

# Zahlungsströme im Konzern: Aufsichtsrechtliche Folgen der Retrozessionsrechtsprechung

SUSAN EMMENEGGER UND MARTINA REBER\*

## Inhaltsverzeichnis

<b>I. Einleitung</b> .....	<b>166</b>
<b>II. Die privatrechtliche Retrozessionsrechtsprechung</b> .....	<b>166</b>
1. Von Retro I zu Retro IV .....	166
2. Retrozessionen im Konzern .....	167
2.1 Retro III-Entscheid.....	167
2.2 Entscheid des Handelsgerichts Zürich .....	168
<b>III. Die aufsichtsrechtliche Rezeption der Retrozessionsrechtsprechung</b> .....	<b>169</b>
1. Die Reaktion der FINMA auf das Retro I-Urteil.....	169
2. Die Reaktion der FINMA auf das Retro III-Urteil.....	169
3. Die aufsichtsrechtliche Verankerung der Retro-Rechtsprechung im FIDLEG .....	169
3.1 Generelle Herausgabepflicht.....	170
3.2 Jederzeitige Offenlegung .....	170
3.3 Offenlegung im Rahmen der periodischen Abrechnung.....	171
<b>IV. Die Konzern-Dimension im Besonderen</b> .....	<b>172</b>
1. Verordnung zum Finanzdienstleistungsgesetz .....	172
2. Konzerndimension ohne Konzern? .....	173
<b>V. Schlussbemerkungen</b> .....	<b>173</b>

---

\* Prof. Dr. iur. SUSAN EMMENEGGER, LL.M., Direktorin des Instituts für Bankrecht, Universität Bern. MARTINA REBER, Rechtsanwältin, MLaw, wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

## I. Einleitung

Wer an konzerninterne Zahlungsströme denkt, denkt wohl zuerst an den berühmten *Swisscargo*-Entscheid des Bundesgerichts – zumal der Jubilar in diesem Entscheid stellvertretend für die gesamte Doktrin zum Rechnungslegungsrecht zitiert wird!<sup>1</sup> Oder es erscheint vor dem inneren Auge der *Swissair*-Entscheid, bei dem es um den Vertrauensschutz im Hinblick auf den Zahlungsstrom von der Muttergesellschaft zur Tochtergesellschaft ging.<sup>2</sup> Auch in diesem Entscheid wird der Jubilar vom Bundesgericht zitiert.<sup>3</sup> Wenn man an die Bankenwelt denkt, kommt einem möglicherweise der *CS*-Entscheid in den Sinn, mit dem das Bundesgericht unter Hinweis auf den faktischen Beistandszwang zwischen Banktochtergesellschaften die Pflicht zur Eigenmittelkonsolidierung auf Bank-Holdinggesellschaften ausdehnte.<sup>4</sup>

Allerdings: Darum geht es im vorliegenden Beitrag nicht. Stattdessen richtet sich der Blick auf konzerninterne Zahlungsströme, die im Zusammenhang mit der Erbringung von Finanzdienstleistungen von einer Konzerngesellschaft zur anderen fliessen. Solche Vergütungen werden gemeinhin als Retrozessionen bezeichnet. Sie sind Gegenstand von zahlreichen bundesgerichtlichen und kantonalen Gerichtsentscheiden und einer noch zahlreicheren Anzahl an doktrinellen Schriften. Aus der breiten Thematik wird hier ein Aspekt herausgegriffen: Die Retrozessionsrechtsprechung betreffend konzerninterne Zahlungen und deren Rezeption durch die Aufsichtsbehörde (FINMA) und schliesslich deren Verankerung in der neuen Finanzmarktgesetzgebung. Dieser Beitrag ist dem Jubilar gewidmet, der mit seiner Habilitationsschrift zum Konzern im schweizerischen Privatrecht ein Grundlagenwerk zum Konzernrecht geschrieben hat.<sup>5</sup>

## II. Die privatrechtliche Retrozessionsrechtsprechung

### 1. Von Retro I zu Retro IV

Das Bundesgericht hat mittlerweile vier Leitentscheide zur Retrozessionsproblematik gefällt. Im Jahr 2006 entschied es erstmals höchstrichterlich, dass der unabhängige Vermögensverwalter Zuwendungen, die er von Dritten im Zusammenhang mit der Anlage des Kundenvermögens erhält, dem Kunden herauszugeben hat.<sup>6</sup> Diese Pflicht sei allerdings dispositiver Natur: Der Kunde könne auf die Herausgabe verzichten. Voraussetzung sei, dass es sich um einen *informierten* Verzicht handle: Der Kunde müsse vorgängig wahrheitsgetreu und vollständig über zu erwartende Retrozessionszahlungen informiert worden sein,

