

Leander D. Loacker/Corinne Zellweger-Gutknecht (Hrsg.)

Differenzierung als Legitimationsfrage

*Analysen und Perspektiven von
Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen
Instituts der Universität Zürich*



Leander D. Loacker/Corinne Zellweger-Gutknecht (Hrsg.)

Differenzierung als Legitimationsfrage

Analysen und Perspektiven von Assistierenden des
Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich

Sponsoren

Die Drucklegung erfolgte mit freundlicher Unterstützung von:

- Prof. Dr. HANS-RUDOLF TRÜEB, LL.M., WALDER WYSS AG
- ZÜRCHER UNIVERSITÄTSVEREIN
- lic. iur. DANIEL S. HAYEK, LL.M., PRAGER DREIFUSS AG
- Dr. DANIEL GLASL, H.E.E., BRATSCHI WIEDERKEHR und BUOB Rechtsanwälte
- GLEICHSTELLUNGSKOMMISSION DER UNIVERSITÄT ZÜRICH
- Prof. Dr. PETER FORSTMOSER, LL.M., NIEDERER KRAFT & FREY AG
- DIKE VERLAG AG
- Prof. Dr. FELIX DASSER, LL.M., HOMBURGER AG

Bibliografische Information der <Deutschen Bibliothek>.

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte, auch des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2012

ISBN 978-3-03751-478-8

www.dike.ch

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XI
Autorenverzeichnis	XXV

Einleitung

<i>Christian Schwarzenegger</i>	3
Differenzierung <i>ad infinitum</i> ?	
Geleitwort des Dekans	
<i>Leander D. Loacker</i>	9
Zum Thema «Differenzierung als Legitimationsfrage»	

Gastbeitrag

<i>Helmut Heiss</i>	15
Angleichung als Legitimationsproblem	
Stellt die Schaffung von «Parallelrecht» einen geeigneten Ausweg dar?	

Allgemeines Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht

<i>Andrea Perhofer</i>	57
Immissionen ≠ Immissionen	
Differenzierungen hinsichtlich der Verantwortlichkeit des Grundeigentümers für Einwirkungen auf das Nachbargrundstück nach der Teilrevision des Immobiliarsachenrechts	
<i>Céline P. Schmidt</i>	81
Die Durchsetzbarkeit vertraglich vereinbarter vorprozessualer Streitbeilegungsabreden	
<i>Miguel Sogo</i>	103
Das übernommene Beschaffungsrisiko	
Eine klärungsbedürftige Rechtsfigur im System vertragsrechtlicher Differenzierungen	

Konsumentenschutzrecht

- Emese Kaufmann-Mohi/Leander D. Loacker* 147
Une fois consommateur, toujours consommateur?
La réglementation des contrats dit à usage mixte au niveau européen et national
- Andreas Schirrmacher* 187
Verbraucherschutz in der Schweiz und in der Europäischen Union
Übertriebener Paternalismus oder empfindliche Schutzlücke?

Finanzmarktrecht

- Felix Bolliger* 211
Wettartige Finanzprodukte – wo ist die Grenze?
Zum Differenzeinwand im Anlagegeschäft
- Alexandra Schmidt* 231
EMIR – A differentiated framework for derivatives
- Corinne Zellweger-Gutknecht* 247
Drittvergütungen im Finanzanlagegeschäft – ein systematischer Leitfaden

Wirtschaftsrecht

- Damiano Canapa* 307
Révision de la Loi sur les cartels: quelle «Autorité de la concurrence»
pour la Suisse?
Examen et critique du cadre institutionnel proposé
- Reto A. Heizmann* 331
Die Sonderregeln für Lebensmittel im THG
Zur Legitimität der Differenzierung zwischen Lebensmitteln und anderen Produkten
insbesondere unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten
- Matthias Uhl* 359
Die Überführung eines Stiftungszweckbetriebs in eine «Zweckholding»
Stiftungs-, fusions- und gemeinnützigkeitsrechtliche Aspekte

Völkerstrafrecht und Militärstrafrecht

Laura Marschner 383
International Criminal Law between Standardization and Differentiation

Simon M. Schädler 401
Der Strafprozess vor Militärgericht im Rechtsstaat
Staats- und völkerrechtliche Überlegungen zur Vereinbarkeit der Schweizer Militärjustiz
mit Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 EMRK

Sozialversicherungsrecht und Medizinrecht

José Krause/Regina Meier 425
Schwangerschaftsabbruch: zu Recht von der obligatorischen
Krankenpflegeversicherung abgedeckt?
Die Volksinitiative «Abtreibungsfinanzierung ist Privatsache» unter
sozialversicherungs- und grundrechtlichen Gesichtspunkten

Philip Skarupinski/Markus Thier 447
Hirntod
Zwischen medizinischer Notwendigkeit und ethischer Akzeptanz

Rechtsvereinheitlichung und Rechtsvergleichung

Justyna Buser-Gora 473
Diversifikation von Rechtsquellen im internationalen Handelsrecht
Unter besonderer Berücksichtigung von Standardklauseln

Eveline Schneider Kayasseh 497
Grundlagen der Herrschaft und Aspekte religiös-kultureller
Differenzierungen in Bahrain

der *Verzichtswille* des Auftraggebers «aus der Vereinbarung entsprechend klar hervorgehen muss».²¹⁸ Fehlt eine «ausdrückliche und eindeutige Verzichtserklärung»²¹⁹, darf die Beauftragte ohne Rückfrage daher von vornherein nicht davon ausgehen, dass ihr der Auftraggeber Drittvergütungen als zusätzliche Entschädigung für ihre Tätigkeit überlassen will.

(ii) Hinzu kommt aber – selbst bei einem ausdrücklichen Verzicht – dass nur der erklärte Wille eines *informierten*²²⁰ Auftraggebers rechtlich bindend sein kann.²²¹ Aus diesem Grund ist er schon vor dieser Erklärung über Quelle, Art und Höhe zu erwartende Drittvergütung «vollständig und wahrheitsgetreu» in Kenntnis zu setzen,²²² denn es kann nicht als üblich unterstellt werden, dass ein Auftraggeber mit Einnahmen der Beauftragten einverstanden ist, «deren Ausmass er weder kennen noch kontrollieren kann»,²²³ dies umso mehr, als schon die einschlägigen Ständeregeln Rechenschaft über Drittvergütungen und eine Abrede über deren Zuordnung verlangen und so auf eine entsprechende Berufsausübung hinweisen.²²⁴ Sowieso ungenügend ist sowohl der blosser Hinweis, dass die Beauftragte eventuell Drittvergütungen erhalte,²²⁵ als auch das blosser Angebot, auf Anfrage hin die Vergütungskonditionen näher offen zu legen.²²⁶ Doch auch das Wissen des Auftraggebers um die Tatsache von Drittvergütungen und deren blosser Grössenordnung reicht nicht aus, solange ihm die einzelnen Eckwerte, «keine hinreichend genaue Kenntnis über die tatsächlich anfallenden» Drittvergütungen vermitteln.²²⁷ Die sich aus der Fremdnützigkeit des Auftrags ergebenden Schranken sind darum laut Bundesgericht und h.L. erst gewährt, wenn der Auftraggeber weiss, welche *Handlungen* in welchem *Ausmass* von Abreden mit Dritten beeinflusst sein können. Dazu muss er die *Eckwerte*

²¹⁸ Zit. BGE 132 III 460, 466 E. 4.2 m.w.N. und 467 E. 4.3, vgl. auch DE CAPITANI, in: FS Chapuis, 25, 27; LOMBARDINI, SJ 2002, 506; dort je zum Wille, auf die *Ablieferung* zu verzichten.

²¹⁹ Zit. BGE 132 III 460, 469 E. 4.5; s. auch BGer 4A 427/2011 vom 29. November 2011 E. 5.3.

²²⁰ Vgl. zur Informationspflicht allgemein unten IV.

²²¹ Vgl. für den stillschweigenden Verzicht BGE 132 III 460, 467 E. 4.3 und für den ausdrücklichen Verzicht BGE 137 III 393, 396 ff. E. 2.2 ff.

²²² Zit. BGE 132 III 460, 466 E. 4.2.

²²³ Zit. BGE 132 III 460, 466 E. 4.3.

²²⁴ BGE 132 III 460, 466 f. E. 4.3 noch m.H.a. Art. 10 (und Ziff. 56) i.V.m. Art. 7 Anhang B VSV Ständeregeln für die Ausübung der unabhängigen Vermögensverwaltung vom 26. März 1999. Die gesamte Regel genügt aber der auf 1. Januar 2009 in Kraft gesetzten FINMA-RS 09/1 nicht mehr, so dass ihr fortan die Anerkennung als Mindeststandard gemäss Art. 7 Abs. 2 FINMAG versagt geblieben wäre. Entsprechend wurden die VSV-Ständeregeln revidiert, von der FINMA am 27. April 2009 anerkannt und auf 1. Oktober 2009 in Kraft gesetzt.

²²⁵ BGE 137 III 393, 401 E. 2.5 m.w.H. Ebenso NÄNNI/VON DER CRONE, SZW 2006, 377, 382; EMMENEGGER, in: EMMENEGGER, 59, 83; SCHMID, 189 f.; a.M. insb. ABEGGLEN, recht 2007, 190, 199; SCHÄREN, AJP 2008, 1204, 1210.

²²⁶ BGE 137 III 393, 397 E. 2.2; EMMENEGGER, in: EMMENEGGER, 59, 83; a.M. noch ABEGGLEN, recht 2007, 190, 199, 203; GUTZWILLER, 203; HSU, 35 f.; LOMBARDINI/MACALUSO, AJP 2008, 180, 183 ff.

