

Sandro Abegglen\*

# Der Verzicht auf Ablieferung von Retrozessionen – Einordnung und Anforderungen<sup>1</sup>

## Eine dogmatische Nachlese zu BGE 132 III 460 ff.

«Wer mit dem Kopf im Sand auf Information verzichtet, verzichtet auf Erkennbares rechtsgültig.»<sup>2</sup>

### I. Einleitung

Im vorliegenden Aufsatz wird untersucht, welches die Anforderungen an einen Verzicht auf die Ablieferung von Retrozessionen sind. Entsprechend der Behandlung des Themas in dieser Zeitschrift soll die Fragestellung dabei auf ihre dogmatischen Grundlagen zurückgeführt werden. Aktualität hat dem «Retrozessionsverzicht» der viel zitierte BGE 132 III 460 ff.<sup>3</sup> verschafft, in welchem Entscheid

das Bundesgericht – nicht überraschend – festhielt, dass Retrozessionen, sofern sie unter Art. 400 Abs. 1 OR fallen, an den Auftraggeber abzuliefern sind, wenn nichts anderes vereinbart ist, wobei sich das Gericht im genannten Entscheid mit dem Fall eines angeblichen *stillschweigenden* Verzichts zu befassen hatte – ein Umstand, der, wie nachfolgend gezeigt werden wird, leider oftmals ignoriert wird.

Retrozessionen, die unter Art. 400 Abs. 1 OR fallen, sind, vereinfacht ausgedrückt, und bezogen auf das Bankgeschäft, Zahlungen, die ein Beauftragter von einem Dritten allein dafür erhält, dass er bei der Anlage des Vermögens seiner Kunden oder bei der Tötung von Transaktionen für diese die entsprechenden Dienstleistungen dieses Dritten in Anspruch nimmt<sup>4</sup>. Beispiel: Der Vermögensverwalter veranlasst seine Kunden, ihr Vermögen bei der Bank Y aufzubewahren, und er erhält fortan von der Bank Y Entschädigungen für die Zuführung der Kundschaft und die Vermittlung von Kommissionserträgen im Zusammenhang mit Wertpapiertransaktionen etc. Wenn nun Empfänger solcher Retrozessionen diese selbst vereinbaren wollen, kommt der Frage, welches die Anforderungen an den Verzicht des Auftraggebers auf die Ablieferung von Retrozessionen<sup>5</sup> sind, naturgemäss grosse Bedeutung zu.

Nachfolgend liegt der Fokus auf der Frage, welches die Anforderungen an den *expliziten* Verzicht sind, der in der Praxis eine sehr viel grössere Bedeutung als ein an sich auch möglicher *stillschweigender* Verzicht hat. Dieser Fokus ist auch deshalb

\* Dr. iur., Fürsprecher, LL.M.; Privatdozent für Privat- und Handelsrecht sowie Bank- und Finanzmarktrecht, Universität Bern; Partner Niederer Kraft & Frey, Zürich. Der Autor hat zu gewissen Aspekten des hier behandelten Themas ein Gutachten für eine Bank verfasst.

<sup>1</sup> Ich danke Herrn Prof. Hans Peter Walter, Bern, für die fruchtbare Diskussion hier behandelte Aspekte, und Herrn MLaw Simon Schären, Thun und Zürich, sowie Herrn BLaw Alain Anderhub, Luzern, ebenfalls für die anregenden und langen Diskussionen sowie die wertvolle Unterstützung beim Abfassen dieses Beitrags.

<sup>2</sup> Roland von Büren/Hans Peter Walter, Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006, ZBJV 2007 500, bei der Besprechung von BGE 132 III 460 ff.

<sup>3</sup> An Urteilsbesprechungen, Aufsätzen und Monografien zum Thema seien genannt: Sandro Abegglen, «Retrozession» ist nicht gleich «Retrozession»: Zur Anwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR auf Entschädigungen, die an Banken geleistet werden, insbesondere im Fondsvertrieb, in: SZW 2007 122 ff. (zit. Abegglen, Retrozession); Manuel Arroyo, Praxis des Bundesgerichts zur Herausgabe von Retrozessionen und Finder's Fees im Rahmen eines Vermögensverwaltungsrates, in: ZBJV 142 (2006) 625 ff.; Belina Borer-Benz, Die Herausgabepflicht des Beauftragten gemäss Art. 400 Abs. 1 OR am Beispiel der Problematik der Retrozessionen bei unabhängigen Vermögensverwaltern, St. Gallen 2006; Raphael Camp/Christian Bühler, Retrozessionszahlungen, Interessenkonflikte bei externer Vermögensverwaltung, in: Schweizerischer Treuhänder 8 (2006) 527 ff.; Susan Emmenegger, Anlagerechte: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Anlagerecht, Susan Emmenegger (Hrsg.), Anlagerecht, Basel 2007, 59 ff.; Peter Ch. Hsu, Retrozessionen, Provisionen und Finder's Fees, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 45, Basel/Genf/München 2006; Peter Hsu/Eric Stupp, Retrozessionen sind grundsätzlich dem Kunden abzuliefern, Besprechung des Urteils des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.432/2005 vom 22. März 2006, in: GesKR 2006 1 ff.; Renate Kilgus/Rolf Kuhn, Das Bundesgericht spricht Retrozessionen dem Kunden zu, Besprechung von BGE-Entscheid 4C.432/2005 vom 22. März 2006, in: Jusletter vom 26. Juni 2006; Rolf Kuhn, Retrozessionszahlungen an externe Vermögensverwalter – eine Standortbestimmung, in: AJP 2006 1051 ff.; Matthias Nänni/Hans Caspar von der Crone, Rückvergütungen im Recht der unabhängigen Vermögensverwaltung, in: SZW 2006 377 ff.; Thomas Reimann/Rolf Kuhn, Nach dem Retrozessionsentscheid, Konsequenzen für Vermögensverwalter – BGE-Entscheid 4C.432/2005, in: ST 2006 68 ff.; Monika Roth, Das Dreiecksverhältnis Kunde-Bank-Vermögensverwalter, Zürich/St. Gallen 2006; Fabian Schmid, Retrozessionen und Anlagefonds, Zur Problematik der Retrozes-

sionen im Anlagefondsgeschäft nach dem Grundsatzentscheid des Bundesgerichts und dem Inkrafttreten des Kollektivanlagegesetzes, in: Jusletter vom 21. Mai 2007; von Büren/Walter (Fn. 2), 497–500; Dieter Zobl/Luc Thévenoz, das schweizerische Bankprivatrecht 2005–2006, in: SZW 2006 292 ff.

<sup>4</sup> Vgl. zur Frage, welche Arten von Zahlungen Retrozessionen sind, die tatsächlich unter Art. 400 Abs. 1 OR fallen, ausführlich Abegglen, Retrozession (Fn. 3), 125–133.

<sup>5</sup> Wenn im Folgenden von Retrozessionen gesprochen wird, sind damit immer nur solche gemeint, die tatsächlich unter Art. 400 Abs. 1 OR fallen, was längst nicht bei allen der Fall ist; siehe zur diesbezüglichen Abgrenzung im Detail Abegglen, Retrozession (Fn. 3), 125–133.

gerechtfertigt, weil in dem durch das Bundesgericht zu beurteilenden Fall der Vermögensverwalter von seinem Kunden wie erwähnt gerade *keinen* expliziten Verzicht auf Herausgabe von Retrozessionen eingeholt hatte. Das Bundesgericht hat den expliziten Verzicht in BGE 132 III 460 ff. deshalb nur obiter dictum angesprochen und sich mithin nicht in spruchrelevanter Weise zu den Anforderungen geäußert, die an einen expliziten Verzicht zu stellen wären. Weil viele Besprechungen des Urteils nicht auf den gewichtigen Unterschied zwischen stillschweigendem und explizitem Verzicht eingingen, entstand in den interessierten Kreisen z.T. Unsicherheit, was das Urteil mit Bezug auf die Gültigkeit von (expliziten) Verzichtsklauseln bedeuten könnte. Die nachfolgenden Ausführungen stellen somit auch einen Versuch dar, diese Unsicherheiten zu beseitigen.

## II. Analyse der Äusserungen des Bundesgerichts

### 1. Dispositive Natur von Art. 400 Abs. 1 OR

In einem ersten Schritt widmet sich das Bundesgericht der Frage, ob die Herausgabepflicht im Bezug auf Retrozessionen überhaupt vertraglich wegbedungen werden könne. Bis anhin gab es keine höchstrichterliche Stellungnahme dazu, ob Art. 400 Abs. 1 OR dispositiver Natur ist. Unter Ablehnung älterer Lehrmeinungen, die die Ablieferungspflicht als unverzichtbares Wesenselement des Auftragsrechts begreifen, schloss sich das Bundesgericht einer neueren Auffassung an, wonach Art. 400 Abs. 1 OR dispositiver Natur ist<sup>6</sup> und auch auf künftig anfallende Werte im Voraus verzichtet werden kann: «Mit der überwiegenden neueren Lehre ist daher grundsätzlich die Gültigkeit einer Vereinbarung zu bejahen, wonach der Auftraggeber auf die Ablieferung bestimmter, auch *künftig anfallender* Werte verzichtet»<sup>7</sup>. Immerhin relativierte das Bundesgericht die dispositive Natur, indem es festhielt, dass die Fremdnützigkeit des Auftrages den eigentlichen Wesens-

gehalt des Auftragsrechts darstelle. Dieser Gehalt ist aber dann nicht berührt, wenn es sich, wie bei der Herausgabepflicht betreffend Retrozessionen, um eine blosser Nebenpflicht handelt<sup>8</sup>.

## 2. Anforderungen an den Verzicht

### 2.1 Überblick

Da in casu nicht ein ausdrücklicher Verzicht zur Diskussion stand, konnte sich das Bundesgericht nicht vor dem Hintergrund einer konkreten Verzichtsvereinbarung dazu äussern, welche Anforderungen es an den *expliziten* Verzicht auf die Herausgabepflicht stellt. Das Bundesgericht hielt dazu aber immerhin im Sinne eines obiter dictum fest:

«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.»<sup>9</sup>

Das Bundesgericht erwähnt dabei, diese Anforderung sei auch deshalb gerechtfertigt, weil eine solche Vereinbarung zu Interessenkonflikten führen könne<sup>10</sup>.

### 2.2 Anforderungen an den stillschweigenden Verzicht

Was die Anforderungen an den *stillschweigenden* Verzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen anbelangt, äusserte sich das Gericht zutreffenderweise wie folgt: Ein stillschweigender Verzicht sei nicht schon deshalb anzunehmen, weil der Auftraggeber wusste, dass Retrozessionen vereinbart wurden und er deren Grössenordnung nach der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz habe abschätzen können. Insbesondere vermitteln die blosser Schätzbarkeit der angefallenen Retrozessionen aufgrund der Kenntnis der Grössenord-

<sup>6</sup> BGE 132 III 460, E. 4.2.