<sup>1</sup> BGE 140 III 533 E. 6.2.1 S. 547: «Das Agio ist der Differenzbetrag zwischen dem Nennwert und dem Ausgabebetrag der Aktien. Wenn ein Agio vorgesehen ist, bedeutet dies, dass der zeichnende Aktionär nicht nur das gezeichnete Aktienkapital einzahlen muss, sondern auch einen darüber hinausgehenden Betrag (statt aller LUKAS HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, [...]).» Hervorhebung hinzugefügt. Zur Problematik des Cash-Pooling hat sich der Jubilar sodann separat geäussert, siehe HANDSCHIN LUKAS, Einige Überlegungen zum Cashpooling im Konzern, in: Bohnet François/Wessner Pierre (Hrsg.), *Droit des sociétés, Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin*, Basel 2006, 273 ff.

<sup>2</sup> BGE 120 II 331.

<sup>3</sup> Siehe BGE 120 II 331 E. 2 und 3a S. 333 f.

<sup>4</sup> BGE 116 Ib 331.

<sup>5</sup> HANDSCHIN LUKAS, *Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht*, Zürich 1994.

<sup>6</sup> BGE 132 III 460 (Retro I).

und sein Wille, auf die Ablieferung zu verzichten, müsse klar aus der entsprechenden Vereinbarung hervorgehen.<sup>7</sup>

Drei Jahre später präzisierte das Bundesgericht die Anforderungen an die Verzichtserklärung im Retro II-Entscheid: Die Kundin müsse den Umfang sowie die Berechnungsgrundlagen der Retrozessionen kennen. Sie müsse die Kostenstruktur des Vermögensverwaltungsmandats erfassen sowie die damit verbundenen Interessenkonflikte des Vermögensverwalters erkennen können. Bei einem vorgängigen Verzicht sei eine genaue Bezifferung zwar nicht möglich; der Kundin müssten aber zumindest die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der erwarteten Rückvergütungen anhand einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens bekanntgegeben werden.<sup>8</sup>

Die ersten beiden Retrozessionsentscheide betrafen unabhängige Vermögensverwalter. Es bedurfte eines weiteren höchstrichterlichen Entscheids, um klarzustellen, dass die auftragsrechtlichen Grundsätze der ersten beiden Urteile auch für Banken gelten. Und vor allem: Dass auch *konzerninterne* Zahlungen davon erfasst sind. Auf diesen Entscheid – das Retro III-Urteil – wird vertieft einzugehen sein.

Streitig blieb über längere Zeit sodann die Frage, wann die Ansprüche der Kundinnen und Kunden auf Herausgabe der Retrozessionszahlungen verjähren. Ein Entscheid des Regionalgerichts Bern-Mittelland setzte die Frist auf 5 Jahre; es handle sich um periodische Leistungen im Sinne von Art. 128 Ziff. 1 OR.<sup>9</sup> Das Bundesgericht korrigierte diese Auffassung im Jahr 2017: Für die Herausgabeansprüche gilt die zehnjährige Frist im Sinne von Art. 127 OR; der *dies a quo* ist der Zeitpunkt des Zuflusses der Zahlungen an den Beauftragten.<sup>10</sup>

## 2. Retrozessionen im Konzern

### 2.1 *Retro III-Entscheid*

In BGE 138 III 755 (Retro III) hatte sich das Bundesgericht einerseits mit der Frage der Anwendung der bisherigen Retrozessionsrechtsprechung auf Banken zu beschäftigen. Es bejahte diese Anwendung vollumfänglich.<sup>11</sup> Die zweite Frage betraf die Herausgabepflicht für Retrozessionen, die im Zusammenhang mit Anlagefonds und strukturierten Produkten vereinnahmt wurden. Auch hier stellte das Bundesgericht klar, dass solche Vergütungen der Herausgabepflicht unterliegen.<sup>12</sup> Die dritte Frage betraf die *konzernrechtliche* Dimension der Retrozessionen. Die betroffene Bank hatte sich auf den Standpunkt gestellt, dass *konzerninterne Zahlungen*, die im Zusammenhang mit *konzerninternen Produkten* ausgerichtet werden, der Herausgabepflicht nicht unterliegen. Das Obergericht Zürich hatte die Auffassung der Bank gestützt: Konzerngesellschaften befänden sich unter einer einheitlichen Leitung im Konzernverbund; zwischen ihnen erfolgte Retrozessionszahlungen seien als konzernneutral zu werten. In Anlehnung an eine wirtschaftliche Betrachtungsweise

<sup>7</sup> BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 466 (Retro I).