²²⁷ Zit. BGE 132 III 460, 468 E. 4.5.

kennen, die zur Ermittlung des Gesamtbetrags der Retrozessionen notwendig sind, wobei zumindest die «konkreten Ansätze»²²⁸ sowie die Höhe *der erwarteten Drittvergütungen in einer Prozentbandbreite des vom Auftrag erfassten Anlagevermögens anzugeben ist*,²²⁹ soweit bei einem vorgängigen Verzicht eine genaue Bezifferung noch nicht möglich ist, weil sich die Berechnungsparameter noch laufend verändern.²³⁰ Erst diese Angaben erlauben es dem Auftraggeber, die Kostenstruktur inklusive Gesamtkosten der in Auftrag gegebenen Geschäftsführung zu erfassen und die anfallenden Aufwände zu plausibilisieren – insb. sie mit dem vereinbarten Vermögensverwaltungshonorar zu vergleichen – und so Interessenkonflikte der Beauftragten zu erkennen.²³¹ Dabei ist auch der *Kenntnisstand und die Geschäftserfahrung* des Auftraggebers zu berücksichtigen: Der Hinweis auf die genannten Eckwerte ist obsolet, wo er schon bekannt ist. Ansonsten reicht er freilich nur bei «erfahrenen und in finanziellen Angelegenheiten sachkundigen» Auftraggebern, während ein «gänzlich unerfahrener und unwissender» Auftraggeber ausdrücklich «auf die entsprechenden Zusammenhänge im Einzelnen aufmerksam zu machen ist, aus denen sich angesichts des Empfangs von Leistungen Dritter Interessenkonflikte ergeben können»²³². Ihm ist klar zu machen, dass der Interessenkonflikt besteht – und selbst bei Umwidmung zu Honorar fortbesteht und das *Risiko erhöht, einen Anlageschaden zu erleiden* (s. oben A.2.b). Soweit bisherige Drittvergütungen dem Auftraggeber zudem einen Vermögensschaden eingetragen haben, ist er richtigerweise auch darüber aufzuklären.

(iii) Schliesslich muss m.E. die *Grenze* sinngemäss zur Regelung bei erfolgsabhängigen Direkthonoraren bei den Drittvergütungshonoraren dort gezogen werden, wo sie dazu führen, dass eine Beauftragte ihre Unabhängigkeit verliert, insb. aufgrund des Fremdhonorarumfangs, weil der *Honoraranteil aus Drittvergütungen wesentlich grösser ist als jener aus Direkthonorar*.²³³ Noch viel eher ist diese Schranke anzusetzen, wenn die Fremdhonorare zudem von Voraussetzungen abhängen, deren Erfüllung den Auftragszweck besonders tangieren, was ein Beispiel illustrieren soll:

Bezeichnenderweise untersagt Art. 48k Abs. 2 Satz 3 BVV 2 seit dem 1. August 2011²³⁴ Personen und Institutionen, die von einer Vorsorgeeinrichtung als Externe mit der Ver-

²²⁸ Zit. BGE 137 III 393, 402 E. 2.6.

²²⁹ BGE 137 III 393, 399 f. E. 2.4 m.w.N.; HSU, 36; EMMENEGGER, in: EMMENEGGER, 59, 84; SCHMID, 190; NÄNNI/VON DER CRONE, SZW 2006, 377, 383; so schon DE CAPITANI, in: FS Chapuis, 25, 27; DE BOTH, in: FS Jeanneret, 119, 125 f.

²³⁰ BGE 137 III 393, 399 f. E. 2.4; vgl. nur EMMENEGGER, in: EMMENEGGER, 59, 84; BRETTON-CHEVALIER, 164.

²³¹ Vgl. zum Ganzen eingehend BGE 137 III 393, 398 ff. E. 2.4 m.w.N.

²³² Zit. BGE 137 III 393, 400 E. 2.5 m.w.H.

²³³ Vgl. Haupttext bei den FN 213 f.

²³⁴ Vgl. Abschnitt V lit. a BVV 2. Dies trotz teils massivem Widerstand im Vernehmlassungsverfahren: Vgl. Bericht BVV 2011, 19. Gemäss Übergangsbestimmung wird die erste Prüfung nach

mittlung von Vorsorgegeschäften beauftragt sind, die Bezahlung und Entgegennahme von volumen-, wachstums- oder schadenabhängigen Entschädigungen (sog. *Superprovisionen*) explizit – und *selbst im überobligatorischen Bereich zwingend* (Art. 49 Abs. 2 Ziff. 10 BVG).²³⁵

Eine sinngemäss lautende Regel ist zudem für Makler (nicht aber für Agenten)²³⁶ auch im Entwurf des revidierten²³⁷ Versicherungsvertragsgesetzes in Art. 45a VVG vorgesehen. Die Materialien zu BVG und BVV 2 äussern sich zwar nicht zur Ratio, doch kann der Normzweck kein anderer sein als jener bzgl. Art. 45a VVG: Wird einer Mittlerin ein solches Entgelt versprochen, setzt diese Vergütungsform sie noch stärkeren Anreizen aus, ihre Vermittlung primär auf die Entgelte auszurichten, als dies mit den ordentlichen Courtagen, Provisionen u.ä. sowieso schon der Fall ist.²³⁸ Art. 48k Abs. 2 Satz 3 BVV 2 dient damit dem Ziel, Interessenkonflikte zu vermeiden²³⁹, «die Integrität der Leistungsträger und den fairen Wettbewerb in der beruflichen Vorsorge zu stärken».²⁴⁰

Wie bereits bei den erfolgsabhängigen Direkthonoraren reduzieren die Parteien also auch hier vertraglich den Radius der Interessenwahrungspflichten der Beauftragten, so dass sich fortan die Annahme von Drittvergütungen, die von der Abrede erfasst werden, als zweckneutral erweist. Wo dieser Verzicht indessen dazu führt, dass der Auftrag seine Fremdnützigkeit (bei einer Gesamtbetrachtung der erfolgsabhängigen Direkthonorare und Drittvergütungen) überwiegend verliert, ist der Verzicht nichtig, da er der zwingenden Essentialie jedes Interessenwahrungsverhältnisses zuwider läuft (vergleichbar dem Vorausverzicht auf Information über Drittvergütungen).²⁴¹

den neuen Normen für das Rechnungsjahr 2012 erfolgen, wobei die Vorsorgeeinrichtungen ihre Reglemente und Verträge sowie ihre Organisation erst bis zum 31. Dezember 2012 anpassen müssen.

²³⁵ Vgl. auch Bot. BVG, BBl. 2007, 5669, 5702.

²³⁶ Vermittler werden künftig privatrechtlich wie aufsichtsrechtlich so getrennt, dass sie entweder (zivil als Agent bzw. prudentiell als gebundene Vermittler) mit einer Versicherung *oder* (zivil als Makler bzw. prudentiell als ungebundene Vermittler) mit den Versicherungsnehmenden verbunden sind: vgl. Bot. VVG, BBl. 2011, 7705, 7771; SCHNYDER, 2008, 665, 673.

²³⁷ Bot. VVG, BBl. 2011, 7705, 7726. Die parlamentarische Beratung steht noch aus. Zur EU-Regulierung vgl. SCHNYDER, 2008, 665, 667 f.

²³⁸ Vgl. Bot. VVG, BBl. 2011, 7705, 7812. Anders als im geplanten Art. 45a VVG wird das Verbot in Art. 48k Abs. 2 Satz 3 BVV 2 freilich ein generelles und nicht auf die ungebundenen Vermittler (Makler) beschränkt. Als *lex specialis* gilt Letzteres daher gegebenenfalls auch für Agenten.

²³⁹ Bot. BVG, BBl. 2007, 5669, 5702.

²⁴⁰ Zit. RECHSTEINER zu Geschäftsnummer 07.055 BVG Strukturreform, in: AB NR 2009, 1581.

²⁴¹ BGE 137 III 393, 399 E. 2.4. Vgl. dazu unten IV.A.

III. Herausgabeanspruch

A. Traditionelle Lesart

1. Innerer Zusammenhang als Abgrenzungskriterium

Gewöhnlich konzentrieren sich Lehre und Urteile direkt auf den Herausgabeanspruch gemäss Art. 400 Abs. 1 OR.²⁴² Laut dieser Norm hat die Beauftragte alles, was ihr «infolge [der Geschäftsführung] aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten», wobei Einigkeit besteht, dass ein reiner Tathandlungskonnex ausreicht und keine eigentliche Geschäftsführung (im Sinne eines Rechtsgeschäfts auf fremde Rechnung) vorzuliegen braucht.²⁴³ Verlangt wird aber, dass die betreffenden Vermögensvorteile einen *inneren Zusammenhang* zum Auftrag aufweisen, der bejaht wird, wenn sie «in Erfüllung des Auftrages»²⁴⁴ bzw. «infolge der Auftragsausführung»²⁴⁵ und nicht lediglich «bei Gelegenheit der Auftragsausführung»²⁴⁶ anfallen. Die Interpretation und Konkretisierung dieser Schlagworte bereitet nicht minder Mühe als die Feststellung des sog. funktionellen Zusammenhangs im Rahmen der Haftungszuordnung gemäss Art. 55 und 101 OR, der zu verneinen ist, wenn eine Hilfsperson eine Schädigung lediglich «bei Gelegenheit» der ihr aufgetragenen Verrichtung verursacht.²⁴⁷

2. Rechtsgeschichte

Die heutige Auslegung von Art. 400 OR hat ihren Ursprung im Bemühen deutscher Gerichte, sämtliche Schmiergelder, die als Gaunerlohn nicht zurückgefordert werden können, statt der Empfängerin zu belassen, wenigstens dem Auftraggeber zuzuweisen und so der (präsumierten) Gefahr vorzubeugen, dass diese Vorteile die Beauftragte zu treuwidrigen Handlungen veranlassen.²⁴⁸ Ein innerer Zusammenhang wird darum selbst

²⁴² Vgl. BGE 132 III 460; 137 III 393; BGer 6B_223/2010 vom 13. Januar 2011; OGer ZH LB090076 vom 13. Januar 2012 E. 3.

²⁴³ Vgl. nur BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 117 m.w.N.

²⁴⁴ Zit. BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 127.

²⁴⁵ Zit. BGE 132 III 460, 464 E. 4.1.

²⁴⁶ Zit. BGE 132 III 460, 464 E. 4.1.; ebenso BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 127 m.w.N.; vgl. auch RUSCH, WM 2012, 440, 441.

²⁴⁷ Vgl. nur BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 55 N 13; BSK OR I-WIEGAND, Art. 101 N 10, je m.w.N. Vgl. auch BGer 4A_544/2008 vom 10. Februar 2009 E. 2.4: «*Cette notion est cependant assez difficile à cerner.*» Nicht umsonst bezeichnen einzelne Autoren sowohl den funktionellen Zusammenhang als «konturlosen Begriff» (zit. HONSELL, Rz. 13.16) wie den inneren Zusammenhang als «konturenlos» (zit. KOLLER, § 384 HGB N 38).

