www.jusletter.ch

Prof. Dr. iur. Vito Roberto

Vertriebsprovisionen: Entschädigung des Beauftragten oder dem Auftraggeber zustehender Vermögenswert?

Das Bundesgericht hat in BGE 132 III 460 einen bank-externen Vermögensverwalter verpflichtet, die von Banken erhaltenen Provisionen («Retrozessionen») seinem Kunden herauszugeben. Juristen sind sich uneinig, welche Tragweite dieses Urteil hat und ob bzw. welche Gelder (Retrozessionen, Bestandespflegeentschädigungen, Finder's Fees, Vertriebsentschädigungen usw.) den Kunden herauszugeben sind. Nach der hier vertretenen Auffassung ist zu unterscheiden, ob die Zuwendungen ihre Rechtfertigung im konkreten Geschäftsabschluss oder in den eigenen Leistungen des Beauftragten haben. Letzterem ist in einer modernen Dienstleistungsgesellschaft ein geschäftlicher Eigenbereich zuzuerkennen.

Rechtsgebiet(e): Auftrag

Zitiervorschlag: Vito Roberto, Vertriebsprovisionen: Entschädigung des Beauftragten oder dem Auftraggeber zustehender Vermögenswert?, in: Jusletter 5. Januar 2009

ISSN 1424-7410, www.jusletter.ch, Weblaw AG, info@weblaw.ch, T +41 31 380 57 77

www.weblaw.ch editions

Inhaltsübersicht

1. Problemstellung
   a. Ausgangslage
   b. Konsequenzen
2. Rechtsentwicklung
   a. Allgemeines
   b. Entwicklung in der Lehre
   c. Entwicklung in der Rechtsprechung
3. Herausgabepflichtige und nicht herausgabepflichtige Provisionen
   a. Geschäftlicher Eigenbereich des Beauftragten
   b. Entschädigung für Beratung
   c. Zusammenfassung der Nachfrage
   d. Verpflichtung zur Herausgabe
4. Folgerungen

1. Problemstellung

a. Ausgangslage

[Rz 1] In manchen Branchen kann der Kunde Dienstleistungen in Anspruch nehmen, ohne unmittelbar für die (ganzen) Kosten aufkommen zu müssen: Zu denken ist etwa an die Beratung in einem Reisebüro[1] bzw. die Nutzung einer Homepage für touristische Angebote oder die Information durch einen Versicherungsbroker. Selbstverständlich erbringen diese Dienstleistungsunternehmen ihren Kunden die Leistungen nicht unentgeltlich. Entschädigt werden sie von jenen, deren Produkte sie vermitteln.

[Rz 2] Oftmals steht das Dienstleistungsunternehmen nicht bloss in einem Vertragsverhältnis mit dem Kunden, sondern gleichzeitig auch mit den Dritten, über deren Angebote sie die Kunden informieren und deren Produkte sie vermitteln. Bei ersterem Vertragsverhältnis handelt es sich um einen Auftrag (Art. 394 ff. OR), bei letzterem in der Regel um einen Agenturvertrag (Art. 418a ff. OR) oder ebenfalls um einen Auftrag bzw. ein auftragsähnliches Vertragsverhältnis.

[Rz 3] In der jüngsten Vergangenheit ist in verschiedenen Dienstleistungsbranchen eine gewisse Verunsicherung bezüglich dieser seit jeher üblichen und auch international etablierten Entschädigungspraxis entstanden. Grund hierfür ist der vor zwei Jahren ergangene Bundesgerichtsentscheid BGE 132 III 460. Das Gericht hatte aufgrund der Bestimmung in *Art. 400 OR über die Rechenschafts- und Herausgabepflicht des Beauftragten* entschieden, dass ein bankexterner Vermögensverwalter die von Banken erhaltenen Provisionen (sogenannte Retrozessionen) seinem Kunden herauszugeben hat. Ein Teil der Lehre und die Medien interpretierten diese Entscheidung dahingehend, dass *sämtliche Entschädigungen*, die ein beauftragtes Dienstleistungsunternehmen von Drittparteien infolge der Geschäftsführung erhält, an den Kunden herauszugeben sind[2].

