

Die auftragsrechtliche Herausgabepflicht des «Erlangten»

VITO ROBERTO*

Schlagworte: Auftragsrecht, Herausgabepflichten, Provisionen, Retrozessionen, Rabatte, Schmiergelder, Entschädigung des Beauftragten, Reisebüro, Banken, Vermögensverwalter

A. Fragestellung

Der Beauftragte hat nach Art. 400 Abs. 1 OR alles, was ihm infolge seiner Geschäftsführung aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, dem Auftraggeber zu erstatten. Der Begriff «Erstatten» ist allgemeiner Auffassung nach insofern zu eng, als sich die Herausgabepflicht nicht bloss auf das vom Auftraggeber zur Auftragsausführung *Erhaltene*, sondern auch auf das in Erfüllung des Auftrags *Geschaffene* sowie – und das ist Gegenstand dieses Beitrags – von Dritten aus der Geschäftsbesorgung *Erlangte* erstreckt.¹ Einigkeit besteht auch darüber, dass sowohl Vermögenswerte als auch Dokumente und Unterlagen (z.B. Pläne oder Röntgenbilder) sowie Gegenstände mit blossem Liebhaberwert herauszugeben sind.²

Weniger klar ist, was alles zum herausgabepflichtigen Erlangten gehört und was dem Beauftragten selbst zusteht. Bei der Erörterung dieser Frage unterscheidet man meist folgende Zuwendungen: Provisionen, Trinkgelder, Gelegenheitsgeschenke, Bestechungsgelder (Schmiergelder) sowie die im vorliegenden

* Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen.

1 ZK/OSER/SCHÖNENBERGER OR 400 Rn. 7; BK/GAUTSCHI (1971) OR 400 Rn. 1a; JOSEF HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: SPR, Bd. VII/2, 2. Aufl., Basel 2000, S. 119; BK/FELLMANN OR 400 Rn. 11, 115; BK/BECKER OR 400 Rn. 6; CR/WERRO CO 400 Rn. 13 f.; CHK/GEHRER/GIGER OR 400 Rn. 12; PETER DERENDINGER, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, Freiburg 1988, Rn. 143 ff.; s. auch FRANZ WERRO, Le mandat et ses effets, Freiburg 1993, Rn. 516 ff.

2 BK/GAUTSCHI (1971) OR 400 Rn. 7a ff.; HOFSTETTER (Fn. 1), S. 119 f.; BSK/WEBER OR 400 Rn. 12 f.; BK/FELLMANN OR 400 Rn. 115 f., 122, 130; CR/WERRO CO 400 Rn. 13, 15; DERENDINGER (Fn. 1), Rn. 146 f. Dabei wird jeweils darauf hingewiesen, nicht abzuliefern, aber unter Umständen vorzulegen, seien Entwürfe, interne Notizen, Materialsammlungen und (bei Arztverträgen) die Krankengeschichte. Dies ist dann zutreffend, wenn es sich um durch den Beauftragten selbst geschaffene «Arbeitsprodukte» handelt, nicht dagegen, wenn diese von Dritten erlangt werden.

Zusammenhang jeweils ebenfalls erwähnten Preisnachlässe (Rabatte).³ Dass nach dem Willen des Dritten solche Vorteile dem Beauftragten, und gerade nicht dem Auftraggeber zufließen sollen, ist unbestrittener Auffassung nach unbeachtlich.⁴ Umgekehrt lässt sich nicht sagen, der Beauftragte habe *alles*, was ihm von Dritten zugekommen ist, herauszugeben. Ungenau und zu weit sind auch Formulierungen, wonach der Beauftragte sich aus der Besorgung fremder Geschäfte «nicht bereichern»,⁵ durch die Ausführung des Auftrags «keinen Vorteil ziehen»⁶ oder vom Honorar abgesehen «weder gewinnen noch verlieren» soll.⁷

Nach welchen Gesichtspunkten zu entscheiden ist, welche Vorteile der Beauftragte behalten darf und welche er dem Auftraggeber herauszugeben hat, ist unklar und umstritten. Die Fragestellung fand in jüngster Zeit im Zusammenhang mit der Herausgabepflicht von Vergütungen, die externe Vermögensverwalter von Dritten (namentlich Banken und Fonds) erhalten,⁸ über die juristische Literatur hinaus grosse Beachtung.⁹ Erstaunlicherweise fokussiert bislang die Diskussion in diesem Bereich auf die Information über das Erlangte und die Gültigkeit eines Verzehrs seitens des Auftraggebers. Wenig Beachtung fand

3 Zur rechtlichen Einordnung von Rabatten s. hinten Ziff. E.II.

4 BGE 132 III 460, 464 m.w.H. Ebenso die deutsche Rechtsprechung und Lehre, s. etwa BGH NJW 2001, S. 2476, 2477; Staudinger/MARTINEK BGB 667 Rn. 12 m.w.H.

5 HOFSTETTER (Fn. 1), S. 119.

6 BK/GAUTSCHI (1971) OR 400 Rn. 6a f.; BK/FELLMANN OR 400 Rn. 114.

7 BK/FELLMANN OR 400 Rn. 114; ebenso BGE 132 III 460, 464. An beiden Orten wird abschliessend freilich einschränkend ausgeführt, dies gelte nicht für Vorteile, die lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem erteilten Auftrag, von Dritten erlangt werden; s. zum Kriterium des «inneren Zusammenhangs» hinten Ziff. C.III.

8 Sogenannte Retrozessionen. Im Finanzmarktbereich werden für Sondervergütungen verschiedene Bezeichnungen verwendet, die sich auf unterschiedliche Sachverhalte beziehen, so etwa Provisionen, Vermittlungskommissionen, Bestandespflegeentschädigungen, Finder's Fees; s. zu den Begriffen PETER CH. HSU, Retrozessionen, Provisionen und Finder's Fees, ZSR Beiheft 45, Basel 2006, S. 2; EBK-Bericht «Vertriebsvergütungen», Anreizsysteme und Interessenkonflikte beim Vertrieb von Finanzprodukten vom August 2008, S. 23 f.

9 SANDRO ABEGGLEN, «Retrozession» ist nicht gleich «Retrozession», SZW 2007, S. 122 ff.; ROMEO CERUTTI, Rechtliche Aspekte der Vermögensverwaltung im Schweizer Universalbankensystem – Ein Überblick, ZSR 2008 I, S. 69, 88 ff.; SUSAN EMMENEGGER, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Susan Emmenegger (Hrsg.) Anlagerecht, Basel 2007, S. 59 ff.; HSU (Fn. 8), S. 30 ff.; CARLO LOMBARDINI und ALAIN MACALUSO, Retrocessions et rétributions dans le domaine bancaire: une nécessaire mise en perspective, AJP 2008, S. 180 ff.; PETER NOBEL und ISABEL STIRNIMANN, Zur Behandlung von Entschädigungen im Vertrieb von Anlagefonds- und strukturierten Produkten durch Banken, SZW 2006, S. 343 ff.; VITO ROBERTO, Vertriebsprovisionen: Entschädigung des Beauftragten oder dem Auftraggeber zustehender Vermögenswert?, in: Jusletter v. 5.1.2009; MONIKA ROTH, Das Dreiecksverhältnis Kunde – Bank – Vermögensverwalter, Zürich/St. Gallen 2007, S. 61 ff.; SIMON SCHÄREN, Rechenschafts- und Herausgabepflicht des Vermögensverwalters im Bezug auf «Retrozessionen», AJP 2008, S. 1204 ff. m.w.N.; vgl. ferner die Beiträge in den Medien von SABINE KILGUS und ROLF KUHN, Problematischer Umgang mit Umsatzprovisionen, NZZ v. 7.7.2006, S. 23; DANIEL FISCHER und ENZO CAPUTO, Tickende Zeitbombe Retrozessionen, FuW v. 30.6.2007, S. 30; ausführlich mit dieser Problematik befasst sich der in Fn. 8 erwähnte EBK-Bericht.

die vorgelagerte Frage, was unter das «auftragsrechtlich Erlangte» fällt, das dem Auftraggeber herauszugeben ist.

Zu kurz kommt in der derzeitigen Diskussion auch der Aspekt, dass es sich nicht um ein isoliertes Problem der Entschädigungspraktiken in der Vermögensverwaltungsbranche (oder im Finanzdienstleistungsbereich ganz allgemein) handelt. Entsprechende Entschädigungsmodelle sind vielmehr auch in anderen Branchen seit jeher etabliert und international üblich.

Nachfolgend sollen zunächst die praktische Bedeutung der Fragestellung anhand einiger Dienstleistungsbranchen erläutert (B) und die Auffassungen in Lehre und Rechtsprechung dargelegt werden (C). Anschliessend sind anhand der Schmiergeldproblematik verschiedene Aspekte der Herausgabepflicht kritisch zu würdigen (D). Darauf aufbauend ist zunächst zu konkretisieren, was unter das herausgabepflichtige Erlangte fällt (E), um sodann die Folgerungen beispielhaft anhand der Reise- und Finanzmarktbranche aufzuzeigen (F). Schliesslich werden im Rahmen einer Schlussbetrachtung die gewonnenen Erkenntnisse dargelegt (G).

B. Praktische Relevanz und Anwendungsbereich

I. Für die Reisebranche

Reisebürokunden stehen mit dem Reisebüro in einem Auftragsverhältnis. Dieses hat den Kunden sorgfältig zu beraten und die einzelnen Reiseleistungen bzw. den Pauschalreisevertrag zu vermitteln. Zwischen dem vermittelnden Reisebüro («Retailer») und dem die Pauschalreise anbietenden Reiseveranstalter («Touropoperator») besteht regelmässig ein Agenturvertragsverhältnis.¹⁰

Kommt ein Vertrag zwischen dem Kunden und dem Reiseveranstalter zustande, so erhält das vermittelnde Reisebüro vom Reiseveranstalter eine Entschädigung, die in der Branche «Provision» oder «Kommission» genannt wird.¹¹ Die Reiseveranstalter versuchen, durch finanzielle Anreize die Reisebüros möglichst eng an die eigenen Produkte zu binden. Bei Überschreiten bestimmter Umsatzzahlen vermittelter Reisen steigen die prozentualen Kommissionssätze an («Super-Provisionen»).

Entsprechendes galt früher auch für Vermittlungen von Flügen. Seit Ende des letzten Jahrhunderts senkten die Fluggesellschaften die Kommissionssätze sukzessive oder verzichteten ganz auf die Ausrichtung von Kommissionen.

Der Kunde seinerseits musste früher dem Reisebüro keine Entschädigung leisten. Vor etwa einem Jahrzehnt begannen Reisebüros sogenannte Dossier-

10 Vgl. zu den Vertragsbeziehungen zwischen Reisevermittler, Reiseveranstalter und Kunden BSK/ROBERTO PRG 2 Rn. 5 ff.

11 Siehe die Umschreibungen in der Publikation «Die Schweizer Reisebranche», publiziert auf der Homepage des Schweizerischen Reisebüro-Verbands www.srv.ch.

pauschalen bzw. Reservations- und Beratungsgebühren in Rechnung zu stellen, die unabhängig vom Reisepreis und vom Umfang der tatsächlich erbrachten Leistungen bzw. vom aufgewendeten Zeitaufwand sind. Diese ergänzen die seitens der Reiseveranstalter oder sonstiger touristischer Anbieter geleisteten (im Vergleich zu früher niedrigeren) Kommissionen.

II. Für den Finanzdienstleistungsbereich

Erwähnt sei sodann der Finanzdienstleistungsbereich. Bekannt geworden sind namentlich die Zahlungen, welche an externe Vermögensverwalter geleistet werden. Das Bundesgericht hat im vielbeachteten Entscheid BGE 132 III 460 einen Vermögensverwalter verpflichtet, die von Banken erhaltenen «Retrozessionen» dem Auftraggeber herauszugeben. Eine Vielzahl von Publikationen beschäftigt sich seither mit den Auswirkungen des Urteils, wobei die Meinungen weit auseinander gehen.¹² Dies führte vor allem bei den externen Vermögensverwaltern zu Verunsicherungen. Unklar sind namentlich die Tragweite und die Verallgemeinerungsfähigkeit der bundesgerichtlichen Feststellungen.¹³

Zuwendungen erfolgen nicht bloss von Banken an externe Vermögensverwalter, sondern auch in anderen Bereichen des Finanzdienstleistungssektors. Um den Vertrieb der eigenen Dienstleistungen bzw. Produkte zu unterstützen, richten Finanzdienstleister (meist Banken oder Fondsgesellschaften) anderen Finanzdienstleistern Vergütungen aus. So sind in den letzten Jahren Banken zunehmend bereit, Produkte anderer Anbieter aktiv zu vertreiben, wofür sie eine Kommission erhalten.¹⁴ Eine Entschädigung fliesst regelmässig auch beim Vertrieb von konzerneigenen Produkten, d.h. wenn eine anbietende Konzerngesellschaft an die mit dem Vertrieb betraute Konzerngesellschaft eine Vertriebsentschädigung leistet.¹⁵

Die in der Finanzmarktbranche üblichen Zuwendungen haben infolgedessen verschiedene Ursachen und Hintergründe. Sie können Entschädigungen darstellen für verschiedene Vertriebs- und sonstige Dienstleistungen und/oder stellen einen Gesamtumsatzbonus bzw. Grosshandelspreinsnachlass dar.¹⁶ In der schweizerischen Diskussion trägt man diesen unterschiedlichen Funktionen durch die Verwendung spezifischer Begriffe vermehrt Rechnung, während frü-

12 Nachweise vorne in Fn. 9; siehe auch den zusammenfassenden Überblick über den Meinungsstand bei SCHÄREN (Fn. 9), S. 1209.

13 Ebenso EBK-Bericht (Fn. 8), S. 64 f.

14 NOBEL/STIRNIMANN (Fn. 9), S. 344 f.

15 Hsu (Fn. 8), S. 77; NOBEL/STIRNIMANN (Fn. 9), S. 347; CERUTTI (Fn. 9), S. 91 f. Solche Entschädigungen dürften schon aus Steuergründen notwendig sein, da die Steuerbehörden unentgeltliche Vertriebsleistungen einer Gruppengesellschaft zugunsten einer anderen Gruppengesellschaft kaum akzeptieren werden.