<sup>9</sup> BGE 132 III 460, E. 4.2 am Ende.

<sup>10</sup> Das Gericht geht nicht auf aufsichtsrechtliche Vorschriften, insbesondere Art. 11 Abs. 1 lit. c BEHG, ein, was an sich interessant gewesen wäre; dies indessen zu Recht, da der Beklagte als externer Vermögensverwalter nicht dem BEHG unterstellt war. Für Banken und Effektenhändler gilt im Übrigen: Es kann – und muss, soweit möglich – den Anforderungen von Art. 11 Abs. 1 lit. c BEHG auf andere Weise als durch Offenlegung genügt werden, indem nämlich durch regulatorisch anerkannte organisatorische Massnahmen jede Benachteiligung des Kunden durch Interessenkonflikte ausgeschlossen wird, wie z.B. Chinese Walls, vgl. dazu Sandro Abegglen, Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen, Interessenkonflikte und Chinese Walls bei Banken und Wertpapierhäusern, Privatrecht und Finanzmarktrecht, (Habil) Bern 2004 (zit. Abegglen, Wissenszurechnung); Abegglen, Retrozession (Fn. 3), 130 f.

<sup>6</sup> Claude Bretton-Chevallier, Le gérant de fortune indépendant, Zürich 2002, 162 ff.; Werner De Capitani, Retrozessionen an externe Vermögensverwalter, in: Festschrift für Jean-Paul Chapuis, Zürich 1998, 27; Wolfgang Wiegand/Corinne Zellweger-Gutknecht, Privatrechtliche Probleme der Vermögensverwaltung, in: Wiegand Wolfgang, Berner Bankrechtstag, Band 11, Bern 2005, 44; Rolf Watter, Über die Pflichten der Bank bei externer Vermögensverwaltung, in: AJP 1998 1174 ff., 1177; Rolf H. Weber, Basler Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Auflage, Basel 2007, N 21 zu Art. 400 OR.

<sup>7</sup> BGE 132 III 460, E. 4.2; Hervorhebung durch den Verfasser eingefügt.

nung des verwalteten Vermögens keine hinreichend genaue Kenntnis über die Höhe der vereinnahmten Retrozessionen, da diese von weiteren Faktoren, wie der Häufigkeit getätigter Geschäfte, abhängen<sup>11</sup>. Aus dem blossen Stillschweigen bzw. dem Nichteinfordern der Retrozessionen durch den Kunden kann nämlich, so das Gericht natürlich zu Recht, nur dann auf einen Verzicht geschlossen werden, wenn der Kunde über die «konkret anfallenden Retrozessionen und Finder's Fees in Kenntnis» gesetzt würde<sup>12</sup>.

### 2.3 Tiefere Anforderungen an den expliziten Verzicht

Diese Feststellungen sind deshalb hilfreich und wichtig, weil das Bundesgericht gleich anschliessend daran eine Äusserung macht, aus der folgt, dass die Anforderungen an den *ausdrücklichen Verzicht* niedriger sind als an einen stillschweigenden Verzicht, sagt es doch:

«ohne ausdrückliche und eindeutige Verzichtserklärung der Klägerin auf Rechenschaftslegung und Ablieferung hätte sich der Beklagte zumindest vergewissern müssen, dass die Auftraggeberin ihm die im Rahmen der Vermögensverwaltung anfallenden Einnahmen als zusätzliche Entschädigung für seine Tätigkeit in Kenntnis der konkreten Vereinbarung mit den Banken über deren Höhe sowie der mutmasslichen Häufigkeit der entschädigungspflichtigen Transaktionen überlassen wollte»<sup>13</sup>.

Dies – es sei hier vorweggenommen – entspricht traditioneller Dogmatik, wonach nur in Fällen qualifizierten Stillschweigens bzw. Nichtgeltendmachung von Rechten auf einen Verzicht geschlossen werden kann<sup>14</sup>. E contrario darf daraus geschlossen werden, dass in den Augen des Bundesgerichts im Falle eines ausdrücklichen Verzichts auf Rechenschaftslegung und Ablieferung *nicht* solch detaillierte Angaben erforderlich sind<sup>15</sup>. Dieses Verständnis der bundesgerichtlichen Ausführungen findet seine Bestätigung in Erwägung 4.3 des Urteils, wonach es nicht als üblich unterstellt wird, «dass ein Auftraggeber *unbesehen* auf Rechenschaft verzichte und mit Einnahmen des Beauftragten einverstanden sei, deren Ausmass er weder kennen noch kontrollieren kann»<sup>16</sup>. Dies

kann nicht anders verstanden werden, als dass das Gericht einen *bewussten* Verzicht auf *Rechenschaft und auf Ablieferung*, auch wenn der Verzichtende das Ausmass der Retrozessionen nicht kennt, als grundsätzlich gültig erachten würde.

Diese Interpretation des Urteils wird weiter noch durch Folgendes bestätigt: Ebenfalls in Erwägung 4.3 zieht das Bundesgericht die Landesregeln des Verbandes Schweizerischer Vermögensverwalter als Ausdruck der Berufsübung zur Auslegung und Ergänzung der Parteivereinbarung heran. Das Bundesgericht schreibt, die Landesregeln würden verlangen, dass der Vermögensverwalter gegenüber dem Kunden sämtliche *derartigen Leistungen* offenlege<sup>17</sup>. Was meint das Gericht damit? Ziff. 48 zu Art. 10 der Landesregeln lautet:

«Sofern das Mitglied im Zusammenhang mit der Betreuung oder Anlage von Kundenvermögen Rückvergütungen, Retrozessionen, Gutschriften oder andere Leistungen von dritter Seite erhält, so muss der schriftliche Vermögensverwaltungsvertrag Bestimmungen darüber enthalten, wem diese Leistungen zukommen und ob darüber Aufschluss erteilt werden muss.»

Und auch der Anhang B der Landesregeln verlangt bloss Angaben zur «Behandlung von Retrozessionen», nicht aber Angaben über deren Grössenordnung oder gar deren genaue Höhe. Nachdem diese Landesregeln gemäss Bundesgericht als Ausdruck der Berufsübung heranzuziehen sind, ist es für einen *ausdrücklichen* Verzicht als *ausreichend* zu erachten, wenn im *Vermögensverwaltungsvertrag* die *Retrozessionen klar thematisiert werden und festgelegt wird, dass diese vom Vermögensverwalter einbehalten werden dürfen*. Falls das Bundesgericht nicht dieser Auffassung wäre, so hätte es doch – so würde man erwarten – festgehalten, dass auch die diesbezüglichen Anforderungen der Landesregeln ungenügend seien. Dies hat es aber nicht getan. Das Bundesgericht schreibt bei der Erörterung der diesbezüglichen Landesregeln im Übrigen denn auch nicht, diese verlangten, dass die *Höhe* der Retrozessionen offenzulegen sei. Auch aus der Formulierung, es bedürfe einer Vereinbarung der Parteien, woraus sich der «Wille des *informierten* Mandanten», auf eine Herausgabe zu verzichten<sup>18</sup>, ergebe, kann nicht geschlossen werden, dass der Kunde über die *konkrete Höhe* der Retrozessionen informiert sein müsste, damit ein ausdrücklicher Verzicht gültig zustande kommt<sup>19</sup>.

<sup>11</sup> BGE 132 III 460, E. 4.4, 4.5. Es sei schon an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die Angabe der genauen Höhe richtiger Ansicht nach nur beim konkludenten Verzicht eine Rolle spielen kann. Liegt eine ausdrückliche Verzichtserklärung vor, gestaltet sich die Rechtslage meiner Meinung nach anders, vgl. dazu ausführlich unten V.

<sup>12</sup> BGE 132 III 460, E. 4.5.

<sup>13</sup> BGE 132 III 460, E. 4.5; entscheidend ist das Wort «ohne», weshalb es hier vom Verfasser hervorgehoben wurde.

<sup>14</sup> Vgl. hinten V.

<sup>15</sup> Gl. Meinung von *Büren/Walter* (Fn. 2), 499 f.

<sup>16</sup> BGE 132 III 460, E. 4.3; Hervorhebung durch den Verfasser eingefügt.

<sup>17</sup> BGE 132 III 460, E. 4.3.

<sup>18</sup> BGE 132 III 460, E. 4.3.

<sup>19</sup> Vgl. dazu ausführlicher hinten V.

### III. Lehrmeinungen

#### 1. Allgemeine Bankrechtsliteratur und vor dem Urteil erschienene Publikationen

Die (vor Publikation des Urteils erschienenen) *allgemeinen Darstellungen* zum Bankprivatrecht<sup>20</sup> beschränken sich bei der Erörterung von Retrozessionen auf den Hinweis, diese müssten gemäss Auftragsrecht den Kunden abgeliefert werden, wenn nicht etwas anderes vereinbart sei. Sie nennen dabei nicht spezifische Anforderungen, die an einen Verzicht zu stellen wären.

*Bretton-Chevallier* setzt für einen wirksamen Verzicht voraus, dass dem Kunden im Rahmen der Honorarabrechnung jeweils für die entsprechende Periode sowohl die Basis und Berechnungsgrundlage als auch die exakten Beträge der vereinnahmten Retrozessionen offengelegt werden (*«full disclosure»*)<sup>21</sup>.

*Borer-Benz* will einen Verzicht zulassen, ohne dass die diesbezügliche Vertragsbestimmung selbst nähere Angaben quantitativer Art enthalten müsste. Sie setzt dabei jedoch zur Gültigkeit dieser Vereinbarung voraus, dass «der unabhängige Vermögensverwalter seinen Informationspflichten und seiner Abrechnungspflicht vollumfänglich nachkommt [gemeint ist wohl jeweils im Nachhinein] und der Anleger damit jederzeit Kenntnis hat über die tatsächliche Höhe der an den Vermögensverwalter entrichteten Retrozessionen»<sup>22</sup>.

#### 2. Nach dem Urteil erschienene Publikationen

*Kilgus/Kuhn*, die sich soweit ersichtlich als erste nach der Urteilspublikation geäußert haben, vertreten gestützt auf das neue Bundesgerichtsurteil die Ansicht, ein vertraglicher Verzicht auf die Herausgabepflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR sei nur zulässig, wenn dem Kunden vorgängig die *genaue Höhe* der vereinnahmten Retrozessionen offengelegt wird<sup>23</sup>. Dieses Erfordernis wird aus der bundesgerichtlichen Formel des «informierten» Kunden abgeleitet.

*Kuhn*<sup>24</sup> hält grundsätzlich an der bereits im Aufsatz von *Kilgus/Kuhn* geäußerten Auffassung fest, wobei nun jedoch leicht geringere Anforderungen an die Offenlegung der Retrozessionshöhe gestellt werden; nun soll es nämlich genügen, dass der Kunde «über den Retrozessionssatz und die erwartete Anzahl Transaktionen unterrichtet» wird. Einen Verzicht auf die Rechenschaft erachtet *Kuhn* als nichtig, wobei aufgrund des Kontexts anzunehmen ist, er sei der Meinung, dass dann keine Nichtigkeit vorliegt, wenn der Kunde auf die Ablieferung der Retrozession gestützt auf genügende Information verzichtet hat.