<sup>8</sup> Zum Ganzen BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 398 ff. (Retro II).

<sup>9</sup> Entscheid Regionalgericht Bern-Mittelland, CIV 13 7496 NEA vom 15. September 2014, E. 22 S. 14 f.

<sup>10</sup> BGE 143 III 348 E. 5.3.2 S. 358 (Retro IV).

<sup>11</sup> BGE 138 III 755 E. 5.4 S. 764 (Retro III).

<sup>12</sup> BGE 138 III 755 E. 5 S. 760 ff. (Retro III).

seien solche Zahlungen nicht als wirtschaftlich fremd anzusehen, da die Gesellschaften des Konzernverbands vom gleichen wirtschaftlich Berechtigten gehalten würden.<sup>13</sup>

Dieser Auffassung erteilte das Bundesgericht eine Absage. Zwar werde der Konzernverband von der Rechtsordnung fallweise berücksichtigt. Daraus lasse sich aber kein allgemeines Prinzip für die Nichtanwendbarkeit der auftragsrechtlichen Herausgabepflicht auf konzerninterne Zahlungen ableiten. Der Vermögensverwaltungsvertrag bestehe zwischen dem Kunden und der Bank, und nicht mit dem Bankkonzern, dem keine Rechtspersönlichkeit zukomme. Bei der Beurteilung der vertraglichen Ansprüche des Kunden könne nicht unter Hinweis auf die «wirtschaftliche Realität» oder die finanzielle Einheit des Konzerns ausgeblendet werden, dass es sich bei den verschiedenen Konzerngesellschaften um rechtlich selbständige juristische Personen handle. Die Vertragspflichten könnten auch nicht unter Hinweis auf steuerliche oder regulatorische Gründe ausgehebelt werden. Dies umso mehr, als es der Bank freigestanden habe, vertragsrechtlich einen gültigen Herausgabevertrag zu vereinbaren.<sup>14</sup>

## 2.2 *Entscheid des Handelsgerichts Zürich*

Konzerninterne Retrozessionen waren auch Gegenstand eines Entscheids des Handelsgerichts Zürich aus dem Jahr 2017.<sup>15</sup> Eine Pensionskasse hatte mit einer Bank einen Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen. Sie schuldete der Bank gemäss Vertrag eine *Management Fee*. Zudem fielen für die einzelnen Transaktionen *Brokerage Commissions* an. Ein Anteil dieser *Brokerage Commissions* wurde durch die vereinnahmenden Brokerage-Gesellschaften, die Teil des Bankkonzerns bildeten, der Bank (wieder) gutgeschrieben. Die Pensionskasse sah in den der Bank gutgeschriebenen Geldern herausgabepflichtige Retrozessionen. Die Bank machte demgegenüber geltend, es handle sich um ein konzerninternes *Transfer Pricing*. Sie habe die Brokerage-Gesellschaften als «Introducing Broker» bei deren Brokerage-Tätigkeit unterstützt, was über das *Transfer Pricing* entschädigt worden sei. Entsprechend handle es sich bei diesen Zahlungen nicht um herausgabepflichtige Retrozessionen.

Das Gericht verwarf die Einwände der Bank und folgte dem Retro III-Entscheid des Bundesgerichts: Wenn die Bank von konzerneigenen Gesellschaften Retrozessionen erhalte, so sei die zahlende Gesellschaft formell eine «Dritte». Die Vermögensverwaltung sei auch bei Konzernverhältnissen vom Prinzip der Fremdnützigkeit des Auftrags geprägt. Das zusätzliche Element des Interessenkonflikts stelle sich im Konzernverband sogar noch verschärft, indem ein besonderer Anreiz der Bank bestehe, mit der Wahl eines konzerneigenen Produkts nicht nur selbst eine Zuwendung zu erhalten, sondern einer anderen Konzerngesellschaft zu ermöglichen, mit dem Produkt verbundene Gebühren zu vereinnahmen.<sup>16</sup> Sodann stellte das Handelsgericht klar, dass die Herausgabepflicht auch auf den mehrgliedrigen Effektenhandel anwendbar ist. Die vom Bundesgericht angestellten Erwägungen seien gerade nicht auf bestimmte Betriebs- oder Berufsgruppen beschränkt. Insofern ändere sich an

<sup>13</sup> Urteil OGer ZH, LB090076 vom 13. Januar 2012, E. 6.2.2 S. 39.

