

Pflichten des Stiftungsrats

Neuer Bundesgerichtsentscheid zu Retrozessionszahlungen

Das Bundesgericht nimmt im neuen Entscheid 4A_508/2016¹ Stellung zur bisher offen gelassenen und viel diskutierten Frage der Verjährung von Herausgabeansprüchen in Auftragsverhältnissen. Im vorliegenden Beitrag werden die Grundlagen für den Herausgabeanspruch im Auftragsrecht und diesbezügliche Implikationen für Stiftungsräte dargestellt.

IN KÜRZE

Gemäss neuer bundesgerichtlicher Rechtsprechung verjährt der Herausgabeanspruch für eine Drittvergütung, wie zum Beispiel eine Retrozession, zehn Jahre nach Zahlung dieser Vergütung. Der Stiftungsrat sollte bei der Prüfung allfälliger Rückforderungsansprüche an alle Auftragsverhältnisse denken.

Dieser Artikel befasst sich mit der in der Grafik dargestellten Situation: Die Pensionskasse vergibt einen Auftrag an einen Dienstleister (zum Beispiel Vermögensverwalter, Broker, Anwalt, Immobilienbewirtschafter etc.). Wenn dieser Dienstleister von dritter Seite Zahlungen erhält, die in einem Zusammenhang mit dem Auftrag der Pensionskasse stehen (das können beispielsweise Kick-backs, Finder's Fees, Retrozessionen, Courtagen, Bestandspflegekommissionen, Provisionen etc. sein), muss er diese Zahlungen der Pensionskasse abliefern, ausser sie verzichtet darauf.

werden» verpflichtet.³ Ein Anwalt wird keine Garantie für den Prozessausgang übernehmen, genauso wenig wie der Vermögensverwalter eine bestimmte Rendite garantiert. Beide verpflichten sich aber, ihre Aufgabe sorgfältig zu besorgen. Es handelt sich bei beiden Verträgen um Auftragsverhältnisse.

Was muss herausgegeben werden?

Liegt ein Auftrag vor, unterliegt der Beauftragte grundsätzlich der oben beschriebenen Herausgabepflicht. Die Herausgabepflicht kann aber von vornherein nur Drittvergütungen betreffen, die einen Zusammenhang mit dem Auftrag haben (ansonsten müsste der Anwalt das Honorar des einen Klienten dem anderen Klienten geben). Wann dieser Zusammenhang stark genug ist, um eine Herausgabepflicht zu begründen, ist keine einfache Frage. Sie kann auch nicht für alle Auftragsverhältnisse ein für allemal umschrieben werden. Die mit der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR angestrebte Vorbeugung von Interessenkonflikten zur Sicherung der Fremdnützigkeit ist – neben dem damit verbundenen Grundsatz, dass der Beauftragte (abgesehen vom Honorar) durch den Auftrag weder gewinnen noch verlieren soll – der massgebende Gesichtspunkt bei der Beurteilung, ob der Vermögensvorteil dem Beauftragten infolge der Auftragsausübung oder lediglich bei Gelegenheit

Wann liegt ein Auftrag vor?

Nach Art. 400 Abs. 1 OR hat ein Beauftragter auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten. Diese Herausgabepflicht ist als Konkretisierung der auftragsrechtlichen Treuepflicht zu verstehen. Sie soll dafür sorgen, dass der Beauftragte die Interessen des Auftraggebers wahrt (sogenannte «Fremdnützigkeit»)².

Zunächst ist also erforderlich, dass überhaupt ein Auftrag vorliegt. Dies ist vermutungsweise dann der Fall, wenn sich jemand, ohne eine Erfolgsgarantie abzugeben, zu einem «sorgfältigen Tätig-



Laurence Uttinger
Partnerin,
Niederer Kraft & Frey,
Zürich



Raphael Zellweger
Junior Associate,
Niederer Kraft & Frey,
Zürich

¹ Urteil vom 16. Juni 2017, zur Publikation vorgesehen.

