

Die Rechenschaftspflicht des Beauftragten



LIC.IUR. MARC AEBI, RECHTSANWALT
AEBI@BRUNNERAEBIPARTNER.CH

Grundlagen



Die rechtliche Qualifikation der Dienstleistung:

a) Definition

Typischerweise «immaterielles Gut»

b) Rechtsfolgen

Anwendbar sind typischerweise die Regelungen des Obligationenrechts zum Auftrag (Art. 394 ff.)

Grundlagen



- Auftrag

Art. 394 OR:

Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen.

- Werkvertrag

Art. 363 OR:

Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung.

Grundlagen



Problematik der Vertragsverletzung im Auftragsrecht:

Bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 115 II 62 ff.):

«Der Beauftragte hat grundsätzlich nicht für den Erfolg seiner Tätigkeit einzustehen. Haftungsbegründend ist vielmehr eine **unsorgfältige** oder **treuwidrige** und den Auftraggeber schädigende Ausführung des Auftrages. Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Erforderlich ist die Sorgfalt, welche ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt.»

Grundlagen



Problematik der Vertragsverletzung im Auftragsrecht:

«**Höhere Anforderungen** sind an den Beauftragten zu stellen, der seine Tätigkeit berufsmässig, gegen Entgelt ausübt. Dabei ist nach der Art des Auftrages zu differenzieren und auch den besonderen Umständen des Einzelfalles Rechnung zu tragen. Bestehen für eine Berufsart oder ein bestimmtes Gewerbe **allgemein befolgte Verhaltensregeln und Usanzen**, können sie bei der Bestimmung des Sorgfaltsmasses herangezogen werden. Aus der Treuepflicht des Beauftragten ergibt sich, dass er bei der Ausführung des Auftrages die **Interessen des Auftraggebers umfassend zu wahren** und deshalb alles zu unterlassen hat, was diesem Schaden zufügen könnte.» 30. Januar 1989

Grundlagen



Art. 400 OR:

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

Gelder, mit deren Ablieferung er sich im Rückstande befindet, hat er zu verzinsen.

Rechenschaft



Informieren

Abrechnen

Abliefern

Alles?



Ablieferungspflicht

Alles?

Duden:

1. die Gesamtheit von etwas
2. auf etwas in seiner Gesamtheit, in seinem ganzen Umfang, seiner ganzen Größe oder Stärke bezogen; ganz, gesamt

Rechtsprechung



Die bundesgerichtliche Rechtsprechung:

BGE 132 III 460 vom 22. März 2006

BGE 137 III 393 vom 29. August 2011

BGE 138 III 755 vom 30. Oktober 2012

BGE 143 III 348 vom 16. Juni 2017

Rechtsprechung



BGE 132 III 460 vom 22. März 2006:

Erwägungen des Bundesgerichts:

Nach Art. 400 Abs. 1 OR ist der Beauftragte schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grund zugekommen ist, zu erstatten. Die Ablieferungspflicht betrifft nicht nur diejenigen Vermögenswerte, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, sondern auch indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen. **Der Beauftragte soll durch den Auftrag - abgesehen von einem allfälligen Honorar - weder gewinnen noch verlieren**; er muss daher alle Vermögenswerte herausgeben, welche in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung stehen.

Rechtsprechung



BGE 132 III 460 vom 22. März 2006:

Die Pflicht zur Ablieferung bildet aber auch hier ein zentrales Element der Fremdnützigkeit des Auftrags und ist mit der Rechenschaftspflicht des Beauftragten so eng verbunden, dass sie als deren Folge erscheint.

Von der Lehre wird daher zutreffend verlangt, dass der Auftraggeber über zu erwartende Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert sein muss, und dass sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung entsprechend klar hervorgehen muss. Diese Anforderung rechtfertigt sich zusätzlich aus der Erwägung, dass eine solche Vereinbarung zu **Interessenkonflikten** führen kann, da durch (zu) häufige Transaktionen ein nennenswertes Zusatzeinkommen erzielt werden kann (zum sog. Churning vgl. WATTER, a.a.O., S. 1177).

Rechtsprechung



BGE 137 III 393 vom 29. August 2011:

Erwägungen des Bundesgerichts:

Ein voraussetzungsloser pauschaler Verzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen ist im Hinblick auf die damit verbundene Gefahr von Interessenkonflikten, die durch die Ablieferungspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR gerade verhindert werden sollen, problematisch. Eine Vereinbarung der Parteien, wonach allfällige Retrozessionen beim Vermögensverwalter verbleiben, setzt daher voraus, dass der Auftraggeber über die zu erwartenden Retrozessionen hinreichend informiert ist.

Rechtsprechung



BGE 137 III 393 vom 29. August 2011:

Erwägungen des Bundesgerichts:

Die sich aus der eigentlichen Fremdnützigkeit des Auftrags ergebenden Schranken sind gewahrt, sofern der Auftraggeber den Umfang sowie die Berechnungsgrundlagen der Retrozessionen kennt, die es ihm erlauben, die Kostenstruktur des Vermögensverwaltungsmandats zu erfassen sowie die damit verbundenen Interessenkonflikte des Vermögensverwalters zu erkennen, und er im Wissen darum dem konkreten Entschädigungsmodell zustimmt.