b. Konsequenzen

[Rz 4] Wäre diese Ansicht zutreffend, hätte dies für das eingangs erwähnte Reisebüro zur Folge, dass es dem Kunden sämtliche Provisionen (in dieser Branche auch «Kommissionen» genannt), die es von den Reiseveranstaltern, den Hotels, den Mietautounternehmen, den Reiseversicherungen usw. erhält, herausgeben müsste. Da sich der Provisionsansatz bei Überschreiten bestimmter Umsatzzahlen in der Regel erhöht, würde dies am Ende des Jahres (erst dann steht der Umsatz bei den jeweiligen Drittparteien und damit der massgebende Provisionsansatz fest) zu einem kaum zu bewerkstelligenden Berechnungs- und Rückerstattungsaufwendungen führen.

[Rz 5] Das Reisebüro müsste aber nicht bloss sämtliche Entschädigungen der Drittunternehmen an den Kunden abführen. Entsprechendes gilt auch für die von den Kunden erhaltenen sogenannten Dossierpauschalen. Denn mit den meisten Drittunternehmen steht das Reisebüro, wie erwähnt, in einem Agenturvertragsverhältnis. Da das Reisebüro als Abschlussagent tätig ist, sind gemäss Art. 418b OR ergänzend die Vorschriften über die Kommission anwendbar, welche wiederum in Art. 425 Abs. 2 OR auf die Vorschriften über den Auftrag verweisen. Die Rechenschafts- und Herausgabepflicht richtet sich mangels einer entsprechenden Regelung im Agenturvertrags- oder Kommissionsvertragsrecht nach der auftragsrechtlichen Bestimmung in Art. 400 OR. Das Reisebüro müsste folglich die Dossierpauschalen (anteilsmässig) den Drittparteien (also den Auftraggebern in Bezug auf den Agenturvertrag) herausgeben. Damit hätte das Reisebüro *überhaupt keine Einnahmen mehr*.

[Rz 6] Analoge Konsequenzen ergäben sich auch für den Versicherungsbroker, wobei dieser regelmässig bloss von den Versicherungsgesellschaften, deren Dienstleistungen vermittelt werden, entschädigt wird. Müssen die sogenannten Courtagen an den Versicherungsnehmer herausgegeben werden, erbringt der Versicherungsbroker seine Leistungen *unentgeltlich*.

[Rz 7] Im Bereich der Finanzdienstleistungen hat die *EBK* unlängst in ihrem Diskussionspapier über Vertriebsvergütungen vom August 2008 zutreffend auf diese Konsequenz hingewiesen: Eine weite Interpretation der Ablieferungspflicht «hätte zur Folge, dass eine Bank auf der einen Seite ihr Auftragshonorar für ihre Vertriebsleistung den Kunden abliefern müsste und auf der anderen Seite das von Kundenseite erlangte Honorar bspw. an eine externe Fondsleitung abzugeben hätte (denn auch mit jener besteht regelmässig ein

[1] Zwar müssen Reisebürokunden seit einigen Jahren in der Regel eine Dossierpauschale bezahlen, die indes bloss einen geringen Teil der Kosten eines Reisebüros abdeckt.

[2] S. die Nachweise bei C. Lombardini/A. Macaluso, Rétrocessions et rétributions dans le domaine bancaire: une nécessaire mise en perspective, AJP 2008, S. 180 f., insbesondere in Fn. 2-4.

Auftrag). Damit würde die Bank sowohl gegenüber Kunden als auch gegenüber der Fondsleitung Leistungen erbringen, bekäme hierfür aber im Ergebnis überhaupt kein Entgelt»[3].

