

Vergütung des Vertriebsträgers und Kündigung des Vertriebsvertrags im Fondsbereich

Von Philippe Jacquemoud, Rechtsanwalt, Zürich*

I. Einleitung

II. Verschiedene Formen des Vertriebs von Fondsanteilen

1. Vermögensverwalter kauft oder zeichnet Fondsanteile auf Rechnung und im Namen von Kunden
2. Bank kauft oder zeichnet Fondsanteile auf Rechnung und im Namen von Kunden ohne Vermögensverwaltungsauftrag (execution only-Beziehung)
3. Vertriebsträger verkauft im Namen und auf Rechnung der Fondsleitung Fondsanteile an eine Bank, einen Vermögensverwalter oder direkt an einen Kunden

III. Privat- und aufsichtsrechtliche Analyse der vorhandenen Kommissionen

1. Vermögensverwalter kauft oder zeichnet Fondsanteile auf Rechnung und im Namen von Kunden
 - 1.1 Privatrecht
 - 1.2 Aufsichtsrecht
2. Bank kauft oder zeichnet Fondsanteile auf Rechnung und im Namen von Kunden ohne Vermögensverwaltungsauftrag (unechte execution only-Beziehung)
 - 2.1 Privatrecht
 - 2.2 Aufsichtsrecht
3. Vertriebsträger verkauft im Namen und auf Rechnung der Fondsleitung Fondsanteile an eine Bank, einen Vermögensverwalter oder direkt an einen Kunden
 - 3.1 Privatrecht
 - 3.2 Aufsichtsrecht

IV. Kündigung des Vertriebsvertrags bzw. des Vermögensverwaltungsvertrags

1. Allgemein
2. Grundsätze zur Kündigung
3. Rechtsfolgen der Kündigung auf die Bestandspflegekommission
 - 3.1 Fondsleitung kündigt den «Vertriebsvertrag»
 - 3.2 Kunde kündigt den Beratungsvertrag
 - 3.3 Kündigung des Beratungsvertrags und des Vertriebsvertrags

V. Fazit

I. Einleitung

In einem am 22. März 2006 ergangenen Entscheid¹ äusserte sich das Bundesgericht bezüglich der Retrozessionen im Bereich der Vermögensverwaltung und regte damit heftige Diskussionen in der Finanzwelt an. Es sanktionierte darin eine gewisse Praxis, welche dem Vermögensverwalter erlaubte, ohne weitere Erklärung gegenüber seinem Kunden eine Kommission bzw. eine Vergütung von einem Dritten zu beziehen. Eine solche steht gemäss diesem Urteil dem Kunden zu, wenn sie in einem Zusammenhang mit dem Auftragsverhältnis zwischen dem Kunden und dem Vermögensverwalter steht. Dieser Bundesgerichtsentscheid führte zu Rechtsunsicherheiten im Bereich der Vermögensverwaltung. Es ist allerdings fraglich, ob diese Rechtsprechung des Bundesgerichts auf die Fondsverwaltung übertragbar ist.² Beim Vertrieb von Fondsanteilen bestehen nämlich vielfältige Konstellationen, die unterschiedliche Rechtsfolgen bezüglich der Vergütung des Vertriebsträgers nach sich ziehen. Wenn letztlich der Endkunde bzw. der Anleger mit seinem Berater (Vertriebsträger) nicht zufrieden ist, muss ihm die Möglichkeit offen stehen, den Vertrag zu kündigen. Das Gleiche gilt für das Verhältnis zwischen der Fondsleitung und dem Vertriebsträger. Oft ist jedoch in den Fondsvertriebsverträgen vorgesehen, dass die Kommission dem Vertriebsträger so lange geschuldet wird, als dass sich das von ihm

* Frau *Laura Schweizer* danke ich herzlich für ihre Unterstützung.

¹ BGE 132 III 460.

² *Peter Nobel/Isabel Stirnimann*, Zur Behandlung von Entschädigungen im Vertrieb von Anlagefonds- und strukturierten Produkten durch Banken, SZW/RSDA 5/2007, S. 343.

geöffnete Vermögen im Fonds befindet. Im Falle der Kündigung des Vertriebsvertrags ist fraglich, ob eine solche «ewige» Kommission zulässig ist und ob der Kunde diese Kommission herausverlangen kann.