²⁴⁸ RG III 411/19 vom 27. April 1920 in: RGZ 99, 31, 33 (Schmiergeld an Beauftragten); vgl. detailliert HADDING, ZIP 2008, 529, 531; s. auch ROBERTO, ZSR 2009, 15, 25 f. m.w.N. und 31.

dann bejaht, wenn eine Vorteilsannahme die Interessen des Auftraggebers gefährdet, obwohl eine derartige, wie gesehen zweckwidrige Handlung – jedenfalls bei Annahme von Bestechungsgeldern – dogmatisch betrachtet nicht ernsthaft «in Erfüllung» des Auftrags, sondern *e contrario* lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung erfolgen kann.²⁴⁹ Ausdrücklich von der Herausgabepflicht ausgenommen sind heute nur noch Bagatellvergütungen.²⁵⁰ Abgesehen davon erfasst die zur Bestechung entwickelte Rechtsprechung im Grundsatz inzwischen praktisch sämtliche Drittvergütungen in Form von Rabatten, Provisionen²⁵¹ und weiteren «Sondervorteile[n] aller Art»²⁵², wobei in der Lehre um Regel und Ausnahmen noch gerungen wird. Dreh- und Angelpunkt bildet dabei die Frage, welche Drittvergütungen *nicht infolge* der Auftragsausführung, sondern nur *bei deren Gelegenheit* erworben worden und darum ohne inneren Zusammenhang zum Auftrag seien.²⁵³ Mit verantwortlich dafür sind Gerichte, die noch immer mit diesem Begriffspaar operieren²⁵⁴ und dadurch verschleiern, dass sie im Grunde auf andere Kriterien abstellen.

²⁴⁹ Für Deutschland zu den früheren – aufgrund der ständigen Rspr. inzwischen verstummen – kritischen Stimmen eingehend HADDING, ZIP 2008, 529, 532 Ziff. 2.1 m.w.N. Für die Schweiz schon so ZK-OSER, Art. 400 OR N 3; und heute wieder ROBERTO, ZSR 2009, 15, 21, 25 ff. m.w.N. auch zur geschichtlichen Entwicklung; dogmatische Bedenken gab selbst HIRZEL, 80 ff. zu (obwohl er für Herausgabe plädierte und so den entscheidenden Meinungsumschwung einleitete); a.M. bzw. schon direkt für einen inneren Zusammenhang ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 400 OR N 7; BK-BECKER, Art. 400 OR N 6; heute auch BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 127 f., 134; SPR-HOFSTETTER, 120 f. (allerdings wieder zögernd).

²⁵⁰ Vgl. dazu schon II.C.1.

²⁵¹ Vgl. insb. BGer 4C.125/2002 vom 27. September 2002, E. 3.1; BGE 132 III 460 ff., 464 E. 4.1; 137 III 393, 396, E. 2.1 nachdem BGE 80 IV 53, 55 die Frage der Tatbestandsmässigkeit gemäss Art. 400 OR noch offen gelassen hatte; ROBERTO, ZSR 2009, 15, 23.

²⁵² Zit. BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 131. Ihm folgend BGE 132 III 460 ff., 464 E. 4.1; a.M. ROBERTO, ZSR 2009, 15, 25 der einen inneren Zusammenhang generell verneint und zudem (S. 36 m.w.N.) Rabatte nicht als «Erlangtes», sondern als Aufwendersersatz qualifiziert, indessen ab S. 36 ff. den Zusammenhang nur noch ablehnt, wenn Vorteile v.a. durch einen auf die Person des Beauftragten bezogenen Umstand gerechtfertigt werden (insb. wegen dessen Nachfragenakkumulation) oder wenn sie eine «eigenwirtschaftliche Leistung des Beauftragten» entgelten (zit. S. 38).

²⁵³ Vgl. etwa ABEGGLEN, SZW 2007, 122, 129 f., der in seinem Schema den (zweckwidrigkeitsindizierenden) Interessenskonflikt erst im Anschluss an den inneren Zusammenhang prüft.

²⁵⁴ Vgl. nur BGE 137 III 393, 395 f. E. 2.1; 132 III 460, 464 E. 4.1.

B. Alternativer Auslegungsvorschlag

1. Zweckbezug als Abgrenzungskriterium

a. Zweckwidriges: vertraglicher Gewinnabschöpfungsanspruch

Denn die Herausgabepflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR wird wie gesehen längst in einer Weise interpretiert, die neben den zweckkonformen auch sämtliche zweckwidrigen Vorteile erfasst: Statt Letztere der Beauftragten zu belassen und den Auftraggeber alleine auf einen allfälligen Schadenersatzanspruch zu verweisen,²⁵⁵ haben die Gerichte in *Rechtsfortbildung (extra legem) eine besondere vertragliche Anspruchsgrundlage zur Gewinnabschöpfung im Falle der vertragswidrigen Annahme von Drittvergütungen* geschaffen²⁵⁶ – nicht anders als die deutsche Praxis auch.²⁵⁷ Herauszugeben sind jene Drittvergütungen, die eine Beauftragte trotz deren Anreizwirkung und/oder in Schädigung des Auftraggebers entgegengenommen hat.²⁵⁸

Die *Ratio* dieser Lesart beruht auf der Fremdnützigkeit des Auftrags. Ihr wird so bereits auf Primäranspruchsebene zum vollen Durchbruch verholfen: Das Geschäftsergebnis hat sich alleine im Vermögen des Auftraggebers zu manifestieren, während der Beauftragten daraus, abgesehen von einem allfälligen Honorar, weder Gewinn noch Verlust entstehen soll.²⁵⁹ Dieser Grundsatz erlitte aber eine empfindliche Lücke, wenn gerade zweckwidrig erlangte – und mithin dieses Geschäftsergebnis gefährdende – Drittvergütungen der Beauftragten verbleiben dürften oder nur indirekt in Form von Schadenersatz von ihr zurückerlangt werden könnten.²⁶⁰

b. Zweckkonformes: vertraglicher Erfüllungsanspruch

Daneben besteht der seit je auf Art. 400 OR basierende Anspruch auf Herausgabe der zweckkonform und lediglich treuhänderisch angenommenen und gehaltenen Vermö-

²⁵⁵ Diese Lösung favorisiert ROBERTO, ZSR 2009, 15, 30 mit Blick auf Bestechungsgelder.

²⁵⁶ Ein Rückgriff auf Art. 423 OR erübrigt sich bei dieser Lesart selbst für Bestechungsgelder von vornherein. A.M. ROBERTO, ZSR 2009, 15, 30 f. m.w.N.; BSK OR I-WEBER, Art. 423 N 3; ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 84.

²⁵⁷ Implizit für eine «Abschöpfung von Vorteilen aus einer *unerlaubten Eigengeschäftsführung*» (zit. HADDING, ZIP 2008, 529, 531, Hervorhebung original) auch BGH VII ZR 149/61 vom 7. Januar 1963, in: BGHZ 39, 1, 3, demgemäss sich das Ergebnis der Herausgabe auch über die vorsätzliche unechte Geschäftsführung (§ 687 Abs. 2 i.V.m. §§ 681, 667 BGB) erzielen lasse.

²⁵⁸ Vgl. oben II.A.

²⁵⁹ Vgl. schon bei FN 16.

²⁶⁰ Vgl. schon RG III 411/19 vom 27. April 1920 in: RGZ 99, 31, 32: «Sodann liegt [der Pflicht zur Herausgabe von Schmiergeld] der weitere Gedanke zugrunde, dass demjenigen, für dessen Rechnung ein anderer Geschäfte führt, die gesamten Vorteile der letzteren ebenso gebühren, wie er die gesamte Gefahr zu tragen hat.»

genswerte.²⁶¹ Es handelt sich dabei um einen vertraglichen Erfüllungsanspruch²⁶² in Form einer sog. *obligation de résultat*. Hierunter fallen auch Werte, die eine Beauftragte eingenommen hat, während sie den Auftrag in weisungswidriger Art ausführte, deren Geschäftsführung der Auftraggeber letztlich aber dennoch genehmigt hat.²⁶³

c. Zweckneutrales: kein Herausgabeanspruch

Behalten darf die Beauftragte somit nur, was den Auftrag von Beginn weg weder positiv noch negativ tangiert, also insb. *Bagatellzuwendungen*, aber ebenso Drittvergütungen, die *eigenwirtschaftliche Leistungen* abgelten oder die kraft Verzichts zu *Honorar* umgewidmet wurden.²⁶⁴ Was die Umwidmung zu Honorar betrifft, haben die oben bereits referierten Entscheide des Bundesgerichts die erwünschte Klarheit geschaffen.²⁶⁵ Noch offen ist hingegen eine fundierte höchstrichterliche Erläuterung der – primär im Fondsvertrieb virulenten – Frage, wann eine Drittvergütung sich als zweckneutral erweist (bzw. in der gängigen Terminologie: wann der innere Zusammenhang zu verneinen ist) und wann nicht. Wie bereits ausgeführt, ist eine Drittvergütung m.E. nur zweckneutral, wenn sie den Auftraggeber weder schädigt, noch die Fremdnützigkeit des Auftrags gefährdet,²⁶⁶ was jedenfalls zu bejahen ist, wenn sie eine eigenwirtschaftliche Gegenleistung der Empfängerin abgilt.²⁶⁷

2. Verjährungsfolgen

Die Unterscheidung der zweckkonformen von der zweckwidrigen Annahme von Drittvergütungen schlägt sich auch auf die Verjährungsfolgen nieder: Während die Herausgabe zweckkonform angenommener Vermögenswerte der *Frist* von fünf Jahren gemäss Art. 128 Ziff. 1 OR untersteht, soweit sie periodisch fällig wird und sich ansonsten nach der Zehnjahres-Frist des Art. 127 OR richtet,²⁶⁸ fällt Periodizität beim vertraglichen Gewinnabschöpfungsanspruch von vornherein ausser Betracht. Denn selbst wenn die Drittvergütungen in durchaus wiederkehrenden Zeitabständen erfolgen, beruht dieser Rhythmus lediglich auf einer Abrede zwischen der Beauftragten und dem Dritten, die

²⁶¹ Vgl. oben II.B.

²⁶² Vgl. BGE 138 III 137, 143 E. 5.3.4.

²⁶³ Vgl. BGE 138 III 137, 142 f. E. 5.3.3.

²⁶⁴ Vgl. oben II.C.

²⁶⁵ Vgl. oben II.C.3. Vgl. zudem auch OGer ZH LB0900786 vom 13. Januar 2012 E. III.3.E.4.

²⁶⁶ Vgl. II.A und II.C.

²⁶⁷ Vgl. II.A.1.b. Im Resultat vergleichbar OGer ZH LB0900786 vom 13. Januar 2012 E. III.3.B.

