

Art. 400 Abs. 1 OR, Vermögensverwaltung und Auskunft über erhaltene Vermögensvorteile.

Der Vermögensverwalter muss dem Kunden auf Verlangen Auskunft über Vergütungen Dritter erteilen, die ihm im Zusammenhang mit dem Mandat zugekommen sind. Ob er diese Vergütungen dem Kunden weitergeben muss, ist damit noch nicht entschieden.

Die Klägerin ist eine Genossenschaft mit Sitz in Bern. Die Beklagte ist eine international ausgerichtete Grossbank in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Seit der Gründung der Klägerin war die Beklagte ihre Hausbank. Im Zentrum der Auseinandersetzung zwischen den Parteien stehen Ansprüche aus einem (Anlageberatungs-)Vertrag.

Die Klägerin klagt auf Erteilung von Auskunft und auf Zahlung eines noch zu beziffernden Betrages.

(aus den Erwägungen des Handelsgerichts:)

5. Retrozessions- und Platzierungsgebühren

5.1 Rechtliche Vorbemerkungen

5.1.1 Ziffer 2 des klägerischen Rechtsbegehrens enthält zwei Bestandteile. In Buchstabe a verlangt die Klägerin von der Beklagten Auskunft über Retrozessions- und Platzierungsgebühren, welche diese in der Zeit vom 18. Juli 2005 bis zum 15. September 2008 von Lehman Brothers Gesellschaften, insbesondere ..., aufgrund der von der Klägerin im Juli 2005 getätigten Anlage in das Produkt X erhalten hat. In Buchstabe b verlangt sie schliesslich die Verpflichtung der Beklagten zur Herausgabe der in Buchstabe a spezifizierten Retrozessions- und Platzierungsgebühren. Die Klägerin äussert sich in Buchstabe b von Ziff. 2 des Rechtsbegehrens allerdings nicht zum geforderten Betrag, weshalb von einer unbezifferten Forderungsklage auszugehen ist. Diese bildet mit dem Begehren auf Auskunft eine sogenannte Stufenklage. Bei einer Stufenklage wird in der Regel ein Begehren um Auskunftserteilung oder Rechnungslegung mit einer zunächst unbestimmten Forderungsklage auf Leistung des Geschuldeten verbunden (vgl. auch SJZ 100 [2004] S. 434 f.). Hauptanspruch ist die angebehrte Geldleistung, Hilfsanspruch die Auskunftserteilung. Da es dem Kläger in diesen Fällen regelmässig nicht möglich ist, seine Forderung ohne Erfüllung des Hilfsanspruches inhaltsmässig genau zu bestimmen, ist die unbezifferte

Forderungsklage zunächst zuzulassen und die Möglichkeit zu gewähren, die Bezifferung nach erfolgter Auskunft bzw. Abrechnung oder nach Abschluss des Beweisverfahrens nachzuholen (vgl. BGE 116 II 215 ff.; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 167 Ziff. 3; VOGEL, Die Stufenklage und die dienende Funktion des Zivilprozessrechts, in: recht 10 [1992], S. 58 ff.). Eine Stufenklage kommt aber nur dann in Frage, wenn eine materiellrechtliche Auskunfts- und Editionsspflicht besteht (SJZ 100 [2004] S. 434 f.).

5.1.2 [Auf den Anlageberatungsvertrag finden die auftragsrechtlichen Bestimmungen Anwendung, so weit nicht vertraglich und in zulässiger Weise davon abgewichen wird].

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. Diese Bestimmung enthält somit zwei unterschiedliche Aspekte: erstens die Rechenschaftspflicht und zweitens die Herausgabepflicht. Die Pflicht zur Rechenschaftsablegung begründet zunächst eine Informationspflicht. Der Beauftragte hat den Auftraggeber nicht nur über die Geschäftsführung zu benachrichtigen, sondern ihm auch Auskunft zu erteilen. Diese unmittelbar aus der allgemeinen Treue- und Sorgfaltspflicht fließende Informationspflicht ist gewissermassen die Vorleistung für die Abrechnung und die finanziellen Ausgleichsleistungen. Die Information ist für den Auftraggeber letztlich auch Grundlage, um beurteilen zu können, ob der Beauftragte seine Pflichten erfüllt und ob er sich im Besonderen an die Weisungen gehalten hat bzw. ob ein Schadenersatzanspruch in Frage kommt (BSK OR I-WEBER, Art. 400 N 2 f.). Bei dieser Informationspflicht handelt es sich nach dem Gesagten ohne Weiteres um die für eine Stufenklage erforderliche materiellrechtliche Auskunfts- bzw. Editionsspflicht (SJZ 100 [2004] S. 434 f.). Die Stufenklage ist daher grundsätzlich zuzulassen. Allerdings fragt sich, wie weit die Pflicht zur Information reichen kann bzw. auf welche Vorgänge sie sich erstreckt.