Rechtsprechung



BGE 137 III 393 vom 29. August 2011:

Geht man davon aus, dass im Vermögensverwaltungsgeschäft ohne Rückvergütungen anstelle der indirekten Kosten höhere direkte Kosten in Form von Honoraren anfallen würden und sich der Ertrag somit letztlich gleich bleibt, verzichtet der (informierte) Auftraggeber mit der Preisgabe seines Herausgabeanspruchs letztlich nicht auf Geld, sondern insbesondere auf das gesetzlich vorgegebene System zur Vermeidung von Interessenkonflikten.

Rechtsprechung



BGE 138 III 755 vom 30. Oktober 2012:

Erwägungen des Bundesgerichts:

Die beiden in der Amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheide zur Herausgabepflicht für Rückvergütungen (BGE 132 III 460 und BGE 137 III 393) betrafen Auftragsverhältnisse zwischen einem Auftraggeber und einem externen Vermögensverwalter. In der Literatur wird kontrovers diskutiert, ob die genannten Grundsätze auch auf den Fall einer Bank anzuwenden sind, die als Vermögensverwalterin für einen Kunden tätig ist, wenn sie in diesem Rahmen Anlagefonds oder strukturierte Produkte für den Kunden erwirbt und vom Produktanbieter (etwa einer Fondsgesellschaft) einen Teil der von diesem erhobenen Verwaltungsgebühren in Form von Bestandespflegekommissionen erhält.

Rechtsprechung



BGE 138 III 755 vom 30. Oktober 2012:

Herausgabepflichtig sind neben den Vermögenswerten, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, vielmehr auch allgemein indirekte Vorteile, die dem Beauftragten - unabhängig von deren Bezeichnung - infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen; dazu gehören unter anderem - jedoch nicht ausschliesslich - Retrozessionen im beschriebenen Sinn (BGE 137 III 393 E. 2.1 S. 395 f.; BGE 132 III 460 E. 4.1 S. 464 f.).

Dass die Zuwendung nicht aus einer unmittelbar beim auftragerteilenden Kunden erhobenen Gebühr fliesst, sondern aus einer dem Sondervermögen - an dem der Kunde anteilmässig beteiligt ist - belasteten Verwaltungsgebühr, schliesst die Vergütung ebenso wenig vom Anwendungsbereich von Art. 400 Abs. 1 OR aus wie der Umstand, dass ihre Berechnung anhand des Gesamtbestands der jeweiligen Produkte bei der Beklagten und nicht für jeden Kunden einzeln erfolgt.

Rechtsprechung



BGE 143 III 348 vom 16. Juni 2017:

Erwägungen des Bundesgerichts:

Retrozessionen fallen nicht in den Anwendungsbereich der periodischen Leistungen gemäss Art. 128 Ziff. 1 OR. Die Pflicht zur Herausgabe von Retrozessionen verjährt nach der ordentlichen Verjährungsfrist von zehn Jahren gemäss Art. 127 OR .

Die Verjährungsfrist beginnt für jeden Herausgabeanspruch an dem Tag zu laufen, an dem der Beauftragte den herauszugebenden Betrag erhalten hat.

Entwicklungen in der Gesetzgebung



FIDLEG ?

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

- a. die Kundinnen und Kunden vorgängig ausdrücklich über die Entschädigung **informiert** haben; oder
- b. die Entschädigung vollumfänglich an die Kundinnen und Kunden **weitergeben**.

Die Information der Kundinnen und Kunden muss Art und Umfang der Entschädigung beinhalten und vor Erbringung der Finanzdienstleistung oder vor Vertragsschluss erfolgen. Ist die Höhe des Betrags vorgängig nicht feststellbar, so informiert der Finanzdienstleister seine Kundinnen und Kunden über die Berechnungsparameter und die Bandbreiten.

Als Entschädigung gelten Leistungen, die dem Finanzdienstleister im Zusammenhang mit der Erbringung einer Finanzdienstleistung von Dritten zufließen, insbesondere Courtagen, Kommissionen, Provisionen, Rabatte oder sonstige vermögenswerte Vorteile.

Entwicklungen in der EU



Finanzmarktrichtlinie (Richtlinie 2014/65 EU vom 15. Mai 2014)

Art. 24 Abs. 1 MiFID II:

Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass eine Wertpapierfirma bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen oder gegebenenfalls Nebendienstleistungen für ihre Kunden ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse ihrer Kunden handelt und insbesondere den Grundsätzen dieses Artikels und des Artikels 25 genügt.

Entwicklungen in der EU



Finanzmarktrichtlinie (Richtlinie 2014/65 EU vom 15. Mai 2014)

Art. 24 Abs. 8 MiFID II:

Bietet die Wertpapierfirma ein Portfolio-Management an, ist es ihr nicht gestattet, für die Erbringung der Dienstleistung an die Kunden Gebühren, Provisionen oder andere monetäre oder nichtmonetäre Vorteile einer dritten Partei oder einer Person, die im Namen einer dritten Partei handelt, anzunehmen und zu behalten.

Grundsätzliches VERBOT

Ausblick



Problematik der Rechenschaftspflicht in der Dienstleistung:

Tendenzen in zivil-, aufsichts- und sogar strafrechtlicher Hinsicht:

Weitere Einschränkungen der Zulässigkeit von Retrozessionen und ähnlichen Vergütungsformen.

Herzlichen Dank !



BrunnerAebiPartner

Advokatur · Notariat · Wirtschaftsberatung