16 Siehe zu den Funktionen solcher Zahlungen NOBEL/STIRNIMANN (Fn. 9), S. 348 ff.; Hsu (Fn. 8), S. 3 und S. 8 f.

her oftmals sämtliche Vergütungsarten unter dem wenig glücklichen Begriff «Retrozessionen» zusammengefasst wurden. Es geht bei diesen Zuwendungen nicht um Forderungsabtretungen,¹⁷ sondern um effektive Vergütungen, weshalb der Begriff «Zession» von vornherein unzutreffend ist.

III. Für die Versicherungsbranche und weitere Dienstleistungsbereiche

Als weitere Branche ist die Versicherungsbranche zu erwähnen. Versicherungsbroker werden von ihren Kunden beauftragt, Beratungsleistungen im Gebiet der möglichen Risiken zu erbringen und Versicherungslösungen vorzuschlagen. Sodann stehen die Broker auch in einem Vertragsverhältnis mit verschiedenen Versicherungen.¹⁸

Der Kunde entschädigt den Broker für seine Leistungen in aller Regel nicht. Der Branchenverband der Versicherungsbroker führt diesbezüglich in seinem Berufsbild aus: «Der Broker erhält das Entgelt für seine Tätigkeiten üblicherweise als Courtage vom Versicherer erstattet. Direkte Honorarvereinbarungen zwischen Kunden und Broker bedürfen einer ausdrücklichen Vereinbarung».¹⁹ Dass der Nichtauftraggeber dem Versicherungsbroker die Entschädigung für seine Leistungen erbringt, entspricht auch den internationalen Gepflogenheiten.²⁰

Je nach Versicherungsart wird die Courtage entweder in Prozenten der Prämie berechnet und während der Dauer des Versicherungsvertrages jährlich ausgerichtet, oder es ist eine Abschlussprovision und anschliessend bloss noch eine Bestandesprovision geschuldet. Die Courtagesätze variieren zum einen nach Versicherungsarten und zum anderen nach der Marktmacht des Maklers stark und können von etwas über 1 % bis zu zweistelligen Prozentsätzen betragen.²¹

Neben den erwähnten Branchen gibt es eine Vielfalt von Beratungsdienstleistungen,²² in denen die Berater den Auftraggebern andere Dienst- und Werk-

17 Darauf weisen auch hin WERNER DE CAPITANI, Retrozessionen an externe Vermögensverwalter, in: Claude-Alain Margelisch und Christoph Winzeler (Hrsg.), Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht, FS Chapuis, Zürich 1998, S. 25, 26; MATTHÄUS DEN OTTER, Kommentar Anlagengesetz, Zürich 2001, Art. 12 Abs. 2 Rn. 7; Hsu (Fn. 8), S. 2.

18 Vgl. zu den Vertragsverhältnissen im einzelnen HANNES BAUMANN, Die Courtage des Versicherungsmaklers, Zürich 1996, S. 10 f., 40 ff., 64 ff. m.N.; s. auch Hsu (Fn. 8), S. 81 ff.

19 Berufsbild Schweizer Versicherungsbroker Ziff. 7, publiziert auf deren Homepage www.siba.ch, wo des Weiteren ausgeführt wird: Die Courtage umfasst einen bestimmten Prozentsatz der Versicherungsprämie, Spareinlagen oder Versicherungssummen. Ihre Höhe wird in aller Regel in den Zusammenarbeitsvereinbarungen (Courtageabkommen) festgelegt.

20 Siehe BAUMANN (Fn. 18), S. 40 ff. m.N. Vgl. auch BGE 124 III 481, 484, wonach «die Maklerin – wie es ausländischer Usanz entspricht, die sich auch in der Schweiz durchzusetzen beginnt (...) – ihre Vergütung als Courtage von der jeweiligen Versicherungsgesellschaft» erhält.

21 BAUMANN (Fn. 18), S. 219 f.

22 Einen Überblick über mögliche Auftragsverhältnisse gibt PETER GAUCH, VIKTOR AEPLI und HUBERT STÖCKLI, Präjudizienbuch zum OR, Zürich 2002, Art. 394 Rn. 3 ff.; siehe ferner BK/FELLMANN Vorb. zu OR 394 bis 406 Rn. 1 ff., OR 394 Rn. 8 ff., 135 ff.

Leistungen oder Produkte empfehlen und die berücksichtigten Unternehmen erfahrungsgemäss den Beratern eine Entschädigung oder sonstigen materiellen Vorteil zukommen lassen. Gleiches gilt für Beratungsunternehmen, die auf ein Netzwerk von im gleichen Bereich tätigen Unternehmen zurückgreifen können. Werden etwa ausländische Mitglieder dieses Netzwerks mit Mandaten betraut, besteht oftmals eine Verpflichtung dieses Mitglieds, der Person (bzw. der Gesellschaft), die das Mandat vermittelt hat, eine Klientenprovision auszurichten.

Der Frage, ob diese Entschädigungen, seien diese als Courtagen, Kommissionen, Provisionen oder sonst wie bezeichnet, bzw. die sonstigen erlangten vermögenswerten Vorteile an die Auftraggeber herauszugeben sind, kommt eine eminent grosse Bedeutung zu. Zu beachten ist in praktischer Hinsicht, dass es für die Unternehmen ökonomisch sinnvoll ist, durch ansteigende Entschädigungsmodelle finanzielle Anreize zu setzen, damit die vermittelnden Beauftragten bzw. die Kommissionäre einen möglichst hohen Umsatz mit den Leistungen des betreffenden Unternehmens erzielen.

IV. Auftragsverhältnis als Anwendungsvoraussetzung

Das Gesetz sieht eine Herausgabepflicht bloss beim Auftrag und – aufgrund der Verweisungen – bei auftragsähnlichen Vertragsverhältnissen, namentlich der Kommission, nicht dagegen bei anderen Vertragsbeziehungen vor. Auch die Lehre beschränkt sich auf diesen Bereich. Sondervergütungen und Preisnachlässe sind aber auch in anderen Vertragskonstellationen üblich.

Erwähnt seien etwa die bei Kaufverträgen üblichen Mengenrabatte. Sodann müssen die Wiederverkäufer (Detaillisten) von Waren dem Hersteller, Importeur oder Grossisten erheblich tiefere Preise als der Durchschnittskunde bezahlen, selbst wenn dieser direkt bei letzteren die Ware erwerben kann. Entsprechend der Situation in Auftragsverhältnissen dürfte der Verkäufer vor allem dann finanzielle Vorteile oder anderweitige «Belohnungen»²³ vom Lieferanten erlangen, wenn er mengenmässig bestimmte Umsatzziele überschreitet. Es steht dem Verkäufer indes frei, ob er die erhaltenen Sondervergütungen und Vergünstigungen den Kunden (teilweise) weitergeben will. Eine Pflicht hierzu besteht nicht. Die finanziellen Vorteile sind ein Entgelt für die Bündelung einer grösseren Anzahl von Nachfragen.

Etwas unklarer ist die rechtliche Situation bei Werkverträgen. Eine analoge Sachverhaltskonstellation zum Auftragsverhältnis besteht z.B. bei der Übernahme einer Werkherstellung ohne festen Preis, bei welchem neben der Arbeitsleistung auch die Aufwendungen des Unternehmers zu entschädigen sind.²⁴ Dem Unternehmen dürften entsprechend dem soeben bei Kaufverträgen Ausge-

²³ Zu denken ist etwa an Einladungen zu sportlichen oder kulturellen Veranstaltungen, zu einem Wochenende in den Bergen und dergleichen mehr.

²⁴ Art. 374 OR.

führten namentlich bei Materialeinkäufen Sondervergütungen und Preisermässigungen zugestanden werden, womit sich die Frage stellt, ob und inwiefern der Unternehmer diese bei der Rechnungsstellung offen legen und vom Werklohn abziehen bzw. (falls dieser bereits bezahlt wurde) herausgeben muss.²⁵

Bedeutsam ist die Qualifikation des jeweils vorliegenden Vertragsverhältnisses in erster Linie in Bezug auf die Abgrenzung zwischen dem Kauf und dem auftragsrechtlichen Regeln unterstehenden Kommissionsvertrag. Bei Wertpapiergeschäften ohne vorgelagerte Kommissionsvereinbarung liegt ein Kauf vor.²⁶

C. Literatur und Rechtsprechung

I. Auffassungen in der Literatur

Bei OSER/SCHÖNENBERGER findet sich zunächst der Grundsatz, dass der Beauftragte herauszugeben hat, was er aus der Geschäftsbesorgung von Dritten erlangt. Dieser Grundsatz erfährt in der Folge eine erhebliche Einschränkung, in dem ausgeführt wird: «Dazu gehören usugemäss und nach stillschweigend anzunehmendem Vertragswillen nicht die freiwilligen Zugaben des Dritten, wie Trinkgelder, Extraprovisionen, die für den Beauftragten persönlich bestimmt und nicht übermässig waren»²⁷. Nach dieser Auffassung sind folglich *für den Beauftragten bestimmte angemessene und übliche* Zuwendungen nicht herausgabepflichtig.

Uneinheitlich ist in der älteren Lehre die Behandlung von Bestechungsgeldern. Während FICK die Herausgabepflicht bejaht, es sei denn, der Auftraggeber habe die Schmiergelder dem Beauftragten überlassen,²⁸ spricht sich OSER in der ersten Auflage des Zürcher Kommentars gegen einen solchen Anspruch aus.²⁹ Nachdem HIRZEL in seiner Dissertation «Das Schmiergeldwesen und die Rechtsbehelfe der davon Beeinträchtigten nach schweizerischem Recht» aus dem Jahre 1930 dargelegt hatte, die Interessenlage der Parteien würden eine Herausgabe der Schmiergelder an den Auftraggeber trotz verbleibender dogma-

²⁵ Diese Frage kann hier offen gelassen werden, da sich der vorliegende Beitrag auf den auftragsrechtlichen Herausgabeanspruch des Erlangten beschränkt. Allgemein zu solchen Zuwendungen bei Werkverträgen PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Rn. 391, 436, 451, 1247.

²⁶ Zur Abgrenzung des Kaufs von der Kommission in Bezug auf Bankgeschäfte s. LOMBARDINI/MACALUSO (Fn. 9), S. 189 f.; NOBEL/STIRNIMANN (Fn. 9), S. 346 f.

²⁷ ZK/OSER/SCHÖNENBERGER OR 400 Rn. 7. So schon die 1. Auflage ZK/OSER (1915) OR 400 Rn. 3.

²⁸ FRIEDRICH FICK, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1911, OR 400 Rn. 19, 23. Damit führte er die Auffassung von Schneider und seinem Vater H. Fick fort, die bereits zum alten OR 398 eine Herausgabepflicht von Schmiergeldern bejaht hatten; s. ALBERT SCHNEIDER/HEINRICH FICK, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1893, OR 398 Rn. 1.

²⁹ ZK/OSER (1915) OR 400 Rn. 3.

tischer Bedenken nahe legen und diese Auffassung auch mit dem Wortlaut des Gesetzes zu vereinbaren sei,³⁰ schlossen sich in den folgenden Jahren die überarbeitete Kommentierung OSER/SCHÖNENBERGER sowie BECKER dieser Ansicht an.³¹

Ende der siebziger Jahre des letzten Jahrhunderts befasste sich HOFSTETTER in der umfassenden Darstellung des Auftrags eingehender mit der Schmiergeldthematik.³² Seiner Ansicht nach darf der Auftraggeber die Ablieferung von Bestechungsgeldern verlangen, wobei er einräumt, diese Lösung sei «nicht makellos, weil auch der Auftraggeber sich nicht an unsittlichen Geschäften bereichern soll». ³³ Gleichwohl verdiene diese Lösung «den Vorzug gegenüber der Auffassung, die die Schmiergelder dem Beauftragten belassen will mit der Begründung, sie seien nicht *ex causa mandati*, sondern *ex occasione mandati* erlangt worden». ³⁴

Rabatte und Provisionen kann der Auftraggeber – gemäss HOFSTETTER – ebenfalls herausverlangen, sofern diese nicht Auslagen betreffen, «die der Beauftragte als Generalunkosten selber zu tragen hat». ³⁵ Auch Mengenrabatte sind den jeweiligen Auftraggebern *pro rata* weiterzuleiten. Denn weder bei Schmiergeldern noch bei Rabatten komme es auf den Willen des Dritten an, die Zuwendung ausschliesslich zugunsten des Beauftragten zu machen. Die üblichen Gelegenheitsgeschenke sind dagegen nicht herauszugeben. ³⁶

Im Gegensatz zur Kommentierung OSER/SCHÖNENBERGER befürwortet folglich HOFSTETTER – wenngleich noch etwas vage – eine weitgehende Herausgabepflicht von Preisnachlässen und Provisionen; ausgenommen bleiben bloss noch Gelegenheitsgeschenke und Trinkgelder. In der Folge schloss sich die Literatur kritiklos dieser Unterscheidung zwischen herausgabepflichtiger Rabatte, Provisionen und Schmiergelder einerseits und nicht herausgabepflichtiger Gelegenheitsgeschenke und Trinkgelder andererseits an, ³⁷ wobei die Einschränkungen

30 OSKAR HIRZEL, Die Schmiergelderunwesen und die Rechtsbehelfe der davon Beeinträchtigten nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1930, S. 80 ff.

31 ZK/OSER/SCHÖNENBERGER OR 400 Rn. 7 (mit Hinweis auf die abweichende 1. Auflage); BK/BECKER OR 400 Rn. 6 mit Verweis auf das Urteil des deutschen Reichsgerichts in Ziv 99 34 Nr. 9.

32 HOFSTETTER (Fn. 1) in der 1. Aufl. aus dem Jahre 1979, S. 93 f.; ebenso die 2. Aufl. aus dem Jahre 2000, S. 120 f.

33 HOFSTETTER (Fn. 1), S. 120 f.

34 HOFSTETTER (Fn. 1), S. 121; ebenso BK/FELLMANN OR 400 Rn. 132; DERENDINGER (Fn. 1), Rn. 143 Fn. 175; für das Arbeitsrecht BK/REHBINDER OR 321b Rn. 3, OR 321a Rn. 4; ZK/STÄHELIN OR 321b Rn. 3.