²⁶⁸ Vgl. nur EMMENEGGER, in: EMMENEGGER, 59, 87 f. m.w.N.

als *res inter alios acta* unbeachtlich bleiben muss, da der Auftraggeber kraft Art. 400 OR nicht etwa in den – u.U. durchaus periodischen – Vergütungsanspruch subrogiert.²⁶⁹

Dabei *beginnen* die Fälligkeit und damit gemäss Art. 130 OR auch die Verjährung nach hier vertretener Auffassung mit jeder *pflichtwidrigen Annahme ad hoc* zu laufen. Demgegenüber findet sich in der Lehre und in kantonalen Urteilen die Ansicht, dass es die Einheitlichkeit des Auftragsverhältnisses gebiete, für Drittvergütungen «die gleichen Verjährungsregeln wie für den Hauptanspruch» zur Anwendung zu bringen.²⁷⁰ Dazu wird unterstellt, dass die Beauftragte selbst bei pflichtwidrig angenommenen Vermögenswerten gehalten sei, diese fortan wie zweckkonform erlangte Vermögenswerte zu behandeln – mithin im Rahmen eines Finanzanlagegeschäfts etwa aufzubewahren und gegebenenfalls auch zu bewirtschaften.²⁷¹ Der Anspruch auf Erstattung lebe daher *grundsätzlich erst bei Beendigung* des Vertragsverhältnisses auf, so dass die Verjährung erst dann beginne, wobei die auf zehn Jahre beschränkte Buchführungspflicht gemäss Art. 962 OR dem Herausgabeanspruch indirekt noch eine weitere Schranke setze.²⁷²

Dieser Ansatz ist aus mehreren Gründen abzulehnen. So führt er zu unterschiedlichen Verhältnissen, je nachdem ob eine Beauftragte zur Erfüllung des Vertrages Rechtsinhaberschaft über erlangte Vermögenswerte ausüben muss (wie dies auf Verwahrer, Effekthändler und insb. Vermögensverwalter zutrifft) oder nicht (was vornehmlich bei Anlageberatern und Versicherungsmaklern der Fall ist). Vor allem aber unterstellt er zweckkonform und zweckwidrig erlangte Vermögenswerte demselben Verjährungsregime. Dem steht aber die bundesgerichtliche Rechtsprechung entgegen, wonach die Verjährung von Forderungen aus ungehöriger Vertragserfüllung mit ihrer Fälligkeit, d.h. mit der Vertragsverletzung beginnt (wobei die von diesem Zeitpunkt an zu berechnende Verjährungsfrist des Art. 127 OR unabhängig davon läuft, ob der Gläubiger seine Forderung kennt).²⁷³ Hinzu kommt, dass nach h.L. Ersatzansprüche aus Verletzung einer Unterlassungspflicht gemäss Art. 98 Abs. 2 OR (unter die sich das Verbot der zweckwidrigen Annahme von Drittvergütungen wie gesehen einreicht) mit der Verletzung selber zu laufen beginnen.²⁷⁴ Schliesslich nehmen Beauftragte spätestens seit dem Urteil BGER 4C.125/2002 vom 27. September 2002 zweckwidrige Drittvorteile in *vorsätzlicher*

²⁶⁹ Insofern ist BGE 91 II 260, 262 nicht einschlägig, der den Entschädigungsanspruch des Gemeinwesens gemäss Art. 329 Abs. 3 ZGB als ebenso periodisch fällig betrachtete wie den privatrechtlichen Unterstützungsanspruch des Bedürftigen selbst.

²⁷⁰ Zit. OGer ZH LB0900786 vom 13. Januar 2012 E. III.3.D.2.1; so schon EMMENEGGER, in: EMMENEGGER, 59, 89 ff.

²⁷¹ Vgl. EMMENEGGER, in: EMMENEGGER, 59, 89 f.;

²⁷² OGer ZH LB0900786 vom 13. Januar 2012 E. III.3.D.2.1; EMMENEGGER, in: EMMENEGGER, 59, 88 ff.; HSU, 44.

²⁷³ Vgl. BGE 90 II 428, 440; 53 II 342 f.; 87 II 155 ff.

²⁷⁴ BK-WEBER, Art. 98 OR N 113.

Verletzung der Fremdnützigkeit an.²⁷⁵ Wider besseren Wissens verwalten bzw. verwahren sie diese Werte aber anschliessend sowieso nicht im Sinne des Auftrages, sondern vereinnahmen sie bekanntlich von vornherein für eigene Rechnung, so dass umso weniger einzusehen ist, weshalb die Verjährung dennoch an diese Verwendung anknüpfen bzw. erst mit deren supponiertem Ende zu laufen beginnen sollte.²⁷⁶ Denn der Auftraggeber erscheint nicht schutzbedürftiger als bei anderen Vertragsverletzungsansprüchen auch, so dass das Abweichen von der allgemeinen Regel willkürlich pönalisierend wäre.

Hingegen ist für den *zweckgebundenen Vorteilserwerb* der oben skizzierten Lehre und Rechtsprechung beizutreten: Die betreffenden Werte sind, soweit sie nicht ordnungsgemäss aufgebraucht wurden, gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR herauszugeben, wenn ihre Widmung (spätestens bei Vertragsende) entfällt. Erst ab dann läuft die Verjährung nach Art. 127 oder 128 OR.²⁷⁷

IV. Information

Neben der Pflicht, keine zweckwidrigen Drittvergütungen anzunehmen und dennoch erworbene Werte sowie zweckkonform erlangtes Vermögen herauszugeben, hat die Beauftragte mit Blick auf Drittvergütungen noch eine dritte Primärleistung zu erbringen: Sie muss den Auftraggeber gehörig informieren. Der Umfang sowie die Art und Weise der Information richten sich dabei nach dem Inhalt einerseits und nach dem Adressaten andererseits:

A. Spontan hinsichtlich dispositionsbedürftiger Umstände

Tatsachen, die den angestrebten Vertragszweck in einer dem Auftraggeber bislang nicht bewussten Weise wesentlich beeinflussen, sind ihm von der Beauftragten spontan offenzulegen.²⁷⁸ Wesentlichen Einfluss haben Tatsachen dann, wenn sie vom Auftraggeber einen Entscheid darüber erfordern, ob er Folgedispositionen (z.B. Weisungen, Kündi-

²⁷⁵ Vgl. für Deutschland (dort zur Aufklärungspflicht) BGH XI ZR 308/09 vom 29. Juni 2010: «Vielmehr war für Kreditinstitute bereits auf der Grundlage von zwei Urteilen des Bundesgerichtshofs aus den Jahren 1989 und 1990 eine entsprechende Aufklärungspflicht erkennbar. ...».

²⁷⁶ Für einen Verjährungsbeginn ab Annahme wäre grundsätzlich auch SCHMID, 172 ff. m.w.N. hält dies aber angesichts von BGE 91 II 442 für nicht durchsetzbar. Der genannte Entscheid behandelt indes alleine die Herausgabe von *zweckkonform* erworbenen Werten.

²⁷⁷ BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 141 ff, 159. Entgegen a.a.O. N 160 sind darum Ertragswerte nur sofort herauszugeben, wenn sie nicht als Instrumentalwerte (FN 8) weiterverwendet werden.

²⁷⁸ SPR-HOFSTETTER, 115 spricht in diesen Fällen von einer «Benachrichtigungspflicht».

gung, Ablieferungsbegehren, Schadenersatzforderungen) treffen will oder nicht.²⁷⁹ In solchen Fällen darf die Beauftragte nicht etwa eine entsprechende Nachfrage abwarten, sondern hat ihren Auftraggeber schon gestützt auf die Treuepflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR *spontan* über die dispositionsbedürftigen Umstände zu benachrichtigen und aufzuklären.²⁸⁰ Ob sich diese Pflicht überdies auch direkt aus Art. 400 OR ergibt,²⁸¹ ist insofern ohne praktische Relevanz.

In seinen jüngsten Urteilen hat sich das Bundesgericht jenem Teil der Lehre angeschlossen, der auch Drittvergütungen mit innerem Zusammenhang zu einem Auftrag zu jenen Gegenständen zählt, über welche die Beauftragte von sich aus zu informieren hat²⁸² – und zwar schon im Rahmen ihrer vorvertraglichen Aufklärungspflichten.²⁸³ Dies ist richtig nicht nur «angesichts der damit verbundenen Gefahr von Interessenkonflikten»²⁸⁴ sondern m.E. auch aufgrund der damit regelmässig verbundenen Vermögensschädigung.²⁸⁵ Ein vorgängiger Verzicht auf die Information ist nicht möglich.²⁸⁶ Wie ein Auftraggeber im Einzelfall zu informieren ist, wurde bereits eingehend erläutert²⁸⁷ und gilt hier ebenso. Dreierlei sei aber noch angefügt:

Erstens besteht eine Informationspflicht über Drittvergütungen auch dann, wenn die Beauftragte der Auffassung ist, dass damit wirtschaftliche Eigenleistungen honoriert würden. Denn erst mit entsprechender Kenntnis kann der Auftraggeber beurteilen, ob dem tatsächlich so ist. Freilich geht das Informationsinteresse dem Interesse an der Geheimhaltung potentieller Geschäftsgeheimnisse nicht uneingeschränkt vor.²⁸⁸ Das Gesagte gilt vielmehr nur, soweit die *Berechnungsparameter* von Vermögensdaten des

²⁷⁹ Sinngemäss BK-FELLMANN, Art. 398 OR N 148; BK-GAUTSCHI, Art. 400 OR N 23.

²⁸⁰ BGE 115 II 62, 64 E. 3a und 67 E. 3d; 110 II 360, 372 E. 5a; BK-FELLMANN, Art. 398 OR N 143 ff., 146 und Art. 400 OR N 66.

²⁸¹ BSK OR I-WEBER, Art. 400 OR N 1 ff.; SPR-HOFSTETTER, 115 f.; BK-GAUTSCHI, Art. 400 OR N 23c. Im Ergebnis auch BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 14 m.w.H., soweit er Aspekte anspricht, die den Auftraggeber bewegen, «sich allenfalls veränderten Verhältnissen anpassen zu können».

