

beiträge

Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung

Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath, Schwärzler Rechtsanwälte, Liechtenstein/Zürich/Zug

1. Einleitung

In nachfolgendem Artikel wird die Frage der Herausgabepflichtung von Retrozessionen, welche durch schweizerische Vermögensverwalter vereinnahmt wurden, an die Auftraggeber und die damit zusammenhängenden verantwortungrechtlichen Auswirkungen auf Organe von liechtensteinischen Verbandspersonen behandelt.

Bei der auftragsrechtlichen Abwicklung von Vermögensverwaltungs- und Börsengeschäften für Kunden (Auftraggeber) unterscheidet man hinsichtlich der vertragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht der Vermögensverwalter grundsätzlich zwischen drei verschiedenen Vertragsbeziehungen: Die Vermögensverwaltung, die Anlageberatung und die blosse Konto-/Depot-Beziehung (*Execution Only*).¹ Im Gegenzug zum Anlageberatungsvertrag oder der reinen Konto-/Depot-Beziehung bestimmt bei der Vermögensverwaltung der Vermögensverwalter im Rahmen des ihm vertraglich eingeräumten Ermessens die Veranlagung der Vermögenswerte. Es besteht hierbei eine umfassende Interessenwahrungspflicht des Vermögensverwalters gegenüber dem Kunden.²

Unter Retrozession (auch *Kickback* bzw. verdeckte Provision genannt) versteht man einen Vorgang zwischen mindestens drei Beteiligten, bei dem eine Bank bzw. ein Finanzintermediär einem Dritten – insbesondere einem Vermittler im Kapitalanlage- und Vermögensverwaltungsgeschäft – einen Anteil einer vereinnahmten Kommission weitergibt.³ Zumeist wird eine

Zahlung von einem Dritten an den beauftragten Vermögensverwalter gerichtet, weil Letzterer bestimmte Handlungen im Rahmen der Auftragsausführung vorgenommen bzw. veranlasst hat, welche dem Dritten zum finanziellen Vorteil gereicht haben.⁴ Diese resultierenden *Kickbacks* stehen grundsätzlich dem Kunden bzw. dem Geschäftsherrn zu, auf dessen Risiko und aufgrund dessen Auftrag im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrages das Börsen- bzw. Vermögensverwaltungsgeschäft abgeschlossen wurde.

Eine der grundlegenden Problematiken von Retrozessionen besteht darin, dass diese beim Vermögensverwalter einen Interessenkonflikt verursachen können. Als Beauftragter muss der Vermögensverwalter ausschliesslich die Interessen des Auftraggebers gegenüber den Leistungserbringern vertreten. Erhält der Vermögensverwalter von den Leistungserbringern Zahlungen, so besteht das Risiko, dass er nicht mehr primär die Interessen des Auftraggebers vertritt. Behält der Vermögensverwalter zudem Retrozessionen ein und leitet dieser diese nicht dem anspruchsberechtigten Kunden weiter, sondern behält er sie selbst sozusagen als zusätzlichen bzw. ausserordentlichen Ertrag ein, so haftet er gem. schweizerischer Rechtsprechung gegenüber dem Kunden aufgrund auftragsrechtlicher Grundsätze (Art. 400 Abs. 1 OR).

Externe Vermögensverwalter sind für Banken als Geschäftspartner für die Generierung von Einkommen sehr attraktiv, da sie nicht nur Administrations-, Betreuungs- und Akquisitionsaufgaben wahrnehmen, sondern vor allem auch Absatzkanäle für angebotene Produkte bzw. Dienstleistungen der Bank darstellen und folglich Gebühren generieren, sowie diverse Risiken übernehmen, welche ansonsten die Bank treffen würden. Hierbei handelt es sich um Geschäfte, wie z.B. Börsen- und

1 Vgl. dazu *Thalmann* in Festschrift für *Jean Nicolas Druey*, Von der vorvertraglichen Aufklärungspflicht der Bank zur börsengesetzlichen Informationspflicht des Effekthändlers, S. 974 ff.

2 BGE 133 III 97 E 7.1, S. 102.

3 Vgl. die Definition bei *Boemle/Gsell* et al, Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, S. 903.

4 *Roth*, Anlageberatung und Vermögensverwaltung in a nutshell, Zürich, St. Gallen 2013, S. 67.

Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung

Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath

Devisengeschäfte oder die Vermittlung von Lombarddarlehen, die Kosten wie Gebühren oder anderweitige *Fees* beinhalten. Die Höhe der mit diesen Einnahmen zusammenhängenden Retrozessionen kann stark variieren, beträgt durchschnittlich aber zwischen 25 bis 60% der dem Kunden verrechneten Gebühr oder *Fee*.

Für Kunden von Vermögensverwaltern stellt sich nunmehr die Frage, ob Retrozessionen zurückgefordert werden können und falls ja, für welchen Zeitraum und in welcher Höhe. Aus der Sicht liechtensteinischer Verbandspersonen und deren wirtschaftlich Berechtigten stellen sich diese Fragen ebenfalls, wobei die rechtsgeschäftlichen und wechselseitigen Beziehungen der beteiligten Personen entsprechend zu berücksichtigen sind.

2. Retrozessionen – Grundlagen im Schweizer Recht

Das Schweizer Bundesgericht stellte 2006 in einer vielbeachteten Entscheidung fest⁵, dass Retrozessionen, welche unabhängigen Vermögensverwaltern zuteilwerden, den Kunden und somit den Auftraggebern im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrages zustehen und diesen auch abzuliefern sind.

Auf Vermögensverwaltungsverträge finden die auftragsrechtlichen Bestimmungen, dh das Auftragsrecht gemäss Art. 394 ff. OR, Anwendung.⁶ 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.

Gegenstand der Rechenschaft gemäss Art. 400 Abs. 1 OR bildet alles, was sich auf die im Interesse des Auftraggebers besorgten Geschäfte bezieht, mithin auch rein interne Unterlagen wie etwa Notizen, Entwürfe oder Materialsammlungen.⁷ Sie muss auch erbracht werden, wenn die Zusammentragung der Unterlagen mit grossem Aufwand verbunden ist.⁸ Die Rechenschaft ist somit ein Instrument, um dem Auftraggeber eine gewisse Kontrolle über die Tätigkeit des Beauftragten zu ermöglichen.⁹

Es ist mittlerweile unstrittig, dass der Auftraggeber auch hinsichtlich der empfangenen Retrozessionen Rechenschaft verlangen kann und der Beauftragte zur vollumfänglichen Offenle-

gung verpflichtet ist.¹⁰ Die Angabe eines Pauschalbetrages, bei dem die Art und Weise der Zusammensetzung der Retrozessionen nicht nachvollziehbar ist, kann der Rechenschaftsablage gemäss Art. 400 Abs. 1 OR in keinem Falle genügen¹¹ – in einer anderen Angelegenheit entschied das Bundesgericht diesbezüglich: *Der Umfang der Rechenschaftspflicht ist beschränkt auf Belange des Auftragsverhältnisses, wobei der Beauftragte den Auftraggeber vollständig und wahrheitsgetreu zu informieren und ihm alle Dokumente vorzulegen hat, die sich auf die im Interesse des Auftraggebers besorgten Geschäfte beziehen.*¹²

Es ist an dieser Stelle darüber hinaus anzumerken, dass die Pflicht auf Rechenschaftsablage unabhängig davon besteht, ob eine Herausgabepflicht betreffend Retrozessionen angenommen wird oder nicht.¹³ Selbst wenn sich Vermögensverwalter auf den Standpunkt stellen sollten, dass Retrozessionen - aus welchem Grund auch immer - nicht an Kunden zu vergüten seien, müssen sie dennoch über deren Erhalt Rechenschaft ablegen.

Diese Herausgabepflicht ist, neben den im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrages zur Veranlagung überlassenen Vermögenswerten, ebenso auch auf direkte oder indirekte Zuwendungen, welche dem Beauftragten im Zuge seiner Auftragsdurchführung von dritter Seite zugekommen sind, anzuwenden.