Zum Zwecke der Analyse dieser Fragen werden in diesem Beitrag in einem ersten Schritt die verschiedenen Formen des Vertriebs von Fondsanteilen wiedergegeben.³ In einem zweiten Schritt wird für jede Form des Vertriebs ein kurzer Überblick über die von der Rechtsprechung und der Lehre entwickelten Anforderungen im Zusammenhang mit der Bezahlung von Kommissionen vermittelt. Schliesslich werden die Kündigung des Vertriebsvertrags sowie ihre Wirkung auf die Vergütung des Vertriebssträgers diskutiert.

II. Verschiedene Formen des Vertriebs von Fondsanteilen

1. Vermögensverwalter kauft oder zeichnet Fondsanteile auf Rechnung und im Namen von Kunden

Diese Vertriebsform ist in der Praxis weit verbreitet, obschon es nicht um einen echten Vertrieb im Sinne des Kollektivanlagengesetzes (KAG) geht. Der «Vertrieb» von Fondsanteilen durch einen Vermögensverwalter bedarf normalerweise keiner Bewilligung der Eidgenössischen Bankenkommision (EBK) gemäss Art. 19 KAG, da er die Kapitalanlage nicht öffentlich anbietet.⁴

Bei der Platzierung von Fondsanteilen im Vermögen eines Kunden, erhält der Vermögensverwalter in der Regel zwei verschiedene Vergütungen. Die Erste wird von der Lehre und Rechtsprechung als *Finder's Fee* bezeichnet.⁵ Es handelt sich um einen einmaligen Betrag, der im Verhältnis des vermittelten Vermögens berechnet wird. Die Zweite wird *Bestandespflegekommission* genannt.⁶ Sie wird dem Vermögensver-

walter jährlich ausbezahlt. Gemäss Lehre und Rechtsprechung stehen diese Kommissionen dem Kunden zu, sofern er nicht darauf verzichtet hat.⁷ Bei dieser Form von Vertrieb besteht regelmässig ein Auftragsverhältnis zwischen dem Vermögensverwalter und dem Kunden, bereits bevor der Letztere Fondsanteile auf Rechnung und im Namen des Kunden zeichnet.⁸

Falls der Kunde den Vermögensverwaltungsvertrag kündigt, bleibt gemäss der heutigen Praxis die Bestandespflegekommission dem ehemaligen Vermögensverwalter solange geschuldet, als dass der Kunde seinen Fondsanteil hält.

2. Bank kauft oder zeichnet Fondsanteile auf Rechnung von Kunden ohne Vermögensverwaltungsauftrag (execution only-Beziehung)

Bei echten execution only-Beziehungen stehen der Kunde und die Bank bis zur Vermittlung des Geschäfts durch die Bank nicht in einem Auftragsverhältnis.⁹ Dieser Fall ist in der Praxis selten anzutreffen.

Bei unechten execution only-Beziehungen betreut die Bank den Kunden bereits in irgendeiner Form und steht deshalb schon vor Verwirklichung des Geschäfts in einem Auftragsverhältnis zu ihm.¹⁰ Diese Konstellation entspricht grundsätzlich der Praxis.

In diesen Fällen erhält auch die Bank in der Regel eine *Finder's Fee* sowie eine *Bestandespflegekommission*. Falls der Kunde seinen Depotvertrag oder die Fondsleitung den Vertriebsvertrag kündigt, bleibt der Bank nach heutiger Praxis die Bestandespflegekommission trotzdem geschuldet.

21. Mai 2007, N 9; *Nobel/Stirnimann* (Fn. 2), S. 343 ff. Siehe auch Swiss Funds Association SFA, Verhaltensregeln für die schweizerische Fondswirtschaft, 30. August 2000 – Leitfaden zur Umsetzung, N 21, erhältlich unter: <http://www.sfa.ch/download.php?id=25> (zuletzt besucht: 6.9.2007); auch diesen kann entnommen werden, dass ein Vergütungssystem mit ausgewogenem Verhältnis von Ausgabekommission und Bestandespflegekommission angewendet werden muss.