²⁸² Anders hingegen BGH XI ZR 56/05 vom 3. März 2011 (vgl. insb. E. 2.c.bb.1 zu den Gründen und E. 2.b zur Lehre); III ZR 196/09 vom 15. April 2010, in: BGHZ 185, 185 bei bankexternen Anlageberatern, die kein Direkthonorar beziehen, sondern Drittvergütungen, welche 15% des Anlagekapitals nicht überschreiten: Lege der Dritte in solchen Fällen Abzüge und Kosten, könne der Auftraggeber daraus bereits auf Vergütungen an die Beauftragte schliessen und nachfragen.

²⁸³ BGE 137 III 393, 400 E. 2.5; BRETTON-CHEVALLIER, 95; SCHMID, 136, BORER-BENZ, 151 ff.; BK-FELLMANN, Art. 398 OR N 150 ff.

²⁸⁴ Zit. BGE 137 III 393, 400 E. 2.5.

²⁸⁵ Vgl. II.A.2.

²⁸⁶ BGE 137 III 393, 399 E. 2.4 m.w.N., da er dem voraussetzungslosen Herausgabeverzicht gleichkäme. Ebenso SCHMID, 181; BRETTON-CHEVALLIER, in: FS Jeanneret, 107, 113 FN 20. Für Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 58. A.M. noch Hsu, 28 f.

²⁸⁷ Vgl. II.C.3.b.

²⁸⁸ So aber HGer ZH HG090121-O/U vom 19. Mai 2011 E. 8.2.

Auftraggebers abhängen. Denn in diesem Fall hat es sich die Beauftragte selber zuzuschreiben, wenn sie mit diesem Konnex den Verdacht eines Einmischungszwecks erregt. Gleiches muss gelten, wenn die vergütete Gegenleistung der Beauftragten in eine *Anlage oder Dienstleistung* einfließt, die der Auftraggeber auf ihr Betreiben hin erwirbt. Blicke dem Auftraggeber diese aus Art. 400 Abs. 1 OR fließende Kontrollmöglichkeit versagt, könnte eine Beauftragte ohne jede Gefahr, später überführt zu werden, den Auftraggeber zum Erwerb überteuerter Leistungen bewegen, was nicht nur die Fremdnützigkeit gefährden, sondern den Auftraggeber schon direkt schädigen würde.

Zweitens genügen die Rz. 30 f. des FINMA-RS 09/1 der geltenden Rechtsprechung nicht mehr, soweit sie eine Information nur auf Anfrage vorsehen, nicht nach dem Empfängerhorizont differenzieren und die Beauftragte von ihrer Pflicht dispensieren, wenn sich Drittvergütungen nicht «mit vernünftigem Aufwand eindeutig individuell [d.h. einem Auftraggeber] zuordnen lassen». Einen solchen Dispens sehen die Präjudizien indessen nicht vor. Der Aufwand beruht zudem auf einer von der Beauftragten selbst zu verantwortenden Vergütungsstruktur, von der sie profitiert hat und deren negative Folgen sie daher ebenso zu tragen hat und nicht nachträglich gegen die Auskunftspflicht vorbringen darf.

Drittens bestehen Hinweise, dass das Bundesgericht gewillt ist, künftig Beauftragte nicht mehr nur zu verpflichten, über *empfangene* Drittvergütungen zu informieren, sondern die Informationspflicht auch zu bejahen, wenn derartige Vergütungen *ausgerichtet* werden, etwa durch eine Depotbank. Denn jüngst erwähnte das Bundesgericht in einem *obiter dictum* nicht nur die befürwortenden Schweizer Autorinnen und Autoren, sondern auch die entsprechende Praxis in Deutschland,²⁸⁹ denen es – ohne eigene Stellungnahme – nur eine hiesige Gegenansicht gegenüberstellte.²⁹⁰

B. Beantwortend hinsichtlich bedeutender Umstände

Vollständige Kenntnis (die über potentiell dispositionsbedürftige Umstände weit hinausreichen kann) bedarf der Auftraggeber ausserdem zur Kontrolle der für seine Rechnung getätigten Rechts- und Tathandlungen und damit letztlich der Beauftragten selbst.²⁹¹ Aus diesem Grund hat der Auftraggeber gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR das Recht auf Rechenschaft «über alles..., was für ihn von Bedeutung sein kann»²⁹², wobei diese Infor-

²⁸⁹ BGH XI ZR 349/99 vom 19. Dezember 2000, in: BGHZ 146, 235, 238 ff. E. 2.

²⁹⁰ Vgl. BGE 137 III 393, 402 E. 2.6 m.w.N.

²⁹¹ BGE 110 II 182; BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 14; SPR-HOFSTETTER, 115 f.

²⁹² Zit. BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 19, vgl. auch N 13 ff., 53. Die Rechnungslegung, d.h. die mit Einnahmen und Ausgaben verbundenen Auskünfte, bildet zwar einen wesentlichen Teil dieser Information, reicht darüber aber doch hinaus: BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 47 ff.

mation vollständig, hinreichend ausführlich, verständlich, nachprüfbar und wahrheitsgetreu zu erteilen ist, selbst wenn sich die Beauftragte dadurch selbst belastet.²⁹³ Sie ist ausserdem vorleistungspflichtig, kann also Honorierung und Befreiung i.S.v. Art. 400 und 402 OR erst verlangen, wenn sie ihrer Informationspflicht vollständig nachgekommen ist.²⁹⁴

An Grenzen stösst die Rechenschaft erst dann, wenn sie unzumutbar wäre und damit Rechtsmissbrauch betrieben würde²⁹⁵ oder wenn sie sich als unnützlich erweise, weil der Auftraggeber die betreffenden Informationen schon erhalten hat²⁹⁶ oder wenn sie für eine Beauftragte unzumutbar wäre,²⁹⁷ wobei hier der soeben gemachte Vorbehalt nicht minder gilt: Hat die Beauftragte den mit der Information verbundenen Arbeitsaufwand selber zu verantworten, versagt ein entsprechender Einwand.

Allerdings ist eine laufende Kontrolle und damit ein sofortiger Rapport über jeden neuen Geschäftsaspekt schon angesichts der zuvor erwähnten Pflicht zur Spontaninformation bei redlichen Parteien (von denen auszugehen ist) nicht erforderlich. Daher ist es nur sachgerecht, dass nach Art. 400 Abs. 1 OR die Rechenschaft erst *auf Verlangen* hin fällig wird, wobei das entsprechende Begehren gemäss Normtext *jederzeit* gestellt werden darf. Bei Geschäftsbeendigung ist ein solches Verlangen zudem jedenfalls mit Blick auf die Rechnungslegung, d.h. Einnahmen und Ausgaben betreffend, als konkludent ergangen zu unterstellen.²⁹⁸

Darüber hinaus können selbstverständlich weitere Auskunftspflichten, insb. aus Erbrecht, gemäss Art. 8 DSG²⁹⁹ oder Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO³⁰⁰ und StPO bestehen,³⁰¹ die hier indessen nicht näher thematisiert werden können.

²⁹³ BGE 4A_688/2011 vom 17. April 2012 E. 6.4.; BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 20, 27 ff. und 85 m.w.N.; SPR-HOFSTETTER 116 f. und FN 135 m.w.N.

²⁹⁴ BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 60 ff. m.w.N.

²⁹⁵ BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 80.

²⁹⁶ Gegenüber Erben ist diese Schranke m.E. indes erst im Missbrauchsfalle anzuwenden, liegt es doch «gerade in der Natur der Sache, dass es im Zusammenhang mit dem Erbgang zu Wissensdefiziten und zum Verlust von Belegen über die entsprechenden Vorgänge kommen kann», zit. BGE 133 III 664, 668 E. 2.6.

²⁹⁷ Vgl. die Beispiele bei BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 79, 81, 86 f.

²⁹⁸ BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 67.

²⁹⁹ Dazu jüngst BGE 4A_688/2011 vom 17. April 2012 in Bestätigung von ZH OGer LB100078-O/U vom 1. Oktober 2011; SCHOCH/WIGET, AJP 2010, 999, *passim*.

³⁰⁰ Auch zum Zwecke der Prozesschancen-Einschätzung; dazu LIVSCHITZ/SCHMID, AJP 2011, 739, 742. Vgl. explizit Bot. ZPO, BBl. 2006, 7221, 7315. Eingehend zur Thematik WALDMANN YVES, Informationsbeschaffung durch Zivilprozess, Basel 2009, 59 ff., 141 und *passim* (indes noch zur Rechtslage vor der neuen ZPO).

³⁰¹ Eingehend LIVSCHITZ/SCHMID, AJP 2011, 739, 744 ff.

V. Beseitigungs- und Ersatzanspruch

Wie eingangs bereits erwähnt, klagen Auftraggeber in der Schweiz bis heute vornehmlich auf Information über und Herausgabe von Drittvergütungen. Keine Urteile sind hingegen soweit ersichtlich bislang ergangen zur Frage, welche Sekundäransprüche aus der Verletzung der primär geschuldeten Annahmeverweigerung, Herausgabe und Information mit Blick auf Drittvergütungen entstanden sind. Alle drei Varianten werden im Folgenden kurz erläutert:

A. Wegen Verletzung des Annahmeverbots

Wie mit Blick auf das Annahmeverbot eingehend dargelegt wurde, erweist sich dessen Missachtung u.a. als vertragszweck- und damit treuwidrig, weil dem Auftraggeber durch diese Vertragsverletzung kausal jedenfalls *nutzloser Aufwand in der Höhe der Drittvergütung* verursacht wird.³⁰² Wenigstens diesen Schaden verschuldet eine Beauftragte spätestens seit BGer 4C.125/2002 vom 27. September 2002 mindestens eventualvorsätzlich, wenn sie Drittvergütungen entgegennimmt, ohne sie sogleich an den Auftraggeber weiterzureichen, da schon das genannte Präjudiz klargestellt hat, dass Drittvergütungen dem Auftraggeber zustehen. Entsprechend haftet sie aus Art. 398 Abs. 2 und 98 Abs. 2 i.V.m. 97 ff. OR³⁰³ für diesen Preisnachteil gemäss Art. 127 und 130 Abs. 1 OR während zehn Jahren ab Fälligkeit des Anspruchs, d.h. ab Begehung der Vertragsverletzung (während die Kenntnis des Auftraggebers hinsichtlich des Schadens und der Person der Ersatzpflichtigen keine Rolle spielt).³⁰⁴

Darüber hinaus kann dem Auftraggeber wie gesehen durch die zweckwidrige Annahme von Drittvergütungen kausal zuweilen *zusätzlicher Anlagenschaden* entstehen.³⁰⁵ Anders als bei Delikten ist das Verschulden bei solchen Vertragsverletzungen zu vermuten (Art. 99 OR). Dabei scheidet eine Exkulpation i.S.v. Art. 97 OR bereits, wenn die konkrete Gefahr der Schädigung für die Beauftragte lediglich voraussehbar gewesen ist.³⁰⁶ In diesem Fall schuldet die Beauftragte dem Auftraggeber jedenfalls im Rahmen eines Vermögensverwaltungsmandates das Erfüllungsinteresse: Sie hat ihn gemäss der Ver-

³⁰² Vgl. II.A.2.a.