Abgesehen von einem allfälligen Honorar sollen dem Beauftragten durch den Auftrag weder Gewinne noch Verluste zuteilwerden. Es müssen demgemäss vom Beauftragten alle vom Auftraggeber oder von Dritten erhaltene Vermögenswerte, die zur Auftragsausführung in einem inneren Zusammenhang stehen, herausgegeben werden. Dieser darf lediglich das behalten, was er ohne inneren Zusammenhang mit seinem Auftrag bei Gelegenheit der Auftragsausführung von Dritten zugewendet bekommen hat.¹⁴

Zu den indirekten Vorteilen, für welche die Abgabepflicht ebenfalls gilt, gehören *exempli gratia* Schmiergelder, Rabatte,

5 BGE 132 III 460 ff.

6 BGE 124 III 155 E 2b S.161; 115 II 62 E 1.

7 BGE 139 III 49 E 4.1.3, S. 54; vgl. die Aufzählung bei *Zellweger-Gutknecht* in, *Anlegerschutz im Finanzmarktrecht, Zur Annahme und Herausgabe von Retrozessionen und anderen Drittvergütungen*, in: *Sethel/Hens/von der Crone/Weber* (Hrsg) Zürich 2013, S. 226.

8 Ebd E 4.4.2, S. 58 f.

9 BG 4A_144/2012 vom 11.9.2012 E 3.2.2.

10 BGE 132 III 460 E 4.6, S. 469; vgl. auch *Roth*, Das Dreiecksverhältnis Kunde – Bank – Vermögensverwalter, Zürich/St. Gallen 2013, N 209; *Zellweger-Gutknecht*, a.a.O., S. 227.

11 Vgl. Urteil vom 26.6.2007 des Handelsgerichts Zürich ZR 107/2008, S 129, 132: «[...] der Auftraggeber [müsse] über zu erwartende Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert sein [...]»; *Fellmann*, Berner Kommentar, N 20, N 27, N 35, N 58.

12 BGE 139 III 49, E 4.1.3, S 54.

13 BGE 139 III 49 E 4.1.3, S 55 f.

14 *Fellmann*, Berner Kommentar, N 115, 117, 127 zu Art 400 OR; *Weber*, Basler Kommentar, N 12 zu Art 400 OR.

Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung

Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath

Provisionen et al.¹⁵ Diesbezüglich ist es unerheblich, ob nach dem Willen des Dritten die Zuwendung ausschliesslich dem Beauftragten zukommen soll oder nicht, die Herausgabepflicht umfasst somit Sondervorteile aller Art.¹⁶ Neben Retrozessionen sind auch *Finder's Fees*¹⁷ dem Auftraggeber herauszugeben, da aufgrund des Auftragsverhältnisses entsprechende Verwaltungshandlungen seitens des Beauftragten im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers vorgenommen oder veranlasst worden sind. Folglich unterliegen auch *Finder Fees* der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR.¹⁸

3. Verzicht auf Retrozessionen

Ein pauschaler Verzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen ist hinsichtlich der damit verbundenen Gefahr eines Interessenskonflikts, welcher durch die Herausgabepflicht des Art. 400 Abs. 1 OR verhindert werden soll, problematisch. Eine diesbezügliche Vereinbarung, wonach Retrozessionen vom Vermögensverwalter einbehalten werden, setzt somit voraus, dass der Auftraggeber über potentielle Retrozessionen hinreichend aufgeklärt worden ist. Sofern dem Auftraggeber die Berechnungsgrundlagen der Retrozessionen sowie der Umfang derselben bewusst ist und er aufgrund dessen die Kostenstruktur der Vermögensverwaltung zu erfassen, sowie die diesbezüglichen Interessenskonflikte des Vermögensverwalters zu erkennen imstande ist und er im Wissen darüber dem Verwaltungsmodell zustimmt, so sind die Schranken, welche sich aus der Fremdnützigkeit des Auftrages ergeben gewahrt.¹⁹

Der Auftraggeber kann ohne Kenntnis der allfälligen Retrozessionen weder die Kostenstrukturen, noch eventuale Interessenskonflikte bzw. Interessensverletzungen von Seiten des Vermögensverwalters erkennen. Daher muss der Auftraggeber darüber im Bilde sein, welche Verwaltungshandlungen in welchem Ausmass von solchen Abreden mit Dritten beeinflusst sind.²⁰

Ein vorgängiger Verzicht auf die Information bezüglich Rück-

vergütungen ist nicht möglich, ein solcher käme einem voraussetzungslosen Herausgabeverzicht gleich.²¹

Ein Verzicht kann somit nur gültig sein, wenn der Auftraggeber alle Parameter kennt, welche zur Berechnung der Retrozessionen notwendig sind und gleichzeitig mit dem Vermögensverwaltungshonorar einen Vergleich erlauben. Nachdem das verwaltete Vermögen konstant Änderungen unterworfen ist, ist eine genaue Bezifferung der Anzahl und Höhe der durchzuführenden Transaktionen bzw. daraus resultierender Retrozessionen bei einem Vorausverzicht nicht möglich.²² Der Kunde muss zumindest die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen kennen, diese muss in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens angegeben werden. Somit können bei einem Verzicht vom Auftraggeber sowohl die Gesamtkosten der Vermögensverwaltung, als auch die aufgrund konkreter Strukturen potenziell bestehende Interessenskonflikte erfasst werden.²³

Es ist dabei auf den Einzelfall abzustellen, inwieweit eine aktive Aufklärung erforderlich ist, damit die Kenntnis des Auftraggebers hinsichtlich der Retrozessionen für einen Verzicht ausreicht, auch der Geschäftserfahrenheitsgrad des Auftraggebers ist zu berücksichtigen.²⁴

Ein komplett unerfahrener bzw. unwissender Kunde muss vom Vermögensverwalter umfassend aufgeklärt und insbesondere auch auf die entsprechenden Zusammenhänge aufmerksam gemacht werden, aus welchen sich Interessenskonflikte ergeben können. Hingegen genügt beim in finanziellen Angelegenheiten erfahrenen Kunden ein Hinweis auf die Eckdaten der Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten, der zu erwartenden Rückvergütungen, sowie auf das voraussichtliche Transaktionsvolumen.²⁵

Die Aufklärung als solche unterliegt diesbezüglich keiner besonderen Formvorschrift. Der Beauftragte, der einem Herausgabeanspruch eine Verzichtserklärung entgegenhält, hat nach Art. 8 ZGB zu beweisen, dass der Auftraggeber hinreichend informiert worden ist. Allgemeine Hinweise, nach welchen möglicherweise Rückvergütungen an den Vermögensverwalter fliessen, sind

15 *Fellmann*, a.a.O., N 128 und 132 zu Art 400 OR; *Weber*, a.a.O., N 14 zu Art. 400 OR.

16 *Fellmann*, a.a.O., N 131 zu Art. 400 OR; Bundesgericht, 4C.125/2002 vom 27.9.2002, E 3.1.

17 Unter *Finder's Fees* versteht man eine einmalige Vermittlungsprovision bei einer erfolgreichen Kundenakquise.

18 *Jörg/Arter*, Herausgabe- und Rechenschaftspflicht des unabhängigen Vermögensverwalters, *Der Schweizer Treuhänder*, 2004, S. 297 f.; *Watter*, Über die Pflichten der Bank bei externer Vermögensverwaltung, *AJP* S. 1998 S 1177 Rn. 27); *Hess*, Zur Stellung des externen Vermögensverwalters im Finanzmarktrecht, *AJP* 1999, S. 1432.

19 BGE 137 III 393, E 2.4, S. 398.

20 *Nänni/Von der Crone*, Rückvergütungen im Recht der unabhängigen Vermögensverwaltung, *SZW* 2006, S. 383.

21 BGE 137 III 393, E 2.4, S. 399; vgl. auch *Roth*, Das Dreiecksverhältnis Kunde – Bank – Vermögensverwalter, 2007, Rz 182.

22 *Abegglen*, Der Verzicht auf Ablieferung von Retrozessionen – Einordnung und Anforderungen, *recht* 25/2007 S. 195; *Emmenegger* in *Anlagerecht*, *Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, *Emmenegger* (Hrsg.), 2007, S. 84.

23 *Hsu/Stupp*, Retrozessionen sind grundsätzlich dem Kunden abzuliefern, *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR)* 2006, S. 206; *Schmid*, *Retrozessionen an externe Vermögensverwalter*, 2009, S. 189.

24 *Von Büren/Walter*, Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006, *ZBJV* 143/2007, S. 499 f.

25 Vgl. *Von Büren/Walter*, a.a.O., S. 499 f.

Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung

Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath

im Sinne der Aufklärungspflicht unzureichend, da solche allgemeinen Aussagen den Auftraggeber nicht die Tragweite seines Verzichtes erkennen lassen (siehe dazu Punkt 3.1.).²⁶

Blosses Stillschweigen des Kunden reicht nicht aus, um von einem gültigen Verzicht bezüglich der Herausgabe von Retrozessionen ausgehen zu können.²⁷

An dieser Stelle ist weiter auf den Verzicht eines Organs einer juristischen Person einzugehen. Wie unter Punkt 5.1 noch näher ausgeführt wird, liegt es im Interesse der Verbandsperson, bestehende werthaltige Forderungen durchzusetzen. Vorausgesetzt, dass ein Verzicht nicht gem. *Business Judgement Rule* (hierzu unter Punkt 5.2) hergeleitet bzw. begründet werden kann, führt dies in der Regel zu einer Organhaftung, da der Verzicht wohl kaum im Interesse der Gesellschaft liegen dürfte.