<sup>14</sup> BGE 138 III 755 E. 8.3 S. 776 f. (Retro III).

<sup>15</sup> Urteil HGer ZH, HG150054-O vom 15. November 2017.

<sup>16</sup> Urteil HGer ZH, HG150054-O vom 15. November 2017, E. 3.2.3 S. 25.

der Herausgabepflicht nichts, wenn die Vertragsleistungen durch mehrere, miteinander verknüpfte Konzernunternehmen erbracht worden seien.<sup>17</sup>

### III. Die aufsichtsrechtliche Rezeption der Retrozessionsrechtsprechung

#### 1. Die Reaktion der FINMA auf das Retro I-Urteil

Während es sechs Jahre dauerte, bis das Bundesgericht die Anwendung seiner Retrozessionsrechtsprechung auf Banken rechtskräftig klären konnte, reagierte die FINMA bereits zwei Jahre nach dem Retro I-Entscheid mit dem Rundschreiben «Eckwerte zur Vermögensverwaltung»; darin verlangte sie unter dem Titel der Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG), dass die ihr unterstellten Finanzintermediäre im Rahmen von Vermögensverwaltungsmandaten die Leistungen von Dritten vorgängig mitteilen und die Höhe der erhaltenen Leistungen auf Nachfrage offenlegen.<sup>18</sup>

#### 2. Die Reaktion der FINMA auf das Retro III-Urteil

Auf den Retro III-Entscheid, der erstmals eine Bank bzw. einen Bankkonzern betraf, reagierte die FINMA innerhalb von zwölf Tagen: Am 26. November 2012 publizierte sie eine Mitteilung und wies die Banken an, dem Urteil umfassend Rechnung zu tragen. Die systematische Einhaltung der massgeblichen zivilrechtlichen Pflichten durch die Banken sei Bestandteil einer einwandfreien Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG). Zur Herstellung der notwendigen Transparenz seien die Banken verpflichtet, die Kunden im Rahmen der Kontaktaufnahme darüber zu informieren, an wen innerhalb der Bank sie sich für weitere Auskünfte wenden könnten. Die Kunden seien sodann auf Anfrage über den Umfang der erhaltenen Rückvergütungen zu informieren.<sup>19</sup>

#### 3. Die aufsichtsrechtliche Verankerung der Retro-Rechtsprechung im FIDLEG

Die in der FINMA-Mitteilung angelegte Verkoppelung von Privatrecht und Aufsichtsrecht wurde in einem weiteren Schritt mit dem Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) gesetzlich verankert. Das FIDLEG regelt in Art. 26 ausdrücklich die Retrozessionen und giesst dabei die zivilrechtliche Retrozessionsrechtsprechung in eine aufsichtsrechtliche Form.<sup>20</sup> Namentlich erlaubt er die Entgegennahme von Retrozessionen nur unter der Voraussetzung, dass die Kundinnen und Kunden vorgängig ausdrücklich über die Entschädigung informiert

<sup>17</sup> Urteil HGer ZH, HG150054-O vom 15. November 2017, E. 3.2.4.1. S. 29 ff.

<sup>18</sup> FINMA-RS 09/01 Eckwerte zur Vermögensverwaltung vom 18. Dezember 2008, N 28 ff., abrufbar unter [www.finma.ch](http://www.finma.ch), Dokumentation, Rundschreiben. Siehe auch den parallel zum Rundschreiben verfassten EBK-Bericht «Anreizsysteme und Interessenkonflikte beim Vertrieb von Finanzprodukten» vom 5. September 2008 (auffindbar bei Google).

<sup>19</sup> FINMA-Mitteilung Nr. 41 vom 26. November 2012, 5 (heute nicht mehr in Kraft).

<sup>20</sup> Vgl. hierzu den Hinweis auf BGE 138 III 755 (Retro III) und 137 III 393 (Retro II) in der BOTSCHAFT zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015, 8901 ff., 8966 Fn 71 und 72.

wurden und sie (informiert) darauf verzichtet haben, oder wenn die Retrozessionen vollumfänglich an die Kundinnen und Kunden weitergegeben werden. Sodann wird festgehalten, dass vereinnahmte Retrozessionen auf Anfrage offenzulegen sind. Die weitgehende Regelungsparallelisierung, die das FIDLEG im Hinblick auf die Retrozessionsrechtsprechung des Bundesgerichts vornimmt, führt zu inhaltlichen Wechselwirkungen zwischen den beiden Teilrechtsgebieten.