35 HOFSTETTER (Fn. 1), S. 121; so auch ROLF H. WEBER, Praxis zum Auftragsrecht und zu den besonderen Auftragsarten, Bern 1990, S. 94.

36 HOFSTETTER (Fn. 1), S. 121.

37 Siehe BSK/WEBER OR 400 Rn. 14; BK/FELLMANN OR 400 Rn. 128, 131 f., 134; CR/WERRO CO 400 Rn. 13; EMMENEGGER (Fn. 9), S. 72, die darauf hinweist, dass sich Trinkgelder und Gelegenheitsgeschenke im «Banalitätsbereich» bewegen, während Retrozessionen einen wesentlichen Teil der Einnahmen eines Vermögensverwalters bilden. Dagegen ist einzuwenden, dass auch Trinkgelder «einen wesentlichen Teil der Einnahmen» des Bedienungspersonals sein können.

kung von HOFSTETTER bezüglich der Verwendung solcher Entschädigungen zur Deckung der Generalunkosten fallengelassen wurde. Preisnachlässe und Provisionen werden in der heutigen Lehre Schmiergeldern gleichgestellt und regelmässig zusammen behandelt.

II. Gerichtspraxis

Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Herausgabepflicht von Preisnachlässen, Provisionen oder Schmiergeldern ist überaus spärlich. ³⁸ In einer älteren Entscheidung aus dem Jahre 1954 liess das Bundesgericht ausdrücklich offen, ob Provisionen dem Auftraggeber herauszugeben sind. ³⁹

In einer vor wenigen Jahren ergangenen Entscheidung wurde dagegen die Herausgabepflicht solcher «indirekter Vorteile» mit Verweis auf die Lehre bejaht. ⁴⁰ Notwendig waren die entsprechenden Ausführungen freilich nicht, da im konkreten Fall keine solchen Vorteile zur Beurteilung anstanden. Vielmehr ging es darum, dass der Beauftragte anstelle des Auftraggebers Genossenschafter der damaligen Rentenanstalt wurde. Im Rahmen der Umwandlung in die heutige Swiss Life AG erhielten die Genossenschafter unentgeltlich Aktien zugeteilt. ⁴¹ Diese Zuteilung war nicht für den Beauftragten persönlich bestimmt und wäre auch an den Auftraggeber erfolgt, wenn dieser selber den Versicherungsvertrag mit der Rentenanstalt abgeschlossen hätte.

Die soweit ersichtlich erste höchstrichterliche Entscheidung, die sich mit der Herausgabepflicht von Zuwendungen im dargelegten Sinne befasst, ist das bereits erwähnte Retrozessions-Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahre 2006. ⁴²

nen. Die Frage der Herausgabepflicht kann sich nicht danach richten, ob der Anteil der erhaltenen Vorteile einen wesentlichen oder einen unwesentlichen Teil der Einnahmen ausmachen.

38 Das Bundesgericht hat sich zwar wiederholt mit dem Herausgabeanspruch von Schmiergeldern befasst, doch ging es dabei um die Rückforderung der Gelder an jenen, der die Schmiergelder hingegeben hat. In BGE 99 Ia 417, 419 ff. hat der Auftraggeber dem Beauftragten Gelder übergeben, damit dieser einen Dritten besticht. Werden die anvertrauten Mittel aus irgendeinem Grunde nicht für die Bestechung verwendet, stellt sich die Frage, ob diese dem Auftraggeber zurückzuerstatten sind oder einem solchen Anspruch Art. 66 OR entgegensteht. In BGE 95 II 37 wurden Gelder einem Vormund überwiesen, damit dieser den Geldgebern das Grundstück des Bevormundeten veräussert. Weitere Urteile sind in BGE 99 Ia 417, 421 ff. erläutert. Nicht Gegenstand der Entscheidungen war die vorliegende Fragestellung, ob der durch die Bestechung Betroffene (hier: der Auftraggeber) die von einem Dritten dem Bestochenen (hier: dem Beauftragten) hingegebenen Schmiergelder herausverlangen darf.

39 BGE 80 IV 53, 55, wonach die vom Beschwerdeführer bezogenen Provisionen nicht als anvertrautes Gut gelten, «und zwar selbst dann nicht, wenn richtig sein sollte, dass er, wie das Schwurgericht annimmt, gemäss Art. 400 OR verpflichtet war, sie der Gesellschaft zu erstatten».

40 BGE 4C.125/2002 vom 27.9.2002, wobei das Gericht in Erw. 3.1 auf die in Fn. 2 zitierten Kommentierungen von FELLMANN (N 128, 132) und WEBER (N 14) verweist.

41 Die Rentenanstalt/Swiss Life wurde im Jahre 1997 in eine Aktiengesellschaft umgewandelt und die rund 600 000 Genossenschafter wurden zu Aktionären. Sie erhielten insgesamt 6 180 000 Aktien mit einem Börsenwert von knapp fünf Milliarden Franken unentgeltlich zugeteilt.

42 BGE 132 III 460.

Es ging dabei um einen für eine grössere Stiftung tätigen Vermögensverwalter, der von Dritten in grösserem Umfang Provisionen erhalten hatte, welche die Stiftung herausverlangte. Während die kantonalen Vorinstanzen den Anspruch auf Ablieferung abwiesen, weil der Beauftragte diese Gelder auf eigene Rechnung erhalten habe und im übrigen solche Vergütungen auch der Verkehrsübung entsprechen, bejahte das Bundesgericht einen Herausgabeanspruch. In der Folge befasste sich das Gericht bloss noch mit der Frage, ob und wie ein Auftraggeber auf diesen Anspruch verzichten kann, insbesondere welche Kenntnisse der Auftraggeber über die Höhe dieser Provisionen haben muss, damit ein solcher Verzicht rechtsgültig ist.⁴³

Gestützt auf dieses Urteil bejahte das Handelsgericht des Kantons Zürich ebenfalls einen entsprechenden Herausgabeanspruch eines Anlegers gegen einen Vermögensverwalter, welcher von der Depotbank Zahlungen erhalten hatte. Die Ausführungen des Gerichts fokussierten indes auf die Frage, welche Anforderungen an eine wirksame Verzichtsklausel zu stellen sind.⁴⁴ Die Fragestellung, welche Zuwendungen unter die auftragsrechtliche Herausgabepflicht fallen, wurde dagegen nicht weiter vertieft.

Die Lehrmeinungen über die Reichweite und Verallgemeinerungsfähigkeit der bundesgerichtlichen Entscheidung gehen auseinander. Derzeit dürfte die Auffassung vorherrschend sein, wonach externe Vermögensverwalter – vorbehaltlich einer wirksamen Verzichtserklärung – *sämtliche* Provisionen dem Auftraggeber herauszugeben haben.⁴⁵ Mehrheitlich abgelehnt wird dagegen die Ansicht, aufgrund des Urteils würden konzerninterne Zahlungsströme ebenfalls unter die Herausgabepflicht fallen.⁴⁶ Konkret geht es um die Frage, ob als Vermögensverwalter tätige Banken Vertriebskommissionen von eigenen Fondsgesellschaften den Auftraggebern herauszugeben haben.

Die Stellungnahmen zu den Auswirkungen des Bundesgerichtsurteils beschränken sich – wie bereits erwähnt – weitestgehend auf die Herausgabeaspekte im Finanzdienstleistungsbereich. Die Konsequenzen für die anderen Dienstleistungsbereiche, in denen ebenfalls Provisionen, Kommissionen, Courtagen und dergleichen ausgerichtet werden, fand bislang kaum Beachtung.

43 A.a.O. 465 ff.

44 ZR 2008, S. 129, 131 ff.

45 Siehe etwa EMMENEGGER (Fn. 9), S. 70; HSU (Fn. 8), S. 30; SCHÄREN (Fn. 9), S. 1205 sowie die in Fn. 34 erwähnten Autoren; differenziert dagegen ABEGGLEN (Fn. 9), S. 124 f., insbesondere Fn. 8.

46 So insbesondere HSU (Fn. 8), S. 77 ff.; NOBEL/STIRNIMANN (Fn. 9), S. 347; HERBERT WOHLMANN, Arbeitsteilung im Konzern und ihre Relevanz gegenüber Dritten, SJZ 2008, S. 161, 164 f.; für eine Herausgabepflicht dagegen EMMENEGGER (Fn. 9), S. 73 f., die auf BGH XI 56/05 vom 19. Dezember 2006 E. 4b hinweist: In dieser Entscheidung ging es aber nicht um eine Herausgabepflicht, sondern um eine Schadenersatzpflicht wegen vorsätzlicher Aufklärungs-pflichtverletzung.

III. Der sogenannte «innere Zusammenhang»

Das Bundesgericht hat sowohl im Rentenanstalt-Fall als auch in der Retrozession-Entscheidung die in der neueren Lehre verwendete Formulierung bezüglich herausgabepflichtiger Zuwendungen übernommen: «Zu den indirekten Vorteilen, die der Beauftragte herausgeben muss, zählen beispielsweise Rabatte, Provisionen, Schmiergelder usw.».⁴⁷ Damit stellt sich unmittelbar die Frage, wann eine finanzielle Zuwendung als Provision bzw. Schmiergeldzahlung und wann bloss als nicht herausgabepflichtiges Gelegenheitsgeschenk bzw. Trinkgeld zu qualifizieren ist. Auf das Kausalitätskriterium kann diesbezüglich nicht abgestellt werden, da alle erwähnten Zahlungen in einem gewissen kausalen Verhältnis zur Auftragsausführung stehen, der Beauftragte mithin sogar die Trinkgelder herauszugeben hätte.⁴⁸

FELLMANN und ihm folgend das Bundesgericht stellen auf das im deutschen Recht allgemein verwendete Kriterium ab, ob ein «innerer Zusammenhang» zwischen der Entschädigung und dem Auftrag besteht, der Beauftragte einen Vorteil somit «in Erfüllung des Auftrages», und nicht lediglich «bei Gelegenheit der Auftragsausführung» von Dritten erhalten hat.⁴⁹ Während Trinkgelder und Gelegenheitsgeschenke nicht in einem inneren Zusammenhang zum Auftrag stehen würden, sei dies bei Preisnachlässen, Provisionen und Bestechungsgeldern zu bejahen.⁵⁰

Es vermag freilich nicht zu überzeugen, dass Trinkgelder nicht in Erfüllung des Auftrages erhalten werden, wohl aber Bestechungsgelder und Provisionen. Weder bei Trink- noch bei Bestechungsgeldern und Provisionen gehört die Entgegennahme zur Besorgung des fremden Geschäfts. Vielmehr werden diese Vorteile bei Gelegenheit der Auftragsausführung erlangt.

In der deutschen Lehre gehen die Auffassungen bezüglich der Herausgabepflicht von Zuwendungen, die der Beauftragte bzw. der Kommissionär von Dritten erhält,⁵¹ seit langem auseinander.⁵² Die Rechtsprechung zu dieser Fra-

47 Retrozession-Fall: BGE 132 III 460, 464 mit Verweis auf FELLMANN und WEBER (s. vorne bei Fn. 42); fast gleichlautend der Rentenanstalt-Fall: BGE 4C.125/2002 vom 27.9.2002 (s. vorne bei Fn. 40).

48 Vgl. auch MünchKomm/SEILER BGB 667 Rn. 9; eingehend zu den Kausalitätsaspekten CERUTTI (Fn. 9), S. 89 f.

49 BK/FELLMANN OR 400 Rn. 127 mit Verweis auf MünchKomm/SEILER BGB 667 Rn. 9 und Staudinger/WITTMANN BGB 667 Rn. 8 ff.; ebenso nun das BGE 132 III 460, 464, wonach der Beauftragte behalten dürfe, «was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten erhält».

50 BK/FELLMANN OR 400 Rn. 127 f. und 134.

51 Die Herausgabepflicht des Beauftragten ist in Deutschland in BGB 667, jene des Kommissionärs in HGB 384 geregelt.

52 Staudinger/NIPPERDEY (11. Aufl. aus dem Jahre 1958) BGB 667 Rn. 7; JOSEF ESSER, Schuldrecht BT, 3. Aufl., Karlsruhe 1969, § 82 III 2, und MünchKomm/SEILER BGB 667 Rn. 17 vertreten die Auffassung, Schmiergelder stellen keinen Vorteil dar, den der Auftraggeber in Erfüllung des Auftrages erhalten hat. Anderer Ansicht sind vor allem Soergel/BEUTHEN BGB 667 Rn. 13, insbesondere Fn. 47 (wobei in erster Linie das Ergebnis als unhaltbar empfunden wird, dass der Beauf-

gestellung hat sich in erster Linie anhand der Entgegennahme von Bestechungsgeldern entwickelt und geht auf ein Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahre 1920 zurück.⁵³ Die ständige Rechtsprechung und die mittlerweile herrschende Lehre bejahen einen Herausgabeanspruch.⁵⁴ Entscheidend dafür ist die Sorge, dass ansonsten eine Willensbeeinflussung beim Beauftragten zum Nachteil des Auftraggebers zu befürchten ist.⁵⁵ Im Grunde handelt es sich nicht um eine Konkretisierung des «inneren Zusammenhangs», sondern um eine Erstreckung dieses Kriteriums auf Tatbestände, in denen die vom Dritten ausgehende Entschädigung zu einer Willensbeeinflussung und damit zu einer Interessengefährdung führen kann. Aus der Geschäftsbesorgung erlangt sind somit Vorteile, die einen inneren Zusammenhang mit dem geführten Geschäft haben oder die «eine Willensbeeinflussung zum Nachteil des Auftraggebers befürchten lassen».⁵⁶

Diese Definition des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten führte in der Folge dazu, dass neben den Bestechungsgeldern auch sonstige Provisionen generell unter die herausgabepflichtigen Zuwendungen subsumiert wurden. Denn sowohl bei diesen als auch bei jenen besteht die Gefahr, dass der Beauftragte das Interesse seines Auftraggebers vernachlässigen könnte. Gemäss KOLLER, der in der deutschen Lehre am ausgeprägtesten eine extensive Herausgabepflicht befürwortet, begründen alle Zuwendungen, durch die eine bestimmte Mittlerfunktion des Beauftragten belohnt wird, «immer den Verdacht interessenswidrigen Verhaltens», weshalb es zu den Pflichten des Beauftragten gehöre, «einen derartigen Verdacht gar nicht erst entstehen zu lassen».⁵⁷

tragte das Schmiergeld behalten darf – «das aber darf nicht sein!»; Staudinger/MARTINEK BGB 667 Rn. 12; besonders eingehend zur Problematik Erman/EHMANN BGB 667 Rn. 17.