3.1 Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz

Für die Einbeziehung der AGB sind folgende Voraussetzungen zu erfüllen: Erstens müssen die AGB kundgemacht werden, zweitens muss der Kunde spätestens vor Vertragsschluss Gelegenheit haben von den AGB Kenntnis zu nehmen und drittens muss der Kunde mit der Geltung der AGB einverstanden sein. Für die Wirkungserstreckung auf die AGB genügt das Vorhandensein der ersten zwei Voraussetzungen, da die Zustimmung (Einverständnis des Kunden) dann vermutet werden darf. Der AGB-Verfasser trägt das Risiko der Beweislosigkeit in Bezug auf die AGB-Einbeziehung.

Die Geltung von AGB ist zunächst nach dem Vertrauensprinzip aufgrund aller Umstände des Vertragsabschlusses zu ermitteln. Sodann ist im Rahmen der Geltungskontrolle zu prüfen, ob Klauseln ungewöhnlich im Sinne der Ungewöhnlichkeitsregel sind. Dies jedoch nur dann, wenn eine Globalübernahme der AGB vorliegt. Eine Globalübernahme von AGB liegt dann vor, wenn die Zustimmung zu diesen erfolgt, ohne sie gelesen, zur Kenntnis genommen oder in ihrer Tragweite verstanden zu haben.²⁸ Es ist jeweils im Einzelfall zu beurteilen, ob eine Globalübernahme vorliegt.

Gemäss Lehre und Rechtsprechung gelten AGB-Klauseln im Falle der Globalübernahme als gar nicht vom Konsens der Parteien erfasst, wenn sie – aus dem vom Vertrauensgrundsatz gezogenen Rahmen – ungewöhnlich sind. Ungewöhnlich in diesem Sinne sind überraschende Bestimmungen geschäftsfremden Inhalts, mit denen der Vertragspartner nicht zu rech-

nen brauchte.²⁹ Gemäss Bundesgericht müssen für das Vorliegen einer Ungewöhnlichkeit folgende Voraussetzungen erfüllt sein: Die zu beurteilende Klausel muss subjektiv und objektiv ungewöhnlich, sprich überraschend (subjektives Element) und geschäftsfremd (objektives Element) sein.³⁰

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. Für nicht sachkundige Anleger wird dies eher anzunehmen sein als für institutionelle Anleger.

Eine objektive Ungewöhnlichkeit könnte 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.

Darüber hinaus sind missbräuchliche AGB gemäss der Inhaltskontrolle des Art. 8 UWG unlauter. Unlauterkeit liegt dann vor, wenn die AGB ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten vorsehen. Missbräuchliche Klauseln werden als nichtig betrachtet. Unabhängig davon gelten, hinsichtlich der Ansprüche an eine Verzichtserklärung, wie in der Entscheidung BGE 137 III 393 vom 29.8.2011 festgestellt wurde, relativ strenge Voraussetzungen. Diesen Voraussetzungen muss neben den sonstigen zu beachtenden Erfordernissen der AGB, wie Geltung bzw. Einbeziehung, Geltungs- und Inhaltskontrolle, ebenso Rechnung getragen werden.

Im Folgenden eine Zusammenfassung dieser Verzichtsbedingungen:

- Der Auftraggeber muss über die zu erwartenden Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert sein, Eckwerte von bestehenden Vereinbarungen sind vom Vermögensverwalter bekanntzugeben. Künftige zu erwartende Retrozessionen können in einer Bandbreite des verwalteten Vermögens angegeben werden. Der Auftraggeber wird dadurch in die Lage versetzt, die Kostenstruktur des Vermögensverwaltungsmandates zu erfassen. Aufgrund dieser Angaben ist der Auftraggeber imstande zu wissen, was der Vermögensverwalter neben dem Honorar zusätzlich an Retrozessionen erhält, auf die der Auftraggeber zu Gunsten des Vermögensverwalters verzichten solle.
- Dem Auftraggeber müssen die mit den Retrozessionen verbundenen Interessenskonflikte des Vermögensverwalters

26 *Emmenegger* in *Anlagerecht*, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, 2007, S. 83.

27 BGE 132 III 460 E 4.5, S. 469.

28 BGer-Entscheid 4C.282/2003, E 3.1.

29 *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Schweizerisches Obligationenrecht, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2003, N 1141 ff.

30 BGE 109 II 213, 216 ff, E 2a; BGE 109 II 452, 456 ff.; BGer-Entscheid 5P.115/2005, E 1.1.

Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung

Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath

bewusst sein. Denn es besteht das Risiko, dass Anlagen nicht in die besten Produkte, sondern in diejenigen mit den höchsten Retrozessionen getätigt werden.

- Der Auftraggeber muss mit diesem Wissen dem Verzicht auf die Erstattung von künftigen Retrozession zustimmen.

Der Vermögensverwalter hat die Pflicht, unaufgefordert über zufließende Retrozessionen zu informieren. Der Vermögensverwalter muss beweisen, dass er den Verzichtenden ausreichend informiert hat.

Daher vertrat *Emmenegger*³¹ richtigerweise bereits 2007 folgende Ansicht: «Die erfolgreiche Berufung auf den Herausgabeverzicht ist letztlich nur bei Vorliegen einer separaten Verzichtserklärung sichergestellt. Damit ist sie aber auch nicht mehr Teil der AGB. Im praktischen Ergebnis bedeutet dies, dass die AGB keine genügende Grundlage für einen gültigen Herausgabeverzicht bieten.»

4. Verjährung von Forderungen basierend auf Retrozessionen gem. Schweizer Recht

In Zusammenhang mit der Frage der Verjährung ist grundsätzlich die vertragliche Verjährungsfrist gegenüber dem Vermögensverwalter zu prüfen.

In bestimmten Konstellationen kann sich die Frage der Verjährung jedoch zweigliedrig gestalten. Auf der einen Seite befindet sich, wie eingangs erwähnt, die Verjährung von Retrozessionsansprüchen gegenüber dem Vermögensverwalter, welche aufgrund des in der Regel in der Schweiz vorzufindenden Sitzes des Vermögensverwalters auch nach diesem Recht zu beurteilen ist, sowie in entsprechenden Fällen auf der anderen Seite allenfalls die Haftung eines Organs einer Verbandsperson im Rahmen der Verantwortlichkeit, welche im Rahmen der gegenständlichen Abhandlung nach liechtensteinischem Recht beurteilt wird (dazu im Detail unter Punkt 6. ff).

31 *Emmenegger* in *Anlagerecht, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, 2007, S. 86.

4.1 Dauer der Verjährungsfrist

In der Lehre wird von einer Minderheit der Autoren³² die Meinung vertreten, dass Retrozessionen als periodische Leistung iSv Art. 128 Ziff. 1 OR zu qualifizieren seien und deshalb der fünfjährigen Verjährungsfrist unterliegen. Retrozessionen würden in regelmässigen Abständen vom Anbieter des Anlageproduktes an den Vermögensverwalter überwiesen. Diese Vergütung sei gemäss dem Bundesgericht ein Teil der von den Anbietern des Anlageproduktes «periodisch, meist jährlich» belasteten Management Fee. Folglich handle es sich bei Retrozessionszahlungen von Anbietern an die Banken um periodische Leistungen i.S.v. Art. 128 Ziff. 1 OR. Da Rückzahlungs- und Ersatzforderungen grundsätzlich den gleichen Verjährungsfristen unterlägen wie die Grundforderungen, sei bei der Herausgabe der Retrozessionen – als Grundforderung im Verhältnis Anbieter – Bank eine periodische Leistung – auch im Verhältnis Bank – Bankkunde die fünfjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 128 Ziff. 1 OR anzuwenden.³³

Demgegenüber postuliert die wohl herrschende Lehre und überwiegende Rechtsprechung die Anwendbarkeit der ordentlichen zehnjährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 127 OR.³⁴ Dies wird insbesondere damit begründet, dass die Rechtsgrundlage für die Herausgabe bzw. Ablieferung der Retrozessionen (Art. 400 Abs. 1 OR) eben nicht als periodische Leistungspflicht ausgestaltet sei. Der Beauftragte sei nicht zu einer periodischen Ablieferung an den Auftraggeber verpflichtet, wobei Art und Umfang des Ablieferungsanspruchs davon abhängen, in welchem Zeitpunkt der Auftraggeber die Ablieferung der dem Beauftragten bis hierhin zugekommenen geldwerten Leistungen verlange, d.h. ob und wann er dies während des Mandats oder erst nach dessen Beendigung tut.³⁵ Des Weiteren handle es sich bei der Ablieferungspflicht um eine Nebenpflicht, für

32 *Beat/Vito*, Wann verjähren Bestandespflegekommissionen? in: Jusletter vom 19.11.2012, R.z. 9 ff.; *Nobel* – Das Bundesgericht zu den Bestandespflegekommissionen, in: Jusletter vom 19.11.2012, Rz 14; *Romerio/Bazzani*, Verjährung des Anspruchs auf Herausgabe von Bestandespflegekommissionen, in: *GesKR* 2013, S. 49 ff.