### 3.1 Generelle Herausgabepflicht

Für das Privatrecht ist beachtlich, dass Art. 26 FIDLEG nach seinem Wortlaut auf sämtliche Finanzdienstleistungen anwendbar ist; damit wird die bisherige zivilrechtliche Rechtsprechungslinie hinsichtlich der Herausgabepflicht für Vermögensverwaltung, Anlageberatung und Execution-Only-Geschäften zusätzlich verstärkt.<sup>21</sup> Auch verlangt Art. 26 Abs. 2 FIDLEG im Gleichklang mit der zivilrechtlichen Rechtsprechung bei der Vermögensverwaltung die vorgängige Information über die Berechnungsparameter und Bandbreiten; präzisierend ist anzufügen, dass diese in Prozenten des verwalteten Vermögens anzugeben sind.<sup>22</sup>

### 3.2 Jederzeitige Offenlegung

Gemäss Art. 26 Abs. 2 FIDLEG müssen die Finanzdienstleister sodann die effektiv erhaltenen Retrozessionen *auf Anfrage* offenlegen. Diese Formulierung lehnt sich an Art. 400 Abs. 1 OR an, wonach der Beauftragte der Auftraggeberin *auf Verlangen jederzeit* Rechenschaft abzulegen hat.<sup>23</sup> «Auf Verlangen jederzeit» bedeutet, dass der Beauftragte die verlangten Informationen nicht nur nach beendeter, sondern auch während der laufenden Auftragsausführung liefern muss.<sup>24</sup> Die verlangten Informationen können sich auf eine umfassende Rechenschaftsablegung oder auf eine Einzelauskunft beziehen.<sup>25</sup>

Mit Art. 26 Abs. 2 FIDLEG legt das Aufsichtsrecht den Fokus auf die Einzelauskunft. Er stellt klar, dass Retrozessionen gestützt auf eine Anfrage, die sich ausschliesslich auf den Posten «Retrozessionen» bezieht, offenzulegen sind. Die Anfrage kann jederzeit erfolgen, womit auch die Auskunft jederzeit geschuldet ist. Aus privatrechtlicher Sicht wird damit die Pflichtenbindung des Beauftragten aufsichtsrechtlich untermauert und gerade auch in einem aus Kundensicht zentralen Punkt verstärkt.

<sup>21</sup> So auch EMMENEGGER SUSAN/DÖBELI THIRZA, Bankgeschäfte nach der Krise: Safer, simpler, fairer? in: SZW 2018, S. 639 ff., 649 f.

<sup>22</sup> Vgl. BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 399 (Retro II); 138 III 755 E. 6.3 S. 722 (Retro III).

<sup>23</sup> Das Auftragsrecht kennt daneben die aus Art. 398 Abs. 2 OR fliessende Pflicht zur aktiven Information mit Blick auf Tatsachen, die für die Auftraggeberin von Bedeutung sind. Die aktive Informationspflicht ist bereits mit Art. 26 Abs. 1 FIDLEG abgedeckt: Die vollumfängliche Weiterleitung oder der Herausgabeverzicht unter Bedingung der ausdrücklichen Information führen beide zur kundenseitigen Kenntnis über Retrozessionstatbestände.

<sup>24</sup> FELLMANN WALTER, in: Hausheer Heinz (Hrsg.), Berner Kommentar Obligationenrecht, Art. 394-406 OR, Bern 1992, Art. 400 N 63; OSER DAVID/WEBER ROLF H., in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. A., Basel 2019, Art. 400 N 3.

<sup>25</sup> FELLMANN (Fn 24), Art. 400 N 9, 23; GEHRER CORDEY CAROLE/GIGER GION, in: Huguenin Claire/Müller-Chen Markus (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 319-529 OR, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 400 N 1a.

### 3.3 Offenlegung im Rahmen der periodischen Abrechnung

Bei der Offenlegung von erhaltenen Retrozessionen zeigt sich anschaulich die Funktion von Privatrecht und Aufsichtsrecht als wechselseitige Auffangordnungen, die sich gegenseitig ergänzen und stützen. Das Aufsichtsrecht hebt das Recht auf Einzelauskunft hervor und macht die entsprechende Pflicht zum Gegenstand des von Amtes wegen durchgesetzten Aufsichtsrechts. Die auftragsrechtlich zwingend<sup>26</sup> geschuldete umfassende Rechenschaftsablegung wird vom FIDLEG nicht abgedeckt, sie verbleibt im Regelungsbereich des Privatrechts und – bei gegebenen Voraussetzungen – des Strafrechts.<sup>27</sup>