53 WALTHER HADDING, Sind Vertriebsvergütungen von Emittenten an Kreditinstitute geschäftsbesorgungsrechtlich an den Kunden herauszugeben?, ZIP 2008, S. 529, 531. In seinen Urteilserwägungen stellte sich das Reichsgericht die Frage, «wie weit man den Begriff «der Erlangung anlässlich oder gelegentlich der Geschäftsbesorgung» ausdehnen dürfe, ohne mit dem Geist und Zweck des Gesetzes in Widerspruch zu geraten» (RGZ 99, S. 31, 33), um dann zu befinden, dass man den Intentionen der Gesetzschrift gerecht wird, «wenn man unter die Herausgabepflicht grundsätzlich jeden für den Beauftragten persönlich bestimmten Vorteil fallen lässt, welcher ihm aus irgendeinem mit der Geschäftsführung in innerem Zusammenhange stehenden Grunde zugewendet und die Besorgnis zu rechtfertigen geeignet ist, der Geschäftsführer könnte durch ihn veranlaßt sein oder werden, die Interessen des Geschäftsherrn nicht nach jeder Richtung hin auf das Gewissenhafteste zu berücksichtigen» (a.a.O. S. 33).

54 Umfassende Nachweise bei MünchKomm/HÄUSER HGB 384 in Fn. 200.

55 So BGH NJW-RR 1987, S. 1380; ebenso BGH NJW 2001, S. 2476, 2477; ferner BGH NJW 1991, S. 1224; Staudinger/MARTINEK BGB 667 Rn. 12; Soergel/BEUTHEN BGB 667 Rn. 13; dieser Gesichtspunkt erwähnt in der schweizerischen Lehre auch BK/Fellmann OR 400 Rn. 128, um den inneren Zusammenhang bei Schmiergeldern, Preisnachlässen und Provisionen zu begründen.

56 BGH NJW-RR 1987, S. 1380; gleichlautend NJW 1991, S. 1224; BGH NJW 2001, S. 2476, 2477.

57 Staub/KOLLER HGB 384 Rn. 39; INGO KOLLER, Interessenkonflikte im Kommissionsverhältnis, BB 1978, S. 1733, 1736; gegen eine solche Verallgemeinerung Erman/EHMANN BGB 667 Rn. 12; s. dazu hinten bei D.V.

Ein Teil der schweizerischen Lehre hat sich dieser (deutschen) Auffassung angeschlossen, ohne näher darauf einzugehen, dass erstens im deutschen Recht diesbezüglich die Meinungen nach wie vor auseinander gehen und sich keine herrschende Meinung gebildet hat sowie zweitens in der älteren schweizerischen Lehre mit guten Gründen differenzierte Auffassungen vertreten wurden.

D. Schmiergeldproblematik

I. Vorbemerkungen

Vorweg sei festgehalten, dass es sich bei Schmiergeldzahlungen um eine *von den anderen Zuwendungen zu unterscheidende Problematik* handelt: Solche Zahlungen stellen – anders als die anderen erlangten Zuwendungen – zivilrechtlich nichtige Geschäfte dar und können darüber hinaus strafrechtlich relevant sein. Von der Sache her muss es daher Zweifel erwecken, die herausgabepflichtigen Zuwendungen anhand der Bestechungsgelder zu untersuchen. Da sich jedoch der Grundsatz, wonach alle Vorteile herauszugeben sind (mit Ausnahme der Gelegenheitsgeschenke und Trinkgelder), aus der Diskussion im Zusammenhang mit Bestechungsgeldern entwickelt hat und die auftragsrechtliche Literatur sowie die Rechtsprechung sowohl Provisionen und sonstige Entschädigungen als auch Schmiergelder jeweils zusammen abhandeln, ist auf diese rechtswidrigen Zahlungen nachfolgend näher einzugehen.

II. Schicksal der Schmiergeldzahlung

Tätigt der Beauftragte auf Rechnung des Auftraggebers Geschäfte mit Dritten, muss er die Interessen des Auftraggebers in guten Treuen wahren. Schmier- und Bestechungsgelder bezwecken, dem Beauftragten diese Interessenbindung «abzukaufen».⁵⁸ Er soll bei der Auswahl unter mehreren möglichen Geschäftspartnern oder bei der Vereinbarung des Geschäftsinhalts (Preis, Zinsen usw.) die Interessen des Auftraggebers dem Interesse des Dritten hintanstellen. Lässt sich der Beauftragte durch das Schmiergeld beeinflussen⁵⁹ bzw. lässt er sich seine Ermessensentscheidung zum Nachteil des Beauftragten abkaufen,⁶⁰ ver-

58 Erman/EHMANN BGB 667 Rn. 17.

59 Gemäss RGZ 99, S. 31, 34 ist eine solche Beeinflussung zu vermuten; vgl. auch BGH NJW 1991, S. 1224; siehe dagegen BGH NJW 2001, S. 2476, 2477, wo die Herausgabepflicht verneint wurde, da der Beauftragte ein für den Auftraggeber lukratives Geschäft abgeschlossen hatte.

60 Nach der neuen Bestimmung in Art. 4a UWG ist unlauter und damit pflichtwidrig, wenn ein Vorteil in Bezug auf «eine im Ermessen stehende Handlung» gewährt wird. Eine Schädigung ist damit nicht notwendig, wodurch die Willensbeeinflussung zugunsten eines von mehreren gleichwertigen Angeboten auch unter die Bestimmung fällt. Siehe Botschaft über die Genehmi-

letzt er seine vertraglichen Treuepflichten und ist zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verpflichtet.⁶¹ Dies dürfte unstrittig sein.

Unklar und entsprechend umstritten ist dagegen das rechtliche Schicksal der Schmiergeldzahlung selbst. Der Beauftragte darf solche schon aufgrund seiner Treuepflicht nicht annehmen und macht sich darüber hinaus unter Umständen wegen Bestechung strafbar.⁶² Zivilrechtlich sind Schmiergeldvereinbarungen als rechtswidrige und damit nichtige Geschäfte zu qualifizieren.⁶³ Die Gelder stehen ihm nicht zu.

Einem Rückforderungsanspruch des Schmiergeldzahlers steht freilich Art. 66 OR entgegen. Dies bedeutet nicht, dass der Rückforderungsanspruch untergeht; vielmehr verliert er seine Klagbarkeit und stellt damit eine Naturalobligation dar.⁶⁴ Falls der Beauftragte die Gelder dem Dritten freiwillig zurückerstattet, ist dies keine Schenkung, sondern Erfüllung des unklagbaren Anspruchs.

Nach herrschender Auffassung soll auch der Auftraggeber einen Anspruch auf die Schmiergelder haben.⁶⁵ Dagegen ist einzuwenden, dass es schon von der Sache her nicht überzeugt, wenn rechtswidrige Gelder von Rechts wegen zum Auftraggeber gelangen sollen.⁶⁶ Die Lehre geht auch nicht auf den konkurrierenden (wenngleich nicht klagbaren) Anspruch des Schmiergeldgebers ein. Was soll gelten, wenn der Beauftragte diesem die Gelder zurückerstattet? Geht in diesem Fall der Anspruch des Auftraggebers unter oder besteht eine (pönale) doppelte Zahlungspflicht?⁶⁷

Des Weiteren stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zu einer strafrechtlichen Einziehung.⁶⁸ Würde eine solche angeordnet und bejaht man in Bezug auf

gung und die Umsetzung des Strafrechts-Übereinkommens und des Zusatzprotokolls des Europarates über Korruption (Änderung des Strafgesetzbuches und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb) vom 10. November 2004, BBl 2004, S. 7012; HSU (Fn. 8), S. 22; LOMBARDINI/MACALUSO (Fn. 9), S. 195 f.; in diesem Sinne bereits unter früherem Recht CARL BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basel 2001, UWG 4 Rn. 50.

61 Vgl. BK/FELLMANN OR 400 Rn. 132; CR/WERRO CO 398 Rn. 28; Erman/EHMANN BGB 667 Rn. 17; s. auch MünchKomm/SEILER BGB 667 Rn. 17.

62 UWG 4a i. V.m. UWG 23; siehe dazu BAUDENBACHER (Fn. 60) UWG 4 Rn. 64 f.

63 MünchKomm/SEILER BGB 667 Rn. 17 qualifizierte Schmiergelder bis zur 3. Aufl. als nichtige Geschenke; in der neuesten Auflage wird bloss noch die als nicht überzeugend charakterisierte von der ständigen Rechtsprechung geprägte herrschende Meinung dargelegt, wonach der innere Zusammenhang wegen der Willensbeeinflussungsgefahr vorliegen solle, was einen Herausgabeanspruch des Auftraggebers begründe.

64 BGE 75 II 293, 297; BGE 134 III 438, 444; BSK/SCHULIN OR 66 Rn. 1 m.w.N.

65 HOFSTETTER (Fn. 1), S. 120 m.w.N.; siehe hierzu auch vorne Ziff. C.I.

66 Zutreffend MünchKomm/SEILER BGB 667 Rn. 17.

67 Siehe zu einem entsprechenden Sachverhalt BGH NJW 2001, S. 2476, 2477: Nach Auffassung des Gerichts «erscheint es mit dem Gesetzeszweck nicht vereinbar, den Geschäftsführer der Belastung einer Doppelzahlung auszusetzen».

68 Art. 70 StGB; Anlass tat kann jede strafbare Handlung sein, insbesondere auch ein Verstoß gegen Art. 4a UWG (Bestechen oder sich bestechen lassen); s. hierzu NIKLAUS SCHMID, in: Niklaus Schmid (Hrsg.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei,

Schmiergelder einen Herausgabeanspruch des Auftraggebers, müsste der Beauftragte das Erhaltene doppelt herausgeben. Lehnt man ein solches Ergebnis ab, das der Bestimmung in Art. 400 OR eine dem Zivilrecht fremde Straffunktion verleiht, stellt sich die Frage, welcher Anspruch vorgehen soll.⁶⁹ Sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland wurde diese Problematik gesetzgeberisch gelöst: Ansprüche Dritter gehen der strafrechtlichen Einziehung vor.⁷⁰ Die Einziehung (bzw. der Verfall) der erlangten Vermögenswerte hat zu unterbleiben, soweit diese dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden (Art. 70 Abs. 1 StGB, vormals Art. 59 Abs. 1 StGB) bzw. soweit dem Geschädigten aus der Tat ein Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung dem Täter das Erlangte entziehen würde (§ 73 Abs. 1 des deutschen StGB).⁷¹ Anders als im deutschen Recht, das auf das Bestehen eines obligatorischen Anspruches des Geschädigten abstellt, ist in der Schweiz umstritten, was gelten soll, wenn die Zivilansprüche der Geschädigten im Zeitpunkt des Entscheides über die Vornahme der Einziehung noch nicht erfüllt sind.⁷²

Ein weiteres Problem besteht im Verhältnis zum Schadenersatzanspruch. *Herausgabe- bzw. Ablieferungsansprüche* nach Art. 400 Abs. 1 OR und *Schadenersatzansprüche* wegen Nicht- oder nicht gehöriger Erfüllung des Auftrags⁷³ sind zwei verschiedene Ansprüche. Der Auftraggeber kann herausverlangen, was er zur Auftragsausführung hingegeben bzw. was der Beauftragte aus der Auftragsausführung erlangt und geschaffen hat, und *zusätzlich* einen Schadenersatzanspruch geltend machen. Erhält der Auftraggeber neben dem vollständigen Ersatz seines durch das treuwidrige Verhalten des Beauftragten verursachten Schadens das Schmiergeld, wird er durch die Pflichtverletzung

Bd. I, 1. Auflage, Zürich 1998, StGB 59 Rn. 31, 33, 36; sowie in der 2. Auflage von 2007, StGB 70–72 Rn. 66 ff.

69 Siehe die divergierenden Auffassungen zu dieser Frage im deutschen Recht. Während die Rechtsprechung die Vorrangigkeit der staatlichen Einziehung bejaht, was zum Untergang des Herausgabeanspruches des Auftraggebers führt (s. BGHZ 39, S. 1 = BGH NJW 1963, S. 649, 650 m.w.N.), befürwortete ein Teil der Lehre eine doppelte Leistungspflicht (s. Soergel/MÜHL (11. Aufl., 1980) BGB 667 Rn. 13; Erman/HAUSS (6. Aufl., 1975) BGB 667 Rn. 4 m.w.N.; RGRK/STEFFEN (12. Aufl., 1978) BGB 667 Rn. 9; ALFONS KRAFT, Zur rechtlichen Problematik der Schmiergelder – BGHZ 39, 1, JuS 1963, S. 473, 476.

70 GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, Bern 2007, StGB 70 Rn. 10; BSK/BAUMANN StGB 70 Rn. 42 ff.; STEFAN TRECHSEL und MARC JEAN-RICHARD, in: Stefan Trechsel et al. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, StGB 70 Rn. 9.

71 Siehe hierzu ULRICH MAYER, Kein Verfall von Schmiergeldern, NJW 1983, S. 1300 f.; Leipziger Kommentar/SCHMIDT StGB 73 Rn. 33 ff.; ESER, in: Schönte und Schröder, StGB 73 Rn. 23 ff., insbesondere 26; Handkommentar-Gesamtes Strafrecht/HÖLSCHER StGB 73 Rn. 5; MünchKomm/SEILER BGB 667 Rn. 17.

72 Siehe die ausführliche und zutreffende Analyse bzw. Kritik der Rechtsprechung bei BSK/BAUMANN StGB 70 Rn. 35; anders dagegen SCHMID (Fn. 68) StGB 70–72 Rn. 68, der von einer Einziehung ausgeht, falls die zivilrechtlichen Ansprüche im Zeitpunkt des Entscheides noch nicht befriedigt sind.