[Rz 8] Der EBK-Bericht macht überdies auch darauf aufmerksam, bei einer Weitergabe der Vergütungen «bekäme der Kunde die Fondsanteile im Ergebnis billiger, als wenn er sie bei der Fondsleitung direkt zeichnete. Am günstigsten wären die Fondsanteile bei den beiden Grossbanken erhältlich, da jene auf Grund ihrer Aggregierungskraft tendenziell höhere Sätze für Vertriebsvergütungen aushandeln können als kleinere Banken»[4]. Dies wäre schon wettbewerbsrechtlich unerwünscht und würde darüber hinaus auch das Ende der sogenannten «offenen Architektur»[5] bedeuten.

2. Rechtsentwicklung

a. Allgemeines

[Rz 9] Die rechtliche Grundlage in Art. 400 OR ist seit Erlass des Gesetzes unverändert geblieben und lautet: «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.» Aus dieser Bestimmung ergibt sich kein Herausgabeanspruch von Zuwendungen Dritter. Das Wort «erstatten» würde sogar eher in die gegenteilige Richtung deuten[6]. Gleichwohl haben sowohl die Lehre als auch die Rechtsprechung die Bestimmung nicht auf die Rückgabe vom Auftraggeber erhaltener Sachen beschränkt; vielmehr wird auch die Herausgabe von Gegenständen, die der Beauftragte von Dritten erlangt hat, bejaht, wobei sich die Auffassungen über die Bestimmung des herausgabepflichtigen Erlangten im Verlaufe der Zeit gewandelt haben.

b. Entwicklung in der Lehre

[Rz 10] In der Kommentierung von Oser bzw. von Oser/Schönenberger wird in Bezug auf die Herausgabepflichten des Beauftragten differenziert zwischen demjenigen, was aus der Geschäftsbesorgung von Dritten erlangt wurde, und den Extraprovisionen, die für den Beauftragten persönlich bestimmt und nicht übermässig waren[7]. Einschränkender formuliert einige Jahrzehnte später Hofstetter in seiner umfassenden Abhandlung über den Auftrag den eigenen Anspruch des Beauftragten: Provisionen darf dieser lediglich noch in dem Umfang behalten, als diese Auslagen betreffen, «die der Beauftragte als Generalunkosten selber zu tragen hat»[8]. In den darauf folgenden Kommentierungen werden Provisionen unter Hinweis auf die deutsche Rechtslage ohne jegliche Einschränkung als herausgabepflichtig bezeichnet[9].

[Rz 11] Im deutschen Recht gehen die Auffassungen in Bezug auf die Herausgabepflicht der Provisionen indessen seit Langem auseinander. Verschiedene Autoren vertreten die Auffassung, Provisionen stehen dem Beauftragten zu, wenn deren wesentlicher Rechtfertigungsgrund ausserhalb des blossen Abschlusses oder der blossen Durchführung des jeweiligen Auftrags liegt[10]. Der Auftraggeber kann bloss das herausverlangen, «was ihm gebührt, weil es sich um seine Angelegenheit handelt»[11]. Gemäss der Gegenmeinung begründen Provisionen, die der Beauftragte für seine Dienste erhält, immer den Verdacht interessenwidrigen Verhaltens. Um einen derartigen Verdacht gar nicht erst entstehen zu lassen, habe der Beauftragte jegliche Zuwendung an den Auftraggeber herauszugeben[12]. Eine herrschende Auffassung lässt sich nach wie vor nicht ausmachen[13].