*Reimann/Kuhn* lassen es genügen, wenn die Höhe der Retrozessionen für den Kunden bloss abschätzbar ist. Damit dem Kunden diese Abschätzung möglich ist, müsse er den Retrozessionssatz sowie die Anzahl der zu erwartenden Transaktionen kennen<sup>25</sup>.

*Camp/Bührer* halten zu Recht fest, im Urteil werde «offen gelassen, welche Anforderungen an eine «vollständige und wahrheitsgetreue» Information zu stellen sind, insbesondere, ob diese auch in jedem Fall die genaue Angabe der Höhe der Retrozession zu umfassen hat (sofern diese überhaupt vorgängig bestimmbar ist)»<sup>26</sup>.

*Arroyo* nimmt nicht selber Stellung zur Meinung des Bundesgerichts, sondern gibt den Urteilsgehalt rein deskriptiv wieder<sup>27</sup>.

*Emmenegger* konstatiert, es bleibe fraglich, «wie hoch die Informationslatte genau anzulegen» sei und wie die Gerichte entscheiden würden, bleibe zurzeit «offen»; nach einer Auseinandersetzung mit Auffassungen, die einen hohen Detaillierungsgrad voraussetzen, erachtet sie die auf Erfahrungswerte gestützte Angabe einer Prozentbandbreite als sachgerecht<sup>28</sup>.

*Hsu/Stupp* differenzieren bei der Frage, welche Anforderungen nach dem jüngsten Bundesgerichtsurteil an eine Verzichtsvereinbarung zu stellen sind, als bislang Einzige – aber zu Recht und in Übereinstimmung mit dem hier Ausgeführten – danach, ob es sich im konkreten Fall um eine konkludente oder um eine ausdrückliche Erklärung des Kunden handelt. Demnach seien an einen ausdrücklichen Verzicht geringere Anforderungen zu stellen als an einen konkludenten Verzicht. Nach dieser Ansicht genügt es, dass der Vermögensverwalter dem Kunden mitteilt, dass er Retrozessionen erhält und bei Bedarf, d.h. auf Verlan-

<sup>20</sup> Beispielsweise *Carlo Lombardini*, *Droit bancaire suisse*, IV N 27, XXVI N 57, XXVI N 96, XXVIII N 20; *Urs Emch/Hugo Renz/Reto Arpagaus*, *Das Schweizerische Bankgeschäft*, 6. Auflage, Zürich 2004, N 1693.

<sup>21</sup> *Bretton-Chevallier* (Fn. 6), 164 f. (vor dem Bundesgerichtsurteil erschienen).

<sup>22</sup> *Borer-Benz* (Fn. 3), 160 f. (vor dem Bundesgerichtsurteil erschienen).

<sup>23</sup> *Kilgus/Kuhn* (Fn. 3), Rz. 21. Rechtsanwalt *Kuhn* hat die Klägerin im Verfahren, das zum Urteil führte, vor Bundesgericht vertreten.

<sup>24</sup> *Kuhn* (Fn. 3), 1054.

<sup>25</sup> *Reimann/Kuhn* (Fn. 3), 68 ff.

<sup>26</sup> *Camp/Bührer* (Fn. 3), 532.

<sup>27</sup> *Arroyo* (Fn. 3), 625 ff.

<sup>28</sup> *Emmenegger* (Fn. 3), 84.

gen, vor der Abgabe der Verzichtserklärung nähere Angaben über die Grössenordnung machen werde<sup>29</sup>. Zu Recht begründen *Hsu/Stupp* dies auch mit dem «venire contra factum proprium»-Gedanken, wonach sich ein Kunde widersprüchlich verhalte, wenn er von der ausdrücklich angebotenen Auskunftsmöglichkeit keinen Gebrauch mache bzw. seiner Erkundigungsobliegenheit nicht nachkomme, später dann aber vorbringe, die für den Verzicht angeblich notwendige Kenntnis der Höhe der Retrozessionen nicht gehabt zu haben. Im Sinne der Vorsicht empfehlen die Autoren aber, bis zur weiteren Klärung durch die Judikatur, «den Kunden über die Faktoren zu informieren, die es ihm erlauben, die betragsmässige Grössenordnung der Retrozessionen zu bestimmen»<sup>30</sup>. In diesem Sinne als empfehlenswert erachten sie die Offenlegung «als Höchstbetrag in Prozenten des verwalteten Vermögens oder einer anderweitig leicht nachvollziehbaren Formel»<sup>31</sup>. Eine Aufklärung über die Berechnungsweise (z.B. ob Retrozessionen transaktionsbasiert gezahlt werden oder bloss auf der Höhe der vermittelten Vermögenswerte etc.) oder eine Aufschlüsselung nach Anlageklassen erachten sie dagegen nicht als erforderlich<sup>32</sup>. Schliesslich vertreten sie die Auffassung, dass der Kunde über die im Zusammenhang mit den Retrozessionen möglichen Interessenkonflikte aufgeklärt werden müsse, «idealerweise» indem die wesentlichsten Anreize genannt werden<sup>33</sup>.

*Hsu* differenziert bei den an eine Verzichtsklausel zu stellenden Anforderungen zu Recht danach, ob der konkret zu beurteilende Verzicht ein stillschweigender oder aber ein ausdrücklicher ist<sup>34</sup>. Dabei sollen beim ausdrücklichen Verzicht weniger strenge Massstäbe gelten: Es soll bereits genügen, dass der Beauftragte darüber informiert, dass ihm Retrozessionen zukommen<sup>35</sup>. Nach dieser Ansicht braucht ein Kunde nicht einmal mehr über die Grössenordnung der Beträge informiert zu werden<sup>36</sup>.

Nach *Roth* muss der Kunde, um wirksam auf eine Ablieferung von Retrozessionen verzichten zu können, nicht «auf Franken und Rappen genau» wissen, wie hoch die Retrozessionen im De-

tail sind<sup>37</sup>. Der Kunde müsse aber immerhin den zur Anwendung gelangenden Retrozessionssatz kennen, sodass der Kunde in der Lage ist, den ungefähren Betrag abzuschätzen<sup>38</sup>.

*Nänni/von der Crone* lassen es für die Wirksamkeit eines Verzichts genügen, dass der Kunde das erhöhte Interessenkonfliktpotential erkennt, das aus einem Verzicht resultiert. Dies sei aber bereits «anhand von Kenntnissen über den Bereich der potentiell gefährdeten Verwaltungshandlungen und die Grössenordnung der Rückvergütungen möglich»<sup>39</sup>.

*Zobl/Thévenoz* erwähnen das Urteil kurz in ihrer jährlichen Chronik der bankprivatrechtlichen Judikatur und halten leitsatzartig ohne nähere Umschreibungen fest, dass der Auftraggeber über «die zu erwartenden Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert werden [müsse] und sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, [müsse] aus der Vereinbarung klar hervorgehen»<sup>40</sup>.

*von Büren/Walter* setzen sich im Rahmen der Besprechung der wirtschaftsrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2006 pointiert und zutreffend mit der Frage nach den Anforderungen des expliziten Verzichts und der dafür erforderlichen Information auseinander. Sie betonen dabei zu Recht, dass – wie grundsätzlich im Bereich der Informationspflicht – die Frage nach dem notwendigen Mass nicht generell beantwortet werden könne, sondern auch hier unter Berücksichtigung der (konkreten) Aufklärungsbedürftigkeit<sup>41</sup>. Sodann weisen sie darauf hin, dass das Vertrauensprinzip, «auf welchem die Aufklärungspflicht letztlich gründet..., keine Einbahnstrasse» sei:

«Wer vieles, wenn auch nicht jedes Detail um die Provisionen weiss, soll sich nicht über mangelnde Aufklärung beklagen, wenn er auf eine Ablieferung verzichtet, ohne sich nach den noch unbekanntem, aber im Raum stehenden Einzelheiten zu erkundigen»<sup>42</sup>.

<sup>29</sup> *Hsu/Stupp* (Fn. 3), 5.

<sup>30</sup> *Hsu/Stupp* (Fn. 3), 5.

<sup>31</sup> *Hsu/Stupp* (Fn. 3), 5.

<sup>32</sup> *Hsu/Stupp* (Fn. 3), 5.

<sup>33</sup> *Hsu/Stupp* (Fn. 3), 5.

<sup>34</sup> *Hsu* (Fn. 3), 35.

<sup>35</sup> *Hsu* (Fn. 3), 36.

<sup>36</sup> *Hsu* (Fn. 3), 36, immerhin wird dem Vermögensverwalter nach dieser Auffassung sodann eine detailliertere Information bis zur Klärung der Situation empfohlen, selbst wenn dies aus dogmatischen Gründen nicht notwendig sei.

<sup>37</sup> *Roth* (Fn. 3), 70.

<sup>38</sup> *Roth* (Fn. 3), 70.

<sup>39</sup> *Nänni/von der Crone* (Fn. 3), 383.

<sup>40</sup> *Zobl/Thévenoz* (Fn. 3), 295.

<sup>41</sup> *von Büren/Walter* (Fn. 2), 500; Ausführlich zur Bedeutung der Aufklärungsbedürftigkeit für die Bestimmung der aufklärenden Pflichten, *Sandro Abegglen*, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft, Bern 1995, 171 ff.

<sup>42</sup> *von Büren/Walter* (Fn. 2), 500.

#### IV. Zusammenfassende Beurteilung der Verzichtsanforderungen gestützt auf das Urteil und die Lehre unter Vorwegnahme der dogmatischen Ausführungen

Das bundesgerichtliche Urteil befasste sich mit einem Fall, in dem *überhaupt keine Vereinbarung über den Verzicht* bestand. Soweit im Urteil obiter dictum allgemeine Ausführungen zu den Verzichtsanforderungen gemacht werden, die mithin auch für den expliziten Verzicht Geltung beanspruchen, stipulieren diese nicht die gleich hohen Anforderungen, wie sie für einen stillschweigenden Verzicht gelten, sondern halten zusammengefasst fest, dass ein Verzicht nur – aber immerhin – gestützt auf eine klare Vereinbarung statthaft sei. Das Bundesgericht hat als Erfordernis von allgemeiner Geltung dies wie folgt festgehalten<sup>43</sup>:

«Es bedarf einer Vereinbarung der Parteien, aus der sich der Wille des informierten Mandanten eindeutig ergibt, auf die Ablieferung der dem Mandatar im Rahmen des Auftrags bezahlten Retrozessionen (ganz oder teilweise) zu verzichten.»