³⁰³ BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 181 ff.; BK-WEBER, Art. 98 OR N 114 ff.: Die Formel «schon bei blossem Zuwiderhandeln» besagt nur, dass für die Fälligkeit des Ersatzanspruchs keine Vorkehrungen des Gläubigers (Mahnung etc.) nötig sind.

³⁰⁴ Vgl. nur HOFSTETTER, 147 m.w.N. auch zur Kontroverse in der Lehre.

³⁰⁵ Vgl. II.A.2.b.

³⁰⁶ Vgl. schon 99 II 176, 180 E. 1; 90 II 9, 12 E. 4, in: Pra 53 (1964) 155. Zum Verschulden bei Anlagenschäden, insb. bei Prospekthaftung, WEBER in: EMMENEGGER, 129, 150 m.w.N.

gleichshypothese³⁰⁷ in jenen Vermögensstand zu versetzen, den eine treue, sorgfältige und durchschnittlich erfolgreiche Beauftragte während der gleichen Periode erwirtschaftet hätte.³⁰⁸ Demgegenüber war in der Anlageberatung früher die gesamte Einbusse zu erstatten, die eine nach falscher Beratung getätigte Transaktion verursacht hatte.³⁰⁹ Inzwischen wurde die Vergleichshypothese allerdings auch in der Anlageberatung soweit ersichtlich erstmals angewandt.³¹⁰

B. Wegen Verletzung der Herausgabepflicht

Wird demgegenüber die Herausgabepflicht verletzt, besteht der Primäranspruch grundsätzlich fort, so dass sich eine Klage auf Schadenersatz in aller Regel erübrigt. Art. 402 Abs. 2 OR hält hier ausserdem eine *lex specialis* zu Art. 102 OR bereit.³¹¹ Etwas anderes gilt nur bei untergegangenen Stückschulden einerseits sowie andererseits, soweit der Auftraggeber seine Rechte aus dem eingetretenen Verzug wahrnimmt, insbesondere wenn er seine Wahl gemäss Art. 107 OR trifft und den Vertrag wandelt,³¹² etwa um eine Verrechnungsmöglichkeit zu erhalten.

C. Wegen Verletzung der Informationspflicht

Schliesslich bleibt zu prüfen, inwiefern eine Beauftragte schadenersatzpflichtig werden kann, weil sie den Auftraggeber nicht gehörig über bezahlte oder erhaltene Drittvergütungen informiert hat. In *Deutschland* erfolgt die Sanktionierung unerwünschter Drittvergütungsströme im Rahmen der diskretionären *Vermögensverwaltung* seit über zehn Jahren vornehmlich auf diesem Wege.³¹³ Dabei wird argumentiert, dass solche Leistungen, soweit sie verdeckt vereinbart werden, eine schwer wiegende Treuwidrigkeit der Empfängerin darstellten, die ihre Vertrauenswürdigkeit derart zerstörten, dass damit die Grundlage für das Verwaltungsgeschäft entfalle.³¹⁴ Es wird dem Auftraggeber also unterstellt, dass er bei voller Kenntnis auf die Dienste der Beauftragten und damit auch auf

³⁰⁷ Vgl. BGer 4C.158/2006 vom 10. November 2006, E. 4.4.3.

³⁰⁸ Seit BGer 4C.18/2004 vom 3. Dezember 2004 E. 2, in: Pra 2005 Nr. 73 S. 566. Ebenso BGer 4C.295/2006 vom 30. November 2006 E. 5.2.2; 4A_351/2007 vom 15. Januar 2008 E. 3.2.2. Nur die Einzelpositionen nennt etwa WEBER in: EMMENEGGER, 129, 141 ff. m.w.N.

³⁰⁹ BGer 4C.295/2006 vom 30. November 2006 E. 5.2.2; BGE 131 III 377, in: Pra 2006 216.

³¹⁰ BGer 4A_74/2008 vom 13. Juni 2008 E. 5.1: Zu erstatten war *in casu* die Differenz zu einem hypothetischen Durchschnittsportefeuille, das aufgrund einer Privatexpertise ermittelt worden war.

³¹¹ Vgl. etwa SPR-HOFSTETTER, 121 f.

³¹² Eingehend dazu ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, Die Gewähr, Bern 2007, Rz. 454 ff., 485 ff.

³¹³ BGH XI ZR 349/99 vom 19. Dezember 2000, in: BGHZ 146, 235, 239.

³¹⁴ Statt vieler SETHE in: FS Nobbe, 769, 778 f. m.w.N.

die von ihr für seine Rechnung getätigten Geschäfte verzichtet hätte. Folglich kann der Auftraggeber Ersatz in der Höhe des negativen Interesses verlangen – und zwar nicht nur von seiner Vermögensverwalterin, sondern alternativ auch von seiner Depotbank, weil diese durch ihr Schweigen die Möglichkeit einer solchen Schädigung in Kauf genommen habe.³¹⁵ Im Ergebnis wird durch diese Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens³¹⁶ und die damit verbundene Umkehr der Beweislast³¹⁷ das Geschäftsrisiko drittvergütungsrelevanter Transaktionen vom Anleger auf die Parteien der Drittvergütungsabrede überwältigt. Diese Grundsätze gelten inzwischen auch bei der *Anlageberatung*,³¹⁸ sogar wenn die Bankberatung explizit auf haus- und konzerneigene Produkte beschränkt bleibt.³¹⁹ Ausgenommen sind hingegen in der Regel bankexterne Berater,³²⁰ gewisse in Fondsprospekten angedeutete Drittvergütungen³²¹ und generell Festpreisgeschäfte.³²²

In der *Schweiz* ist soweit ersichtlich noch keine Beauftragte wegen unterlassener Information über Drittvergütungen gestützt auf Art. 398 Abs. 2 und 400 i.V.m. Art. 97 ff. OR zu Schadenersatz verurteilt worden.³²³ Da hierzulande Urteile zu allfälligen Sekundäransprüchen noch generell fehlen, besteht die Möglichkeit, dass unsere Gerichte in Zukunft Ersatzpflichten gegebenenfalls von vornherein wie oben beschrieben aus der Verletzung des Annahmeverbotes herleiten werden,³²⁴ statt wie die deutschen Gerichte den Umweg über den Ersatz aus Informationspflichtverletzung zu beschreiten. Im nun folgenden Fazit wird dargelegt, warum dies zu begrüssen wäre.

³¹⁵ SETHE in: FS Nobbe, 769, 779 f. m.w.N.

³¹⁶ Vgl. nur BGH XI ZR 586/07 vom 12. Mai 2009.

³¹⁷ Vgl. nur BGH XI ZR 191/10 vom 9. März 2011 Rz. 33 ff. m.w.N.: Die Vermutung kann widerlegt werden, wenn ein aufgeklärter Anleger aufgrund von mindestens zwei Handlungsoptionen in einen Entscheidungskonflikt käme. Die Geringfügigkeit einer Rückvergütung bleibt dabei laut Gericht aber ohne Einfluss.

³¹⁸ BGH XI ZR 56/05 vom 19. Dezember 2006, in: BGHZ 170, 226: Haftung der Bank wegen Empfehlung von Aktienfondsanteilen am Bankschalter ohne Hinweis auf Rückvergütungen, die der Bank von der Kapitalanlagegesellschaft für diese Vermittlung erhält. Das gilt auch für Anlagen, die nicht dem WpHG unterfallen: BGH XI ZR 510/07 vom 20. Januar 2009.

³¹⁹ BGH ZR XI 191/10 vom 9. März, 19. Juli und 24. August 2011; BVerfG 1 BvR 2514/11 vom 8. Dezember 2011.

³²⁰ Vgl. FN 282.

³²¹ BGH XI ZR 330/08 vom 27. Oktober 2009: Nennt der Prospekt die Kosten für Fremd- und Eigenkapitalbeschaffung sowie für die Platzierungsgarantie nach Inhalt und Höhe korrekt, fließen daraus alimentierte Rückvergütungen an die beratende Bank nicht verdeckt (*implicite*: sondern können vom Anleger aus den Kostenhinweisen gefolgert werden).

³²² BGH ZR XI 178/10 vom 27. November 2011; a.M. SETHE in: FS Nobbe, 769, 785 f.

³²³ Anspruch auf positives Interesse bejaht etwa RUSCH, WM 2012, 440, 441 f. (der angesichts der Schadensumschreibung aber wohl das negative Interesse meint).

³²⁴ Vgl. oben V.A.

D. Fazit

Für den Schadenersatzanspruch wegen Verletzung des Annahmeverbots ist der Zusammenhang zwischen einer pflichtwidrig *vorgenommenen* Handlung und dem eingetretenen Schaden zu belegen. Wird dabei auf der Tatbestandsebene die Anreizwirkung einer Drittvergütung bejaht, gilt als erstellt, dass eine Beauftragte eine Handlung so nicht vorgenommen hätte, wenn ihr nicht von dritter Seite ein Vorteil für ebendiese Handlung zugeflossen wäre. Konsequenterweise kann auf der Rechtsfolgeebene die Kausalität zwischen der zweckwidrigen Annahme und dem Schaden nur noch widerlegt werden, wenn selbst mit strategiekonformen und – vor allem – anreizärmeren oder -freien Anlagen kein besserer Vermögensstatus erzielt worden wäre, so dass auch eine gehörige Vermögensverwaltung, Anlageberatung oder Transaktionsabwicklung den Schaden nicht verhindert hätte.³²⁵ Der fragliche Nachweis knüpft an objektive Faktoren, die in der Regel direkt belegt werden können. Gerade einer kundigen Finanzintermediärin ist er durchaus zuzumuten.