[Rz 12] Die undifferenzierte Auffassung, wonach jegliche Provisionen, Retrozessionen, Rabatte usw. unter die auftragsrechtliche Herausgabepflicht fallen, lässt sich infolgedessen weder auf ältere schweizerischen Lehrmeinungen noch auf eine im deutschen Recht allgemein akzeptierte Auffassung stützen. Eine vertiefte Begründung für eine solche Herausgabepflicht findet sich im schweizerischen Recht ebenfalls nicht.

c. Entwicklung in der Rechtsprechung

[Rz 13] Die höchstrichterliche Rechtsprechung zu dieser Thematik ist spärlich. In einer Entscheidung des Bundesgerichts aus dem Jahre 1954 wurde ausdrücklich offen gelassen, ob Provisionen gemäss Art. 400 OR dem Auftraggeber weiterzuleiten sind[14]. Soweit ersichtlich beschäftigte sich das Gericht erst knapp 50 Jahre später wieder mit dieser Frage[15]. Es

---

[3] EBK-Bericht «Vertriebsvergütungen» vom August 2008, S. 65.

[4] EBK-Bericht S. 65.

[5] Darunter versteht man das Angebot von externen Produkten. Auch Grossbanken, die eine Vielfalt eigener Finanzprodukte haben, sind bereit, Fonds und strukturierte Produkte von Dritten anzubieten; s. EBK-Bericht S. 42.

[6] § 667 des deutschen BGB lautet demgegenüber: «Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben.»

[7] ZK/Oser OR 400 Rn. 3; gleichlautend die 2. Auflage von ZK/Oser/Schönenberger OR 400 Rn. 7.

[8] J. Hofstetter, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: SPR, Bd. VII/2, Basel 1979, S. 94; ebenso in der 2. Auflage aus dem Jahre 2000, S. 121.

[9] BK/Fellmann OR 400 Rn. 128, 131 f., 134; BSK/Weber OR 400 Rn. 14.

[10] So grundlegend bereits W. Schmidt-Rimpler, Das Kommissionsgeschäft, Ehrenberg Handbuch des Handelsrechts, Bd. V/I/1, Leipzig 1928, S. 686; ebenso MünchKomm/Häuser HGB 384 Rn. 65.

[11] MünchKomm/Seiler BGB 667 Rn. 9; s. auch Erman/Ehmann BGB 667 Rn. 12.

[12] In diesem Sinne am ausgeprägtesten Staub/Koller HGB 384 Rn. 39.

[13] S. die Nachweise auf den Meinungsstand bei W. Hadding, Sind Vertriebsvergütungen von Emittenten an den Kunden herauszugeben?, ZIP 2008, S. 533 f.

[14] BGE 80 IV 53 S. 55.

[15] Urteil des Bundesgerichts 4C.125/2002 vom 27. September 2002.

ging bei dieser Entscheidung freilich nicht um Provisionen, sondern um Gratisaktien, die der Beauftragte anstelle des Auftraggebers erhielt. Gleichwohl nahm das Gericht Bezug auf die genannten Ausführungen in der Kommentarliteratur zu der Herausgabepflicht von Provisionen[16]. In BGE 132 III 460 wiederholte das Gericht die entsprechenden Formulierungen. Danach gehören Provisionen «zu den indirekten Vorteilen, die der Beauftragte herausgeben muss»[17].

[Rz 14] In den Urteilsbegründungen wird jeweils weder vertieft noch hinterfragt, ob Provisionen generell an den Auftraggeber herauszugeben sind. Dies war in den beiden Bundesgerichtsentscheidungen (wie nachfolgend näher dargelegt wird) auch nicht notwendig, da die Gratisaktien in der ersten Entscheidung bzw. die Retrozessionen in der zweiten Entscheidung auch der Auftraggeber erhalten hätte, wenn er selber (statt über den Beauftragten) gehandelt hätte.

3. Herausgabepflichtige und nicht herausgabepflichtige Provisionen

a. Geschäftlicher Eigenbereich des Beauftragten

[Rz 15] Zu wenig Beachtung fand im Schrifttum bislang die Frage, ob die in der neueren Kommentarliteratur ohne Begründung vertretene Auffassung, wonach sämtliche Provisionen, die der Beauftragte von Dritten erhält, dem Auftraggeber zustehen, tatsächlich zutreffend ist. Oftmals geht man davon aus, das Bundesgericht habe diese Frage in BGE 132 III 460 entschieden, weshalb sich höchstens noch die Frage des Verzichts auf den Herausgabeanspruch stelle. Diese Auffassung wird weder den in der Wirtschaft verbreiteten und etablierten Entschädigungsmodellen noch dem durch das Bundesgericht entschiedenen Sachverhalt gerecht und vermag auch sachlich nicht zu überzeugen.