⁷ Vgl. zur Zulässigkeit eines Verzichts *Rolf Watter*, Über die Pflichten der Bank bei externer Vermögensverwaltung, *AJP* 1998, S. 1177, Fn. 27; *Emmenegger* (Fn. 5), S. 83; *BGE* 132 III 465.

⁸ Vgl. *BGE* 132 III 464.

⁹ *Sandro Abegglen*, «Retrozession» ist nicht gleich «Retrozession», *SZW/RSDA* 2/2007, S. 126 f.

¹⁰ Vgl. *Abegglen* (Fn. 9), S. 127 f.

³ Vgl. *Nobel/Stirnimann* (Fn. 2), S. 344.

⁴ Vgl. *Baker & McKenzie Zürich* (Hrsg.), *Recht der kollektiven Kapitalanlagen*, Bern 2007, S. 172 f.

⁵ Vgl. etwa *Susan Emmenegger*, *Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, in: dies. (Hrsg.), *Anlagerecht*, Bern 2007, S. 69; *BGE* 132 III 460.

⁶ Vgl. etwa *Catrina Luchsinger Gähwiler*, *Der Vertrieb von Fondsanteilen: Unter besonderer Berücksichtigung des Anlegerschutzes*, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 45; *Fabian Schmid*, *Retrozessionen und Anlagefonds*, Jusletter vom

3. Vertriebsträger verkauft auf Rechnung der Fondsleitung Fondsanteile an eine Bank, einen Vermögensverwalter oder direkt an einen Kunden

Beim reinen Fondsvertrieb besteht zwischen dem Kunden und dem Fondsvertriebsträger bis zur Vermittlung der Zeichnung von Fondsanteilen kein Auftragsverhältnis.¹¹ Am meistens wird eine Bank diese Tätigkeit ausüben.

In diesem Fall erhält der reine Vertriebsträger eine *Finder's Fee* und eine *Bestandespflegekommission*. In der Praxis bleibt der Bank als Vertriebsträger im Falle der Kündigung des Vertriebsvertrages die Bestandespflegekommission weiterhin geschuldet.

III. Privat- und aufsichtsrechtliche Analyse der vorhandenen Kommissionen

1. Vermögensverwalter kauft oder zeichnet Fondsanteile auf Rechnung und im Namen von Kunden

1.1 Privatrecht

Wie vorstehend erwähnt, stehen die *Finder's Fee* und die Bestandespflegekommission dem Kunden zu, da sie von der Ablieferungspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR erfasst werden. Zwischen Kommission und Vermögensverwaltungsvertrag besteht ein innerer Zusammenhang. Die Kundenberatung und die Zeichnung z.B. von Fondsanteilen sind nämlich bereits im Grundverhältnis vorgesehen und gemäss dem Vermögensverwaltungsvertrag vergütet.¹² Es kann deshalb nicht vermutet werden, dass die Kommission ein Honorar darstellt. Aus unserer Sicht stellt diese Kommission eine eigentliche «Retrozession» dar, da sie zusätzlich zu den ordentlichen Honoraren bezogen wird. Falls die Kommission gerade das Honorar bildet, untersteht sie naturgemäss nicht der Ablieferungspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR. Auf die Beanspruchung der Retrozession kann der Kunde verzichten.¹³ Hat er dies getan, bildet die Kommission

bzw. Retrozession, juristisch betrachtet, ein zusätzliches Honorar des Vermögensverwalters (kein Schenkungswille ist ersichtlich seitens des Kunden). Diese Regelung entspricht grundsätzlich der europäischen MiFID.¹⁴ wonach die Kommissionen dem Kunden zugute kommen müssen, oder falls deren Gewährung das beste Interesse des Kunden nicht gefährdet, dürfen sie bezogen und lediglich offen gelegt werden.¹⁵ Diese Gesetzgebung ist allerdings nicht vollständig auf das privatrechtliche Verhältnis zwischen dem Kunden und dem Vermögensverwalter übertragbar, da sie aufsichtrechtliche Zwecke anstrebt.