² BGE 137 III 393, E. 2.3; BGE 138 III 755, E. 5.3.

³ Art. 394 Abs. 1 OR.



der Auftrags Erfüllung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten zugekommen ist. Bei Zuwendungen Dritter ist ein innerer Zusammenhang schon dann zu bejahen, wenn die Gefahr besteht, der Beauftragte könnte sich dadurch veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen. Nicht erforderlich ist im Hinblick auf die Herausgabepflicht demgegenüber, dass er sich tatsächlich pflichtwidrig verhält oder der Auftraggeber einen konkreten Nachteil erleidet.⁴

Kein Verzicht

Für das Bestehen eines Herausgabeanpruchs wird im Weiteren vorausgesetzt, dass auf die Herausgabe nicht gültig verzichtet wurde. Ein solcher Verzicht kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn der Auftraggeber über die an den Beauftragten fliessenden Vorteile vollständig und korrekt informiert wurde und ausdrücklich auf die Ablieferung dieser Vorteile verzichtet.⁵ Dabei kann auch im Voraus auf die Ablieferung von bestimmten Werten verzichtet werden, sofern wiederum der Wille, auf die Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung eindeutig hervorgeht und der Auftraggeber über die zu erwartenden, dem Dritten zufließenden Vermögensvorteile hinreichend informiert ist.⁶ Für

⁴ BGE 138 III 755, E. 5.3.

⁵ BGE 132 III 460, E. 4.2; E. 4.5.

⁶ BGE 137 III 393, E. 2.2; E. 2.4.

Personen und Institutionen, die mit der Geschäftsführung, Verwaltung oder Vermögensverwaltung einer Vorsorgeeinrichtung betraut sind, gilt darüber hinaus die Spezialvorschrift von Art. 48k BVV 2: Sie müssen die Art und Weise der Entschädigung und deren Höhe eindeutig bestimmbar in einer schriftlichen Vereinbarung festhalten und der Einrichtung zwingend sämtliche Vermögensvorteile abliefern, die sie darüber hinaus im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer Tätigkeit für die Einrichtung erhalten.

Verjährung

Besteht grundsätzlich ein Herausgabeanpruch, stellt sich die Frage, wann dieser Anspruch verjährt. Privatrechtliche Forderungen verjähren nach zehn Jahren, ausser das Gesetz sieht eine Ausnahme vor. Eine solche Ausnahme besteht für periodische Leistungen – diese verjähren schon nach fünf Jahren. Ob die Herausgabeanprüche von Auftraggebern nach fünf oder zehn Jahren verjähren und wann die Verjährungsfrist zu laufen beginnt, hat das Bundesgericht im Urteil vom 16. Juni 2017 nun entschieden: Gemäss Bundesgericht entsteht die Pflicht eines Beauftragten zur Herausgabe der von Dritten erlangten Vorteile dadurch, dass der Beauftragte solche Vorteile erlangt hat.⁷ Es handelt sich also um einzelne Ereignisse, nicht um periodische Leistungen. Damit lässt jede Ent-

⁷ BGer 4A_508/2016, E. 5.2.1.

gegennahme von Drittschädigungen, die der Herausgabepflicht unterliegen, eine neue Verjährungsfrist von zehn Jahren entstehen.

Was ist zu tun?

Der Stiftungsrat hat die Interessen der Versicherten treuhänderisch zu wahren.⁸ Der Vorsorgeeinrichtung zurechenbare Vermögenswerte, auf die vertraglich nicht gültig verzichtet wurde und bei denen noch keine Verjährung eingetreten ist, müssen von den Beauftragten eingefordert werden. Es ist deshalb die Aufgabe des Stiftungsrats zu prüfen, ob Herausgabeanprüche der Vorsorgeeinrichtung gegenüber den Beauftragten existieren. Dabei ist an alle Auftragsverhältnisse zu denken – nicht nur an die Verträge mit Vermögensverwaltern. |

⁸ Art. 51b Abs. 2 BVG.