[Rz 16] Die Forderung, sämtliche von Dritten erhaltenen Entschädigungen seien den Kunden herauszugeben, wird den Verhältnissen einer *modernen Dienstleistungsgesellschaft* nicht gerecht. Erzielt der Beauftragte Einnahmen, die ihren unmittelbaren Grund nicht ausschliesslich in der Ausführung eines bestimmten Auftrags, sondern in seiner *eigenwirtschaftlichen Leistung* haben, stehen diese Zuwendungen ihm und nicht dem Kunden zu. Auch dem Beauftragten ist ein geschäftlicher Eigenbereich zuzuerkennen, in welchem er trotz eines Mandatsverhältnisses eine genuine Eigenleistung erbringt und dafür entschädigt wird.

[Rz 17] Unternehmen entschädigen die Beauftragten im Regelfall aus zwei Gründen: Erstens weil sie ein Interesse daran haben, dass die Beauftragten ihre Auftraggeber (Ferienreisende, Versicherungsnehmer, Anleger usw.) beraten, informieren und betreuen. Zweitens erbringen Beauftragte eine eigenwirtschaftliche Leistung, indem sie zahlreiche Nachfragen zu einer Gesamtnachfrage bündeln.

b. Entschädigung für Beratung

[Rz 18] Der Beauftragte berät, informiert und betreut die Kunden oftmals anstelle des Drittunternehmens. Zu denken ist etwa an das eingangs erwähnte Reisebüro, das den Kunden für den Dritten (z.B. über die Reiseleistungen am Urlaubsort oder über Visavorschriften) berät, aber auch an den Versicherungsmakler, der Abklärungen für das Versicherungsunternehmen trifft und dem interessierten Versicherungsnehmer Vor- und Nachteile der verschiedenen Versicherungslösungen aufzeigt, an den Anlageberater, der für den Emittenten von Anlageprodukten Informations- und Betreuungsfunktionen wahrnimmt usw.

[Rz 19] Damit erbringen diese Dienstleistungsunternehmen eine eigenwirtschaftliche Leistung. Die Entschädigungen, die sie von Dritten (Reiseveranstalter, Airlines, Versicherungsgesellschaften, Fondsanbieter usw.) hierfür erhalten, stehen aus diesem Grunde ihnen zu.

c. Zusammenfassung der Nachfrage

[Rz 20] Der zweite wichtige Grund für die Entschädigung liegt darin begründet, dass die Beauftragten zahlreiche *Nachfragen nach einem Produkt oder einer Leistung* eines Dritten *zusammenfassen*. Durch dieses Bündeln der Nachfrage entlasten sie den Dritten und erhalten hierfür Grosshandelsprovisionen bzw. Preisnachlässe. Diese finanziellen Vorteile würden weder dem einzelnen Kunden, wenn er das Geschäft selbst tätigen würde, noch dem Beauftragten, wenn er bloss das einzelne Geschäft des betreffenden Kunden ausführen würde, gewährt.

[Rz 21] Die einzelnen Kunden selber können diesen Vorteil lediglich dann erzielen, wenn sie sich – mit entsprechendem Aufwand – organisatorisch zusammenschliessen. Dies belegt, dass der Beauftragte durch die Bündelung der Nachfrage nach einem Produkt einen Mehrwert generiert, dessen Abgeltung auch ihm zustehen muss.

[Rz 22] Oftmals liegen beide Entschädigungsgründe vor. So kommt es insbesondere bei den bereits erwähnten Reisebüros, Versicherungsmaklern und Anlageberatern, die Beratungsleistungen erbringen, gleichzeitig zu einer Bündelung von Nachfragen. Auch im Rahmen der Vermögensverwaltung liegen beide Aspekte vor. Soweit ein Vermögensverwalter allerdings keine Leistungen für Dritte erbringt, steht die Frage nach der Bündelung im Vordergrund.