33 *Romerio/Bazzani*, a.a.O., S. 53.

34 *Emmenegger* in *Anlagerecht, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, Basel 2007, S. 87 f.; *Neuman/Von der Crone*, Herausgabepflicht für Bestandespflegekommissionen im Auftragsrecht, in *SZW* 2013, S. 110; *Roth*, Anlageberatung und Vermögensverwaltung in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2013, S. 68; *Schaller*, Retrozessionen, Nochmals zur Verjährungsfrage, in Jusletter vom 3.12.2012, R.z. 3 ff.; *Weber*, in *Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Honsell/Vogt/Wiegand* (Hrsg), Basel 2011, Art. 400 N 24; *Zellweger* in *Anlegerschutz im Finanzmarktrecht, Zur Annahme und Herausgabe von Retrozessionen und anderen Drittvergütungen, Sethe/Hens/Von der Crone/Weber* (Hrsg), Zürich 2013, S. 213 ff.

35 *Schaller*, a.a.O., R.z. 5 f.; vgl auch *Roth*, a.a.O., S. 68.

Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung

Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath

welche dieselbe Verjährungsfrist anwendbar sei wie für die Hauptpflicht (vgl. Art. 133 OR). Diese ist *in casu* die ordnungsgemässe Vermögensverwaltung, für welche die zehnjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 127 OR gelte.³⁶

Es gilt zu beachten, dass die Frage der Verjährungsfrist bei zurückzuerstattenden Retrozessionen vom Bundesgericht noch nicht endgültig entschieden worden ist und daher kantonal unterschiedlich gehandhabt wird. So existiert ein Entscheid des Obergerichtes Bern, welcher die Verjährungsfrist von fünf Jahren für anwendbar erklärt. Das Gericht hält in dieser Entscheidung fest, Retrozessionen seien als periodische Leistungen zu qualifizieren und unterlägen der fünfjährigen Verjährungsfrist.³⁷

Das Obergericht Zürich hat in einem Entscheid hingegen die zehnjährige Frist zur Anwendung gebracht, wonach *ab Vertragsende für die Dauer von zehn Jahren zusammen mit dem Hauptanspruch die Summe aller aufgelaufenen Retrozessionen geltend gemacht werden kann*.³⁸ Wobei darüber hinaus die Herausgabepflicht indirekt durch die auf zehn Jahre begrenzte Buchführungspflicht der Banken begrenzt wird.³⁹

4.2 Beginn des Fristenlaufs

Die Verjährungsfrist beginnt grundsätzlich bei Fälligkeit der Forderung zu laufen (Art. 130 OR). Das bedeutet im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung (Art. 75 OR). Bezogen auf Retrozessionen argumentiert ein Teil der Lehre, dass diese Fälligkeit in jenem Zeitpunkt entstehe, in welchem die Bank (*Anm. als Vermögensverwalter*) die Retrozessionen erhalten habe.⁴⁰ Dies sei insbesondere deshalb der Fall, weil der Herausgabeanspruch der Retrozessionen unabhängig vom Rückgabeanspruch der verwalteten Vermögenswerte zu betrachten sei.⁴¹ Weiters wird diese Sicht auf einen Entscheid des Bundesgerichts gestützt, welcher festhielt, dass der Beauftragte Vermögenswerte, die er für die Vertragserfüllung nicht benötigt, mangels anderer Abrede sofort nach ihrem Erwerb dem Auftraggeber herauszugeben habe.⁴²

Demgegenüber argumentieren andere Autoren, dass eine künstliche Trennung zwischen den Retrozessionen und den anderen Vermögenszuflüssen von Dritten nicht sachgerecht

erscheine. Vielmehr sollen Retrozessionen – gleich wie Dividendenzahlungen, Rückzahlungen von Obligationen oder Verkaufserträge – dem Ursprungsvermögen zugerechnet werden, da der Sinn der Vermögensverwaltung ja gerade nicht in der Haltung des Nettovermögens (unter Herausgabe der zugeflossenen Überschüsse an den Auftraggeber), sondern in der Vermehrung des Gesamtbetrags mittels Reinvestierung liege.⁴³ Dieser Gesamtbetrag als solcher sei bei Beendigung des Mandats herauszugeben.⁴⁴ Daraus ergäbe sich, dass die Retrozessionen erst bei Beendigung des Vertrags fällig würden und die Verjährung somit in diesem Zeitpunkt anfangen zu laufen. In diesem Sinne hat auch das Obergericht des Kantons Zürich entschieden.⁴⁵

Gesamtschweizerisch abschliessende Gewissheit wird diesbezüglich allerdings erst eine höchstgerichtliche Entscheidung bringen.

5. Verantwortlichkeit von Organen von liechtensteinischen Verbandspersonen

Das oben beschriebene Verhältnis zwischen Klienten, schweizerischen Vermögensverwaltern und Banken bzw. Finanzintermediären gilt selbstredend auch für liechtensteinische Kunden, wobei sich im Verhältnis zu Liechtenstein eine Sonderkonstellation ergibt. Denn hier erfolgt die Verwaltung des Kundenvermögens häufig über liechtensteinische Verbandspersonen. Daraus folgt, dass Organe dieser Verbandspersonen eine Verpflichtung zur Rückforderung von Retrozessionen treffen kann und eine Unterlassung zu einer entsprechenden Haftung führt. Gerade für liechtensteinische Finanzintermediäre, insbesondere Treuhänder, ist in den vergangenen Jahrzehnten ein sehr grosser Teil des Geschäftserfolges sehr eng mit der Zusammenarbeit mit schweizerischen Banken verbunden. Man kann davon ausgehen, dass allein die beiden Grossbanken UBS und Crédit Suisse in den vergangenen Jahrzehnten mehrere tausend Strukturen, vorrangig Stiftungen, für deren Bankkunden via liechtensteinischen Treuhandfirmen gegründet haben. Es bedarf keiner ausführlichen Erläuterung, dass Bestandteil dieser Beauftragung durch die Schweizer Banken auch der Umstand war, dass die in diese liechtensteinischen Strukturen eingebrachten Gelder in der Folge auch durch diese Banken verwaltet wurden.

Folgend gilt es zu erörtern, ob die Organe nach Massgabe der gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltspflichten verpflichtet

36 Schaller, a.a.O., Rz. 7.

37 Entscheid der 1. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Bern SK 2012 218 vom 4.7.2013.

38 Entscheid des Obergerichtes Zürich LB090076 vom 13.1.2012, E 3.D 2.1.

39 Art. 962 OR; vgl. Emmenegger, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, 2007, S. 88 ff.

40 Beat/Vito, a.a.O., Rz. 21 ff; Neuman/Von der Crone, a.a.O., S 111; Romerio/Bazzani, a.a.O., S. 55 f..

41 Romerio/Bazzani, a.a.O., S. 56.

42 Urteil des BGer 4C.125/2002 vom 27.9.2002 E 3.1.

43 Emmenegger, a.a.O., S. 89f; Schaller, a.a.O., Rz. 10.

44 BGE 91 II 442 E 5b S. 451 f.

45 Entscheid des Obergerichtes Zürich LB090076 vom 13.1.2012, E 3.D 2.1.

Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung

Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath

waren und sind, die zurückbehaltenen Retrozessionen gegenüber Vermögensverwaltern zu Gunsten der verwalteten Verbandspersonen geltend zu machen und falls diese dies pflichtwidrig unterlassen haben, Verantwortlichkeitsansprüche bestehen.

5.1 Verantwortliche Organe von Liechtensteinischen Verbandspersonen

Das zur Geschäftsführung befugte Organ einer Verbandsperson ist der Verwaltungs- oder der Stiftungsrat. Diesem Organ kommen dabei Verwaltungs-, Vertretungs- und Verfügungsrechte zu.