Anders bei Schadenersatz wegen Informationspflichtverletzungen: Hier wird vermutet, dass ein informierter Anleger von drittvergütungsauslösenden Dispositionen absehen würde. In Frage steht also der Zusammenhang zwischen einem Schaden und einer pflichtwidrig *unterlassenen* Handlung. In Deutschland ist die entsprechende tatsächliche Vermutung wie gesehen nur durch den sog. Beweis des Gegenteils zu entkräften, nämlich durch den Nachweis, dass ein Anleger auch bei vollständiger Information nicht anders disponiert hätte. Die Beweisführung über derartige innere Tatsachen basiert in aller Regel alleine auf Indizien und stellt regelmässig eine kaum überwindbare Hürde dar. Es ist augenscheinlich, dass der Bundesgerichtshof mit der Vermutung des aufklärungsrichtigen Verhaltens den Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden auch aus ordnungspolitischen Motiven möglichst weit angelegt hat. Der damit verfolgte Zweck, den Systemwechsel von der Indirektvergütung zur reinen Direktbonorierung zu fördern,³²⁶ ist zwar durchaus zu begrüßen. Er heiligt aber nicht das gewählte Mittel. Denn eine Justiz, die quasikategorische Regelsätze aufstellt, ohne deren Richtigkeit oder Wahrscheinlichkeit wenigstens zu plausibilisieren, überschreitet m.E. die Grenzen der Gewaltenteilung.

In der Schweiz wäre demgegenüber getreu der bundesgerichtlichen Praxis der hypothetische Kausalverlauf zu prüfen:³²⁷ Das entsprechende Fazit kann entweder auf dem Wege

³²⁵ Zur weiteren Haftungsbeschränkung über den Schutzzweck der Norm vgl. schon oben II.A.2.b.

³²⁶ Offenbar mit ersten Erfolgen: SETHE in: FS Nobbe, 769, 780, wonach heute die meisten Depotbanken keine Drittvergütungen mehr mit unabhängigen Vermögensverwaltern verabreden.

³²⁷ Vgl. nur BGER 4A_424/2007 vom 21. Dezember 2007 E. 2.2; RUSCH, WM 2012, 440, 442 f.

der Beweiswürdigung aus konkreten Anhaltspunkten gezogen werden (Tatfrage),³²⁸ oder auf allgemeiner Lebenserfahrung beruhen (Rechtsfrage).³²⁹ Wird die zweite Variante gewählt, um das hypothetische Verhalten eines korrekt informierten Anlegers zu ermitteln, gilt die oben geäußerte Kritik nicht minder: Die Gerichte geben sich bis heute nicht genügend (sichtbare) Rechenschaft über die Grundlagen ihrer angeblichen Lebenserfahrung zum Verhalten der Anleger. Geprägt scheint sie von der Vorstellung des nutzenmaximierenden Individuums (*homo oeconomicus*), die mutmasslich unbewusst abgeleitet wird aus der Hypothese der effizienten Märkte, die lange unangefochten vorherrschte. Beide wurden sie spätestens durch die jüngste Finanzkrise nachhaltig erschüttert. Längst forschen aber Verhaltensökonomien im Rahmen der sog. *behavioral finance* nach tragfähigeren Modellen.³³⁰ Solange deren Resultate nicht in die «allgemeine Lebenserfahrung» einfließen, darf daher jedenfalls im Anlagebereich der hypothetische Kausalverlauf m.E. höchstens noch aus Indizien hergeleitet werden. Den Vorzug verdient aber wie gesehen sowieso der Anspruch auf Schadenersatz wegen Verletzung des Annahmeverbots, da er ohne hypothetischen Kausalverlauf auskommt.

VI. Zusammenfassung

Damit schliesst dieser «Leitfaden» über Drittvergütungen im Finanzanlagegeschäft. Anders als die gängige Lehre und Praxis setzt er nicht erst bei Information und Herausgabe an, sondern bereits bei der Annahme. Denn schon in diesem Stadium entscheidet sich, welche Vergütungen Dritter gegenüber einer Beauftragten als «legitim» im Lichte der von ihr geschuldeten Interessenwahrung zu qualifizieren sind und welche nicht. So

³²⁸ So etwa in BGE 132 III 715, 722 ff. E. 2.4 und 3.3.1: Prospekt nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit kausal für Kaufentscheid, weil Beweiswürdigung ergibt, dass weitere Faktoren (Kursentwicklung, Markteuphorie) ebenfalls Einfluss gehabt haben.

³²⁹ So etwa in BGE 124 III 155, 165 f. E. 3d (Verlustrisiken bei Terminoptionen nicht offengelegt); BGer 4C.68/2007 vom 13. Juni 2008 (Risiko einer kreditfinanzierten Aktienstrategie auf die Sicherung von Pension und Lebenshaltung im Ruhestand).

³³⁰ Eine treffliche Übersicht findet sich bei VON AAKEN ANNE, Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr: Das Prinzip des schonendsten Paternalismus, in: ANDERHEIDEN MICHAEL et al. (Hrsg.), Paternalismus und Recht: In memoriam Angela Augustin (1968–2004), Tübingen 2006, 109. Konkret etwa zu heuristischen Ansätzen GIGERENZER GERD, Bauchentscheidungen, München 2007; zu Neigungen (Trend zum Bekannten, übermässiges Vertrauen, Dispositionseffekt etc. zur Erklärung irrationaler Klumpenrisiken, Umschichtungsexzesse, verfrühter Gewinnrealisierung bzw. verspäteter Verlustbegrenzung) BARBERIS NICHOLAS/THALER RICHARD H., A Survey of Behavioral Finance, in: CONSTANTINIDES GEORGE M./HARRIS MILTON/STULZ RENÉ M. (Hrsg.), Handbook of the Economics of Finance, Financial Markets and Asset Pricing, Amsterdam 2004, 1053–1128, *passim* und insb. 1101 ff.; zu sozialen Präferenzen (Fairness, Vertrauen u.ä.) etwa FALK ARMIN/FEHR ERNST/FISCHBACHER URS, Testing Theories of Fairness – Intentions Matter, in: Games and Economic Behavior 62, 1/2008, 287–303.

gesehen erweist sich die Auslegung von Art. 400 Abs. 1 OR nur mehr als Reflex einer unter Art. 394 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR längst erfolgten Differenzierung. Deren Ergebnisse lassen sich in vier Themenblöcke fassen:

(i) *Annahme*: Aufgrund ihrer Treuepflicht darf eine Beauftragte von Dritten nur Vergütungen einheimsen, die zweckkonform oder zweckneutral sind, weil sie den angestrebten Vertragserfolg fördern oder gar nicht beeinflussen und die Integrität des Auftraggebers, d.h. seine bestehende Rechtssphäre, höchstens positiv tangieren. Zweckwidrig und verboten ist die Annahme von Drittvergütungen hingegen in zwei Fällen: erstens, soweit sie die Fremdnützigkeit des Auftrags gefährdet. Das ist anzunehmen, wenn die Drittvergütung der Empfängerin einen Vorteil einträgt für eine Handlung, die in ihrem Ermessen liegt (wobei *chinese walls* und Konzernstrukturen keine Einschränkung zeitigen), zugleich die Vermögenssphäre ihres Auftraggebers beeinflusst und keine eigenwirtschaftliche Leistung darstellt. Zweckwidrig ist die Annahme zweitens, soweit sie den Auftraggeber schädigt. Das trifft zu, wenn ihm die Kosten für die Drittvergütung gegenleistungslos überwälzt werden und/oder wenn ihm weiterer Anlageschaden erwächst, weil seine Beauftragte – beeinflusst durch die Drittvergütung – ihre Finanzdienste schlecht erfüllt hat. Freilich kann der informierte Auftraggeber auf seinen Unterlassungsanspruch verzichten und die betreffenden Vermögenswerte dadurch zu (zweckneutralem) Honorar umwidmen.

(ii) *Herausgabe*: Die zuvor entwickelte Unterscheidung der Drittvergütungen nach ihrer Wirkung auf den Auftragszweck ist auch hier massgebend: Definitiv behalten darf die Beauftragte alleine die zweckneutralen Drittvergütungen. Zweckkonform Erlangtes hält sie nur treuhänderisch. Zweckwidrig vereinnahmte Drittvergütungen hat sie (entsprechend verjährungsauslösend) sofort herauszugeben: gestützt auf Art. 400 OR, der durch Rechtsprechung *extra legem* zu einem vertraglichen Gewinnabschöpfungsanspruch auf Primärleistungsebene ausgeweitet worden ist. Die Frage, ob ein Vorteil «in Verrichtung» oder nur «bei Gelegenheit» der vertraglich geschuldeten Dienste erworben sei, wird bei dieser Betrachtungsweise obsolet.

(iii) *Information*: Die Beauftragte hat spontan über sämtliche dispositionsbedürftigen Umstände zu informieren, mithin auch über Drittvergütungen. Zu den übrigen bedeutenden Umständen hat sie hingegen nur auf Anfrage hin derart Rechenschaft abzulegen, dass der Auftraggeber kontrollieren kann, ob seine Interessen gewahrt wurden.

(iv) *Ersatz*: Verletzt die Beauftragte eine der drei vorstehenden Primärpflichten schuldhaft, wird sie für daraus kausal erwachsenen Schaden ersatzpflichtig. So schuldet sie bei Verletzung des Annahmeverbots den dadurch verursachten Preisnachteil oder weiteren Anlageschaden, bei Verletzung der Herausgabepflicht u.U. Wertersatz und bei Verletzung der Informationspflicht allenfalls das negative Interesse jener Transaktionen, von denen der aufgeklärte Auftraggeber abgesehen hätte. Gerade der Kausalitätsnachweis

ist in der Praxis kaum je direkt zu erbringen. Abhilfe schafft bei Annahmeverbotsverletzungen ein Anscheinsbeweis, bei Informationspflichtsverletzungen dagegen der sog. hypothetische Kausalverlauf. Freilich sollte Letzterer jedenfalls nicht alleine auf eine «allgemeine Lebenserfahrung» abgestützt werden, solange diese die Erkenntnisse der Verhaltensökonomik nicht reflektiert.

Dieser Wunsch leitet über zum Schlussgedanken: Zweckwidrige Drittvergütungen an eine Beauftragte vergrössern das Anlagerisiko des Auftraggebers stets mindestens potentiell. Information und Genehmigung vermögen daran wenig zu ändern. Sie verringern bloss den Radius der fortan geschuldeten Interessenwahrung. Gültig ist diese Umwidmung zu einem Honorarbestandteil freilich nur, wenn der Auftraggeber sie im vollen Bewusstsein um die quantitativen und qualitativen Folgen des so «genehmigten» zusätzlichen Anlagerisikos ausspricht. Die Beobachtungen der *behavioral finance* lassen indes wenig Hoffnung, dass ein Durchschnittsanleger dazu überhaupt in der Lage ist.