---

[16] S. die Nachweise in Fn. 9.

[17] BGE 132 III 460, S. 464. Im Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 26.6.07 (ZR 2008, S. 130 f.) wird in Bezug auf die Herausgabethematik lediglich kurz auf BGE 132 III 464 f. Bezug genommen, um sich anschliessend bloss noch mit der Frage des Anspruchsverzichts zu befassen.

d. Verpflichtung zur Herausgabe

[Rz 23] Ein wichtiger Umstand im erwähnten Bundesgerichtsentscheid wird in der bisherigen Diskussion meist übersehen: Der betreffende Vermögensverwalter hat die Retrozessionen von den Banken nicht für eine Vielzahl von Kunden, sondern für die Verwaltung *eines grossen Stiftungsvermögens* erhalten. Es liegt mithin keine Bündelung vor, und es ist auch nicht ersichtlich, welche nennenswerten Leistungen der Vermögensverwalter im Interesse der Banken erbracht haben soll. Die Entschädigung erfolgte voraussetzungslos und bloss für die Zuführung eines Kunden. Das Bundesgericht hat in diesem Fall den Herausgabeanspruch zu Recht bejaht.

[Rz 24] Keine eigenwirtschaftliche Leistung erbringt etwa auch der Treuhänder, der im Rahmen eines Auftragsverhältnisses einer Bank einen vermögenden Klienten vermittelt und hierfür eine «Finder's Fees» erhält, oder der Innenarchitekt, der im Auftrag eines Grosskunden die Inneneinrichtung bestellt, dabei auf die bei solchen Bestellungen üblichen Reduktionen zugunsten einer ihm persönlich zukommenden Provision verzichtet.

[Rz 25] Die Regel muss lauten: Würde der Kunde, wenn er dieselben Marktkenntnisse bzw. persönlichen Beziehungen wie der Beauftragte hätte, die Vorteile auch selbst erhältlich machen können, so stehen diese eben ihm zu. Denn gerade wegen dessen persönlichen Eigenschaften hat der Kunde den Beauftragten mit der Geschäftsbesorgung beauftragt, und für die Nutzung dieser Eigenschaften erfolgt auch die Honorierung.

4. Folgerungen

[Rz 26] Bei der rechtlichen Beurteilung von Provisionen (bzw. im Falle externer Vermögensverwalter von Retrozessionen) ist demnach zu unterscheiden, ob diese Zuwendungen ihre Rechtfertigung *im konkreten Geschäftsabschluss* oder in den *eigenen Leistungen des Beauftragten*, also in einem durch diesen für sich selbst erzielten Mehrwert haben. Dies führt zu folgenden Kategorisierungen:

[Rz 27] *Nicht an den Kunden herauszugeben* sind Vorteile, die den Beauftragten für seine anstelle des Dritten erbrachten Beratungs- und Betreuungsleistungen entschädigen. Ebenfalls nicht herauszugeben sind Zuwendungen, die dem Kunden nicht selber zugekommen wären, namentlich Grosshandelsprovisionen und -preisnachlässe.

[Rz 28] *An den Kunden herauszugeben* sind dagegen Vorteile, die dem Kunden selber ebenfalls zugekommen wären, wenn er das Geschäft selbst besorgt hätte. Gleiches gilt in jenen Fällen, in denen diese Vorteile dem Beauftragten bloss aufgrund seiner Marktkenntnisse oder seiner persönlichen Beziehungen zukommen.

Der Autor ist Professor an der Universität St. Gallen. Eine ausführliche Analyse zu den Herausgabepflichten im Auftragsrecht erscheint in Heft 1/2009 der Zeitschrift für Schweizerisches Recht.

---

* * *