Die Verantwortlichkeit von Organen ist im Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) in den Art. 218 ff. geregelt, die Haftung der nach Art. 218 ff. PGR verantwortlichen Personen steht gemäss Art. 226 PGR unter den Bestimmungen über die vertragliche Haftung.

Um näher auf die zivilrechtliche Haftung eingehen zu können, ist es notwendig die Rechte und Pflichten der zur Verwaltung eingesetzten Organe zu erläutern.

Art. 182 PGR regelt die Befugnisse und Pflichten der Verwaltung, welche demzufolge alle Befugnisse und Pflichten, welche nicht einem anderen Organ übertragen worden sind, innehat. Im Rahmen der Stiftungsrechtsnovelle vom 01.04.2009 kam es auch zur Kodifizierung der in der Rechtsprechung bereits damals seit Jahren anerkannten *Business Judgement Rule* (BJR) in Art. 182 Abs. 2 PGR, wonach Organe sachgemässe, unternehmerische Entscheidungen bei sonstiger Verantwortung zu treffen haben.

Die Verwaltung haftet folglich für die Einhaltung der Grundsätze einer sorgfältigen Geschäftsführung und Vertretung. In Eintracht mit diesen Grundsätzen wird gehandelt, wenn sich die Verwaltungsmitglieder nicht von sachfremden Interessen leiten lassen und vernünftigerweise annehmen durften, auf Grundlage angemessener Information zum Wohl der Verbandsperson zu handeln.

Im Rahmen der zu beachtenden Sorgfaltspflichten haben Organe die Interessen der Verbandspersonen zu wahren. Dies beinhaltet auch die Geltendmachung von Ansprüchen. Falls diese pflichtwidrig nicht geltend gemacht werden, können die Organe wegen Pflichtverletzung ins Recht gefasst werden, da sie durch die Unterlassung der Geltendmachung eines Anspruches einen Schaden verursacht haben.

Konkret bedeutet dies, dass der Verwaltungsrat die Retrozessionsansprüche gegenüber den beauftragten Vermögensverwaltern geltend machen muss, da es selbstredend im Interesse der Verbandsperson liegt, bestehende werthaltige Forderungen durchzusetzen. Gleiches gilt für trustrechtliche Strukturen.

5.2 Safe Harbour gem. Business Judgement Rule

Diese Verantwortlichkeit ist weiterführend im Sinne des Art. 182 Abs. 2 PGR – der *Business Judgement Rule* – zu überprüfen. Die BJR stammt aus dem amerikanischen Gesellschaftsrecht und soll eine haftungsfreie Zone («*safe harbour*») für Organe schaffen, welche nachweislich plausibel begründete, wohl vorbereitete, gemäss Treu und Glauben *ex ante* betrachtet, vertretbare und sowohl vernünftige, als auch verantwortungsbewusste Entscheidungen treffen, welche dem Wohle der Gesellschaft dienen.⁴⁶

Demgemäss hätte der Stiftungsrat nach Bekanntwerden der Leitentscheidung des Schweizer Bundesgerichts zu BGE 132 III 460 ff, hinsichtlich der Herausgabepflicht von Retrozessionen, welche bereits im Frühjahr 2006 erging (unter Rücksichtnahme eines angemessenen Zeitverlaufs zur Kenntnisnahme des schweizerischen Judikats), zumindest bei den jeweiligen Vertragspartnern, welche mit der Vermögensverwaltung beauftragt wurden, Abklärungen treffen müssen. Diese Abklärungen wären zumindest hinsichtlich der Höhe der Retrozessionen zu machen gewesen. Dies um allenfalls abwägen zu können, ob im Falle der Verweigerung der Herausgabe der Zuwendungen eine Prozessführung in Anbetracht der Prozessrisiken vertretbar wäre. Absolute Untätigkeit kann aber selbst aus einer *ex ante* Betrachtungsweise nicht zum *safe harbour* führen, da diesbezüglich durch Unterlassung jeglichen Nachfragens bei der Bank nicht von einer vertretbaren Handlung, welche den Interessen der Verbandsperson dient, die Rede sein kann.

Darüber hinaus müsste dieser unternehmerische Entscheidungsprozess gem. den Vorgaben der BJR hinreichend dokumentiert werden, um die Entscheidungen aufgrund der relevanten Beweggründe und Interessenslagen mittels der Dokumentation herzuleiten.

5.3 Kenntnis der Schweizer Entscheide und haftungsrechtliche Folgen

Die erste in Bezug auf Retrozessionen richtungsweisende Entscheidung erging am 22.03.2006,⁴⁷ eine weitere Präzisierung nahm das Handelsgericht Zürich mit seinem Urteil vom

46 Jakob, die liechtensteinische Stiftung, Vaduz, 2009, RN 343 ff.

47 BGE 132 III 460.

Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath

26.06.2007⁴⁸ vor. Bezugnehmend auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts hielt das Handelsgericht fest, dass lediglich die Kenntnis, dass Retrozessionen ausbezahlt werden, für einen Verzicht nicht ausreichen, vielmehr muss der Auftraggeber zumindest imstande sein, die Höhe dieser abschätzen zu können, um einen rechtsgültigen Verzicht eingehen zu können. Bestätigt bzw. detaillierter ausgeführt wurde dies im späteren Leitentscheid vom 29.08.2011.⁴⁹ Zuletzt erging am 30.10.2012⁵⁰ ein Grundsatzurteil, wonach ein Anleger mit Vermögensverwaltungsmandat nicht nur Anspruch auf Retrozessionen hat, welche der Bank von konzernfremden Produktanbietern zugeflossen sind, sondern auch auf konzerninterne Retrozessionen (*Bestandspflegekommissionen*).

Bereits in seiner Entscheidung vom 27.05.1986⁵¹ konstatierte der OGH, dass der Haftungsmassstab für das in Betracht kommende Organ zwar nicht überspitzt und die Sorgfaltspflicht nicht in den Bereich des Unvorhersehbaren, Unverwirklichbaren und damit Unzumutbaren ausgedehnt werden darf, allerdings hielt der OGH in selbiger Entscheidung auch fest, dass die Haftung des Organs, welches fremdes Vermögen verwaltet, über die *diligentia quam in suis rebus* – somit über die Sorgfalt, die es in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt – hinausgeht. Diese Sorgfalt wird insbesondere dann verletzt, wenn eine wirksame Kontrolle durch das Organ unterlassen worden ist und durch blosses Vertrauen ersetzt wurde. Diese wirksame Kontrolle ist bereits mit Übernahme des fremden Vermögens geboten.

Für Organe von Verbandspersonen, welche Konten bei Schweizer Banken verwalten, bedeutet dies, dass sie im Rahmen der Überwachung der Geschäftsgebarung verpflichtet waren, sich das Wissen eines durchschnittlichen Schweizer Treuhänders anzueignen, wonach diese folglich spätestens 2007/08 über

die Schweizer Rechtsprechung, welche zudem ein beachtliches Medienecho⁵² erzeugte, Kenntnis erlangen hätten müssen. Dies insbesondere auch darum, da die Banken beginnend mit dem Leitentscheid BGE 132 III 460 vom 22.03.2006, vornehmlich im Zeitraum 2006 bis 2008, aber auch danach, erstmals mit Verzichtserklärungen in Form von angepassten AGB an ihre Kunden und somit auch an die in Liechtenstein domizilierten Verbandspersonen herangetreten sind.

Nach Kenntnisnahme erwähnter Entscheidungen, welche spätestens nach Aufnahme allfälliger Verzichtsbestimmungen in den AGB seitens der Banken gegeben sein müsste, wäre es als konsequenter Schritt am jeweiligen Organ gelegen, potentielle Ansprüche auf Retrozessionen zu prüfen. Zuerst erscheint ein Anfrageschreiben an die Bank zielführend, um das Ausmass der Retrozessionen in Erfahrung zu bringen. Folglich wären diese gegenüber der Bank einzufordern. Verweigert die Bank die Herausgabe z.B. aufgrund eines eingewendeten Verzichts oder auch aufgrund einer anderweitigen Begründung, wäre eine Entscheidung im Sinne der BJR zu treffen (Kosten-Nutzen-Abwägung), ob es Sinn machen würde, die Ansprüche gerichtlich geltend zu machen. Das Ergebnis einer solchen Entscheidung wird abhängig sein von der zu erwartenden Höhe der Retrozessionen sowie den gegenüberzustellenden Risiken der Geltendmachung. Jedenfalls wird diese Entscheidung jedoch zu begründen und dokumentieren sein. Blosses Nichtstun reicht jedenfalls nicht aus.