1.2 Aufsichtsrecht¹⁶

1.2.1 Prospekt

Gemäss Art. 4 der Richtlinie für Transparenz bei Verwaltungskommissionen der Swiss Funds Association vom 7. Juni 2005,¹⁷ dürfen Bestandespflegekommissionen nur in der Höhe des im Prospekt genannten Prozentsatzes gewährt werden.¹⁸ Durch die Festsetzung einer Kommission an Vertriebsträger und deren Prozentsatz, kommt die Fondsleitung ihrer Offenlegungspflicht nach. Zu beachten ist, dass die Offenlegung nicht einem Verzicht des Kunden gleichgestellt ist. Ausserdem sind dem Vermögensverwalter keine aufsichtrechtlichen Pflichten in Bezug auf diese Kommissionen auferlegt. Im Gegensatz zur Schweiz hat die Europäische Union die Gewährung von Bestandespflegekommissionen an Vermögensverwalter öffentlich-rechtlich reguliert.¹⁹ Grundsätzlich müssen

¹¹ Vgl. *Abegglen* (Fn. 9), S. 128.

¹² Vgl. *Nobel/Stirmimann* (Fn. 2), S. 350; *Abegglen* (Fn. 9), S. 129 f. Falls die Bestandespflegekommission oder die *Finder's* Kommission weitere unvergütete Leistungen der Bank einbezieht, verweisen wir auf Teil B dieses Beitrags (keine Herausgabepflicht).

¹³ Siehe oben Fn. 5.

¹⁴ Markets in Financial Instruments Directive, Richtlinie 2004/39/EG vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, AB I Nr. L 145 vom 30. April 2004, S. 1 ff.

¹⁵ Art. 26 lit. b der Richtlinie 2006/73/EG vom 10. August 2006 zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie, AB I Nr. L 241 vom 2. September 2006, S. 26 ff.

¹⁶ Art. 38 Abs. 6 KKV (Kollektivanlagenverordnung vom 20. November 2006, SR 951.311) und Art. 26 Abs. 2 lit. e KAG (Kollektivanlagengesetz vom 23. Juni 2006, SR 951.31).

¹⁷ Diese Richtlinie wurde am 30. Juni 2005 von der EBK genehmigt; sie ist einsehbar unter: <http://www.sfa.ch/download.php?id=525> (zuletzt besucht am 10.9.2007).

¹⁸ Zur Problematik der Herausgabe der Kommission an die Endkunden, vgl. *Nobel/Stirmimann* (Fn. 2), S. 353.

¹⁹ Art. 18, 19 und 20 der Richtlinie 2004/39/EG (vgl. Fn. 14) und Art. 26 der Richtlinie 2006/73/EG (vgl. Fn. 15).

die Kommissionen dem Kunden zugute kommen und falls sie gegen sein bestmögliches Interesse nicht verstossen, ihm offen gelegt werden.²⁰

1.2.2 Prospekt als Verzichtserklärung?

Aktuell sind die Formulierungen in den Prospekten bezüglich den offen zu legenden Kommissionen so ausgestaltet, dass die Bezahlung einer Kommission zwar offen gelegt wird, diese jedoch keine Verzichtserklärung seitens des Kunden auf die Retrozessionen, welche an den Vermögensverwalter bezahlt werden, darstellen, zumal sie sich nicht auf das konkrete Rechtsverhältnis zwischen Vermögensverwalter und Kunden beziehen. Dafür spricht auch, dass durch diese allgemeine Erklärung der Kunde nicht, wie von der Rechtsprechung gefordert,²¹ vollständig und wahrheitsgetreu über die Kommissionen informiert wird. Für einen gültigen Verzicht, muss der Vertriebsträger demnach eine unmittelbar vom Kunden abgegebene Verzichtserklärung einholen.

