2. April 2001 II ZR 217/99 E.II.2.a.
- So auch schon Urteil Reichsgericht vom 27. April 1920 III 411/19, RGZ 99, 31

d) Zwischenfazit

- BGer stellt für "inneren Zusammenhang" gem. OR 400 I auf Gefahr eines IK ab
- *Einzigter Zweck* von OR 400 I laut BGer: Vorbeugung von Interessenkonflikten
- Kantonale Rechtsprechung – eigenständige Bedeutung eines Grundsatzes der Nichtbereicherung – widerspricht Rechtsprechung des BGer
- IK-Gefahr gem. BGH auch unter § 667 BGB vorausgesetzt

e) "Zusammenhang" gem. FIDLEG 26 I (1/4)

Botschaft FIDLEG/FINIG BBI 2015 8966:

"Erfasst werden unter anderem Entschädigungen im Rahmen von Vermögensverwaltungsmandaten, der Anlageberatung oder einer reinen Ausführung von Geschäften mit Finanzinstrumenten."

ABER....

- Einordnung von FIDLEG 26 im Abschnitt "**Interessenkonflikte**"
- Art. 29 Abs. 1 FIDLEV: "Entschädigungen, die im Zusammenhang mit Finanzdienstleistungen Dritter entgegengenommen werden und von ihrer Natur her den Kundinnen nicht weitergegeben werden können, sind nach Artikel 26 als **Interessenkonflikt** offenzulegen."
- Erläuterungen FIDLEV/FINIV/AOV, S. 33:

"Massgebend wird nach der oben zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere sein, ob ein Interessenkonflikt vorliegt oder nicht."

e) "Zusammenhang" gem. FIDLEG 26 I – Parallele Herausgabepflicht in revVAG 45b (2/4)

- Botschaft FIDLEG/FINIG BBI 2015 9015:

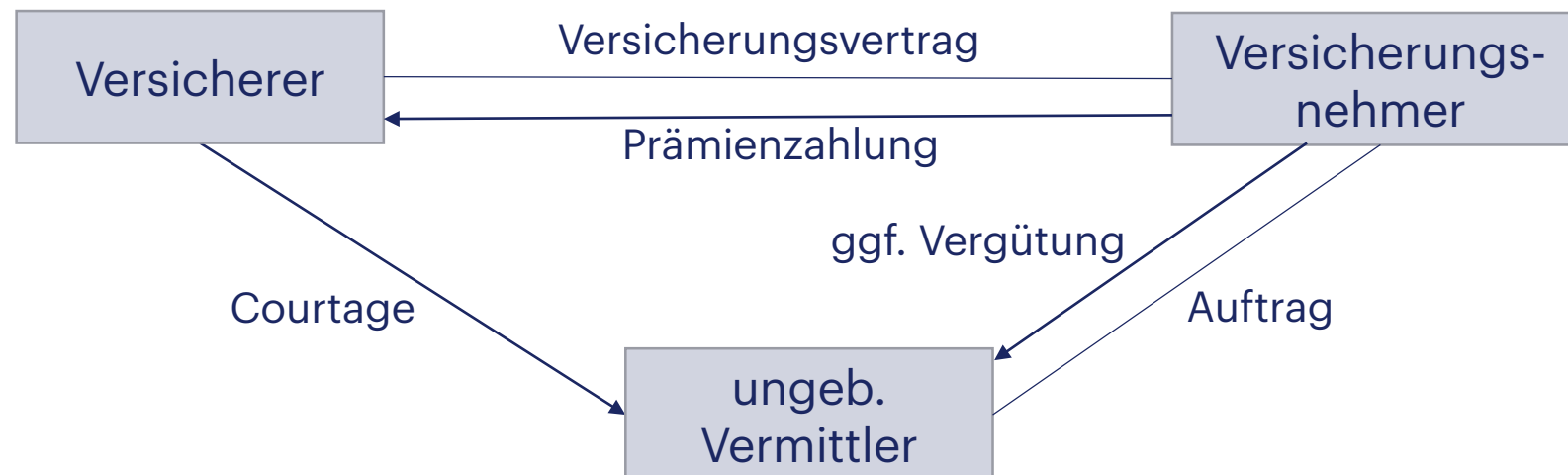
"Diese Regelung [45d E-VAG, Entschädigungen Dritter] entspricht derjenigen in Artikel 28 FIDLEG [heute Art. 26 FIDLEG]. Für ungebundene Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler wird somit eine Transparenzbestimmung über die von Dritten erhaltenen Entschädigungen statuiert. Nicht vorgesehen ist damit ein gänzlich Verbot der Entgegennahme solcher Leistungen. **Gebundene Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler sind von dieser Bestimmung nicht betroffen, da sie in keinem Treueverhältnis zum Kunden stehen.**"