5.1.3 Die Information hat vollständig und wahrheitsgetreu zu sein und über alles zu erfolgen, was für den Auftraggeber von Bedeutung sein kann. Art, Inhalt und Umfang der Information ergeben sich somit aus dem konkreten Auftrag. Insofern hat der Beauftragte zunächst über das zu informieren, was Bestandteil der ebenfalls in Art. 400 Abs. 1 OR enthaltenen Ablieferungspflicht ist. Die Ablieferungspflicht betrifft nicht nur diejenigen Vermögenswerte, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, sondern auch indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen. Der Beauftragte soll durch den Auftrag - abgesehen von einem allfälligen Honorar - weder gewinnen noch verlieren; er muss daher alle Vermögenswerte herausgeben, die in einem *inneren Zusammenhang* zur Auftragsausführung stehen. Behalten darf er nur, was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten erhält. Zu den indirekten Vorteilen, die der Beauftragte herausgeben muss, zählen beispielsweise Rabatte, Provisionen, Schmiergelder usw. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Zuwendung nach dem Willen des Dritten ausschliesslich dem Beauftragten zugute kommen soll oder nicht (BGer 4C.125/2002 vom 27. September 2002, E. 3.1).

Damit sich der Auftraggeber aber überhaupt in die Lage versetzen kann, um beurteilen zu können, ob der Beauftragte den Auftrag fremdnützig und haushälterisch ausgeführt hat bzw. ob dieser verloren oder gewonnen hat, namentlich *welche* (zusätzlichen) Vorteile oder Nachteile er aus dem Auftrag gezogen hat, kann sich die Informationspflicht nicht nur auf die der Ablieferungspflicht unterliegenden Vermögenswerte oder Vorgänge beschränken. Ansonsten wäre es dem Auftraggeber nicht möglich, insbesondere allfällige Interessenkollisionen, die zu einer Schadenersatzpflicht führen könnten, zu erkennen und die Auftragsausführung zu beurteilen. Daher muss der Auftraggeber auch über Vorgänge Rechenschaft ablegen, die letztlich *nicht* zu einer Ablieferung nach Art. 400 Abs. 1 OR führen. Aus diesem Grund ist der Begriff der Rechenschaft weit zu fassen. Die so verstandene Informationspflicht und die daran anknüpfende Abrechnung haben zwar detailliert zu erfolgen. Allerdings dürfen die Grenzen der Angemessenheit und Zweckmässigkeit nicht

überschritten werden. In diesem Sinne muss die Auskunft zumindest alle *wesentlichen* Vorgänge im Zusammenhang mit dem Auftrag umfassen und durch Urkunden bzw. sachgerechte Belege dokumentiert werden (BSK OR I-WEBER, Art. 400 N 3 ff.;vgl. auch ZK-BECKER, Art. 400 N 1, insb. letzter Satz).

5.2 Vorbringen der Parteien

5.2.1 Die *Klägerin* bringt zu Ziff. 2 ihres Rechtsbegehrens vor, dass die Beklagte von Gesellschaften der Lehman Brothers Gruppe, insbesondere ..., im Zusammenhang mit der von ihr getätigten X-Anlage Platzierungs- und Retrozessionsgebühren erhalten habe. Dies ergebe sich bereits aus den jeweils zugesandten Fact Sheet und die im Oktober 2006 zugesandte Performance Auswertung. Solche Gebühren seien beim Vertrieb von strukturierten Produkten üblich und hätten einen inneren Zusammenhang mit dem Anlageberatungsvertrag. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass diese Entschädigungsanreize die Beklagte dazu bewogen hätten, das fragliche Produkt zu empfehlen. Gerade beim Vertrieb strukturierter Produkte sei die Gefahr einer Interessenkollision anerkannt und real. Letztlich habe sie auch nicht rechtsgültig auf die Herausgabe der Gebühren verzichtet bzw. verzichten können.