Die Offenlegung der erwarteten oder gar – was unmöglich ist, da es hier um einen Vorausverzicht geht – der genauen Höhe der Retrozessionen in der Verzichtserklärung ist mithin auch nach dem Bundesgerichtsurteil nicht unabdingbare Voraussetzung für einen wirksamen Verzicht des Kunden. Dies ergibt sich auch daraus, dass das Bundesgericht einen Vorausverzicht auf künftige Retrozessionen explizit als zulässig erklärte<sup>44</sup>. Bei einem solchen aber ist die vorgängige Offenlegung der genauen Höhe nie und oft auch nur der ungefähren Höhe der Retrozessionen nicht möglich bzw. mit grossen Unsicherheiten behaftet, da im Voraus ungewiss ist, wie sich die für die Berechnung relevanten Faktoren (Häufigkeit von Transaktionen, Art der Anlagen, Höhe der verwalteten Mittel, Bereitschaft von Dritten, Retrozessionen in bestimmter Höhe auch in Zukunft zu zahlen etc.) entwickeln werden.

Ohnehin kann nicht generell gesagt werden, eine so oder anders formulierte Klausel sei gültig oder ungültig. Vielmehr sind die Vertragsabschluss-Situation und das Wissen und die Kenntnisse der Vertragsparteien entscheidend, so dass nur Einzelfall-Beurteilungen möglich sind. Dies ergibt sich aus den nachfolgenden dogmatischen Ausführungen zu den Anforderungen an den Verzicht. Vereinfacht und untechnisch lassen sich diese wie folgt auf den Punkt bringen: *Wer auf*

*Erstattung von Retrozessionen im Wissen darum verzichtet, dass er deren (ungefähre) Höhe nicht kennt, hat grundsätzlich bezüglich des Verzichts mangelfreien Willen, der einen Konsens ermöglicht (vorausgesetzt ist dabei jedoch selbstverständlich – sonst würde ein Irrtum vorliegen –, dass der Verzichtende weiss, was Retrozessionen sind und welches ihre Bedeutung ist). Diesfalls entsteht seitens des Verzichtenden eine Frageobliegenheit, möchte er den Vertrag nur in Kenntnis von der (ungefähren) Retrozessionshöhe abschliessen*<sup>45</sup>.

#### V. Voraussetzungen eines gültigen Verzichts dogmatisch betrachtet

##### 1. Zustandekommen einer gültigen Verzichtvereinbarung im Grundsatz

Das Bundesgericht hat zu Recht festgehalten, dass ein Verzicht auf die Ablieferungspflicht von Art. 400 Abs. 1 OR auch zum Voraus, also in Bezug auf künftige Retrozessionen, möglich sei<sup>46</sup>. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang jedoch erwähnt, der Kunde müsse «informiert» sein<sup>47</sup>. Vermutlich deshalb schlossen einige Autoren<sup>48</sup> und ihnen folgend z.T. die Medien<sup>49</sup> aus dem Urteil, dass ein Verzicht auf Ablieferung von Retrozessionen nur gültig sei, wenn er in genauer Kenntnis des Betrages, auf den verzichtet wird, erfolge. Dies trifft nicht zu, wie im Folgenden gezeigt wird.

Eine Verzichtvereinbarung kommt, wie jeder andere Vertrag dann gültig zustande, wenn sie

- auf einem rechtlich relevanten, das heisst natürlichen oder normativen Konsens beruht;
- allfällige Formvorschriften beachtet;
- nicht gegen zwingendes Recht oder die guten Sitten verstösst (Art. 20 Abs. 1 OR)<sup>50</sup>.

Beim natürlichen Konsens liegt eine Übereinstimmung der wirklichen Willen beider Parteien vor; in diesem Fall muss nicht mehr nach einer allenfalls abweichenden *Willenserklärung* gefragt werden. Die Vereinbarung kommt vielmehr aufgrund der übereinstimmenden inneren Willen zu-

<sup>45</sup> Gl. Meinung von Büren/Walter (Fn. 2), 500.

<sup>46</sup> Vgl. BGE 132 III 460, E. 4.2.

<sup>47</sup> BGE 132 III 460, E. 4.2.

<sup>48</sup> Kilgus/Kuhn (Fn. 3).

<sup>49</sup> «Milliardenrisiken für die Banken» in: Sonntagszeitung vom 9. Juli 2006, 52; «So werden Anleger über den Tisch gezogen» in: Sonntagszeitung vom 2. Juli 2006, 61; «Wem gehören Retrozessionen?» in: NZZ vom 20. Juni 2006, 23; «Retrozessionen stehen dem Kunden zu» in: NZZ vom 20. Juni 2006, 28.

<sup>50</sup> Objektive ursprüngliche Unmöglichkeit führt ebenfalls zur Nichtigkeit; auf diese wird im Folgenden, da nicht relevant, nicht eingegangen.

<sup>43</sup> BGE 132 III 460, E. 4.3.

<sup>44</sup> BGE 132 III 460, E. 4.2.

stande<sup>51</sup>. Ergibt sich, dass kein solch natürlicher Konsens bestand, so kann ein normativer Konsens gegeben sein. Dies ist nach der berühmten Formel des Bundesgerichts dann der Fall, wenn *Willensäusserungen* vorliegen, die von der sich darauf berufenden Partei in guten Treuen als Ausdruck des Willens der anderen Partei verstanden werden durften und mussten<sup>52</sup>.

Unterzeichnet ein Kunde somit eine Erklärung, wonach er auf alle Zahlungen verzichte, welche der Beauftragte im inneren Zusammenhang mit der Geschäftsbesorgung für ihn von Dritten erhält und dass der Beauftragte diese Retrozessionen als Honorar betrachten und behalten dürfe, so liegt jedenfalls ein normativer Konsens vor. Falls die Verzichtserklärung nicht nur unterzeichnet, sondern auch tatsächlich gelesen wurde, ist von einem natürlichen Konsens auszugehen<sup>53</sup>.

Ein Verzicht auf die Ablieferung von Zahlungen im Sinne von Art. 400 Abs. 1 OR *unterliegt keiner Formvorschrift*. Rechtsgeschäfte bedürfen nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt (Art. 11 Abs. 1 OR).

Eine Retrozessions-Verzichtsvereinbarung ist nicht rechtswidrig – sie verstösst offensichtlich nicht gegen zwingendes Gesetzesrecht; sie ist auch nicht sittenwidrig; insbesondere liegt kein Fall einer übermässigen Bindung im Sinne von Art. 27 ZGB vor, kann doch nicht gesagt werden, ein Verzicht auf Retrozessionen, die sich in der Höhe von nicht mehr als 0.5–2% der zugrundeliegenden Vermögenswerte bewegen, würde den Verzichtenden in elementarer Weise an seiner wirtschaftlichen Entfaltung behindern<sup>54</sup>.

Hieraus ergibt sich, dass eine korrekt redigierte Verzichtsvereinbarung rechtsgültig ist. Möglich ist

nur, aber immerhin, dass eine Partei eine Verzichtvereinbarung wegen rechtlich relevantem Willensmangel anfechten kann (Art. 23 ff. OR) – dieses Risiko besteht aber immer und bei jeder Vereinbarung. Da ein rechtlich relevanter Willensmangel aber unter anderem auch von subjektiven Elementen, die beim Irrrenden vorhanden sein müssen, abhängt, ist jede pauschale Aussage, wonach Retrozessionsklauseln, welche nicht nähere Angaben über die Retrozessionshöhe enthalten, ungültig seien, *bar jeder privatrechtlichen Grundlage*.

Das heisst, wie bei jedem Rechtsgeschäft kann auch bei Verzichtserklärungen in besonderen Fällen ein Kunde unter Umständen mit Erfolg einen Willensmangel, wohl insbesondere einen Grundlagenirrtum gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR, geltend machen. Dafür müssten folgende Voraussetzungen erfüllt sein: Der Irrrende müsste nachweisen können, er sei beim Eingehen des Verzichts von einem bestimmten Sachverhalt ausgegangen, der sich nachher als nicht zutreffend erwiesen habe (subjektive Wesentlichkeit). Sodann muss er nachweisen, dass er nach Treu und Glauben den betreffenden Sachverhalt bei objektiver Betrachtung vom Standpunkt des loyalen Geschäftsverkehrs als unerlässliche Voraussetzung für das Eingehen des Verzichts betrachten durfte (objektive Wesentlichkeit).

#### a. Objektive Wesentlichkeit

Nachdem der Kunde im Falle einer korrekt redigierten Verzichtsklausel pauschal auf Retrozessionszahlungen verzichtet, kann er insbesondere nicht geltend machen, es sei objektive Voraussetzung des Verzichts gewesen, dass der Auftragnehmer nur Zahlungen bis zu einer willkürlich festzusetzenden Höhe vereinnahmen und behalten dürfe. Die objektive Wesentlichkeit könnte hingegen dann gegeben sein, wenn die Retrozessionseinnahmen, die gemäss Formulierung in Retrozessionsklauseln als zusätzliches Honorar betrachtet werden dürfen, in keinem normalen Verhältnis mehr zum Honorar und den Gebühren stehen, die der Kunde dem Beauftragten insgesamt entrichtet. So könnten Retrozessionszahlungen, welche das Total des vom Kunden z.B. einer Bank zu zahlenden Honorars und der Gebühren sehr deutlich übersteigt, den Tatbestand der objektiven Wesentlichkeit erfüllen. Denn hier könnte vielleicht argumentiert werden, es sei Geschäftsgrundlage gewesen, dass die Retrozessionen die vereinbarte Honorarhöhe jedenfalls nicht übersteigen, dies gerade wegen der Formulierung, sie dürften als *zusätzliches* Honorar einbehalten werden. Objektive Wesentlichkeit könnte,

<sup>51</sup> Vgl. nur *Wolfgang Wiegand*, Basler Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Auflage, Basel 2007, N 8 zu Art. 18 OR mit zahlreichen Hinweisen auf die Literatur und Rechtsprechung.

<sup>52</sup> Statt aller *Wiegand* (Fn. 51), N 8 zu Art. 18 OR; *Theo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean-Nicolas Druoy*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000, 102; *Peter Gauch/Walter Schlupep/Jörg Schmid/Heinz Rey*, Schweizerisches Obligationenrecht, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2003, N 309 ff.

<sup>53</sup> Wurde die Verzichtserklärung nicht gelesen, so kann sie im Rahmen des Globaleinbezugs von *Allgemeinen Geschäftsbedingungen* dennoch Vertragsbestandteil geworden sein. Diesfalls steht dem Kunden aber offen, sich bei auslegungsmässigen Differenzen auf die sogenannte *Unklarheitenregel* zu berufen, wonach zweideutige Klauseln in der für den Kunden günstigeren Variante ausgelegt werden. Ausserdem bezieht sich der (globale) Konsens nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nur auf solche Klauseln, die nicht überraschend und objektiv vertragsfremd sind (sogenannte *Ungewöhnlichkeitsregel*), vgl. hinten VII.2.1. Vgl. zur AGB-Problematik, insbesondere im Zusammenhang mit Banken, *Peter Gauch*, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, recht 3/2006, 77 ff.