73 Art. 398 Abs. 2 i. V.m. 97 Abs. 1 OR.

bereichert. Aus diesem Grund sollen nach Auffassung der Lehre Schmiergelder auf den Schadenersatzanspruch anrechenbar sein.⁷⁴

III. Schadenersatz- statt Herausgabeanspruch

Dogmatisch überzeugender ist es aus all diesen Gründen, bei Schmiergeldzahlungen einen Schadenersatzanspruch des Auftraggebers gegen den Beauftragten wegen Verletzung der Treuepflicht zu bejahen.⁷⁵ Den Beweisschwierigkeiten hinsichtlich des Schadensumfanges wurde in entsprechenden Entscheiden dadurch begegnet, dass man den Schadenersatzanspruch im Sinne einer «Rentabilitätsvermutung» zumindest in der Höhe der Schmiergeldzahlung zulies.⁷⁶ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass es für den Dritten günstiger war, die Schmiergeldzahlung zu leisten, als seine Leistung zum vorteilhaftesten Preis anzubieten.⁷⁷ Dem Beauftragten steht bei einem solchen Anscheinsbeweis der Gegenbeweis offen.⁷⁸ Vorausgesetzt ist freilich, dass tatsächlich ein finanzieller Nachteil vorliegt und bloss die Berechnung schwer oder nicht zu erbringen ist.

Im schweizerischen Recht⁷⁹ wird stattdessen vertreten, dass die Entgegennahme von Bestechungsgeldern unter die Geschäftsanmassung (Art. 423 OR) subsumiert werden kann und einen Anspruch aus (unechter⁸⁰) Geschäftsführung ohne Auftrag begründet.⁸¹ Zu beachten ist, dass mit diesem Anspruch

74 BK/FELLMANN OR 400 Rn. 132; Staudinger/MARTINEK BGB 667 Rn. 12; RGRK/STEFFEN BGB 667 Rn. 10, jeweils ohne auf die Problematik einzugehen; zutreffende Analyse dagegen bei Erman/EHMANN BGB 667 Rn. 17.

75 S. CR/WERRO CO 400 Rn. 13, vgl. 36 ff. Entsprechendes gilt für das Arbeitsrecht. Auch hier stellt die Annahme von Schmiergeldern eine Verletzung der Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber dar; denn der Arbeitnehmer hat alles zu unterlassen, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte, ansonsten er nach Art. 321e OR schadenersatzpflichtig wird, s. etwa BSK/PORTMANN OR 321a Rn. 18; CHK/EMMEL OR 321a Rn. 2.

76 So die frühere Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs, s. BGH NJW 1962, S. 1099, 1100; ähnlich BGH NJW 1963, S. 649, 650.

77 Vgl. auch BGH NJW 1962, S. 1099, 1100: Vermutung, dass das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung mindestens in Höhe der zugeflossenen Vorteile zum Nachteil des Geschäftsherrn bzw. Auftraggebers beeinflusst wurde (im konkreten Fall überhöhte Zinsen).

78 Es handelt sich dabei um die konkrete Anwendung eines Gedankens, der auch anderswo vertreten wird. Im ausservertraglichen Bereich ist es sachgerecht, dass der nicht ziffernmässig nachweisbare entgangene Gewinn aufgrund einer Rentabilitätsvermutung nach Massgabe der getätigten Aufwendungen berechnet wird; vgl. VITO ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, Rn. 617 und 826. Auch bei der Vertragshaftung können die getätigten Aufwendungen für die Ermittlung des Erfüllungsinteresses herangezogen werden; vgl. NIKLAUS LÜCHINGER, Schadenersatz im Vertragsrecht, Freiburg 1999, Rn. 496 ff. m.w.N.

79 ZK/SCHMID OR 423 Rn. 84; DERS., Geschäftsführung ohne Auftrag, Zürich 1992, Rn. 1250; s. ferner BSK/WEBER OR 423 Rn. 3 und CHK-HUGUENIN/JENNY OR 423 Rn. 7. Ebenso für das Arbeitsrecht BSK/PORTMANN OR 321a Rn. 7.

80 Ein Anspruch aus echter Geschäftsführung ohne Auftrag kommt nicht in Betracht, da der Geschäftsführer diesfalls im Interesse eines Dritten, dem Geschäftsherrn, tätig werden müsste.

81 Wenngleich es auf den ersten Blick etwas gekünstelt wirken mag, solche rechtswidrigen Zahlungen als «Geschäft des Auftraggebers» aufzufassen, das vom Beauftragten als eigenes geführt wird, bzw. in der Annahme solcher Gelder die Verletzung eines dem Auftraggeber zustehenden

nicht bloss das Bestechungsgeld, sondern auch die darüber hinaus erlangten Profite des Beauftragten herausverlangt werden können.⁸² Erschöpft sich der Vorteil vom Umfang her auf das Bestechungsgeld, so geht die Geschäftsanmassung nicht über den Schadenersatzanspruch im dargelegten Sinne hinaus.⁸³ Nicht in Betracht fallen dagegen Bereicherungsansprüche, da vertragliche Ansprüche diesen vorgehen.⁸⁴

IV. Trennung der Interessenwahrung von der Herausgabe

Im deutschen Recht bejaht man den inneren Zusammenhang bei Bestechungsgeldern, wie bereits erwähnt, in erster Linie aus der Befürchtung heraus, der für den Beauftragten bestimmte Vorteil könnte diesen veranlassen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen. Damit werden zwei verschiedene Aspekte, nämlich die Treuwahrung und die Herausgabepflicht, in unzulässiger Weise vermengt.⁸⁵ Darauf hat vor achtzig Jahren schon SCHMIDT-RIMPLER zutreffend hingewiesen, indem er ausführt: «Scharf von diesem Problem [die Definition des herausgabepflichtigen Erlangten] zu trennen – was häufig nicht geschieht – ist die andere Frage, ob der Kommissionär durch die Annahme solcher Zuwendungen gegen seine Pflicht zur Interessenwahrung verstösst».⁸⁶

Der Beauftragte hat verschiedene Haupt-, Nebenleistungs- und Nebenpflichten: Er hat die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen, die Interessen des Auftraggebers in guten Treuen zu wahren, über seine

Nutzungsrechts zu erblicken, so ist ein solcher Anspruch nach der Rechtsprechung gleichwohl möglich. Dies hat das Bundesgericht in BGE 133 III 153 festgehalten. Es ging dabei um eine Persönlichkeitsverletzung durch Medienberichte. Eine entsprechende Medienkampagne des Geschädigten gegen sich selber ist schwer denkbar, weshalb es sich nicht um das «Geschäft des Auftraggebers» handeln konnte; gleichwohl bejaht das Bundesgericht einen Gewinnherausgabeanspruch des Geschädigten gestützt auf Art. 423 OR.

82 Zur Frage, ob dieser Anspruch Böswilligkeit voraussetzt, s. etwa VITO ROBERTO, Schadenersatz, Gewinnabschöpfung und Bereicherungsanspruch bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, in: 10 Jahre sic! Sondernummer 2007, S. 23, 28 m.w.N.

83 So auch BGHZ 39, S. 1, 3 = NJW 1963, S. 649, 650 mit Bezug zu § 687 Abs. 2 BGB (Geschäftsanmassung bzw. unechte Geschäftsführung ohne Auftrag), wobei das Gericht die primäre Rechtsgrundlage im Auftragsrecht (§ 667 BGB) erblickte. Schon die ältere Lehre und Rechtsprechung hat den Anspruch überwiegend auf BGB 667 gestützt; s. etwa ENGELBERT TILLMANN, Konkurrierende Ansprüche auf das Schmiergeld, Diss. Köln 1966, S. 16 ff. Den Herausgabeanspruch auf der Grundlage von § 687 Abs. 2 BGB begründet hatte dagegen noch das BAG NJW 1961, S. 2036, 2037.

84 BSK/SCHULIN OR 62 Rn. 38; CHK/HAHN OR 62 Rn. 37; BK/BECKER OR 62 Rn. 4 ff.; PETER GAUCH, WALTER R. SCHLUEP und JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008, Rn. 1507 ff. m.w.N.

85 So auch NOBEL/STIRNIMANN (Fn. 9), S. 351, wonach «die Gefahr von Interessenkonflikten ... von der Anwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR zu trennen» ist.

86 WALTER SCHMIDT-RIMPLER, Das Kommissiongeschäft, Ehrenberg Handbuch des Handelsrechts, Bd. V/I/1, Leibzig 1928, S. 686.

Tätigkeiten Rechenschaft abzulegen, das vom Auftraggeber Erhaltene oder von Dritten Erlangte sowie das für den Auftraggeber Geschaffene herauszugeben, den Auftraggeber über relevante Umstände der Geschäftsbesorgung aufzuklären und zu informieren und dergleichen mehr.

Es ist schon methodisch fragwürdig, aus einer Pflicht eine andere, damit nicht korrelierte Pflicht zu konkretisieren, d.h. aus dem Grundsatz der Interessenwahrung die Gegenstände und den Umfang des «Erlangten» ableiten zu wollen. Dies lässt sich oftmals auch gar nicht bewerkstelligen. Die Gegenleistung für das Hintanstellen der Auftraggeberinteressen erfolgt nicht zwingend durch einen Geldbetrag. Was aber soll z.B. unter den Herausgabeanspruch fallen, wenn der Beauftragte, der einen bestimmten Dritten für ein Geschäft berücksichtigt, im Gegenzug ein Eigengeschäft tätigen kann? Was muss der Rechtsanwalt herausgeben, der in einem internationalen Sachverhalt ein ausländisches Anwaltsbüro mandatiert und im Gegenzug ein lukratives Mandat erhält? Wie ist das Herausgabepflichtige zu ermitteln, wenn ein Unternehmensberater Steueraspekte von einem Steuerberater abklären lässt, welcher im Gegenzug dem Unternehmensberater neue Aufträge vermittelt? Was stellt das «Erlangte» dar, wenn ein Nachkomme des Beauftragten beim (im Rahmen einer Geschäftsbesorgung als Vertragspartner berücksichtigten) Dritten eine Lehrstelle bzw. ein Elternteil ohne Wartefrist ein Zimmer in einem Alters- oder Pflegeheim erhält?

Bei diesen und vielfältigen anderen erlangten Vorteilen bzw. «Gefälligkeiten» besteht die Gefahr, dass gegen die Interessen des Auftraggebers verstossen wird. Eine Herausgabe des Vorteils muss jedoch bereits an der kaum zu bewerkstelligenden Quantifizierung scheitern. Der Auftraggeber kann indes, wenn die Vorteilsannahme einen massgebenden Einfluss auf die Entscheidungen des Beauftragten bei der Auftragsausführung hat, dieser damit seine Treuepflichten gegenüber dem Auftraggeber verletzt und der Auftraggeber dadurch einen finanziellen Nachteil erleidet, Schadenersatzansprüche geltend machen.

Überdies können Geschäfte, die aufgrund von Treuepflichtverletzungen zustande gekommen sind, wegen Täuschung anfechtbar sein.⁸⁷ Es stellt sich auch die Frage, ob die Vertretungshandlung durch den Beauftragten noch von der gewährten Vollmacht gedeckt ist. Ein Handeln, das erkennbar den Interessen des Auftraggebers zuwiderläuft, ist nie von der Bevollmächtigung gedeckt.⁸⁸ Solche Rechtsgeschäfte befinden sich bis zu einer etwaigen Genehmigung in einem Schwebezustand.⁸⁹

87 Art. 28 OR.

88 BSK/WATTER/SCHNELLER OR 33 Rn. 17.

89 BSK/WATTER/SCHNELLER OR 38 Rn. 3.

V. Schmiergelderwägungen nicht zum Prinzip erheben

Entgegen den dargelegten Einwendungen, Unstimmigkeiten und Widersprüchlichkeiten vertritt die deutsche Rechtsprechung seit jeher die Auffassung, dem Beauftragten von Dritten geleistete Bestechungsgelder begründen einen Herausgabeanspruch des Auftraggebers. Wie im deutschen Schrifttum EHMANN treffend ausführt, mag man «aus verständlichen pragmatischen Gründen»⁹⁰ und «in Überwindung dogmatischer Bedenken»⁹¹ den Herausgabeanspruch auf Bestechungsgelder erstrecken, die der Beauftragte eben nicht für den Auftraggeber, sondern für sich selbst und lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung erhalten hat. «Die Gründe für diese Sonderfälle dürfen aber nicht zum Prinzip erhoben»⁹² und ohne weiteres auf alle anderen von Dritten erhaltenen Entschädigungen übertragen werden.

Der Grundsatz muss nach wie vor lauten, dass Vorteile, die nicht aufgrund der Geschäftsbesorgung im Interesse des Auftraggebers entgegengenommen werden, die also nicht zur Besorgung eines fremden Geschäfts gehören, sondern bloss bei Gelegenheit der Geschäftsbesorgung erlangt wurden, nicht unter das «aus der Auftragsbefolgung Erlangte» fallen. Eine generelle Ausweitung des Herausgabeanspruchs auf alle Zuwendungen, welche die Interessenwahrung gefährden können, ist abzulehnen.

E. Das herausgabepflichtige Erlangte

I. Das herausgabepflichtige Erlangte im Allgemeinen

Bevor im Einzelnen darauf einzugehen ist, ob bzw. inwieweit für die hier untersuchten Zuwendungen ein Herausgabeanspruch besteht, sollen nachfolgend zunächst Gegenstand und Umfang einzelner Herausgabeansprüche näher dargelegt werden.