5.2.2 Die *Beklagte* macht hingegen sinngemäss geltend, dass sie zwar Entschädigungen bzw. Vergütungen erhalten habe. Diese würden allerdings aus dem Vertriebsverhältnis resultieren und hätten keinen inneren Zusammenhang zum Auftragsverhältnis mit der Klägerin. Vielmehr seien sie das Entgelt für die konkreten Dienstleistungen, welche sie der Emittentin des Produktes gegenüber erbringe bzw. erbracht habe. Zu ihren Leistungen gehörten auch Tätigkeiten bei der Entwicklung und bei der Aufsetzung des Produktes. Auch dies werde durch die Entschädigung der Emittentin abgedeckt. Sie habe somit keine Retrozessionen erhalten (act. 9 Rz 320 ff., insb. Rz 326).

5.3 Würdigung

5.3.1 Die Klägerin verlangt mit ihrem Hilfsanspruch, wie gezeigt, Auskunft über erhaltene Retrozessionen *und* Platzierungsgebühren. Sie

unterscheidet in der Folge aber nicht zwischen diesen beiden Begriffen. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass insbesondere der Begriff der Retrozession keineswegs klar ist. Namentlich finden sich im Zusammenhang mit der Entschädigung von Banken oder Vermögensverwaltern weitere Begriffe wie Kickbacks, Rückvergütungen oder Provisionen. Unter Umständen ist auch von Bestandespflegekommissionen, Vertriebsprovisionen, Bestandesretrozessionen und Finder's Fees die Rede. Entgegen der Auffassung der Beklagten hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung hinsichtlich der Begrifflichkeit auch keine Klärung gebracht. Das Bundesgericht versteht unter einer *Retrozession* - unter Verweis auf die "Bankenbranche" - zunächst einmal einen Vorgang, bei dem eine Bank gestützt auf eine entsprechende Vereinbarung einem Dritten (insbesondere einem Vermittler im Vermögensverwaltungs- und Kapitalanlagegeschäft) einen Anteil einer vereinnahmten Kommission weitergibt. Der Begriff der "Retrozession" bezeichnet mit anderen Worten nicht bereits eine bestimmte Vergütung, sondern "nur" den Vorgang, mit dem eine Vergütung (im Sinne eines Anteils an einer Kommission) von einer Bank zu einem Dritten gelangt. Solche Vergütungen sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei Vorliegen entsprechender Voraussetzungen unter Umständen in Anwendung von Art. 400 Abs. 1 OR herauszugeben (vgl. BGE 132 III 460, E. 4). Die Tatsache, dass in der Umgangsbzw. "Branchensprache" der Begriff der Retrozession mittlerweile als Synonym für bestimmte "Vergütungen" verwendet wird, darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass es letztlich immer um die Übertragung von Vermögenswerten geht, die bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen unter die Herausgabepflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR fallen. In diesem Sinne ist auch der Hinweis des Bundesgerichts zu verstehen, dass unter Umständen auch eine Herausgabepflicht für sogenannte "Finder's Fees", also für Provisionen, die für die Zuführung von neuen Kunden bezahlt werden, bezahlt werden könnte (zum Ganzen BGE 132 III 460, E. 4.1; vgl. auch EMCH/RENZ/ARPAGAU, a.a.O., S. 554 N 1694). Dies zeigt, dass es im Rahmen von Art. 400 Abs. 1 OR wenig zielführend ist, auf den Begriff der Retrozession abzustellen und daraus etwas für die Herausgabepflicht ableiten zu wollen. Vielmehr ist stets im konkreten Fall zu entscheiden, ob Vergütungen, die der Beauftragte erhalten hat, herauszugeben

sind, und zwar unabhängig davon, wie diese Vergütung von den beteiligten Parteien bezeichnet werden. Die Herausgabepflicht ist mit anderen Worten nicht danach zu beurteilen, wie die Vermögenswerte bzw. Vergütungen bezeichnet werden, sondern ob diese einen "inneren Zusammenhang" zum erteilten Auftrag aufweisen, beispielsweise weil sie im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens des Auftraggebers (Anlageberatungskunden) angefallen sind. Im letzteren Fall wäre die Herausgabepflicht zu bejahen.