Im Auftragsverhältnis hat nicht nur die Einzelauskunft, sondern auch die umfassende Rechenschaftsablegung jederzeit auf Verlangen zu erfolgen. Relevant wird dies aber nur bei der Anfrage nach einer Zwischenabrechnung. Nach Abschluss des Auftrags ist dem Auftraggeber auch ohne Aufforderung eine Abrechnung über Einnahmen und Ausgaben vorzulegen.<sup>28</sup> Bei Finanzdienstleistungen ist eine Rechenschaftsablegung in periodischen Abständen ohnehin geschäftsüblich, so dass sie ausserhalb dieser Perioden selten verlangt werden dürfte.

Ausgehend von der Tatsache, dass bei Finanzdienstleistungen eine periodische Abrechnung üblich ist, stellt sich die Frage, inwieweit diese Abrechnung die einbehaltenen Retrozessionen ausweisen muss. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Nach Lehre und Rechtsprechung hat die Rechenschaftsablegung vollständig und wahrheitsgetreu zu erfolgen.<sup>29</sup> Besteht der Auftrag – was bei Finanzdienstleistungen wohl immer der Fall ist – in der Verwaltung von Geldern oder ist mit seiner Ausführung sonst wie die Einnahme und Ausgabe von Geldern verbunden, so umfasst die Rechenschaftsablegung auch eine eigentliche *Rechnungslegung*. Man spricht zum Teil auch von der Abrechnungspflicht.<sup>30</sup> Die Abrechnung besteht in der erschöpfenden und verständlichen Zusammenstellung der einzelnen Einnahmen und Ausgaben.<sup>31</sup> Dabei ist unerheblich, ob der Beauftragte die Gelder von der Auftraggeberin selbst

<sup>26</sup> Die Rechenschaftsablegung kann nicht vertraglich wegbedungen werden. Siehe dazu etwa Urteil OGer ZH, ZR 101 (2002), Nr. 26 S. 100, mit zahlreichen Nachweisen. Für die Doktrin etwa FELLMANN (Fn 24), Art. 400 N 58, m.w.N.; BÜHLER ROLAND, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar Obligationenrecht, 3. A., Zürich 2016, Art. 400 N 1; GEHRER CORDEY/GIGER (Fn 25), Art. 400 N 9; vgl. auch OSER/WEBER (Fn 24), Art. 400 N 21, die einen Vorausverzicht auf die Rechenschaftspflicht zumindest als «problematisch» erachten. A.M. noch BECKER HERMANN, Berner Kommentar Obligationenrecht, Art. 184-551 OR, Bern 1934, Art. 400 N 5, der einen Vorausverzicht auf die Rechenschaftspflicht für zulässig hielt.

<sup>27</sup> Urteil OGer BE, SK 2012 218 vom 4. Juli 2013; BGer Urteil 6B\_845/2014 vom 16. März 2015; BGE 144 IV 294. Siehe dazu auch SCHUBARTH MARTIN, Die Bedeutung der neuen Retrozessionsentscheidung des Bundesgerichtes für das Konzernstrafrecht, in: Jusletter 17. Dezember 2012.

<sup>28</sup> FELLMANN (Fn 24), Art. 400 N 67; OSER/WEBER (Fn 24), Art. 400 N 20; GEHRER CORDEY/GIGER (Fn 25), Art. 400 N 7.

<sup>29</sup> BGE 143 III 348 E. 5.3.1 S. 357 (Retro IV); 139 III 49 E. 4.1.3 S. 54; 110 II 181 E. 2 S. 182; FELLMANN (Fn 24), Art. 400 N 20; OSER/WEBER (Fn 24), Art. 400 N 4; BÜHLER (Fn 26), Art. 400 N 2, jeweils mit weiteren Nachweisen. Vollständig und wahrheitsgetreu hat auch die *vorgängige* Information über zu erwartende Retrozessionen zu erfolgen, falls die Auftraggeberin auf die Herausgabe verzichten soll, siehe nur BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 465 (Retro I). Der Herausgabeverzicht ist also beidseitig von denselben hohen Informationsansprüchen umgeben.

<sup>30</sup> So z.B. OSER/WEBER (Fn 24), Art. 400 N 7 ff.