<sup>54</sup> Art. 27 ZGB steht an sich in direktem Widerspruch zur durch die Vertragsfreiheit geschützten Dispositionsfreiheit der als mündig gedachten Parteien. Auch aus diesem Grund nehmen die Gerichte nur in extremen Fällen die Erfüllung des Tatbestandes von Art. 27 ZGB an.

insbesondere mangels einer entsprechenden Aufklärung über Interessenkonflikte, auch dann gegeben sein, wenn die Retrozessionszahlungen eine solche Höhe erlangen, die zu Interessenkonflikten führen, es sei denn, es werde – wie insbesondere bei Banken und Effektenhändlern – durch organisatorische Massnahmen ausgeschlossen, dass diese potentiellen Konflikte zu einer Kundenbenachteiligung führen<sup>55</sup>. Denn hier könnte der Kunde argumentieren, er hätte nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr nicht davon ausgehen müssen, dass die Bank als Beauftragte sich in eine Situation bringe, welche ihr die einwandfreie Erfüllung der privatrechtlich geschuldeten und auch aufsichtsrechtlich relevanten Treuepflicht verunmögliche<sup>56</sup>.

#### b. Subjektive Wesentlichkeit

Bezüglich der subjektiven Wesentlichkeit ist Folgendes zu beachten: Sie besagt, dass der Irrtum «kausal sein muss für den Vertragsabschluss, in dem Sinne, dass bei wahrer Kenntnis der Sachlage der Vertrag überhaupt nicht oder doch nur mit anderem Inhalt geschlossen worden wäre»<sup>57</sup>. Die subjektive Wesentlichkeit muss vom Irrtenden ebenfalls nachgewiesen werden, wobei, da eine innere Tatsache vorliegt, ein eigentlicher Beweis nicht möglich ist. Der Richter wird vielmehr aufgrund der gesamten Umstände und der Lebenserfahrung beurteilen, ob subjektive Wesentlichkeit vorlag. Bei Retrozessionszahlungen, deren Bedeutung im Vergleich zu dem der Bank geschuldeten Honorar relativ niedrig bis vernachlässigbar sind, kann somit sogar davon ausgegangen werden, dass auch die *subjektive* Wesentlichkeit nicht gegeben ist. Dabei ist Folgendes zu beachten: «Wer daher hinsichtlich eines bestimmten Sachverhalts Zweifel hat und dessen ungeachtet den Vertrag schliesst, kann nachher nicht einwenden, er habe sich geirrt»<sup>58</sup>.

#### c. Absichtliche Täuschung

Schliesslich ist der Vollständigkeit halber noch darauf hinzuweisen, dass ein Kunde die Verzichtvereinbarung gestützt auf Art. 28 OR anfechten könnte, wenn er beweisen könnte, dass der Mitarbeiter der Bank ihm absichtlich eine falsche Vor-

stellung über die Höhe der Retrozessionen vermittelt hatte (absichtliche Täuschung).

- d. Bundesgerichtsentscheid enthält keine diesen dogmatischen Überlegungen widersprechenden Aussagen

Soweit man aufgrund der Ausführungen im Urteil, welche keinerlei Hinweise auf diese dogmatischen Prinzipien und die entsprechenden Normen des allgemeinen Teils des OR enthalten, glauben könnte, auch das Bundesgericht stelle spezielle Anforderungen an einen Verzicht, so dürfte dies darin begründet sein, dass es im Urteil um eine konkludente Verzichtserklärung ging. Hier ist, und das hat das Bundesgericht getan, ein anderer Massstab anzuwenden. So wird denn auch in der deutschen Literatur ausdrücklich festgehalten:

«Schwierig ist ein konkludent erklärter Verzichtswille festzustellen. Hier ist wegen der Zweifelsregel (Rn 101) äusserste Zurückhaltung angebracht, damit dem Gläubiger kein Erlass unterstellt wird, den er nicht wollte»<sup>59</sup>.

Das bedeutet aber eben nicht, dass man nicht auf Zahlungen oder Forderungen verzichten könnte, auch wenn ihre Höhe nicht bekannt ist: Dass auf unbekannte Forderungen nicht verzichtet werden könnte, der Gläubiger also von der «zumindest möglichen Existenz» der Forderung Kenntnis haben müsse, trifft nicht zu<sup>60</sup>.

## 2. Art. 2 ZGB

### 2.1 Frageobliegenheit

Dem Kunden ist gestützt auf die ausdrückliche Verzichtserklärung bewusst, dass er auf die Ablieferung von Retrozessionen verzichtet, ohne deren Höhe zu kennen, *sofern* er vor Vertragsabschluss nicht nähere Angaben verlangt (Frageobliegenheit). Es würde gegen Art. 2 Abs. 2 ZGB verstossen, wenn ein Kunde, der Bedeutung und Anwendungsbereich von Retrozessionen erfasst hat und seiner Erkundigungsobliegenheit nicht nachgekommen ist, diesen ausdrücklichen Verzicht später nicht gegen sich gelten lassen wollte, obwohl er explizit dazu einwilligte, gerade ohne Kenntnis der genauen Höhe der Retrozessionen auf deren Ablieferung zu verzichten («venire contra factum proprium»). Zwar gilt, zu Recht, dass im Zweifel

<sup>55</sup> Vgl. dazu unter Hinweis auf Literatur Fn. 10 vorne sowie nachfolgend die Ausführungen unter VI.

<sup>56</sup> Auch aus diesem Grund ist es wichtig, dass die Bank darlegen kann, dass sie bei der Ausführung des Vermögensverwaltungsvertrags oder beim Erteilen von Anlagerat frei vom Interesse an der Vereinnahmung möglichst hoher Retrozessionen war, vgl. hinten VI.

<sup>57</sup> *Guhl/Koller/Schnyder/Druey* (Fn. 52), 140.

<sup>58</sup> *Guhl/Koller/Schnyder/Druey* (Fn. 52), 140.

<sup>59</sup> *Volker Rieble*, § 397 BGB, in: *Jan Busche/Ulrich Noack/Volker Rieble* (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 Recht der Schuldübernahme § 397–432, Neubearbeitung, Berlin 2005, N 105 zu § 397 BGB.

<sup>60</sup> *Rieble* (Fn. 59), N 128 zu § 397 BGB.



Erklärungen nicht als Verzicht zu werten und entsprechend restriktiv zu interpretieren sind<sup>61</sup>. Ist eine Verzichtsklausel jedoch klar redigiert, kann diesbezüglich nicht von einem Zweifel ausgegangen werden.

## 2.2 Aufklärungspflicht

Im Verhandlungsstadium stellt sich die Frage nach der Aufklärungs- oder Informationspflicht. Auch sie beantwortet sich sowohl im Grundsatz als auch im Umfang aus Art. 2 ZGB<sup>62</sup>. Massgebend sind dabei die Umstände des konkreten Falls<sup>63</sup>. Dabei ist vom Grundsatz der Parteiautonomie auszugehen, wonach niemand gehalten ist, im Interesse des Gegners umsichtiger zu sein, als dieser es ist und sein kann<sup>64</sup>. Es besteht daher keine allgemeine Rechtspflicht, den Gegner über alle wesentlichen Punkte des in Aussicht genommenen Vertrags aufzuklären<sup>65</sup>. Keine Offenbarungspflicht besteht namentlich, wenn nach Treu und Glauben angenommen werden darf, die Gegenpartei erkenne den richtigen Sachverhalt<sup>66</sup>. Wesentliche Bedeutung kommt der Fachmann/Laien-Beziehung zu. Hier ist ebenfalls das fachliche Ungleichgewicht nach Art. 2 ZGB zu beachten. Wer als Fachmann erkennt, dass sein Gegenüber als Laie ein wesentliches Element des geplanten Vertragschlusses nicht oder falsch versteht, hat ihn darauf aufmerksam zu machen<sup>67</sup>. Es geht darum, dass Irrtümer nicht erweckt und erkannte Irrtümer nicht ausgenützt werden. In diesem Sinne be-

«le devoir (négatif) de ne pas donner de faux renseignements et d'éviter de créer un vice de consentement chez son partenaire, par inadvertance, laisser-aller ou ambiguïté»<sup>68</sup>.

Abklärungen aber, welche die Gegenpartei selbst hätte vornehmen können, sind nicht gefordert, weil eben niemand umsichtiger zu sein hat als die andere Partei selbst<sup>69</sup>. Und hier knüpft die wiederum aus Art. 2 ZGB folgende Pflicht (dogmatisch korrekt: Obliegenheit) an, eigene Unklarheiten zum Inhalt einer an sich klaren und auf bestimmte oder bestimmbare Forderungen ge-

richtete Verzichtserklärung durch Befragung der Gegenpartei zu klären<sup>70</sup>, oder mit *von Büren/Walter* ausgedrückt:

«Insoweit korreliert der Umfang der Aufklärung mit der Informationsobliegenheit des Aufzuklärenden. Umstände, von denen sich die Gegenpartei nach Treu und Glauben Kenntnis verschaffen kann und muss, sind grundsätzlich nicht aufklärungspflichtig»<sup>71</sup>.

Denn, so ist anzufügen, es hiesse,

«die Privatautonomie grundsätzlich in Frage [zu] stellen, wenn unter Berufung auf Art. 2 ZGB generell auf die Obliegenheit, sich selber seriös vorzubereiten, verzichtet und die gesamte Informations- und Aufklärungspflicht einfach der jeweiligen Gegenpartei zugeschoben würde»<sup>72</sup>.

Bezüglich der privatrechtlichen Aufklärungspflicht ist sodann zu beachten, dass diese vom Bundesgericht unter Beachtung der Verhaltensregeln des Art. 11 BEHG interpretiert werden dürfte, insbesondere wenn die Aufklärungspflichtige eine Bank oder ein Effektenhändler ist. Es geht dabei nicht um die Informationspflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG, welche den Effektenhändler zur Information über die Risiken von Effektenhandelstransaktions-Typen verpflichtet, sondern um eine allenfalls aus Art. 11 Abs. 1 lit. c BEHG fliessende Informationspflicht. Wie andersorts ausgeführt, entsteht diese Informationspflicht, wenn die Benachteiligung der Kunden durch potentielle Interessenkonflikte im Zusammenhang mit Retrozessionen nicht durch organisatorische Massnahmen ausgeschlossen werden kann<sup>73</sup>.

## 2.3 Exkurs zum «informed consent»

Die – privatrechtsdogmatisch etwas unglückliche – Formulierung des Bundesgerichts vom «informierten» Mandanten<sup>74</sup> dürfte, wie dargestellt, keine über die allgemeinen dogmatischen Anforderungen an einen Konsens hinausgehende Bedeutung haben, es sei denn, das Bundesgericht hätte sich – ohne dies transparent zu machen – von den skizzierten privatrechtlichen Prinzipien entfernen wollen, wovon nicht auszugehen ist.