Zwar ist vorliegend (noch) nicht darüber zu befinden, ob die Beklagte Vergütungen erhalten hat, die nach Art. 400 Abs. 1 OR herauszugeben wären. Es wurde ohnehin bereits aufgezeigt, dass der Informationsanspruch unabhängig davon besteht, ob schliesslich eine Herausgabepflicht besteht. Die soeben gemachten Ausführungen dienen aber der Beantwortung der Frage, *worüber* die Klägerin konkret Auskunft verlangt, wenn sie "Retrozessionen" *und* "Platzierungsgebühren" erwähnt. Mit anderen Worten sind ihr diesbezügliches Rechtsbegehren und ihre Ausführungen in den vorstehend erwähnten Kontext zu setzen und entsprechend auszulegen (§ 50 ZPO/ZH).

5.3.2 Ziffer 2 des Rechtsbegehrens enthält zwar die beiden Begriffe Retrozessionen und Platzierungsgebühren. Bereits die Verwendung zweier Begriffe zeigt aber, dass die Klägerin nicht nur über eine ganz bestimmte Vergütung Auskunft verlangt. Wie erwähnt, kann selbst aus dem Begriff "Retrozession" nicht auf eine konkrete bzw. genau definierte Vergütung geschlossen werden. Etwas konkreter wird es immerhin beim zweiten Begriff. Von Platzierungsgebühren wird dann gesprochen, wenn jemand für die Abwicklung des Kaufs oder Verkaufs eines Wertpapiers (z.B. einer Aktie) eine Vergütung erhält. Welches (Vertrags-)Verhältnis oder welcher Sachverhalt dieser Vergütung zugrunde liegt, kann der Definition allerdings nicht entnommen werden. Das Rechtsbegehren als solches bringt daher über den Umfang der verlangten Auskunft kaum abschliessend Klärung. Werden hingegen die Ausführungen der Klägerin in der Klagebegründung und in der Replik hinzugezogen, zeigt sich deutlich, worum es ihr im Grundsatz geht. Zunächst wird klar, dass die von der Klägerin gewählte Formulierung von der Beklagten selber stammt. So werden in

deren Fact Sheet und in der im Oktober 2006 zugesandte Performance-Auswertung "*wiederkehrende Vergütungen*", welche die Beklagte erhalten könnte, erwähnt und im Sinne eines Beispiels "Platzierungs- und Retrozessionsgebühren" genannt (act. 1 Rz 189 ff.; act. 4/27-28 und 4/34, dort "e.g. placement or retrocession fees"). Bereits dies zeigt, dass die Klägerin in erster Linie Auskunft über (wiederkehrende) Vergütungen bzw. "Entschädigungen, die der [Beklagten] im vorliegenden Fall von Lehman Brothers Gesellschaften vergütet wurden" verlangt. Dabei scheint die Klägerin auch auf Vergütungen abzielen, die im Rahmen einer Vertriebsstruktur für strukturierte Produkte zwecks Honorierung des zugeführten Anlagevolumens bezahlt wurden. Noch deutlicher wird es in der Replik. Dort erwähnt die Klägerin "Zusatzentschädigungen" (Retrozessionen und Finder's Fees), welche die Beklagte offenzulegen habe. Der Titel zu den tatsächlichen Ausführungen in diesem Zusammenhang lautet sodann "Die [Beklagte] erhielt Platzierungs- und Retrozessionsgebühren, aber verweigert Rechenschaft und Herausgabe; *Offenlegung anderer Vorteile mit Retrozessionscharakter*" (Hervorhebung hinzugefügt). Unter diesem Titel erwähnt die Klägerin sodann auch "wirtschaftliche Eigeninteressen" der Beklagten in Bezug auf die Transaktion und dass Retrozessionen nicht nur durch Zahlungen in Cash erfolgen, sondern dass gleichzeitig auch über Gegengeschäfte und dergleichen zusätzliche Vergünstigungen gewährt würden. "Das volle Ausmass der Vorteile" lasse sich nur durch Herstellung der "vollständigen Transparenz über weitere geldwerte Leistungen von Lehman Brothers an die Beklagte" ermitteln.