Die Abgabe eines Verzichts auf die Rückforderung von Retrozessionen gegenüber einem Vermögensverwalter durch ein Organ ist grundsätzlich als schadenverursachendes Verhalten zu betrachten. Somit muss jegliche Art einer (nachträglichen) Verzichtserklärung, betreffend bestehende und zukünftige Ansprüche, ohne Vorliegen entsprechender Rechtfertigungsgründe als schadensbegründend beurteilt werden.

Hinsichtlich der Geltendmachung dieser Ansprüche gegen den institutionellen Zubringer der in Liechtenstein relevanten

48 ZR 107/2008 S. 129; weitere BGE Entscheide folgten: BGE 6B_233/2010 vom 13.01.2011; OG ZH LB090076 vom 13.01.2012; BGE 4A_155/2011 vom 10.01.2012; BGE 137 III 393 (4A_266/2010 vom 29.08.2011). Vgl. auch FMA Liechtenstein, Richtlinie 2011/1 Ziff. 30: «*Erhält der Vermögensverwalter von Dritten im Zusammenhang mit der Verwaltung von Kundenvermögen Zuwendungen (Rückvergütungen, Retrozessionen, Bestandesprovisionen, Gutschriften usw.), so muss deren Verwendung mit dem Kunden vereinbart werden. Die Zuwendungen stehen dem Vermögensverwalter zu, wenn er den Kunden darüber informiert und eine Verbesserung der Dienstleistungen damit verbunden ist oder der Kunde schriftlich darauf verzichtet.*»

49 BGE 4A_266/2010 – Voraussetzungen eines wirksamen Verzichts: Klarer und unmissverständlicher Verzichtswille basierend auf einer vollständigen und wahrheitsgetreuen Information. *In conclusio* müssen die Eckwerte der Retrozessionsvereinbarungen vom Beauftragen mit Dritten, sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen bekannt sein.

50 BGE 138 III 755.

51 01 C 7/75-127, LES 1988, 60.

52 Auszugsweise: NZZ vom 20.06.2006, Wem gehören Retrozessionen?; Charlotte Jacquemart in NZZ am Sonntag, Bundesgericht ausgehebelt, 07.10.2007; Die Anleger müssen mehr Druck machen, 28.10.2007; Retrozessionen: Ein zweites Gerichtsurteil muss her, 06.07.2008; Franco Tonozzi in Saldo Nr. 16, Banken behalten Geld, das den Kunden gehört, 11.10.2006; Christof Moser in Sonntagsblick, Diese Milliarden gehören den Kunden, 22.06.2008; Michael Rasch in NZZ, Banken brauchen Druck von Kunden, 20.10.2007; Clifford Padevit in Finanz und Wirtschaft, Retrozessionen gehören nicht immer den Kunden, 19.07.2006; Thomas Müller in Handelszeitung Nr. 8, Wem die Provision eigentlich gehören würde, 19.02.2008; Rudolf Strahm in Berner Zeitung, Kickbacks stören die Vertrauensbasis, 03.12.2008; Eugénie Holliger-Hagmann, November 2007; Werner Grundlehner in NZZ, Mehr Transparenz für Bankkunden, 02.11.2012; Grundlehner/Ferber in NZZ, Banken spielen bei Retrozessionen auf Zeit, 24.10.2013.

Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung

Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath

Geschäftsbeziehungen in Form von Treuhandmandaten – den Banken – können selbstredend mögliche Interessenskonflikte bestehen. Faktisch ist es so, dass Schweizer Banken regelmässig Vermittler hinsichtlich der Gründung und Verwaltung von liechtensteinischen Verbandspersonen waren und nach wie vor sind. Nachdem gegenüber der sprichwörtlich fütternden Hand Ansprüche in zum Teil beträchtlicher Höhe geltend zu machen wären, steht die Frage eines Interessenskonfliktes, welcher dazu führt das die Interessen der Verbandsperson zurückgestellt werden, im Raum.

Sollten Entscheidungen nicht im Sinne der BJR begründet und dokumentiert bzw. die Interessen der Gesellschaft nicht gewahrt worden sein, kommt es zur Verantwortlichkeitshaftung – mehr dazu im Fallbeispiel unter Punkt 6.4.

5.4 Aktivlegitimation

Primär anspruchsberechtigt und folglich aktivlegitimiert Schadenersatz gegenüber den Organen geltend zu machen, ist die Verbandsperson selbst. Organe haften der juristischen Person gegenüber für jede Verschuldensform, sprich für Fahrlässigkeit und Vorsatz.

Wenn die Verbandsperson keinen Schadenersatzanspruch hat (unmittelbarer Schaden des Mitglieds) oder eine böswillige Schädigung seitens der Organe vorliegt, haften die Organe den einzelnen Mitgliedern gegenüber für Fahrlässigkeit und Absicht (Art. 218 Abs. 2 i.V.m. Art. 222 Abs. 2 PGR).

Der Begriff des *Mitglieds* findet unterschiedliche Anwendung im PGR und bezeichnet einerseits die Verwaltungsmitglieder, andererseits auch die Mitglieder der Verbandsperson.

Die Frage der Aktivlegitimation spielt vor allem bei gelöschten Verbandspersonen eine entsprechende Rolle. Die Geltendmachung von Ansprüchen bereits gelöschter Verbandspersonen bedarf der Bestellung eines Kurators (siehe im Detail unter 6.3). In diesem Zusammenhang ist auch von Interesse, dass allfällige Haftungsfreistellungen durch Mitglieder der Verbandsperson, das Exekutivorgan in Form des Verwaltungs- oder Stiftungsrat nicht umfassen können, da eine sich selbst gewährte Haftungsfreistellung von vornherein nicht rechtsgültig vereinbart werden kann.

6. Verjährung von Verantwortlichkeitsansprüchen von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen

Wie ausgeführt, erging die Leitentscheidung des Schweizer Bundesgerichts bezüglich Retrozessionen bereits im Frühjahr 2006. Eine frühestmögliche Geltendmachung der Ansprüche wäre ab diesem Zeitpunkt zu erwarten gewesen. Unter An-

nahme der zehnjährigen Verjährungsfrist wäre demnach eine rein hypothetische Geltendmachung von Retrozessionen bis ins Jahr 1996/1997 unter Zugrundelegung der fünfjährigen Verjährungsfrist immerhin bis 2001/02 möglich gewesen.

Die Frage der Verjährung ist, wie unter Punkt 4. erwähnt, doppelgliedrig zu betrachten – einerseits die Verjährung der Retrozessionsansprüche gegenüber dem Vermögensverwalter, welche aufgrund des Sitzes der Banken bzw. Vermögensverwalter in der Schweiz nach Schweizer Recht zu beurteilen sein wird, sowie der Haftung des Organs der Verbandsperson im Rahmen der Verantwortlichkeit. Dies hat zur Folge, dass unabhängig davon, ob die Ansprüche auf Herausgabe der Retrozessionen gegenüber dem Vermögensverwalter zum Teil oder bereits vollständig verjährt sind, dennoch Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organe in Zusammenhang mit Retrozessionen geltend gemacht werden können – vorausgesetzt es liegen Sorgfaltpflichtverletzungen seitens des Verwaltungs- bzw. Stiftungsrates vor.

Gemäss Art. 226 Abs. 1 erster Fall PGR verjähren Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber Organen nach den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen innerhalb von drei Jahren, wobei die Verjährung erst mit Kenntnis des Schadens und des Schädigers zu laufen beginnt.

Wenn allerdings wissentlich falsche Angaben oder absichtliche Schadenzufügung vorliegen, verjährt der Schadenersatzanspruch erst in zehn Jahren, ab Kenntnis der Person des Schädigers und des Schadens (Art. 226 Abs. 1 zweiter Fall PGR).

Der OGH stellte zudem fest, dass, die Verjährung von Verantwortlichkeitsansprüchen der Gesellschaft gegenüber ihrem Organ, solange nicht zu laufen beginnt, als dieses Organ die Gesellschaft vertritt.⁵³ Für gelöschte Strukturen gilt gleiches (siehe im Detail unter 6.3).

Dem folgend wird man *in concreto* in den meisten Fällen eine fahrlässige Verantwortlichkeitspflichtverletzung annehmen müssen, wonach die dreijährige Verjährungsfrist zur Anwendung kommt. Die Frage, ab wann diese Frist zu laufen beginnt, ist jedoch eine differenziert zu betrachtende.