Die Formulierung des «informed consent» stammt im Übrigen aus dem Arztrecht, wo sie – dogmatisch begründet – eine spezielle Funktion hat: Ein an sich widerrechtlicher Eingriff in die Persönlichkeitsgüter einer Person kann durch Einwilligung gerechtfertigt werden (Art. 28 Abs. 1 und 2

<sup>61</sup> *Ernst Kramer*, Art. 18 OR, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bern 1998, N 39 zu OR 18; einlässlicher die deutsche Lehre und Rechtsprechung zu § 397 BGB, zum Beispiel *Rieble* (Fn. 59), N 101 zu § 397 BGB.

<sup>62</sup> BGE 108 II 313.

<sup>63</sup> BGE 116 II 434; *Eugen Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988, 220.

<sup>64</sup> BGE 102 II 84.

<sup>65</sup> BGE 101 Ib 432.

<sup>66</sup> BGE 116 II 432.

<sup>67</sup> *Max Baumann*, Art. 2 ZGB, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1998, N 166 zu ZGB 2.

<sup>68</sup> BGE 101 Ib 432.

<sup>69</sup> *Baumann* (Fn. 67), N 174 zu ZGB 2.

<sup>70</sup> Vgl. V.2.1 hievor, Frageobliegenheit.

<sup>71</sup> *von Büren/Walter* (Fn. 2), 500.

<sup>72</sup> *Baumann* (Fn. 67), N 174 zu ZGB 2.

<sup>73</sup> Vgl. dazu vorne V.1.a. sowie unter Hinweis auf weiterführende Literatur, Fn. 10 vorne und die Ausführungen unter VI. hienach.

<sup>74</sup> BGE 132 III 460, E. 4.3 am Schluss.

ZGB). Als generelles Erfordernis einer wirksamen Einwilligung wird hier nebst der Urteilsfähigkeit der betroffenen Person vorausgesetzt, dass die Einwilligung hinreichend *konkret* ist<sup>75</sup>. Besondere Voraussetzungen gelten beim ärztlichen Heileingriff: Hier muss der in die Behandlung einwilligende Patient im Detail über die Diagnose, den Verlauf der Behandlung sowie über das mit dem Eingriff verbundene Risiko informiert werden<sup>76</sup>. Das Erfordernis des «informed consent» hat hier deshalb seine Berechtigung, weil ein Eingriff in die körperliche Integrität der betreffenden Person sonst *widerrechtlich* wäre.

Das Konzept des «informed consent», will man ihm eine eigenständige Bedeutung beimessen, hat seinen Platz dort, wo es um die Einwilligung in einen Eingriff in höchstpersönliche Rechtspositionen geht, welcher mangels Einwilligung widerrechtlich wäre. Für den Bereich der rein obligatorischen Rechtsverhältnisse gibt es für ein Konzept des «informed consent» keine gesetzliche oder dogmatische Grundlage.

### 3. Fazit

Ein wirksamer Konsens der Parteien liegt dann vor, wenn eine Verzichtsklausel für den Kunden nach Treu und Glauben ihrem Sinn und Zweck nach und von der Bedeutung und Tragweite her verständlich war. Das Vertragsrecht ist reich an Konstellationen, in denen rechtsgeschäftliche Erklärungen einen bloss generell umrissenen Inhalt haben. Es ist angesichts der oben angeführten dogmatischen Überlegungen nicht einzusehen, weshalb nicht auch ein Verzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen gemäss Art. 400 Abs. 1 OR ohne Kenntnis der genauen oder ungefähren Höhe zulässig sein soll, zumal der Kunde wie ausgeführt ohne weiteres vor Abgabe der Verzichtserklärung nähere Aufschlüsse über die zu erwartende Höhe der Retrozessionen verlangen kann; diesbezüglich trifft ihn eine Erkundigungsobliegenheit; nimmt er sie nicht wahr, kann er sich später nicht darauf berufen, sein Verzicht sei ungültig, da erteilt ohne Kenntnis der (genauen oder ungefähren) Retrozessionshöhe. Vorbehalten bleiben wie erwähnt die Fälle, wo die Frageobliegenheit infolge unklarer oder gar irreführender Formulierung der Retrozessionsklausel nicht ausgelöst

wird bzw. ein Kunde Irrtum oder gar Täuschung geltend machen kann.

## VI. Hinweis zu Art. 11 BEHG

Obwohl dies im Zusammenhang mit der Erwähnung möglicher Interessenkonflikte, die durch Retrozessionszahlungen verursacht werden können, interessant gewesen wäre, hat das Bundesgericht im Urteil Art. 11 BEHG nicht erwähnt. Der Grund dafür liegt sicherlich darin, dass der Beklagte als sogenannter externer Vermögensverwalter, der weder Bank- noch Effektenhändlerstatus hat, den Verhaltenspflichten Art. 11 BEHG weder analog noch direkt unterworfen war<sup>77</sup>.

Soweit jedoch Kunden gegenüber Banken und Effektenhändler auf Retrozessionen verzichten, muss bei der Beurteilung Art. 11 BEHG bedacht werden. Insbesondere ist zu beachten, dass Art. 11 Abs. 1 lit. c BEHG eine Treuepflicht zugunsten des Kunden stipuliert und vom Effektenhändler verlangt, sicherzustellen, dass allfällige Interessenkonflikte seine Kunden nicht benachteiligen. In erster Linie muss er dabei Interessenkonflikte vermeiden; wenn dies nicht möglich ist, soll er Massnahmen treffen, um die Benachteiligung der Kundeninteressen zu verhindern; und in dritter Priorität, wenn auch dies nicht möglich ist, muss er die Interessenkonflikte offenlegen<sup>78</sup>. Soweit Retrozessionen dazu führen, dass zwischen dem eigenen Interesse des Effektenhändlers/der Bank und der Pflicht zur Wahrung der Interessen des Kunden, wo denn eine solche Pflicht besteht<sup>79</sup>, Konflikte entstehen, und diese Interessenkonflikte nicht durch anderweitige Massnahmen gemäss dem soeben genannten Schema vermieden werden können bzw. eine Benachteiligung des Kunden ausgeschlossen ist, ergibt sich aus Art. 11 Abs. 1 lit. c BEHG eine vom Privatrecht unabhängige, aufsichtsrechtliche Pflicht zur diesbezüglichen Information des Kunden. Dabei geht aus Art. 11 Abs. 2 BEHG hervor, dass die diesbezüglichen Aufklärungspflichten *abhängig von der Aufklärungsbedürftigkeit* des betreffenden Kunden sind. Das bedeutet, dass ein typischer institutioneller Kunde der Bank, und ein Kunde, der durch

<sup>75</sup> Heinz Hausheer/Regina Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2005, §12, N 12.17.

<sup>76</sup> Wolfgang Wiegand, Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung (Teil I), in: recht 1993 149 ff., 153 f.; vgl. auch Wolfgang Wiegand/Sandro Abegglen, Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung (Teil II), in: recht 1993 189 ff., 196 ff.

<sup>77</sup> Das Fehlen entsprechender aufsichtsrechtlicher Pflichten bedeutet indessen nicht, dass ein Gericht nicht auch diesbezügliche im Aufsichtsrecht entwickelte Anforderungen zur Interpretation der auftragsrechtlich geschuldeten Sorgfalts- und Treuepflicht heranziehen kann.

<sup>78</sup> Abegglen, Wissenszurechnung (Fn. 10), 354–356 mit Angaben zu den relevanten aufsichtsrechtlichen Grundlagen dieses Konfliktbewältigungsschemas.

<sup>79</sup> Lange nicht bei jedem Geschäft der Banken besteht eine Interessenwahrungspflicht; vgl. dazu ausführlich Abegglen, Wissenszurechnung (Fn. 10), 344 ff.

Berater unterstützt oder Vermögensverwalter vertreten wird<sup>80</sup>, nicht über die Bedeutung von Retrozessionen und der damit möglicherweise verbundenen Interessenkonflikte aufgeklärt werden muss<sup>81</sup>. Es ist dabei übrigens davon auszugehen, dass die privatrechtliche Aufklärungspflicht analog beurteilt würde.

Auf diese möglicherweise seitens der Bank zu erfüllende aufsichtsrechtliche Aufklärungspflicht wird im Folgenden nicht weiter eingegangen. Die diesbezügliche Aufklärung hat bei gegebenen Voraussetzungen zu erfolgen, steht jedoch nicht im direkten Zusammenhang zur zivilrechtlichen Gültigkeit eines Verzichts auf Ablieferung von Retrozessionen. Auch muss sie nicht notwendigerweise an gleicher Stelle vorgenommen werden, wo der diesbezügliche Verzicht geregelt wird. Sie könnte auch bloss mündlich erfolgen, soweit dies beweissicher dokumentiert wird<sup>82</sup>.

## VII. Exkurs: Retro-Verzicht in AGB

### 1. Begriff und Relevanz von AGB und Globalübernahme

#### 1.1 Allgemeines

AGB sind standardisierte, für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die einseitig von einer Vertragspartei verwendet oder jedenfalls nicht im Einzelnen ausgehandelt werden<sup>83</sup>. In der Schweiz gibt es anders als in Deutschland mit Ausnahme von Art. 8 UWG keine AGB-spezifischen Normen, sodass das Bundesgericht auf dem Weg der richterlichen Rechtsfortbildung einige Grundsätze zur Handhabung von AGB aufgestellt hat.

<sup>80</sup> Deren Wissen wird dem Kunden zugerechnet, vgl. *Abegglen*, Wissenszurechnung (Fn. 10), 11 ff. für den Fall des Vermögensverwalters (Vertreters), und *Abegglen*, Wissenszurechnung (Fn. 10), 28 ff. bei blosser Hilfspersonenstellung, also für den Fall des Anlageberaters.

<sup>81</sup> Vgl. dazu *Sandro Abegglen*, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft, Entwurf eines Systems zu ihrer Konkretisierung, (Diss.) Bern 1995, 175–177, mit Beispielen darauf, wie die Gerichte die Informationsbedürftigkeit nach (z.T. klischeehaften) Kundentypen beurteilen.

<sup>82</sup> Die mündliche Aufklärung hätte den Vorteil, dass der Aufklärungsbedürftigkeit des Kunden besser Rechnung getragen werden könnte; im Massengeschäft wird man aus Praktikabilitätsgründen aber auf solche Interessenkonflikte in einer allgemeinen Aufklärungsbroschüre hinweisen.

<sup>83</sup> *Ingeborg Schwenger*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006, § 44 N 44.01; *Eugen Bucher*, Basler Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Auflage, Basel 2007, N 47 zu Art. 1 OR; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey* (Fn. 52), N 1118 ff.; *Ernst Kramer*, Art. 1 OR, in: *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Bern 1998, N 176/177/181 zu OR 1.