Der Herausgabeanspruch bezieht sich auf die konkreten erlangten Gegenstände selbst, weshalb der Beauftragte nicht lediglich Wertersatz leisten kann.⁹³ Aus diesem Grund sind dem Auftraggeber auch Dokumente (z.B. Briefe, Geschäftsunterlagen, Urkunden⁹⁴) sowie Gegenstände, die bloss einen

90 Erman/EHMANN BGB 667 Rn. 12.

91 Erman/EHMANN BGB 667 Rn. 17.

92 Erman/EHMANN BGB 667 Rn. 12; ähnlich HADDING (Fn. 53), S. 534.

93 SCHMIDT-RIMPLER (Fn. 86), S. 678; Staudinger/MARTINEK BGB 667 Rn. 11; Soergel/BEUTHIEN BGB 667 Rn. 17.

94 Bezüglich der Vollmachten siehe Art. 36 Abs. 1 OR. Zu den im Regelfall bei der Auftragsausführung geschaffenen Akten des Rechtsanwaltes, den Krankengeschichten des Arztes und der Arbeitspapiere der Revisionsgesellschaften s. etwa BK/FELLMANN OR 400 Rn. 135 ff.; BSK/WEBER OR 400 Rn. 12 m.w.N.

Affektionswert haben (z.B. Familienaufnahmen oder Kinderzeichnungen), abzuliefern.

Als Gegenstand des Herausgabeanspruchs kommen obligatorische Rechte, Mitgliedschaftsrechte, Eigentum,⁹⁵ beschränkte dingliche Rechte und Besitz an Fahrnis oder Grundstücken in Betracht. Diese sind in der juristischen Form, in der sie erlangt wurden, herauszugeben.⁹⁶ Bei Erlangung von Besitz ist dieser zu übertragen, bei Erlangung von Grundeigentum die Grundbuchanmeldung abzugeben und der tatsächliche Gewahrsam zu verschaffen, Forderungen, wie etwa Erfüllungs-, Schadenersatz oder Bereicherungsansprüche⁹⁷ gegen Dritte (z.B. gegen Verkäufer, Transportunternehmen, Versicherung usw.), sind abzutreten, Orderpapiere, die auf den Beauftragten lauten, zu indossieren usw.⁹⁸ Bei Forderungen und Mitgliedschaftsrechten hat der Auftraggeber auch die Möglichkeit, durch Erfüllung seiner Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnis eine Legalzession herbeizuführen.⁹⁹ Welche Rechtsposition der Beauftragte innehat, hängt unter anderem davon ab, ob er in eigenem oder in fremdem Namen aufgetreten ist.

II. Gelder und Wertpapiere im Besonderen

Herauszugeben hat der Beauftragte sodann Gelder und Wertpapiere, die er aus der Auftragsführung erhält. Hierzu gehören ohne weiteres jene Vermögenswerte, die er *für den Auftraggeber* erhalten, eingefordert oder erworben hat. Hat der Beauftragte etwa die vom Auftraggeber erhaltenen Wertpapiere veräußert, dann besteht bezüglich des Verkaufserlöses eine Herausgabepflicht; gleiches gilt im umgekehrten Fall, in welchem er Geld für den Erwerb von Wertpapieren erhält. Unklar ist, ob der Beauftragte bei sämtlichen vertretbaren Sachen kein Austauschrecht haben soll, er also die konkret erlangten und keine anderen Gegenstände herauszugeben hat.¹⁰⁰ Dies soll ein sogenanntes «Depotfixen»¹⁰¹ zu Lasten des Auftraggebers verhindern und auch dem erhöhten Ri-

siko einer Veruntreuung bei der eigenen Verwendung des erlangten Gutes entgegenzutreten. Auf der anderen Seite kann sich diese Frage auf die Gefahrtragung auswirken, wenn die erlangten Güter unverschuldet untergehen oder gestohlen werden.

Abzurechnen ist über den effektiv erzielten Preis: Wird günstiger erworben oder teurer verkauft, als der Auftraggeber vorgegeben hat, steht der Vorteil dem Auftraggeber zu. Dieser Grundsatz ist für die Kommission explizit im Gesetz niedergelegt,¹⁰² gilt aber auch für Fälle, auf die nicht kommissionsrechtliche, sondern auftragsrechtliche Bestimmungen Anwendung finden.¹⁰³ Liegt ein längerfristiges Auftragsverhältnis vor, kann sich der Gegenstand des Erlangten mehrfach ändern.¹⁰⁴ Bei diesen Geschäften hat der Beauftragte die Weisungen des Auftraggebers zu befolgen, ansonsten er schadenersatzpflichtig wird.¹⁰⁵ Vorteile aus der weisungsgemässen oder weisungswidrigen Nutzung oder sonstigen Verwertung der erlangten Vermögenswerte (namentlich bezogene Zinsen) sind ebenfalls herausgabepflichtig.¹⁰⁶ Geht der Gegenstand unter, ist eine etwaige Versicherungsleistung herauszugeben.¹⁰⁷ Bei weisungswidriger Nutzung kommt überdies ein Schadenersatzanspruch hinzu.¹⁰⁸

Wurden mehrere Wertschriften oder sonstige Gegenstände verschiedener Auftraggeber veräußert, ist der Beauftragte nicht frei, welche Herausgabeverpflichtungen er mit den erhaltenen Vermögensmitteln tilgen will. Er muss die Mittel für die spezifisch veräußerte Sache dem berechtigten Auftraggeber und zu den für diese Sache erzielten Konditionen herausgeben.¹⁰⁹

Sodann gehören zum herausgabepflichtigen Erlangten jene Gelder, Wertpapiere und sonstigen Vorteile, die der Auftraggeber gleichfalls erhalten würde, hätte er anstelle des Beauftragten gehandelt. Preisnachlässe, die allen Interessenten gewährt werden, oder Sondervorteile, die im Zusammenhang mit der konkreten Rechtsposition stehen (wie etwa die im vorne erwähnten bundesgerichtlichen Entscheid zur Rede stehenden Gratisaktien¹¹⁰ bei der Umwandlung

95 Sowohl rechtsgeschäftlich als auch originär (Vermischung: Art. 727 ZGB, Ersitzung: Art. 728 usw.) erworbene Sachen.

96 SCHMIDT-RIMPLER (Fn. 86), S. 679.

97 Nicht abtretbar sind dagegen nach herrschender Auffassung Gestaltungsrechte, wie Kündigungs-, Rücktritts- und Anfechtungsrechte; s. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 84) Rn. 3424 f. m.w.N.; a.M. INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches OR AT, 4. Aufl., Bern 2006, Rn. 90.20 f. und 90.39.

98 Im Einzelnen dazu BSK/KOLLER OR 184 Rn. 55 ff. und 60 ff.; BK/GIGER OR 184 Rn. 42 ff., 59 ff.; ZK/SCHÖNLE OR 184 Rn. 69 ff.; s. allgemein bereits ZK/OSER OR 400 Rn. 3.

99 Art. 401 Abs. 1 OR; s. zu den Mitgliedschaftsrechten als möglicher Gegenstand einer Legalzession BGE 124 III 352 f.; BSK/WEBER OR 401 Rn. 8 m.w.N.

100 So BK/BECKER OR 400 Rn. 6: «Der Beauftragte «könnte sonst in Versuchung geraten, auf Kosten des Auftraggebers zu spekulieren»; ebenso die vorherrschende Auffassung in Deutschland, s. Staub/KOLLER HGB 384 Rn. 41 m.N.

101 Siehe bereits ZK/OSER OR 400 Rn. 3 im Jahre 1915, wonach das Depotfixen im Zweifel untersagt ist. Ausführlich zu dieser Problematik CARMEN BUXBAUM, Anlegerschutz zwischen Bank-

bedingungen und Rechtsnormen – Eine Untersuchung zu dem Depotgesetz von 1896, Frankfurt a.M. 2002, S. 54 ff.

102 Art. 428 Abs. 3 OR.

103 BK/BECKER OR 400 Rn. 6; BSK/VON PLANTA/LENZ OR 428 Rn. 7.

104 MünchKomm/SEILER BGB 667 Rn. 9.

105 Art. 397 OR.

106 A.M. BK/BECKER OR 400 Rn. 6; wie hier SCHMIDT-RIMPLER (Fn. 86), S. 681.

107 Dieses sogenannte stellvertretende Commodum ist unabhängig davon geschuldet, ob der Beauftragte den Untergang des Erlangten zu verantworten hat oder nicht; so zutreffend BSK/WIEGAND OR 119 Rn. 15 m.N. auf die uneinheitliche Rechtsprechung; ebenso SCHWENZER (Fn. 97) Rn. 64.23; s. ferner GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 84) Rn. 2595 ff.; ZK/AEPLI OR 119 Rn. 125 ff.; BK/WEBER OR 97 Rn. 145.

108 Dies kann etwa bei Ausleihung von Wertpapieren durch den Beauftragten ohne Zustimmung des Auftraggebers in Betracht kommen.

109 Vgl. MünchKomm/HÄUSER HGB 384 Rn. 63.

110 BGE 4C.125/2002 vom 27.9.2002 (s. vorne bei Fn. 40).

der genossenschaftlichen Rentenanstalt in eine Aktiengesellschaft), sind herauszugeben.

Die in Lehre und Rechtsprechung¹¹¹ jeweils im Zusammenhang mit den herausgabepflichtigen Vorteilen erwähnten Preisnachlässe (Rabatte) sind im Grunde nicht unter «Erlangtes» zu subsumieren, weshalb sie auch nicht Gegenstand eines Herausgabeanspruchs sein können. Vielmehr geht es um Aufwendersatz.¹¹² Zwischen Preisnachlässen und Provisionen besteht freilich ein enger Zusammenhang: Anstelle eines Preisnachlasses kann der Dritte dem Beauftragten auch eine Provision in Höhe des Preisnachlasses versprechen. In der Folge kann der Beauftragte die ihm versprochene Provision gegen den zu leistenden Betrag verrechnen, womit wirtschaftlich dasselbe Ergebnis wie bei der Preisherabsetzung resultiert.¹¹³

Die rechtlichen Grundsätze müssen aus diesem Grund bei Provisionen und Preisnachlässen gleich sein. Bei beiden ist zu unterscheiden, ob sie bloss bei Gelegenheit oder aus der Auftragsausführung erlangt bzw. gewährt werden. Soweit bei den Preisnachlässen ein innerer Zusammenhang zu bejahen wäre, geht dabei die Frage statt nach der Herausgabepflicht darauf, ob die konkreten Aufwendungen oder jener Betrag zu erstatten ist, der ohne einen mit Rücksicht auf die Person des Beauftragten gewährten Preisnachlass bestehen würde.

III. Rechtfertigung im konkreten Geschäftsabschluss oder in der Person des Beauftragten

Die massgeblichen Grundsätze für die Bestimmung, welche Zuwendungen bzw. Preisnachlässe dem Auftraggeber zustehen, sind nunmehr genauer herauszuarbeiten. Massgebend dürfte nach wie vor die Charakterisierung bei SCHMIDT-RIMPLER sein: In Anlehnung an seine Unterscheidung sind unter dem Kriterium «aus der Auftragsausführung» jene Zuwendungen (oder Preisnachlässe) zu subsumieren, deren wesentlicher Rechtfertigungsgrund darin liegt, dass der Beauftragte das Geschäft des konkreten Auftraggebers so abschliesst und durchführt, wie er es tatsächlich im Hinblick auf Gegenleistung, Umfang, Zeitpunkt, Tatsache des Abschlusses und dergleichen mehr getan hat. Nur «anlässlich der Auftragsausführung» erlangt sind dagegen Vorteile, deren wesentlicher Rechtfertigungsgrund ein auf die Person des Beauftragten bezogener Umstand bildet, der ausserhalb des blossen Abschlusses oder der blossen Durchführung des jeweiligen Auftrags liegt.¹¹⁴

111 S. etwa BGE 132 III 460, 464; BK/Fellmann OR 400 Rn. 128 und 131; BSK/Weber OR 400 Rn. 14, CR/WERRO CO 400 Rn. 13.

112 Art. 402 Abs. 1 OR.

113 Zutreffend SCHMIDT-RIMPLER (Fn. 86), S. 44.

114 SCHMIDT-RIMPLER (Fn. 86), S. 685 f.; s. auch MünchKomm/HÄUSER HGB 384 Rn. 65; eingehend und kritisch Staub/KOLLER HGB 384 Rn. 38.

Was Dritte dem Beauftragten aufgrund des konkreten Auftrags zukommen lassen bzw. als Preisreduktion gewähren, ohne dass ein Zusammenhang mit der Person des Beauftragten vorliegt, steht dem Auftraggeber zu. Diese Vorteile wären auch dem Auftraggeber zugekommen, hätte er das Geschäft selbst besorgt.

Anders ist dagegen zu entscheiden, wenn Provisionen bzw. Preisnachlässe erlangt werden, die nicht mit dem einzelnen Auftrag, sondern mit der Gesamtheit der Beauftragungen zusammenhängen. Zu denken ist namentlich an jene Fälle, in denen der einzelne Auftrag unter dem für die Gewährung des Vorteils notwendigen Umfang bleibt. Solche Gesamtumsatz-Bonifikationen bzw. Grosshandelsprovisionen und -rabatte könnte weder der einzelne Auftraggeber, der das Geschäft selbst tätigt, noch der Beauftragte, wenn er bloss das einzelne Geschäft des betreffenden Auftraggebers ausführen würde, erlangen.

Die Provisionen bzw. Preisnachlässe entschädigen in solchen Fällen für die *mengenmässige Zusammenfassung von Nachfragen* nach einem Produkt oder einer Leistung eines Dritten. Die Zusammenfassung einer Vielzahl von Bestellungen bewirkt beim Dritten regelmässig Kosteneinsparungen, die er (teilweise) demjenigen zukommen lässt, der diese Leistung erbracht hat.

Die einzelnen Auftraggeber selber hätten diesen Vorteil lediglich dann erzielen können, wenn sie sich organisatorisch zusammengeschlossen und die entsprechenden Kosten auf sich genommen hätten. Letzteres belegt, dass der Beauftragte durch die organisatorische Bündelung der Nachfrage nach einem Produkt einen Mehrwert generiert. Der resultierende Preisnachlass (bzw. sonstige finanzielle Vorteil) steht infolgedessen nicht den einzelnen Auftraggebern, sondern dem Beauftragten zu.