5.3.3 Erklärungen der Parteien im Prozess, dazu zählen auch Rechtsbegehren, sind nach ihrem Sinngehalt und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auszulegen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 43 N 4 und § 50 N 10; ZR 81 Nr. 48). Die Auslegung des Rechtsbegehrens und der Ausführungen der Klägerin zeigen, dass sie nicht nur Auskunft über Retrozessionen im Sinne einer vereinnahmten Kommission, die aufgrund einer Vereinbarung auf einen Dritten übertragen wird, verlangt (Retrozessionen im engeren Sinne; gemäss Sachverhalt im bundesgerichtlichen Entscheid). Vielmehr fordert sie Auskunft über sämtliche Vergütungen und geldwerten Leistungen, welche die Beklagte in

der Zeit vom 18. Juli 2005 bis zum 15. September 2008 von Lehman Brothers Gesellschaften, insbesondere ..., aufgrund der von der Klägerin im Juli 2005 getätigten Anlage in das Produkt x erhalten hat. Diese Auslegung steht letztlich auch im Einklang mit der gesetzlichen Regelung, wie sie vorstehend dargelegt wurde.

5.3.4 Die Beklagte bestreitet nicht, dass sie von Lehman Entschädigungen bzw. Vergütungen erhalten hat. Ebenso ist grundsätzlich unbestritten, dass sie der Klägerin über diese Entschädigungen keine Auskunft erteilt hat. Wie zudem gezeigt, lässt sich der Informationsanspruch nicht einfach dadurch verneinen, dass die Entgegennahme von "Retrozessionen im engeren Sinne" bestritten wird (vgl. vorstehend Ziff. 5.1.2, 5.3.1 und 5.3.3). Im Rahmen ihrer Auskunftspflicht hat die Beklagte auch über weitere Vergütungen und geldwerte Leistungen aufzuklären, wie dies von der Klägerin verlangt wird. Nur so wird die Klägerin beurteilen können, ob die Beklagte den Auftrag korrekt ausgeführt hat, ob allenfalls ein Schadenersatzanspruch bestehen könnte und ob und, wenn ja, in welchem Umfang Herausgabeansprüche bestehen könnten. Die Pflicht zur Lieferung eben dieser Informationen liegt schliesslich der ratio legis von Art. 400 Abs. 1 OR zugrunde. Anzuführen bleibt, dass damit nicht entschieden ist, ob Vertriebsvergütungen, wie sie von der Beklagten vorgebracht werden, der Herausgabepflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR unterliegen. Dies kann erst dann beurteilt werden, wenn die nötigen Informationen von der Beklagten geliefert worden sind.

5.3.5 Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass ein Anspruch auf Information zu bejahen ist. Da die Beklagte unbestrittenermassen die von der Klägerin verlangten Angaben nicht oder nur teilweise geliefert hat, ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin über sämtliche Vergütungen und geldwerten Leistungen, welche die Beklagte in der Zeit vom 18. Juli 2005 bis zum 15. September 2008 von Lehman Brothers Gesellschaften, insbesondere ..., aufgrund der von der Klägerin im Juli 2005 getätigten Anlage in das Produkt X erhalten hat, umfassend Rechenschaft abzulegen, insbesondere hat sie der Klägerin über die Berechnungsweise, die Höhe und den Erhalt der vorstehend genannten

Vergütungen und geldwerten Leistungen schriftlich Auskunft zu erteilen und eine umfassende Abrechnung vorzulegen und diese, so weit möglich, durch Urkunden zu belegen.

(...)

Es wird erkannt:

1. (...)

2. Die Beklagte wird in Gutheissung von Rechtsbegehren Ziff. 2a (Auskunftsanspruch) verpflichtet, der Klägerin über sämtliche Vergütungen und geldwerten Leistungen, welche die Beklagte in der Zeit vom 18. Juli 2005 bis zum 15. September 2008 von Lehman Brothers Gesellschaften, insbesondere ..., aufgrund der von der Klägerin im Juli 2005 getätigten Anlage in das Produkt X erhalten hat, umfassend Rechenschaft abzulegen, insbesondere hat sie der Klägerin über die Berechnungsweise, die Höhe und den Erhalt der vorstehend genannten Vergütungen und geldwerten Leistungen schriftlich Auskunft zu erteilen und eine umfassende Abrechnung vorzulegen und diese, so weit möglich, durch Urkunden zu belegen.

3. Über Rechtsbegehren Ziff. 2b wird erst nach Auskunftserteilung gemäss vorstehender Dispositivziffer 2 entschieden. Diesbezüglich bleibt der Prozess einstweilen bis zwei Monate nach Rechtskraft von Dispositivziffer 2 dieses Teilurteils sistiert.

Handelsgericht
Teil-Urteil vom 23. Mai 2011
Geschäfts-Nr. HG090087-O/U/dz