6.1 Faktische Verlängerung des Haftungszeitraums

Aus dem Zusammenspiel der verschiedenen Ansprüche und der daraus verschieden gearteten Verjährungsfristen resultiert im Ergebnis eine *de facto* «Verlängerung des Haftungszeitraums». Zwar verjähren Ansprüche gegenüber den Banken nach Schweizer Recht binnen zehn (bzw. nach Mindermeinung fünf) Jahren, jedoch wäre das Organ nach ergangener Leitentscheidung des Bundesgerichtshofes im Frühjahr 2006 verpflichtet gewesen, die Ansprüche, wie erörtert, geltend zu machen. Erfolgt

53 OGH vom 06.03.2006, 9 CG.2001.74, LES 2006, 240.

Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung

Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath

dies nicht, setzt sich das Organ einer Haftung aus. Nunmehr beginnt die dreijährige Verjährung der Verantwortlichkeitsansprüche gem. Art. 226 Abs. 1 erster Fall PGR mit Kenntnis des Schadens und der Person des Schädigers zu laufen. Praktisch beginnt die Verjährung im Verantwortlichkeitsrecht nicht vor dem Zeitpunkt der Bestellung eines neutralen Organs (siehe hierzu Punkt 6.3) zu laufen, zumal es lebensfremd ist, dass das Organ Ansprüche gegen sich selbst geltend machen sollte.

Im Ergebnis kommt es dadurch zu Eingangs erwähnter faktischer Verlängerung der Verjährungsfrist, da der Verwaltungs-/Stiftungsrat der Verbandsperson gegenüber für den ganzen, ab Kenntnisnahme der Bundesgerichtshofentscheidung, geltend zu machenden Zeitraum, sohin u.U. bis ins Jahr 1996/97 zurück, haftet. Sohin können im Wege der Verantwortlichkeitshaftung Ansprüche in Zusammenhang mit Retrozessionen faktisch über zehn Jahre hinaus geltend gemacht werden, da für Ansprüche betreffend den mehr als 10 Jahre zurückliegenden Teil, welcher gegenüber dem Vermögensverwalter bereits verjährt ist, das Liechtensteinische Organ mangels Geltendmachung haftet.

Im Rahmen dieser Erkenntnis ist näher auf die zehnjährige Aufbewahrungspflicht der Banken und der damit zusammenhängenden Konsequenz einzugehen. Es stellt sich insbesondere die Frage der Beweisfähigkeit der Höhe der Retrozessionen, deren Entstehung bereits weiter als zehn Jahre zurückliegt.

Im Falle, dass eine Bank nach zehn Jahren legitimer Weise ihre Dokumente vernichtet, wären Retrozessionen über diesen Zeitraum wohl nur mehr schwerlich nachweisbar und durchsetzbar. Da jedoch grundsätzlich Retrozessionen fließen, welche im Rahmen des gesetzlichen Aufbewahrungszeitraums auch ziffernmässig genau bestimmbar sind, ist davon auszugehen, dass bei durchgehender Veranlagung auch vorher Retrozessionen geflossen sind. Dies wird allenfalls ein Sachverständiger aufgrund des veranlagten Kapitals, sowie der Art der Veranlagung zurückrechnen können.

Doch auch dies wäre erlässlich, da, wenn die Forderung dem Grunde nach feststeht, diese der freien Beweiswürdigung des § 273 ZPO unterliegt. Wenn feststeht, dass der *Ersatz eines Schadens oder des Interesses gebührt, der Beweis über den streitigen Betrag des zu ersetzenden Schadens oder Interesses oder der Forderung aber gar nicht oder nur mit unverhältnismässigen Schwierigkeiten zu erbringen ist*, kann das Gericht von Amts wegen oder auf Antrag diesen Betrag nach freier Überzeugung festsetzen.

Wenn die Forderung dem Grunde nach feststeht, kommt überdies eine klageabweisende Beweislastentscheidung nicht in Betracht. Der Richter muss tatsächlich gemäss *legis citatae* schätzen, wenn sich die Anspruchshöhe gar nicht feststellen lässt.⁵⁴

Sohin ist eine richterliche Betragsfestsetzung angezeigt und sind Retrozessionen folglich über zehn Jahre hinaus gerichtlich durchsetzbar, da kein Zweifel am Bestehen der Forderung vorliegen kann, da unabhängig von der zehnjährigen Aufbewahrungspflicht die Vertragsgrundlagen als Beweis über das Bestehen des Vermögensverwaltungsmandats, selbst bei gelöschten Strukturen, aus den Akten der Verbandsperson hervorgehen sollten.

6.2 Exkurs: Absolute Verjährungsfrist

Der Gewalthaber eines Auftragsverhältnisses, geregelt in den §§ 1002 ff. ABGB, ist gemäss § 1009 ABGB *verpflichtet, das Geschäft seinem Versprechen und der erhaltenen Vollmacht gemäss, emsig und redlich zu besorgen und allen aus dem Geschäft entspringenden Nutzen dem Machtgeber zu überlassen*. Der Herausgabeanspruch ist nicht Schadenersatz-, sondern Erfüllungsanspruch und unterliegt der 30-jährigen Verjährung gem. § 1478 ABGB.⁵⁵

Im Falle der Unterlassung der Geltendmachung von Retrozessionsansprüchen kann man diese jedoch nicht gestützt auf bereicherungsrechtliche Grundsätze herausfordern. Hinsichtlich der Beziehung der Verbandsperson und des Verwaltungsrates besteht ausserdem kein Mandatsvertrag, sondern ein vertraglich geregeltes Organmandat.

Es kommt sohin bei Verantwortlichkeitsansprüchen, wie bereits ausgeführt, zur Haftung nach Art. 226 PGR, welcher als *lex specialis* zu § 1489 ABGB gilt, jedoch keine absolute Verjährungsfrist vorsieht. § 1489 ABGB statuiert eine absolute Verjährungsfrist von 30 Jahren für Schadenersatzansprüche.

In concreto gilt zu erörtern, ob diese lange Verjährungsfrist durch die Bestimmung des § 1489a ABGB auf zehn Jahre verkürzt wird. Hiernach verjährt jede Entschädigungsklage im Zusammenhang mit der Besorgung von Finanzdienstleistungsgeschäften eines von der FMA bewilligten Finanzintermediärs in drei Jahren von der Zeit an, zu welcher der Schaden und die Person des Beschädigers oder Ersatzpflichtigen dem Beschädigten bekannt wurde, jedenfalls jedoch in zehn Jahren ab dem Zeitpunkt, in welchem das Geschäft besorgt worden ist. Im Ergebnis würde dies bedeuten, dass eine Entschädigungsklage nach zehn Jahren bereits verjährt wäre. § 1489a ABGB und insbesondere die darin normierte absolute Verjährungsfrist gelangt jedoch aus mehreren Gründen nicht zur Anwendung. Der § 1489a ABGB wurde eingefügt, um die absolute Verjährungsfrist für ganz bestimmte Schadenersatzansprüche auf zehn Jahre zu verkürzen. Umfasst werden Schadenersatzansprüche *im Zusammenhang mit der Besorgung von Finanz-*

54 Rechberger in Fasching/Konecny, 2. Auflage § 273 ZPO, Rz 4, 9.

55 Strasser in Rummel, 3. Auflage, § 1009 Rz 21 f.

Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung
 Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath

*dienstleistungsgeschäften.*⁵⁶ § 1489a ABGB ist am 01.11.2007 in Kraft getreten.⁵⁷ Gesetze wirken nach § 5 ABGB nicht zurück und vermögen daher vorher ergangene Handlungen bzw. vorher erworbene Rechte nicht zu beeinflussen. Gemäss ständiger Rechtsprechung ist für eine schon begonnene Verjährung das ältere und nicht das neuere Gesetz massgebend, wobei bei einer Verkürzung der Verjährungsfrist durch ein neues Gesetz zwar mangels anderslautender gesetzlicher Regelung die neu bestimmte Verjährungsfrist anzuwenden ist, diese kann jedoch erst mit Inkrafttreten des neuen Gesetzes zu laufen beginnen.⁵⁸ Selbst wenn man die Anwendbarkeit des § 1489a ABGB bejaht, würde Verjährung erst mit 1.11.2017 fortlaufend eintreten.