<sup>31</sup> FELLMANN (Fn 24), Art. 400 N 8, 35, 48; OSER/WEBER (Fn 24), Art. 400 N 8; GEHRER CORDEY/GIGER (Fn 25), Art. 400 N 7. So auch schon BECKER (Fn 26), Art. 400 N 3; GAUTSCHI GEORG, Berner Kom-

oder von Dritten erhalten hat.<sup>32</sup> Entsprechend sind Retrozessionen, ob sie nun an die Auftraggeberin weitergeleitet oder vom Finanzdienstleister vereinnahmt werden, als Abrechnungsposten bei der Rechnungslegung auszuweisen.

## IV. Die Konzern-Dimension im Besonderen

### 1. Verordnung zum Finanzdienstleistungsgesetz

Die Konzern-Dimension, die über die zivilrechtliche Retrozessionsrechtsprechung in das Aufsichtsrecht eingeflossen ist, zeigt sich mit besonderer Deutlichkeit in der Verordnung zum FIDLEG.

So hält Art. 9 Abs. 1 FIDLEV fest, dass Finanzdienstleister über *wirtschaftliche Bindungen zu Dritten* informieren, soweit diese Bindungen im Zusammenhang mit der Finanzdienstleistung zu einem Interessenkonflikt führen können. Der Erläuterungsbericht zur Verordnung präzisiert, dass die Informationspflicht nur besteht, wenn es dem Finanzdienstleister mit organisatorischen Vorkehren nicht möglich ist, einen Interessenkonflikt auszuschliessen (vgl. Art. 25 FIDLEG). Weiter führt der Bericht Folgendes aus: «Analog zur Regelung zu den Retrozessionen (vgl. Art. 26 FIDLEG) gelten Konzerngesellschaften als Dritte (vgl. dazu BGE 138 III 755, S. 774 ff. Ziff. 8).»<sup>33</sup>

Die Konzerndimension findet sich sodann in Art. 29 Abs. 2 FIDLEV. Diese Bestimmung konkretisiert Art. 26 Abs. 1 lit. a FIDLEG, wonach Finanzdienstleister Entschädigungen Dritter im Zusammenhang mit der Erbringung von Finanzdienstleistungen nur annehmen dürfen, wenn sie die Kundinnen und Kunden vorgängig ausdrücklich über die Entschädigung informiert haben und diese darauf verzichten. Art. 29 Abs. 2 FIDLEV hält fest, dass Gesellschaften des Konzerns, dem der Finanzdienstleister angehört, als Dritte gelten. Der Erläuterungsbericht zum Verordnungsentwurf nimmt auch hier ausdrücklich auf die Retrozessionsrechtsprechung Bezug und bezeichnet diese als Grundlage von Art. 26 FIDLEG: «Konzerngesellschaften gelten nach der eindeutigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung – welcher [recte: welche] der Gesetzesbestimmung von Art. 26 zugrunde liegt – als Dritte (vgl. dazu BGE 138 III 755 S. 773 ff. Ziff. 8). Da die Institution des Konzerns vorliegend bei der Bestimmung von Rechten und Pflichten im privatrechtlichen Verhältnis zwischen Finanzdienstleister und Kundin oder Kunden verwendet wird, ist der Konzern auch begrifflich in einem privatrechtlichen Sinne zu verstehen, womit konkret auf die Umschreibung aus dem Rechnungslegungsrecht in Art. 963 OR abzustellen ist (selbstverständlich ohne Rücksicht auf die Ausnahmen von Art. 963a OR, da diese allein aus der Rechnungslegung motiviert sind).»<sup>34</sup>

---

mentar Obligationenrecht, Art. 394-406 OR, 3. A., Bern 1971, Art. 400 N 27 ff.; OSER HUGO/SCHÖNENBERGER WILHELM, in: Oser Hugo/Schönenberger Wilhelm (Hrsg), Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Art. 184-418 OR, 2. A., Zürich 1936, Art. 400 N 3.

<sup>32</sup> FELLMANN (Fn 24), Art. 400 N 8.

<sup>33</sup> Bundesrat, Erläuternder Bericht FIDLEV, FINIV und AOV, 25.

<sup>34</sup> Bundesrat, Erläuternder Bericht FIDLEV, FINIV und AOV, 31.