#### 1.2 Qualifikation von Bankverträgen

Aufgrund der Definition von AGB im schweizerischen Recht sind grundsätzlich nicht nur AGB im umgangssprachlichen Sinne, wie etwa die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken und Vermögensverwalter, sondern auch andere standardisierte und grundsätzlich nicht verhandelbare Vertragsdokumente wie etwa das Depotreglement einer Bank als AGB zu betrachten. Bei den Vermögensverwaltungsverträgen einer Bank oder eines Vermögensverwalters, wie wohl diese natürlich auch von einer Seite vorgegeben sind, dürfte es sich dagegen i.d.R. nicht um AGB im Rechtsinne handeln, da diese gerade von der typischen Zielkundschaft (Vermögen ab ca. CHF 0.5–1 Mio) in gewissem Masse verhandelbar sind. Jedenfalls kann nicht pauschal argumentiert werden, unbeschrieben der konkreten Situation, es handle sich um AGB im Rechtssinne.

#### 1.3 Globalübernahme

Wird ein Vertrag als AGB qualifiziert, hat dies folgende Relevanz: Im Zusammenhang mit der Auslegung im engeren Sinn sind bestimmte Auslegungsgrundsätze zu beachten (nachfolgend 2.2); sodann ist im Rahmen der Geltungskontrolle zu prüfen, ob Klauseln in den AGB ungewöhnlich sind (nachfolgend 2.1), *dies jedoch nur dann*, wenn eine Globalübernahme der AGB vorliegt.

Eine *Globalübernahme* von vorformulierten AGB liegt dann vor, wenn die Zustimmung zu diesen erfolgt, ohne sie gelesen, zur Kenntnis genommen oder in ihrer Tragweite verstanden zu haben<sup>84</sup>. Dabei spielen bei der Beurteilung der letzten dieser drei Alternativvoraussetzungen (*Verständnis der Tragweite der AGB-Klausel*) die (Branchen-)Kenntnisse und die Geschäftserfahrung des Bankkunden im Anlagebereich eine mitentscheidende Rolle<sup>85</sup>. Je grösser die Kenntnisse eines Anlegers sind, desto eher ist eine Globalübernahme von AGB aus dem Grund, der Anleger hätte deren Bedeutung nicht verstanden, zu verneinen und stattdessen von einer Vollübernahme auszugehen<sup>86</sup>. Die in der Lehre z.T. vertretene pauschale Meinung, dass sämtliche Konsumenten die von ihrem Vertragspartner (der Bank) vorge-

<sup>84</sup> BGer-Entscheid 4C.282/2003, E. 3.1.

<sup>85</sup> Vgl. *Kramer* (Fn. 83), N 203 zu OR 1, der explizit unterscheidet zwischen *Kaufleuten* (= geschäftserfahrene Personen) und *geschäfts- bzw. rechtsunkundigen Kunden*.

<sup>86</sup> Das Vorliegen einer Vollübernahme, wenn der Kunde sich nach eingehendem Studium dazu entschliesst, die AGB zu akzeptieren, nennt auch *Wolfgang Wiegand*, Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der AGB-Problematik, in: *Wolfgang Wiegand* (Hrsg.), Aktuelle Probleme im Bankrecht, BTJP 1993 129 ff., 142.

legten AGB stets global übernehmen<sup>87</sup>, ist insbesondere (aber nicht nur) im Bank- und vor allem im hier relevanten Anlagegeschäft eine unzutreffende Vereinfachung der Vertragsrealität, welche den Konsumenten zudem die Eigenverantwortung beim Eingehen von Anlagegeschäften und diesbezüglichen Dienstleistungsverträgen in genereller Weise abspricht. Vielmehr ist – wenn ein Vertrag überhaupt als AGB zu qualifizieren ist (siehe vorne 1.2) – jeweils im Einzelfall zu beurteilen, ob eine Globalübernahme vorliegt. Angesichts der Bedeutung und Tragweite von Anlagegeschäften für den Kunden ist dabei – gerade was Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungsverträge betrifft – von einer sorgfältigen Durchsicht des Vertrags und dessen Beilagen und dem vollständigen Ausfüllen der notwendigen Angaben (wie beispielsweise das Ankreuzen der gewünschten Anlagestrategie, die zwingenden Angaben im Formular A oder der Ort für die Korrespondenzzustellung) und der Nachfrage des Bankkunden bei unklaren Bestimmungen auszugehen, bevor dieser vom Kunden unterzeichnet wird, was eine Globalübernahme bei solchen Verträgen als sehr aussergewöhnlich erscheinen lassen würde<sup>88</sup>.

Wird ein Vertragsinhalt, und mag er in einem Dokument enthalten sein, das als AGB zu qualifizieren ist, aber gelesen, verstanden und akzeptiert (und liegt somit *keine Globalübernahme* vor), gelten für ihn abgesehen von Art. 8 UWG und bestimmten Auslegungsregeln (siehe 2.2 hienach) keine Besonderheiten und es findet insbesondere die Ungewöhnlichkeitsregel (siehe sogleich 2.1) von vorneherein keine Anwendung<sup>89</sup>.

## 2. Auslegung von AGB und Beurteilung einer Klausel in AGB

### 2.1 Geltungskontrolle

AGB haben nur dann bindende Wirkung, wenn sie in den Vertrag einbezogen worden sind. Im Rahmen von Art. 1 Abs. 2 OR kann ein Einbezug aus-

drücklich oder konkludent erfolgen<sup>90</sup>. Eine Globalübernahme, bei der der Vertragspartner den Inhalt nicht tatsächlich zur Kenntnis genommen hat, ist grundsätzlich gültig<sup>91</sup>. Im Konsumentenverhältnis ist diesfalls freilich erforderlich, dass eine Kenntnisnahme immerhin möglich und zumutbar war<sup>92</sup>.

Gemäss Lehre und Rechtsprechung gelten AGB-Klauseln im Falle deren Globalübernahme (aber nur dann) als gar nicht vom Konsens der Parteien erfasst, wenn sie ungewöhnlich sind (Ungewöhnlichkeitsregel)<sup>93</sup>. Ungewöhnlich in diesem Sinne sind überraschende Bestimmungen geschäftsfremden Inhalts, mit denen der Vertragspartner nicht zu rechnen brauchte<sup>94</sup>. Gemäss Bundesgericht müssen für das Vorliegen einer Ungewöhnlichkeit folgende Voraussetzungen erfüllt sein: Die zu beurteilende Klausel muss subjektiv<sup>95</sup> und objektiv ungewöhnlich sein, also überraschend (subjektives Element) und geschäftsfremd<sup>96</sup> (objektives Element)<sup>97</sup>.

Ob Retrozessionsklauseln im soeben definierten Sinn *subjektiv* ungewöhnlich sind, kann aufgrund des individuellen Empfängerhorizontes, auf den bei der Vertragsauslegung abzustellen ist, nur im Einzelfall entschieden werden. Bei sachkundigen Anlegern oder bei institutionellen Investoren bzw. deren Organen (deren Wissen ihren Arbeitgebern zuzurechnen ist)<sup>98</sup>, dürfte ein subjektiver Überraschungseffekt aufgrund des spezialisierten Wissens und der Professionalität der Handelnden nicht gegeben sein. Das Gleiche gilt auch für vieler Banken liebste Kunden, die (Ultra) High Net Worth Individuals, insbesondere soweit

<sup>90</sup> BGE 77 II 154, 156; BGer-Entscheid 4C.282/2003, E. 3.1; Kramer (Fn. 83), N 187 ff. zu OR 1; Gauch/Schluep/Schmid/Rey (Fn. 52), N 1128 u. 1130; Bucher (Fn. 83), N 52 f. zu Art. 1 OR.

<sup>91</sup> BGE 119 II 443; Kramer (Fn. 83), N 190 zu OR 1.

<sup>92</sup> BGE 100 II 200; Schwenger (Fn. 83), § 45 N 45.20; Bucher (Fn. 83), N 52 zu Art. 1 OR; Gauch/Schluep/Schmid/Rey (Fn. 52), N 1140 ff. Wurde die Partei ausdrücklich auf eine im obigen Sinne ungewöhnliche Klausel hingewiesen, gilt sie als vom Konsens erfasst und kann nur noch im Rahmen von Art. 8 UWG beanstandet werden.

<sup>93</sup> Gauch/Schluep/Schmid/Rey (Fn. 52), N 1138 i.V.m. 1141 ff.

<sup>94</sup> Gauch/Schluep/Schmid/Rey (Fn. 52), N 1141 ff.; Bucher (Fn. 83), N 60 ff. zu Art. 1 OR; Kramer (Fn. 83), N 205 zu OR 1.

<sup>95</sup> In bisherigen Lehrmeinungen – so bspw. Emmenegger (Fn. 3), 85 f. (welche die Ungewöhnlichkeit einer Retrozessions-Verzichtserklärung bejaht); Schwenger (Fn. 83), § 45 N 45.07 – wird zum Teil die vom Bundesgericht aufgestellte Voraussetzung der subjektiven Ungewöhnlichkeit nicht thematisiert und damit – wohl nur scheinbar – das Vorliegen einer objektiven Ungewöhnlichkeit als ausreichend betrachtet; vgl. dazu auch Claire Huguenin et al., Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 2006, Rz. 424.

<sup>96</sup> Geschäftsfremd ist ein Inhalt dann, wenn er zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Mass aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt (BGer-Entscheid 5P.115/2005, E. 1.1; BGE 109 II 452, 458, E. 5.b).

<sup>97</sup> BGE 109 II 213, 216 ff., E. 2.a; BGE 109 II 452, 456 ff.; BGE 119 II 443, 446, E. 1.a; bestätigt in BGer-Entscheid 5P.115/2005, E. 1.1.

<sup>98</sup> Vgl. dazu Abegglen, Wissenszurechnung (Fn. 10).

<sup>87</sup> Emmenegger (Fn. 3), S. 85 f.; Gauch/Schluep/Schmid/Rey (Fn. 52), N 1130a.

<sup>88</sup> Der pauschalen Annahme der Globalübernahme von AGB durch einen Konsumenten ist dagegen etwa in Fällen beizupflichten, wo der Konsument AGB in Eile akzeptiert, z.B. AGB von Autovermietern am Schalter im Flughafen.

<sup>89</sup> Folgte man zudem der unglücklichen Formulierung des Bundesgerichts (vgl. V.2.3) die das (vorne widerlegte: siehe V.2.3) Erfordernis eines «informed consent» für die Gültigkeit des Retrozessions-Verzichts bejahen, würde die Problematik der Ungewöhnlichkeit einer global übernommenen AGB-Verzichtsklausel bereits insofern wegfallen, als aufgrund der Globalübernahme keine für einen willentlichen Verzichtentscheid genügende Informationsbasis vorliegen würde (siehe dazu auch BGer-Entscheid Pra 87 1998, Nr. 9, 55).

sie – was oft der Fall ist – sachkundig beraten sind (oder selbst erfahrene Anleger sind).