Von § 1489a ABGB werden allerdings nur Finanzdienstleistungsgeschäfte, somit Geschäfte in Konnex mit Wertpapierleistungen, sowie andere Bankdienstleistungen samt Nebendienstleistungen erfasst. Nicht zu dieser Art von Geschäften gehören hingegen Verwaltungshandlungen von Organen juristischer Personen, welche für die Verbandsperson im Rahmen der Organstellung gesetzt werden. Bei Verantwortlichkeitsansprüchen von Verbandspersonen gem. Art. 218 ff. PGR ist die Anwendung des § 1489a ABGB sohin ausgeschlossen. Die Einführung des § 1489a ABGB erfolgte vom Gesetzgeber im Interesse der Banken, Vermögensverwaltungsgesellschaften und Wertpapierfirmen, nicht jedoch um Verwaltungsorgane von Verbandspersonen hinsichtlich deren Verantwortlichkeit zu entlasten.⁵⁹

Bei der fiduziarischen «*Ausübung eines Organmandates bei einer Sitzgesellschaft durch einen Berufstreuhandler handelt es sich im Verhältnis zur Verbandsperson um kein Finanzdienstleistungsgeschäft. Es kann dem Gesetzgeber auch nicht unterstellt werden, dass er Treuhänder, welche fiduziarisch als Organe einer juristischen Person amtieren, was die absolute Verjährung allfälliger Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft nach Art. 218 ff. PGR anbelangt, gegenüber <normalen> Organen <tätiger Verbandspersonen> [...] bevorzugen wollte. Für eine solche Ungleichbehandlung gibt es auch keine sachlichen Gründe.*»⁶⁰

Im Ergebnis ist die absolute Verjährungsfrist des § 1489a ABGB nicht anwendbar. Vielmehr sind die relativen Verjährungsfristen von 3 Jahren gem. § 1489 ABGB bzw. die zehnjährige Verjährungsfrist nach Art. 226 Abs. 1 zweiter Fall PGR massgeblich.

6.3 Gelöschte Strukturen

Ein Sonderfall der Verjährung tritt ein, wenn die Stiftung wie im anschliessend behandelten Fallbeispiel zwischenzeitlich gelöscht wurde. Bei juristischen Personen ist für den Beginn der Verjährungsfrist gemäss der Rechtsprechung die Kenntnis des zur Vertretung nach aussen berufenen Organs erforderlich. Die Kenntnis einer Person als Organ, die schadenverursachende Handlungen oder Unterlassungen selbst begangen hat, setzt den Lauf der Verjährungsfrist nicht in Gang, da die Kenntnis der Person, welche einziges Organ ist und in dieser Funktion selbst eine schädigende Pflichtverletzung begangen hat, keine Verantwortlichkeitsansprüche gegen sich selbst geltend machen wird.⁶¹

Für den Fall, dass eine Verbandsperson bereits gelöscht worden sein sollte, existiert kein vertretungsbefugtes Organ mehr, was zur Konsequenz hat, dass die Verjährungsfrist der Verantwortlichkeitsansprüche überhaupt nicht zu laufen begonnen hat.⁶² Um Ansprüche geltend zu machen, muss nach Art. 141 Abs. 1 PGR zuerst ein Beistand für die gelöschte Verbandsperson bestellt werden, welcher diese im Verfahren vertritt und im Handelsregister einzutragen hat.

Sinn und Zweck der Beistandsbestellung für eine gelöschte Verbandsperson liegt darin, dass wenn diese formell gelöscht wurde, jedoch noch über Vermögen verfügt, sie nicht als vollständig beendet zu sehen ist und demgemäss noch weiterhin rechtsfähig ist, allerdings über keine Organe mehr verfügt und daher durch die Bestellung eines Organes in Form eines Beistandes gem. Art. 141 Abs. 1 PGR wieder ihre Handlungsfähigkeit erlangt.⁶³ Die Bestellung erfolgt über Antrag durch einen Beteiligten.

Da, wie bereits erörtert, die Verbandsperson selbst hinsichtlich der Verantwortlichkeitsansprüche aktivlegitimiert ist, obliegt es dem bestellten Kurator, als Organ derselben, die Ansprüche zugunsten der Verbandsperson geltend zu machen.

6.4 Fallbeispiel

Nehmen wir an, im Jahre 1995 wird eine Verbandsperson gegründet. Es werden CHF 1.000.000.-- veranlagt und im Jahr 2012 wird die Verbandsperson wieder gelöscht. *Per annum* fallen im Median CHF 5.000.-- bis CHF 10.000.-- an Retrozessionen an. Der Gesamtbetrag an Retrozessionen in den 17 Jahren beläuft sich somit auf CHF 85.000.-- bis CHF 170.000.--. Die erste Entscheidung des Bundesgerichts erging im März 2006 mit der Präzisierung des Handelsgerichts Zürich vom Juni

56 BuA 2007 Nr. 65, S. 117 f.

57 LGBl 2007 Nr 272.

58 *Kodek in Rummell/Lukas*, ABGB4 § 5 Rz 40; RIS-Justiz RS0008705, RS0008685.

59 BuA 2007 Nr. 65, S. 117 ff.

60 OG, 08 CG.2015.33.

61 OGH vom 05.04.2001, 01 C 1998.586, S. 29.

62 Zuletzt bestätigt durch das Obergericht zu OG 08 CG.2015.33, S. 53 f., unter Verweis auf OGH 05.04.2001, 1C 586/98.

63 OGH vom 06.03.2015, 05 CG.2013.525.

Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath

2007. Wenn man die Kenntnisnahme, wie vorher erwogen, mit 2007/08 annimmt, wäre es möglich gewesen, Retrozessionen zurück bis ins Jahr 1997/98 (zu den Ausführungen zur Verjährung nach Schweizer Recht siehe Punkt 4.) geltend zu machen. Nehmen wir somit spätestens mit 2008 die Kenntnis der Entscheidung an, wären diese bis ins Jahr 1998 zurück gegenüber den schweizer Banken durchsetzbar gewesen. Der relevante Zeitraum der rückforderbaren Retrozessionen beläuft sich somit von 1998 bis zur Löschung der Verbandsperson im Jahr 2012, sohin auf insgesamt 14 Jahre, was einen Gesamtwert von Retrozessionen unter obiger Annahme im Spektrum von CHF 70.000.– bis CHF 140.000.– ergibt.

Nun beträgt die Verjährungsfrist von Verantwortlichkeitsansprüchen gegenüber den Verwaltungsrat mindestens drei Jahre (siehe im Detail Punkt 6.), wobei die Verjährung bei einer gelöschten Verbandsperson nicht zu laufen beginnen kann (wie bereits unter Punkt 6.3 erörtert). Der Beginn der Verjährungsfrist tritt prinzipiell mit Kenntnis des Schadens und der Person des Schädigers ein. Unabhängig davon setzt die Kenntnis einer Person als Organ, die schadenverursachende Handlungen oder Unterlassungen selbst begangen hat, den Lauf der Verjährungsfrist nicht in Gang. Diese kann erst mit erneuter Bestellung eines nach aussen vertretungsbefugten, neutralen Organs beginnen.

Daraus ergibt sich, dass sich die mögliche betragsmässige Geltendmachung der Retrozessionen in Zusammenspiel der beiden Verjährungsfristen und deren unterschiedlichen Beginn und Ende nicht nur auf die letzten zehn Jahre beschränkt, sondern diese über die Verantwortlichkeitshaftung des Verbandsorgans auf den – im konkreten Beispiel – Zeitraum von 1998 bis 2012, somit 14 Jahre, erstreckt.

7. Zusammenfassung

Bei der Beurteilung von Retrozessionen schweizer Banken ist zunächst zu klären, ob ein Vermögensverwaltungsvertrag oder ein Anlageberatungsvertrag vorliegt. Liegt ein Vermögensverwaltungsvertrag zwischen der Bank und dem Kunden vor, sind Ansprüche basierend auf zu Unrecht zurückgehaltenen Retrozessionen zu prüfen.

Falls eine in Liechtenstein verwaltete Verbandsperson involviert ist, welche Anspruchsberechtigte der Retrozessionen ist, können für diese Verbandsperson neben Ansprüchen gegenüber dem Vermögensverwalter auch Verantwortlichkeitsansprüche gegen deren Organe aufgrund einer unterlassenen Geltendmachung dieser Ansprüche im Raum stehen. Dies führt regelmässig zu einer faktischen Verlängerung der Verjährungsfristen für zu Unrecht zurückbehaltenen Retrozessionen, da die Versäum-

nisse der Organe ab dem Zeitpunkt des «Kennen-Müssens» der Ansprüche einen eigenen, weiteren Anspruch der Verbandsperson gegenüber den Organen bildet, welcher einer gesonderten Verjährungsfrist unterliegt.

Hinweis:

Siehe zu Fragen der Verantwortlichkeit *Schwärzler/Wagner*, Verantwortlichkeit im liechtensteinischen Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2012; zur Frage der Retrozessionen bereits *Plüss*, Streit um Retrozessionen, *liechtenstein-journal* 2009, 70 ff.

Redaktion