Literaturverzeichnis

- ABEGGLEN SANDRO, Retrozession ist nicht gleich Retrozession, in: SZW 2007, 122
- ABEGGLEN SANDRO, Der Verzicht auf Ablieferung von Retrozessionen – Einordnung und Anforderungen, in: recht 2007, 190
- ABEGGLEN SANDRO, Der Bankkonzern in der Schnittmenge von Privat- und Aufsichtsrecht – zugleich zur Rechenschafts- und Ablieferungspflicht bei bankkonzerninternen Vergütungen, in: KUNZ PETER V./HERREN DOROTHEA/COTTIER THOMAS/MATTEOTTI RENÉ (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, 657
- AEPPLI FABIEN, Retrocessions and other Finder's Fees in the Asset Management and Investment Funds' Fields, Basel 2008
- ASSMANN HEINZ-DIETER/SCHÜTZE ROLF A. (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl., München 2007
- BAERLOCHER RENÉ JACQUES, Der Hinterlegungsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, besondere Vertragsverhältnisse, Basel etc. 1977, 649
- BECKER HERMANN, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184–551 OR, Bern 1934
- BERGER-STEINER ISABELLE, Das Beweismass im Privatrecht, Bern 2007
- BERTSCHINGER URS, Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung und Verwaltungsaufträgen, Zürich 1991
- BORER-BENZ BELLINA, Die Herausgabepflicht des Beauftragten gemäss Art. 400 Abs. 1 OR, St. Gallen 2006
- BRECHBÜHL JÜRG, Änderung des BVG über die Strukturreform in der beruflichen Vorsorge – Hohe Ziele und offene Fragen, in: SZS 2012, 101
- BRETTON-CHEVALLIER CLAUDE, Le gérant de fortune indépendant, Zürich etc., 2002

- BRETTON-CHEVALLIER CLAUDE, Les clauses de confidentialité dans les accords de collaboration, in: BÉNÉDICT FOËX/LAURENT HIRSCH (Hrsg.), *Transparence et secret dans l'ordre juridique, liber amicorum pour Me Vincent Jeanneret*, Genf 2010, 107
- BUCHER EUGEN, *Obligationenrecht Besonderer Teil*, 3. Aufl., Bern 1988
- BÜHRER CHRISTIAN, *Unabhängige Vermögensverwalter in der Schweiz*, Bern 2006
- CANARIS WILHELM, *Bankvertragsrecht*, 4. Aufl., Berlin/New York 2005
- CERUTTI ROMEO, *Rechtliche Aspekte der Vermögensverwaltung im Schweizer Universalbankensystem*, ZSR 2008, 69
- CHAMMARTIN CATHERINE/VON DER CRONE HANS CASPAR, *Kausalität in der Prospekthaftung*, in: SZW 2006, 452
- CONTRATTO FRANCA/ERIKSSON HEIDI ERIKA, *Offenlegung von Vertriebsentschädigungen in der EU*, in: GesKR 2009, 300
- DE BOTH JEAN-YVES, *La saga des rétrocessions*, in: BÉNÉDICT FOËX/LAURENT HIRSCH (Hrsg.), *Transparence et secret dans l'ordre juridique, liber amicorum pour Me Vincent Jeanneret*, Genf 2010, 119
- DE CAPITANI WERNER, *Retrozessionen an externe Vermögensverwalter*, in: CLAUDE-ALAIN MARGELISCH (Hrsg.), *Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht, Festgabe für Jean-Paul Chapuis*, Zürich 1998, 25
- ELLENBERGER JÜRGEN, *Prospekthaftung im Wertpapierhandel*, Berlin 2001
- EMCH URS/RENZ HUGO/ARPAGAU RETO (Hrsg.), *Das Schweizerische Bankgeschäft*, 7. Aufl., Zürich 2011
- EMMENEGGER SUSAN, *Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, in: *Anlagerecht*, EMMENEGGER SUSAN (Hrsg.), Basel 2007, 59
- EMMENEGGER SUSAN/SCHMID FABIAN, *Die Herausgabepflicht des Beauftragten*, in: GAUCH PETER/WERRO FRANZ/PICHONNAZ PASCAL, *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genf/Zürich/ Basel 2008, 215
- ENGLER MARC, *Retrozessionen aus strafrechtlicher Perspektive*, in: *Der Schweizer Treuhänder 2010*, 137
- FELLMANN WALTER, *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der einfache Auftrag Art. 394–406 OR*, Bern 1992.
- GAUTSCHI GEORG, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der einfache Auftrag Art. 394–406 OR*, Bern 1971
- GEHRIG MATTHIAS/GARDIOL LUCIEN, *Regulierungsfolgenabschätzung zur Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes, Schlussbericht im Auftrag der Staatssekretariate für internationale Finanzfragen SIF und für Wirtschaft SECO*, Bern, 14. Oktober 2010 <www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/02181/index.html?lang=de>
- GUGGENHEIM DANIEL, *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, 4. Aufl., Genf 2000
- GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN NICOLAS, *Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 9. Aufl., Zürich 2000 (zit. als GUHL/AUTOR)
- GUTZWILLER PETER CHRISTOPH, *Rechtsfragen der Vermögensverwaltung*, Zürich 2008
- HADDING WALTHER, *Sind Vertriebsvergütungen von Emittenten an Kreditinstitute geschäftsbesorgungsrrechtlich an den Kunden herauszugeben?* In: ZIP 2008, 529
- HIRZEL OSKAR, *Das Schmiergelderunwesen und die Rechtsbehelfe der davon Beeinträchtigten nach schweizerischem Recht*, Zürich 1930

- HOFSTETTER JOSEF, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2000
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2005 (zit. als HONSELL, Rz.)
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), 5. Aufl., Basel 2012
- HOPT KLAUS JÜRGEN, Rechtsprobleme der Anlageberatung und der Vermögensverwaltung der Schweizer Banken, in: RUDOLF VON GRAFFENRIED (Hrsg.), Bern 1987, 135
- HSU PETER CHRISTIAN, Retrozessionen, Provisionen und Finder's Fees, ZSR-Beiheft 45, Basel 2006
- ISELI THOMAS/WEBER ROLF H., Vertriebsträger im Finanzmarktrecht, Zürich 2008
- KOLLER INGO, Handelsgesetzbuch Grosskommentar § 383–424, 4. Aufl., Berlin 2004
- LANGE HERMANN/SCHIEHMANN GOTTFRIED, Schadensersatz – Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, 3. Aufl., 2003 Tübingen
- LENOIR FRÉDÉRIC H., Prospekthaftung im Zusammenhang mit Going Publics [sic], Zürich 2004
- LIVSCHITZ MARK/SCHMID OLIVER, Sie wollen klagen – Ihr Gegner hat die Beweise, in: AJP 2011, 739
- LOMBARDINI CARLO, Responsabilité de la banque dans le domaine de la gestion de fortune – état de la jurisprudence et questions ouvertes, in: SJ II 2008, 415
- LOMBARDINI CARLO/MACALUSO ALAIN, Rétrocessions et rétributions dans le domaine bancaire: une nécessaire mise en perspective, in: AJP 2008, 180
- LUCHSINGER GÄHWILER CATRINA, Der Vertrieb von Fondsanteilen, Zürich 2004
- MARKOWITZ HARRY, Portfolio Selection, in: The Journal of Finance, Vol. 7, Nr. 1, März 1952, 77
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/VON DER CRONE HANS CASPAR, Wertpapierrecht, 2. Aufl., Bern 2000
- NÄNNI MATTHIAS, VON DER CRONE HANS CASPAR, Rückvergütungen im Recht der unabhängigen Vermögensverwaltung, SZW 2006, 377
- NOBEL PETER/STIRNIMANN ISABEL, Zur Behandlung von Entschädigungen im Vertrieb von Anlagefonds und strukturierten Produkten durch Banken, SZW 2007, 343
- OSER HUGO, [Zürcher] Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht Art. 1–529, Zürich 1915
- OSER HUGO/SCHÖNENBERGER WILHELM, [Zürcher] Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Besonderer Teil Art. 184–418 OR, 2. Aufl., Zürich 1936
- PREISIG, RAPHAEL URS, Der Vertrieb von Anlagefonds durch Banken – Eine Untersuchung von Vertriebsentschädigungen unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Retrozessionen, Zürich 2011
- ROBERTO VITO, Die auftragsrechtliche Herausgabepflicht des «Erlangten», in: ZSR 2009 I, 15
- ROSAT CHRISTOPHE, Der Anlageschaden – Schadensberechnung beim Vermögensverwaltungsvertrag, Bern 2009
- ROTH MONIKA, Die Spielregeln des Private Banking in der Schweiz, 3. Aufl., Zürich 2009
- ROTH URS PHILIPP, Aufklärungspflichten im Vermögensanlagegeschäft der Banken, in: BRUNO GEHRIG/IVO SCHWANDER (Hrsg.), Banken und Bankrecht im Wandel – Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, 1
- RUSCH F. ARNOLD, Auskehr in der Schweiz, Schadensersatz in Deutschland? In: WM Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 2012, 440

- Botschaft des Bundesrats vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl. 2006, 7221 (zit. als Bot. ZPO, BBl. 2006, 7221)
- Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Strukturreform) vom 15. Juni 2007, in: BBl 2007 5669–5726 (zit. als Bot. BVG, BBl. 2007, 5669)
- Botschaft vom 7. September 2011 zur Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes, BBl 2011 7705–7818 (zit. als Bot. VVG, BBl. 2011, 7705)
- Bulletin der Eidgenössischen Bankenkommission, 2005 (zit. als EBK Bulletin 2005)
- Committee of European Securities Regulators, Inducements under MiFID – Recommendations, Mai 2007 <www.esma.europa.eu/system/files/07_228b.pdf> (zit. als CESR 07-228b, Empfehlung)
- Financial Services Authority, MiFID supervisory priorities – results of wholesale thematic review, Januar 2009 <www.fsa.gov.uk/pubs/international/mifid_sup_priorities.pdf> (zit. als FSA, 2009, Rz.)
- Gebühren und Kosten in der Vermögensverwaltung, Vermögenspartner AG <www.kickbacks.ch/dokumente/105_guebuhren_kosten_vermoegensverwaltung.pdf> (zit. als Vermögenspartner, Seite)
- Jahresbericht der Eidgenössischen Bankenkommission, 2007 (zit. als EBK JB 2007)