IV. Abgrenzung zum geschäftlichen Eigenbereich des Beauftragten

Dienstleistungen der Reise-, Finanzdienstleistungs- und Versicherungsbranche, aber auch solche der freien Berufe (Rechtsanwälte, Ärzte, Architekten usw.) haben wirtschaftlich wenig mit dem römischrechtlichen «mandatum» gemein, das in der unentgeltlichen Übernahme fremder Geschäfte, namentlich der Geschäftsführung für abwesende Freunde, bestand.¹¹⁵ Formulierungen, wonach sich der Beauftragte «aus der Besorgung fremder Geschäfte, vom Entgelt abgesehen, nicht bereichern» soll,¹¹⁶ tragen den heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen nicht Rechnung.¹¹⁷

115 Vgl. zu den historischen Aspekten des Auftrags HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, 8. Aufl., Bern 2006, S. 306; BK/GAUTSCHI (1971) OR 394 Rn. 2.

116 HOFSTETTER (Fn. 1), S. 119. Sachgerechter ist die Ausführung bei BK/FELLMANN OR 400 Rn. 127, wonach der Beauftragte «durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren» soll, da hier offensichtlich auf den einzelnen Auftrag abgestellt wird; ebenso die Formulierung in BGE 132 III 460, 464.

117 Zur Frage, inwiefern die auftragsrechtlichen Regeln den Gegebenheiten der heutigen Dienstleistungswirtschaft noch entsprechen, s. auch LOMBARDINI/MACALUSO (Fn. 9), S. 188 f.

Dem Beauftragten ist, wie allen anderen wirtschaftlichen Akteuren, ein geschäftlicher Eigenbereich zuzuerkennen. Vorteile, die er bei Gelegenheit ordnungsgemässer Geschäftsbesorgung als Eigengeschäft für sich selbst erworben hat und deren Grund nicht ausschliesslich in der Geschäftsbesorgung eines bestimmten Auftrags liegt, stellen das Entgelt für die eigenwirtschaftliche Leistung des Beauftragten dar.

«Entscheidend ist der Gesichtspunkt, dass der Auftraggeber das erhalten muss, was ihm gebührt, weil es sich um seine Angelegenheit handelt».¹¹⁸ Mit dem einzelnen Auftraggeber haben Gesamtumsatz- bzw. Grosshandelsvorteile bloss mittelbar zu tun. Diese gehen unmittelbar auf die eigenen Leistungen des Beauftragten zurück und sind nicht herauszugeben.¹¹⁹

Hinzuweisen ist schliesslich auf die praktischen Schwierigkeiten einer anteiligen Herausgabe von Vorteilen, die ihren Grund nicht im konkreten Auftrag, sondern in der mengenmässigen Zusammenfassung von Nachfragen haben. Müsste der Beauftragte die Sondervergütungen an die Auftraggeber herausgeben, könnte der auf den einzelnen Kunden entfallende Anteil meist erst dann rechnerisch ermittelt werden, wenn die für den Kommissionsansatz massgebliche Zeitperiode (im Regelfall das jeweilige Kalenderjahr) abgelaufen ist. So könnte beispielsweise ein Reisebüro, das bei Überschreiten bestimmter Umsatzzahlen höhere Kommissionssätze erhält, die Höhe der auf jede einzelne Buchung entfallenden Kommission frühestens anfangs des darauffolgenden Jahres berechnen können. Dass eine solche Berechnung in Massengeschäften nicht praktikabel ist, da die Aufwendungen für die Berechnung und die nachträgliche Rückerstattung in keinem Verhältnis zu den einzelnen Beträgen stehen, bedarf keiner näheren Erläuterung. Auf die Unmöglichkeit einer Berechnung in Fällen, in denen der Dritte dem Beauftragten nicht Geld, sondern anderweitige Vorteile zukommen lässt, wurde bereits hingewiesen.¹²⁰

V. Rechtfertigung sowohl im konkreten Geschäft als auch in der Person des Beauftragten

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich in Bezug auf Provisionen bzw. Preisermässigungen, die einerseits mit einem konkreten Auftrag zusammenhängen, andererseits auf die Person des Beauftragten zurückzuführen sind. Es geht dabei um Vorteile, die der Beauftragte aufgrund seiner besonderen Fähigkeiten, seiner Marktkenntnisse oder seiner persönlichen Beziehungen erlangt, dem Auftraggeber dagegen, der nicht über diese Eigenschaften verfügt, nicht gewährt würden. Zu denken ist etwa an das besondere Verhandlungsgeschick des

Beauftragten, dessen Wissen um die günstigsten Angebote oder einem bloss durch das Beziehungsnetz des Beauftragten möglichen Zugang zu beschränkt verfügbaren Leistungen und Produkten.

Mit der neueren deutschen Lehre zu den Herausgabepflichten des Kommissionärs ist der Anspruch dahingehend zu erweitern, als auch Zuwendungen darunter fallen, die der Auftraggeber erhalten hätte, wenn er mit denselben Fähigkeiten, Marktkenntnissen und Beziehungen, die der Beauftragte hat, das Geschäft getätigt hätte.¹²¹ Entsprechendes gilt in diesen Fällen für die Weitergabepflicht der Preisermässigungen im Rahmen des Aufwendungsersatzes. Obwohl der konkrete Auftraggeber diese Vorteile selber nicht erhalten hätte, stehen sie gleichwohl dem Auftraggeber zu, da dieser den Beauftragten im Regelfall gerade wegen dieser persönlichen Eigenschaften mit der Geschäftsbesorgung beauftragt. Für die Nutzung dieser Eigenschaften erfolgt auch die Honorierung seitens des Auftraggebers.

Anders gelagert sind jene Fälle, in denen die spezifischen Kenntnisse des Beauftragten der Beratung, Information und Betreuung des Auftraggebers dienen. Solche Leistungen – welche je nach Fall für Dritte an deren Stelle oder allein im Auftrag und im Interesse des Auftraggebers erfolgen – werden *nicht unentgeltlich* erbracht. Im Markt haben sich branchenabhängig und den entsprechenden Konstellationen folgend verschiedene Entschädigungsmodelle etabliert: Während Vertreter der freien Berufe (Rechtsanwälte, Steuerberater, Architekten) für diese (im Auftrag und Interesse des Auftraggebers für diesen erbrachte) Leistungen meist¹²² von den Auftraggebern entschädigt werden, werden in der Reise- und Versicherungsbranche regelmässig auch Leistungen für Dritte erbracht und kommen deshalb auch Dritte (zumindest überwiegend) hierfür auf.¹²³ Im Finanzdienstleistungssektor besteht eine Vielfalt von Modellen, die von der ausschliesslichen Zahlung durch den Auftraggeber bis zur überwiegenden Entschädigung durch Dritte reicht.¹²⁴

Der entscheidende Gesichtspunkt bei der (teilweisen) Entschädigung durch Dritte liegt darin, dass Drittparteien ein eigenes Interesse an der Erbringung bestimmter Leistungen durch den Beauftragten haben. Dieser soll gegenüber dem Auftraggeber Beratungs-, Informations- und Betreuungsleistungen erbringen, wofür er im Falle eines Geschäftsabschlusses vom konkret berücksichtigten Dritten entschädigt wird. Soweit die Leistungen des Beauftragten den Aufwand des Dritten mindern, somit ein «Outsourcing» von Vertriebsleistungen vorliegt, stellt die Entschädigung überdies eine Gegenleistung für Dienste dar, die der

118 MünchKomm/SEILER BGB 667 Rn. 9.

119 So auch NOBEL/STIRNIMANN (Fn. 9), S. 348 ff.; CERUTTI (Fn. 9), S. 90.

120 S. vorne Ziff. D.IV.

121 Staub/KOLLER HGB 384 Rn. 39; MünchKomm/HÄUSER HGB 384 Rn. 65; vgl. bereits SCHMIDT-RIMPLER (Fn. 86), S. 686.

122 Anders etwa bei amtlichen Verteidigern oder bei unter die Sozialversicherungen fallenden ärztlichen Leistungen.

123 Vgl. vorne Ziff. B.I. und B.III.

124 Zu den Entschädigungsmodellen s. vorne Ziff. B.II.

Beauftragte anstelle des Dritten erbringt.¹²⁵ Es handelt sich um eine Leistungserbringung im geschäftlichen Eigenbereich des Beauftragten, nicht um eine Angelegenheit des Auftraggebers, weshalb die Entschädigung des Dritten auch nicht dem Auftraggeber gebührt, sondern dem Beauftragten zusteht.

F. Anwendung der Grundsätze auf ausgewählte Dienstleistungsbereiche

I. Kommissionen in der Reise- und Versicherungsbranche

Wendet man die dargelegten Grundsätze auf die Reisebranche an, ergeben sich folgende Erkenntnisse: Reiseveranstalter (oder sonstige Reiseleistungsanbieter) haben teilweise eigene Vertriebsstellen, wo der Kunde über die touristischen Dienstleistungen informiert und die für seine Bedürfnisse besten Alternativen beraten wird sowie die Reiseleistungen buchen und bezahlen kann. Die Vertriebsleistungen in den eigenen «Verkaufsstellen» machen regelmässig bloss einen geringen Teil des Gesamtvertriebs aus.¹²⁶ Ein flächendeckendes Netz solcher Vertriebsstellen wäre auch für die grössten Anbieter von Pauschalreisen finanziell nicht tragbar und ökonomisch wenig sinnvoll. Aus diesem Grund schliessen solche Anbieter mit einer Vielzahl eigenständiger Reisebüros Agenturverträge ab, wobei die Reisebüros ihrerseits mit einer Vielzahl von Reiseleistungsanbietern Agenturverträge abschliessen. Dies ermöglicht auch kleineren Reiseleistungsanbietern einen flächendeckenden Vertrieb.

Die Reisebüros übernehmen für die Pauschalreiseunternehmen die Informations-, Beratungs-, Buchungs- und Inkassoleistungen und werden dafür durch Kommissionen bzw. Provisionen entschädigt. Es handelt sich dabei um ein Entgelt für erbrachte Leistungen, die – wie vorne ausgeführt – dem Reisebüro und nicht etwa dem Kunden zustehen. Dies gilt unabhängig davon, ob das Reisebüro bloss eine Zweigniederlassung des die Reiseleistung erbringenden Reiseunternehmens ist, ob es als eigenständige juristische Person zum Konzern des Anbieters gehört oder ob es als selbständiges Reisebüro im Rahmen eines Agenturvertrags tätig wird.

Dies gilt auch für «Superprovisionen» bei Überschreiten bestimmter Umsatzzahlen. Solche zusätzlichen Entschädigungen sollen zum einen Anreize für die jeweiligen Vertriebsstellen setzen, besondere Anstrengungen für den Ver-

125 Vgl. auch ABEGGLEN (Fn. 9), S. 129; NOBEL/STIRNIMANN (Fn. 9), S. 350; CERUTTI (Fn. 9), S. 90 f.

126 Inwieweit diese Aussage auch für online-Buchungen gelten, ist unklar. Auch in diesem Bereich können die Kunden sowohl direkt auf der Homepage der anbietenden Unternehmung als auch über Vermittler (es gibt eine kaum überschaubare Anzahl von online-Ticket- und Reisebörsen, wie z.B. ebookers) buchen, wobei letztere von den vermittelten Tourismusunternehmen entschädigt werden.

trieb der eigenen Dienstleistungen aufzuwenden. Zum anderen sind sie auch betriebswirtschaftlich gerechtfertigt, da das Reiseunternehmen jede Agentur mit Werbeunterlagen und sonstigen Materialien versorgt, regelmässig Informationsveranstaltungen über bestehende und neue Angebote für das Agenturpersonal durchführt, das Agenturverhältnis im Allgemeinen und den Zahlungseingang im Speziellen überwacht. Diese Aufwendungen rechnen sich umso eher, je höher der Umsatz des betreffenden Reisebüros hinsichtlich der Produkte des betreffenden Tourismusunternehmens ist.

Sodann stehen jedem Reisebüro in beschränktem Umfang Schaufensterflächen und Raumverhältnisse zur Verfügung, um touristische Dienstleistungen anzupreisen. Es muss daher eine Auswahl unter der Vielzahl von touristischen Werbematerialien treffen und entscheiden, welchen Produkten welcher (teure) Anteil an den bestehenden Ausstellungsflächen zur Verfügung gestellt werden soll. Die höhere Provision entschädigt das Reisebüro für die spezielle Förderung der Produkte eines Anbieters.

Da die Kommissionen die Reisebüros für ihre eigenwirtschaftlichen Leistungen entschädigen, fallen sie nicht unter das auftragsrechtlich Erlangte. Der Kunde hat somit *keinen Anspruch auf Herausgabe dieser Kommissionen*.

Entsprechendes gilt auch für die Versicherungsbranche. Die in Bezug auf die Reisebüros gemachten Ausführungen sind weitgehend auf die Leistungen der Versicherungsbroker, die ebenfalls *dem Kunden Informations- und Beratungsleistungen erbringen*, übertragbar.¹²⁷ Dies hat im Grunde auch das Bundesgericht zutreffend erkannt, indem es in einer die Brokerentschädigung betreffenden Entscheidung ausführt: Das Interesse der Versicherungsgesellschaft an der Maklertätigkeit liege «darin, dass ihr der fachkundige Makler die Beratung und Aufklärung seines Auftraggebers in Bezug auf Versicherungsfragen abnimmt und ihr damit Verwaltungsaufwand im Verkehr mit ihren Kunden erspart».¹²⁸ Das Gericht bezweifelt in dieser Entscheidung denn auch nicht, dass die *Courtage dem Versicherungsbroker zusteht*, sondern befasst sich bloss mit der Frage, welche Auswirkungen die Kündigung des Versicherungsvertrages auf den künftigen Courtageanspruch hat.

II. Provisionen in der Finanzmarktbranche

Bei Finanzprodukten sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden. Beschränkt sich die Tätigkeit auf die *Anlageberatung*, gelten die hinsichtlich der Reisebranche angeführten Überlegungen bezüglich Beratungs-, Informations- und Betreuungsleistungen noch ausgeprägter. Bei der *Vermögensverwaltung*

127 Im Ergebnis in die gleiche Richtung Hsu (Fn. 8), S. 85, der indessen die Begründung für den Anspruch des Versicherungsbrokers auf die erhaltenen Courtagen in der Usanz solcher Zahlungen erblickt.