Damit knüpft das Aufsichtsrecht ausdrücklich und unmittelbar an die privatrechtliche Retrozessionsrechtsprechung an. Das ist richtig, aber dennoch bemerkenswert, denn im Aufsichtsrecht gilt ansonsten ein eigener Gruppenbegriff, der nach wie vor vom eingangs erwähnten CS-Entscheid des Bundesgerichts geprägt ist.<sup>35</sup>

## 2. Konzerndimension ohne Konzern?

Das Bundesgericht hat im Retro III-Entscheid als Hauptpunkte zugunsten der Herausgabepflicht bei konzerninternen Zahlungen erstens die juristische Selbstständigkeit von Konzerngesellschaften und zweitens die Interessenkonflikte, die in Konzerngesellschaften gar verschärft auftreten können, hervorgehoben.<sup>36</sup> Legt man den Fokus auf die Interessenkonflikte, so stellt sich die Frage, ob auch Banken, die unter einer One-Bank-Struktur arbeiten, unter die Offenlegungs- und Herausgabepflicht fallen. Dies, weil die bankinternen Abteilungen regelmässig als eigene Profitzentren organisiert sind und die Interessenkonflikte dort genauso bestehen wie bei juristisch selbständigen Konzerngesellschaften. Nach der hier vertretenen Meinung ist zwar eine Offenlegung geschuldet, nicht aber eine Herausgabepflicht, da keine Zahlungen fliessen.<sup>37</sup> Allerdings gibt es Meinungen, die auch eine Herausgabepflicht bejahen.<sup>38</sup> Zu beachten ist zudem, dass es die damalige Aufsichtsbehörde (EBK) war, die den CS-Entscheid des Bundesgerichts provoziert hatte, wonach ein *faktischer* Beistandszwang zwischen Tochtergesellschaften für die Einhaltung der Kapitalanforderungen beachtlich ist. Aufsichtsrechtlich sind solche faktischen Begebenheiten bei Konzernfragen also keine Novität. Insofern kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Retrozessionsfrage auch bei einer One-Bank-Struktur durch die konzernrechtliche Brille betrachtet wird.

## V. Schlussbemerkungen

Im modernen Staat hat die Trennlinie zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht ihre Schärfe verloren. Sowohl in der Gesetzgebungspraxis als auch in rechtssystematischer Hinsicht werden Privatrecht und öffentliches Recht als wechselseitige Auffangordnungen verstanden, die sich gegenseitig beeinflussen, stützen und ergänzen.<sup>39</sup> Dafür bietet gerade die Retrozessionsthematik ein wertvolles Anschauungsbeispiel. Die wechselseitige Beeinflussung zeigt sich erstens an der Reaktion der FINMA auf den Retro III-Entscheid, der konzerninterne Zahlungen zum Gegenstand hatte. Sie zeigt sich aber vor allem an der aufsichtsrechtlichen Rezeption der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im FIDLEG und seiner

<sup>35</sup> Siehe Art. 3c BankG. Dessen Abs. 1 lit. c sieht als Anknüpfungspunkt den faktischen Beistandszwang vor, der mit dem CS-Entscheid (BGE 116 Ib 331) eingeführt wurde.

<sup>36</sup> BGE 138 III 755 E. 8.3 S. 774 ff. (Selbständigkeit); 138 III 755 E. 8.4 und 8.5 S. 778 ff. (Interessenkonflikte).

<sup>37</sup> EMMENEGGER SUSAN, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Anlagerecht, Basel 2007, 74. Zu beachten ist auch, dass bankeigene Fonds zwingend als eigene Gesellschaften organisiert sind, weshalb in diesen Fällen die formelle Konzernkonstellation auftritt.

<sup>38</sup> SCHUBARTH (Fn 27), N 19.

<sup>39</sup> Siehe dazu WEBER ROLF H./EMMENEGGER SUSAN, in: Weber Rolf H./Emmenegger Susan (Hrsg.), Berner Kommentar Obligationenrecht, Art. 97–109 OR, 2. A., Bern 2020, Vorb. Art. 97–109 N 134.

Verordnung. Das Finanzdienstleistungsgesetz folgt ausdrücklich dem sogenannten «Ausstrahlungsmodell», wonach zwar Privatrecht und Aufsichtsrecht als Teilrechtsgebiete gleichrangig und autonom sind, sie aber in materieller Hinsicht kohärent anzuwenden sind.<sup>40</sup> Mit der Regelung der Retrozessionen im Aufsichtsrecht folgt das FIDLEG diesen Rahmenbedingungen. Wiederum sticht dabei die besondere Bedeutung der konzernbezogenen Retrozessionsrechtsprechung heraus.

---

<sup>40</sup> Siehe BOTSCHAFT FIDLEG (Fn 20), 8921. Zum Ausstrahlungsmodell etwa WEBER ROLF H., Finanzdienstleistungen im Spannungsfeld von Zivil- und Aufsichtsrecht, SJZ 2013, 405 f., 415 f.