Eine *objektive* Ungewöhnlichkeit könnte auf den ersten Blick darin gesehen werden, dass Art. 400 Abs. 1 OR, der für die Rechtsnatur des einfachen Auftrages prägend ist, einseitig – zugunsten der Bank – wegbedungen wird und deshalb einen geschäftsfremden Inhalt darstellt. Andererseits ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht eine Klausel, die in AGB eine von Art. 1132 OR (Haftung für Checkmissbrauch) abweichende Regelung vorsah, als mit der Ungewöhnlichkeitsregel vereinbar angesehen hat<sup>99</sup>. Die blosser Abweichung von dispositivem Gesetzesrecht ist somit nicht per se als objektiv ungewöhnlich zu qualifizieren. Vielmehr bedarf es einer *qualifizierten* Abänderung des Charakters des zu beurteilenden Vertrages oder eines *krassen* Widerspruchs zur dispositiven Bestimmung<sup>100</sup>. Die Wegbedingung der Ablieferung von Retrozessionen in einer AGB-Klausel stellt aber weder eine wesentliche Veränderung des Vertragscharakters des einfachen Auftrages bzw. einen geschäftsfremden Inhalt noch einen *krassen* Widerspruch zu Art. 400 Abs. 1 OR dar. Das Bundesgericht hat nämlich ausdrücklich festgehalten, dass die Wegbedingung der Ablieferungspflicht die für den einfachen Auftrag charakteristische Fremdnützigkeit nicht berührt<sup>101</sup>.

Um hier eine Unsicherheit auszuschliessen, sollte trotzdem sichergestellt werden, dass der Kunde die betreffende Klausel tatsächlich zur Kenntnis genommen und verstanden hat. Dann liegt auf jeden Fall keine Globalübernahme mehr vor und die Ungewöhnlichkeitsregel gelangt nicht mehr zur Anwendung. Die Klausel könnte dann nur noch an Art. 8 UWG scheitern<sup>102</sup>.

## 2.2 Auslegung im engeren Sinn

Im Übrigen werden AGB grundsätzlich nach den konventionellen Auslegungsprinzipien ausgelegt. Lehre und Rechtsprechung haben zwei zusätzliche Grundsätze erarbeitet, die bei der Auslegung von AGB zu beachten sind:

- *Vorrang der Individualabrede*: Haben die Parteien eine Individualabrede getroffen, so hat diese vor den AGB Vorrang<sup>103</sup>.
- *Unklarheitenregel*: Führt die Auslegung einer konkreten AGB-Bestimmung nicht zu einem eindeutigen Resultat, so ist sie in dem für den

Kontrahenten des AGB-Verfassers günstigeren Sinne auszulegen<sup>104</sup>.

Diese beiden Grundsätze enthalten keine Aspekte, die mit Bezug auf den Verzicht auf Retrozessionen einen spezifischen Gehalt hätten.

## 3. Inhaltskontrolle?

Abgesehen davon, dass AGB-Bestimmungen, wie herkömmliche Vertragsbestimmungen, vor zwingenden Rechtsnormen standhalten müssen (Art. 20 OR), gibt es in der Schweiz de lege lata keine offene Inhaltskontrolle<sup>105</sup>. In Deutschland kann diesbezüglich auf die sogenannte Inhalts- und Transparenzkontrolle gemäss § 307 Abs. 1 BGB zurückgegriffen werden.

Eine kaum je erreichte inhaltliche Schranke ist einzig in Art. 8 UWG zu finden, wonach AGB-Bestimmungen unwirksam sind, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Partei vom dispositiven Recht erheblich abweichen. Dies ist erfüllt, wenn die AGB «durch ihre Formulierung ..., Platzierung im Text oder ihre grafische Gestaltung ... geeignet sind, die in Frage kommenden Vertragspartner über die nachteilige Abweichung von der gesetzlichen Ordnung oder über die nachteilige Verteilung von Rechten und Pflichten hinwegzutäuschen»<sup>106</sup>. Das Kriterium der Irreführung schränkt die Wirksamkeit von Art. 8 UWG allerdings sehr deutlich ein, weil einseitige Klauseln erst dann unwirksam sind, wenn ihnen eine eigentliche Täuschungsgefahr innewohnt<sup>107</sup>, was bei einer AGB-Klausel, die klar formuliert ist, und nicht im Vertragswerk «versteckt» wird, nicht der Fall ist.

## VIII. Fazit

Soweit Vermögensverwalter und Banken<sup>108</sup> Zahlungen erhalten, die unter Art. 400 Abs. 1 OR fallen und somit Retrozessionen im vorne definierten Sinne<sup>109</sup> sind, ist sicherzustellen, dass diese dem

<sup>99</sup> BGE 122 III 373, 379.

<sup>100</sup> *Huguenin* (Fn. 95), Rz. 424; BGE 119 II 443, 446.

<sup>101</sup> BGE 132 III 460, 465, E. 4.1.

<sup>102</sup> Vgl. sogleich hinten 3. Inhaltskontrolle?.

<sup>103</sup> BGE 93 II 317, 325 f.; *Schwenzer* (Fn. 83), § 45 N 45.09; *Gauch/Schlupe/Schmid/Rey* (Fn. 52), N 1139.

<sup>104</sup> BGE 124 III 155, 158 f.; *Schwenzer* (Fn. 83), § 45 N 45.10 f.; *Bucher* (Fn. 83), N 59 zu Art. 1 OR.

<sup>105</sup> Kritisch *Schwenzer* (Fn. 83), § 46 N 46.06; BGE 123 III 292, 298, hat diesbezüglich die Ungewöhnlichkeitsregel als ein Element einer eigentlichen Inhaltskontrolle angesehen. Offen bleibt, ob die Art. 19, 20 OR sowie Art. 2, 27 ZGB Anwendung finden.

<sup>106</sup> *Gauch/Schlupe/Schmid/Rey* (Fn. 52), N 1154 unter Bezugnahme auf BGE Pra 87 1998, Nr. 9, 55 f.

<sup>107</sup> *Schwenzer* (Fn. 83), § 46 N 46.04 f.; *Gauch/Schlupe/Schmid/Rey* (Fn. 52), N 1151 ff.; so ausdrücklich auch BGE 119 II 443, 447.

<sup>108</sup> An anderer Stelle wurde dargelegt, dass nicht alle Zahlungen, die in der Praxis als Retrozessionen bezeichnet werden, unter Art. 400 Abs. 1 OR fallen, *Abegglen*, Retrozession (Fn. 3), 125 ff.

<sup>109</sup> Vorne I.

Kunden entweder abgeliefert werden, oder, wenn das nicht beabsichtigt ist, dass der Kunde rechtmässig auf sein Herausgaberecht verzichtet. Aus den vorstehenden Ausführungen zu den Anforderungen an einen gültigen expliziten Verzicht folgt, dass eine entsprechende Klausel klar und deutlich anstatt vage und «ausweichend» formuliert sein muss und dem Kunden nicht suggerieren darf, es handle sich bei den Retrozessionen um betragsmässig irrelevante Zahlungen. Umgekehrt ist nicht erforderlich, dass eine Klausel die erwartete Höhe der Retrozessionen in absoluten Zahlen oder auch nur als Prozentbandbreite nennen muss (während Ersteres naturgemäss – da der Verzicht im Voraus erfolgt – zudem kaum je möglich sein dürfte, ist Letzteres, die Angabe einer groben Bandbreite, im Sinne einer proaktiven Information des Kunden jedoch wünschenswert; alternativ könnte auch darauf hingewiesen werden, dass es sich um «beträchtliche» Beträge handle). Denn der Kunde hat eine Erkundigungsobliegenheit, wenn ihm Begriffe und die grundlegenden Angaben in der Klausel nicht so verständlich gemacht werden, dass ihm die Bedeutung der Retrozession im Grundsatz klar ist. Nimmt er diese nicht wahr, kann er später nicht geltend machen, sein Verzicht sei ungültig, da nicht in Kenntnis der Höhe der Retrozessionen erfolgt (vorbehältlich natürlich von Fällen, wo die Retrozessionshöhe jedes normale Ausmass sprengt – in solchen Fällen stellt sich dann aber – neben weiteren Aspekten – ohnehin die Frage der sorgfältigen und getreuen Auftragsausführung). Wenn dem Kunden dagegen gar nicht klarwerden kann, was mit der Retrozessionsklausel angesprochen ist oder ihm der Eindruck vermittelt wird, es handle sich bei den Retrozessionen um (völlig) vernachlässigbare Beträge, könnte er argumentieren, dadurch vom Wahrnehmen seiner Erkundigungsobliegenheit abgehalten worden zu sein, in welchem Fall er Irrtum oder u.U. sogar Täuschung geltend machen könnte.

Unabhängig davon, was die dogmatischen Anforderungen an den Verzicht auf Retrozessionen sind, wird letzte Sicherheit erst vorliegen, wenn sich das Bundesgericht in concreto zu einer Verzichtsklausel geäußert haben wird. Im Hinblick darauf ist zu beachten, dass allgemein gehaltene Verzichtsklauseln im Falle von nicht sachkundigen Kunden eher riskieren, einer Anfechtung zu unterliegen – was keine überraschende oder auf die Fragen der Retrozessionen beschränkte Erkenntnis sein sollte; anders ist es dagegen bei erfahrenen und natürlich erst recht professionellen Gegenparteien, wie z.B. institutionellen Kunden und Anlegern, die durch externe Berater unterstützt werden – solche Kunden trifft nach Treu und Glauben eine sehr weitgehende Frageobliegenheit. Dem Retail-Kunden sollte in der Verzichtsklausel, will man das Risiko einer Anfechtung auch durch nicht sachkundige Anleger minimieren, vorsichtigerweise dargelegt werden, was eine Retrozession ist und welche Bereiche sie betreffen kann. Dem ahnungslosen Kunden sollte klargemacht werden, dass es sich dabei um relevante Beträge handelt. Ist das sichergestellt, liegt es am Kunden, vor Eingehen des Verzichts nähere Angaben zu verlangen, soweit er diese für seinen Entscheid für wesentlich erachtet<sup>110</sup>.

Da die Entgegennahme von Retrozessionen durch eine Bank potentiell Interessenkonflikte begründen kann, muss mittels organisatorischer Massnahmen sichergestellt werden, dass dadurch keine Kundeninteressen benachteiligt werden. Auf diesen Umstand empfiehlt sich, die Kunden zusätzlich hinzuweisen.

<sup>110</sup> Soweit dies im Voraus überhaupt möglich ist, wäre es dabei aber noch mehr transparenzfördernd, wenn die Grössenordnung, in welcher sich die Zahlungen in der Regel bewegen können, gleich genannt würde, z.B. durch Angabe einer Prozentzahl-Bandbreite, welche je nach Gegebenheiten auf die verwalteten Vermögen und/oder die Management- oder Transaktionsgebühren Bezug nimmt. Dabei könnten vielleicht für verschiedene Anlageinstrumente je separate Zahlen genannt werden.