128 BGE 124 III 481, 487.

können namentlich die Beratungsleistungen in den Hintergrund treten. Anders als beim Reisevermittlungs-, Versicherungsbroker- und Anlageberatungsvertrag entscheidet der Vermögensverwalter – nachdem die Anlagestrategie festgelegt ist – selbst, welche Verträge er eingehen will, d.h. welche Anlagen er tätigen soll. Im Vordergrund steht demgegenüber die bereits erwähnte Bündelung der Nachfrage. Durch die Zusammenfassung von Vermögenswerten verschiedener Auftraggeber schafft er einen Mehrwert, der zu einer entsprechenden Entschädigung führt, die der einzelne Auftraggeber nicht erzielt hätte. Der Vermögensverwalter erlangt diesen Vorteil *nicht aus der Auftragsausführung*. Vielmehr erhält er die Entschädigung lediglich im Zusammenhang mit den Geschäftsbesorgungen für die verschiedenen Auftraggeber *als Eigengeschäft*. Wiederum gilt dies unabhängig davon, ob der Vermögensverwalter eine selbstständige Vermögensverwaltungsgesellschaft ist, die mit dem leistenden Dritten (z.B. eine Bank) in einem vertraglichen Verhältnis steht oder ob es sich dabei um eine Zweigniederlassung eines Finanzinstituts bzw. ein Mitglied eines Finanzunternehmenskonzerns handelt. Vor allem bei der Vermögensverwaltung durch Banken kommen zum Bündelungseffekt auch Informations- und Betreuungslösungen zugunsten der Emittenten hinzu, weshalb sich die Entschädigung durch Drittparteien in solchen Fällen auch auf diesen Aspekt bezieht.¹²⁹

Anders liegen die Dinge, wenn sich der Beauftragte eine Provision versprechen lässt, ohne dass er eine der erwähnten Funktionen erfüllt. Führt etwa ein Treuhänder im Rahmen des vom Kunden erteilten Auftrages einen vermögenden Mandanten einem Finanzinstitut zu und erhält er hierfür eine Provision («Finder's Fee»), steht diese Entschädigung ausschliesslich im Zusammenhang mit seinen persönlichen Beziehungen, weshalb er den Vorteil dem Auftraggeber herauszugeben hat.¹³⁰ Gleiches gilt in jenen Fällen, in denen ein Vermögensverwalter ausschliesslich für einen oder wenige vermögende Anleger tätig ist und keine besonderen Leistungen für Dritte an dessen Stelle erbringt. Provisionen werden diesfalls voraussetzungslos oder für die blosser Zuführung entrichtet und es fehlt auch an der Zusammenfassung einer Vielzahl von Nachfragern. Der Auftraggeber hätte die gleichen Zuwendungen erhalten, wenn er mit denselben Fähigkeiten, Marktkenntnissen und Beziehungen, die der Beauftragte besitzt, die Anlagen getätigt hätte.

Ein solcher Fall lag auch dem mehrfach erwähnten Retrozessions-Entscheid des Bundesgerichts zugrunde.¹³¹ Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass der Vermögensverwalter für eine Stiftung ein Vermögen von über hundert Millionen verwaltete, wofür er jährlich offenbar über eine halbe Million Honorar in

129 Nebst diesen Leistungen werden seitens der Banken auch produktbezogene Leistungen für Dritte erbracht, z.B. im Rahmen der Konzipierung und Entwicklung strukturierter Produkte.

130 Ebenso Hsu (Fn. 8), S. 94 f. Bei Vermittlungen ohne Auftrag des Vermittelten (oder ausserhalb eines Auftrages des Vermittelten) stehen entsprechende Vermittlungsprovisionen bzw. Finder's Fees dagegen dem Vermittler zu; s. auch ABEGGLEN (Fn. 9), S. 124 f. Fn. 6.

131 BGE 132 III 460; hierzu schon vorne bei Fn. 42.

Rechnung stellte und darüber hinaus von Dritten über die Jahre Provisionen in Millionenhöhe erhielt. Weder fallen diese Provisionen unter den Gesichtspunkt einer Leistungserbringung im Interesse der Dritten noch entschädigen sie den Vermögensverwalter für seine Bündelung von Kunden, und zwar unabhängig davon, ob – was im Sachverhalt unklar bleibt – der Betreffende neben der Stiftung noch weitere Kunden hatte. Zu Recht hat das Bundesgericht den Herausgabeanpruch des Auftraggebers in diesem Fall bejaht.

G. Fazit und Schlussbetrachtung

Der Beauftragte hat neben dem vom Auftraggeber zur Auftragsausführung Erhaltenen und dem bei der Auftragsausführung Geschaffenen auch das aus der Auftragsausführung von Dritten Erlangte herauszugeben. Die Auffassungen darüber, was unter letzterem zu verstehen ist, haben sich im Laufe der Zeit gewandelt.

In der älteren Lehre wurde noch vertreten, angemessene und übliche Zuwendungen bzw. Provisionen seitens Dritter stehen dem Beauftragten zu. Lediglich Schmiergelder wurden mit offenkundig erzieherischen Erwägungen als herausgabepflichtig bezeichnet. Die neuere Lehre erhob dann die Schmiergelderwürdigungen zum Prinzip und befürwortet die Herausgabe sämtlicher Zuwendungen seitens Dritter mit Ausnahme von Gelegenheitsgeschenken und Trinkgeldern. Dass weder Schmiergelder noch Provisionen *aus der Auftragsausführung*, sondern lediglich *bei Gelegenheit der Geschäftsbesorgung* erlangt werden, wird zwar anerkannt. Im Hinblick auf die Gefahr einer Willensbeeinflussung und damit einer mangelhaften Interessenwahrung bejaht man einen Herausgabeanpruch gleichwohl.

Damit vermengt man zwei verschiedene Aspekte: die Treuehaltung einerseits und die Herausgabepflicht andererseits. Wird gegen die Interessenwahrungspflicht verstossen, ist die Rechtsfolge nicht eine Herausgabepflicht von etwaigen erlangten Vorteilen. Vielmehr ist gegebenenfalls ein in Vertretung abgeschlossenes Geschäft in der Schwebe, und dem Auftraggeber steht darüber hinaus, sofern er eine Vermögenseinbusse erlitten hat, ein Schadenersatzanspruch zu.

Bemerkenswert ist, dass die aktuelle Diskussion auf die Provisionen im Finanzmarktbereich fokussiert ist. Weitgehend unbeachtet bleibt dagegen, dass entsprechende Zahlungen, seien diese als Provisionen, Kommissionen, Courtagen oder sonstwie bezeichnet, auch in anderen Branchen seit jeher üblich und international etabliert sind. Erwähnt seien etwa die Reisebranche und der Versicherungssektor.

Die Forderung, sämtliche von Dritten erhaltenen Entschädigungen seien den Kunden herauszugeben, vermag den Verhältnissen einer modernen Dienstleistungsgesellschaft nicht gerecht zu werden. 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.

Unternehmen entschädigen die Beauftragten im Regelfall aus zwei Gründen: Erstens *beraten, informieren und betreuen die Beauftragten ihre Kunden* anstelle des Drittunternehmens. Zu denken ist etwa an das Reisebüro, das den Kunden für den Dritten berät, den Versicherungsmakler, der für das Versicherungsunternehmen Abklärungen trifft, oder den Anlageberater, der für den Emittenten von Anlageprodukten Informations- und Betreuungsfunktionen wahrnimmt. Damit erbringen diese Dienstleistungsunternehmen eine eigenwirtschaftliche Leistung, weshalb die Entschädigungen, die sie von Dritten (Reiseveranstalter, Versicherungsgesellschaften, Fondsanbieter usw.) hierfür erhalten, ihnen zustehen.

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. 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.

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 beim Vermögensverwalter liegen beide Aspekte vor, namentlich bei der Vermögensverwaltung durch Banken. Wo demgegenüber nach Festlegung der Anlagestrategie die Beratungs- und Betreuungsdienstleistung für Drittunternehmen in den Hintergrund tritt, dürfte vor allem die Bündelung der massgebende Gesichtspunkt sein.

Keine eigenwirtschaftliche Leistung erbringt dagegen der Treuhänder, der im Rahmen des vom Kunden erteilten Auftrages einer Bank einen vermögenden Klienten vermittelt und hierfür eine «Finder's Fee» 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. Ebenso wenig liegt eine eigenwirtschaftliche Leistung vor, wenn bei einem Vermögensverwaltungsverhältnis Beratungs- und Betreuungsdienstleistungen für Drittunternehmen ent-

fallen und auch keine Bündelung von Nachfragen vorliegt. Ist ein Vermögensverwalter bloss für einen Kunden tätig, liegt keine Bündelung von Nachfragen vor. Dieser wichtige Aspekt wird bei der Interpretation des Bundesgerichtsentscheides BGE 132 III 460 meist übersehen: Der betreffende Vermögensverwalter hat die Retrozessionen nicht für eine Vielzahl von Kunden, sondern für die Verwaltung eines grossen Stiftungsvermögens erhalten. Hätte die Stiftung ihr Geld selbst angelegt, wären ihr wohl dieselben Vergünstigungen gewährt worden. Das Bundesgericht hat die Herausgabepflicht in diesem Fall in folgedessen zu Recht bejaht.

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.

Erstaunlicherweise hat die Lehre solche Distinktionen in der ersten Hälfte des letzten Jahrhunderts noch gemacht, ohne dass die Stellungnahmen im neueren Schrifttum diese zur Kenntnis nehmen. Entsprechend der ausführlichen Analyse von SCHMIDT-RIMPLER aus dem Jahre 1928 ist zu unterscheiden, ob Zuwendungen bzw. Preisnachlässe 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:

Nicht an den Kunden herauszugeben sind Vorteile,

- die den Beauftragten für seine anstelle des Dritten erbrachten Beratungs- und Beratungsleistungen entschädigen;
- die dem Kunden nicht selber zugekommen wären, namentlich Grosshandelsprovisionen und -preisnachlässe.

An den Kunden herauszugeben sind Vorteile,

- die dem Kunden selber ebenfalls zugekommen wären, wenn er das Geschäft selbst besorgt hätte;
- die dem Beauftragten bloss aufgrund seiner Marktkenntnisse oder seiner persönlichen Beziehungen zukommen.

Zusammenfassung

In verschiedenen Dienstleistungsbranchen erhalten die Beauftragten eine Entschädigung nicht (nur) vom Auftraggeber, sondern auch von Drittparteien. Diese verbreiteten und auch international üblichen Entschädigungsmodelle sind in der Folge eines Bundesgerichtsentscheids, welcher einen externen Vermögensverwalter verpflichtet hatte, die seitens der Banken erhaltenen «Retrozessionen» an den Auftraggeber herauszugeben (BGE 132 III 460), in Frage gestellt wor-

den. Die sachgerechten Differenzierungen zwischen den herausgabepflichtigen Zuwendungen und den Entschädigungen für eigenwirtschaftliche Leistungen des Beauftragten fehlen oftmals in der heutigen Diskussion. In Anschluss an die älteren fundierten Analysen im Schrifttum legt der vorliegende Beitrag dar, dass namentlich Beratungs- und Betreuungsleistungen sowie Nachfragebündelungen eigenwirtschaftliche Leistungen des Beauftragten darstellen, weshalb Entschädigungen für diese Leistungen ihm zustehen.

Résumé

Dans diverses branches du secteur des services, les mandataires reçoivent une indemnisation pas (seulement) du mandant mais aussi de tierces parties. Ces modèles d'indemnisation répandus et également usuels au plan international ont été remis en question à la suite d'un arrêt du Tribunal fédéral qui a contraint un gérant de fortune externe à restituer au mandant les «rétrocessions» reçues des banques (ATF 132 III 460). Les différenciations objectives entre les versements avec obligation de remise et les indemnisations pour les prestations pour compte propre font fréquemment défaut dans le débat actuel. En se référant aux analyses fondées plus anciennes dans la doctrine, l'exposé montre que les prestations de conseil et d'assistance notamment, ainsi que les informations dérivées constituent des prestations pour compte propre du mandataire, raison pour laquelle les indemnisations pour ces prestations lui reviennent.

Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen

JÖRG KÜNZLI*

Schlagworte: Verfassungsrecht, Völkerrecht, Volksinitiative, Ungültigkeitsgründe, Kündigung, Memorandum of Understanding, Aussenpolitik, Einseitige Erklärung, Jus cogens, Normenhierarchie, Anwendungsvorrang

A. Einleitung

In der politischen Debatte werden direkte Demokratie und Völkerrecht oft als letztlich unvereinbares Gegensatzpaar dargestellt. Als Beleg für diese angebliche Antinomie wird regelmässig auf Volksinitiativen mit völkerrechtswidrigem Inhalt verwiesen. Bildet das Völkerrecht damit eine unüberwindbare Schranke jeglicher Verfassungsrevision oder führt die Aufnahme völkerrechtswidriger Bestimmungen in die Verfassung zu totem Recht oder letztlich zu einer Verpflichtung der Exekutive verfassungswidriges Völkerrecht zu missachten? In dieser Konfliktkonstellation wird oft ein zuviel an Demokratie beklagt und daher – m.E. teilweise vorschnell – nach einer Revision der verfassungsrechtlichen Ungültigkeitsgründe von Volksinitiativen gerufen. Andererseits wird meist vergessen, dass gemäss behördlicher Auffassung die Kündigung völkerrechtlicher Verträge zu den aussenpolitischen Prärogativen der Exekutive zählt, und hier allenfalls ein zu wenig an Demokratie zu beklagen wäre (lit. D).

Fragen nach dem verfassungsrechtlich geforderten Ausmass demokratischer Mitwirkungsrechte anlässlich der Auflösung völkerrechtlicher Bindungen lassen sich sachgerecht nur unter Berücksichtigung des Umfangs der Partizipationsrechte anlässlich der Begründung solcher Verpflichtungen angehen. Der vorliegende Beitrag prüft den hier zur Anwendung gelangenden Umfang demokratischer Mitwirkungsrechte, der sich zumindest gemäss behördlicher Rhetorik

* Prof. Dr. iur., Assoziierter Professor an der Universität Bern.

Bei diesem Beitrag handelt es sich um eine modifizierte und aktualisierte Version eines am 15. November 2007 vor der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern gehaltenen Habilitationsvortrags.