- E-VAG 45d entspricht revVAG 45b (Inkrafttreten 1.1.2024); gilt nach wie vor nur für ungebundene Versicherungsvermittler
- revVAG 40 Abs. 2: Ungebundene Versicherungsvermittlerinnen stehen in einem Treueverhältnis zu den Versicherungsnehmerinnen und handeln in deren Interesse

e) "Zusammenhang" gem. FIDLEG 26 I – Parallele Herausgabepflicht in revVAG 45b (3/4)

➤ Botschaft Änderung VAG BBI 2020 9012:

"Dem Courtagesystem ist ein **Interessenkonflikt** der ungebundenen Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler inhärent. Diese sind wegen des Auftragsverhältnisses verpflichtet, die Interessen ihrer Versicherten gegenüber dem Versicherungsunternehmer wahrzunehmen. Gleichzeitig werden sie aber von diesem für ihre Vermittlungstätigkeit bezahlt. [...]"



e) "Zusammenhang" gem. FIDLEG 26 I (4/4)

- Aufsichtsrechtliche Ablieferungspflicht bei zivilrechtlich fehlender Treuepflicht bzw. fehlender Anwendbarkeit von Auftragsrecht überhaupt
 - Bspw. reiner Vertrieb i.S.v. Art. 3 Abs. 2 FIDLEV = Finanzdienstleistung gem. FIDLEG 3 lit. c Ziff. 1
 - Enforcement zivilrechtlich nicht bestehender Ablieferungspflicht??
- Pro memoria: Kein Widerspruch zu Botschaft FIDLEG/FINIG BBI 2015 8966, wonach FIDLEG 26 I auch bei Execution-Only anwendbar!

f) Fazit

- Unter FIDLEG 26 I und revVAG 45b für Ablieferungspflicht ohne Zweifel IK-Gefahr vorausgesetzt
- FIDLEG 26 I und revVAG 45b sind keine Doppelnormen
- Aber Ausstrahlungswirkung auf Privatrecht (Botschaft FIDLEG/FINIG BBI 2015 8966, Botschaft Änderung VAG BBI 2020 9012)
- BGE 120 II 112 E. 3b:

"Gleichartige Tatbestände erheischen nach Möglichkeit ein gleichartiges rechtliches Verständnis, da dem Gesetzgeber das Streben nach Folgerichtigkeit und nach Vermeidung von Widersprüchen zu unterstellen ist."

- **Fazit:** Aufsichtsrecht als weiteres Argument für Massgeblichkeit der IK-Gefahr unter OR 400 I

3. Neues aus der Rechtsprechung

Urteile kantonaler Gerichte zu...

HGer ZH HG210223-O vom 21. Juni 2023
OGer ZH NP230015-O/U vom 12. Juli 2023
HGer BE HG 22 21 vom 6. September 2023

- Was sind die Anforderungen an Vorausverzicht bei Execution Only und – in einem Fall – Custody Only?
- Ungewöhnlichkeit eines Retro-Verzichts in AGB?
- Vereinbarkeit eines AGB-Verzichts mit UWG 8?
- Beweisfragen beim Einbezug von (neuen) AGB bei Zustellung mit der Post

→ Überprüfung der aktuellen Verzichtsdocumentation

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Sandro Abegglen

Fürsprecher, PD Dr. iur., LL.M.,
Partner, Head Banking & Financial Services
sandro.abegglen@nkf.ch