2. Bank kauft oder zeichnet Fondsanteile auf Rechnung von Kunden ohne Vermögensverwaltungsauftrag (unechte execution only-Beziehung)

2.1 Privatrecht

Wie vorstehend erwähnt steht die Bank sehr oft in einem Auftragsverhältnis mit dem Kunden. Somit handelt es sich meist um unechte execution only-Beziehungen.²² Unterstrichen, wird das Auftragsverhältnis durch die Bezahlung einer Bestandespflegekommission, da diese Kommission für die Pflege der Kundenbeziehung entrichtet wird.²³

Im Zusammenhang mit der aus dem Auftragsverhältnis resultierenden Problematik der Ablieferungspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR gab es Versuche, den Begriff des inneren Zusammenhangs einzuschränken, indem die Ablieferungspflicht nur dann bejaht wurde, wenn ein solcher bestand, und

dies sollte für jede Leistung einzeln geprüft werden.²⁴ Dies offensichtlich in der Absicht, die Banken von der Ablieferungspflicht zu befreien. Denn die Bezahlung einer allgemeinen Ablieferungspflicht hätte zur Folge, dass diejenigen Kunden, welche nicht verzichtet haben, die Kommission der letzten 10 Jahre zurückfordern könnten.

Unseres Erachtens muss der innere Zusammenhang bei unechten execution only-Beziehungen nicht erörtert werden, da es in diesem Fall um die Bezahlung eines Honorars geht und die von der Bank erbrachten Leistungen im Zusammenhang mit dem Fondsanteil des Kunden zweifelsohne im Interesse und zu Gunsten des Kunden erfolgen. Beim Vermögensverwalter ist die Verwaltung des Vermögens des Kunden bereits mit dem jährlichen Honorar abgegolten, weshalb die Bezahlung einer Kommission durch die Fondsleitung an den Vermögensverwalter keinen Vergütungscharakter haben kann. Wenn die Bank hingegen keinen Vermögensverwaltungsvertrag mit dem Kunden abgeschlossen hat, stellt die Kommission das Honorar der Bank für die Administration des Fondsanteils dar. Denn wenn der Kunde das Halten des Fondsanteils oder die aus diesem Halten resultierende Beratung nicht vergütet, muss dieser nach dem Vertrauensprinzip trotzdem davon ausgehen, dass die Bank irgendein Entgelt erhält. Nicht massgeblich für den Entschädigungscharakter ist aber, dass die Bank die Vergütung direkt von der Fondsleitung bezieht.²⁵ So liegt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei einem Versicherungsmäklervertrag der massgebliche Auftrag zwischen dem Versicherten und dem Mäkler vor, obschon es die Versicherung ist, welche die Kommission und die Bestandespflegekommission bezahlt.²⁶ Dieser Fall kann auf den Fondsvertrieb durch die Bank übertragen werden; so steht die Bank nämlich zumindest im Falle des Erlangens einer Bestandespflegekommission immer in einem Auftragsverhältnis mit dem Kunden. Ihre Treuepflicht gegenüber diesem muss in jeden Fall über dem eigenen Interesse am Vertrieb stehen. Aus diesen Gründen ist der Unterschied zwischen den verschiedenen Leistungen der Bank in Bezug auf den Vertrieb eines Fondsanteils künstlich. Die Bezahlung einer Bestandespflegekommission ergeht vielmehr

²⁰ Art. 26 lit. b der Richtlinie 2006/73/EG (vgl. Fn. 15).

²¹ BGE 132 III 466; siehe auch *Emmenegger* (Fn. 5), S. 83.

²² *Abegglen* (Fn. 9), S.131.

²³ *Luchsinger Gähwiler* (Fn. 6), S. 45: «Rechtsgrund für die Entrichtung ist nicht der vom Vermittler durch die Vermittlung geschaffene Mehrwert, sondern die vom Vermittler übernommene Kundenpflege.»; abweichend *Nobel/Stirnimann* (Fn. 2), S. 350 Fn. 40.

²⁴ Siehe *Abegglen* (Fn. 9), S.128 ff.

²⁵ BGE 124 III 484.

²⁶ BGE 124 III 481.

aufgrund eines Auftrags zwischen Kunde und Bank, obschon die Bank die Kommission von der Fondsleitung bezieht und einige Pflichten der Fondsleitung erfüllt.²⁷ In einer solchen Konstellation muss der Kunde davon ausgehen, dass die Bank ein Honorar bezieht, ansonsten würde ihre Tätigkeit unvergütet bleiben. Da die Bestandespflegekommission ein Honorar bildet, untersteht sie naturgemäss nicht der Ablieferungspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR. In dieser Hinsicht sollte eine Erklärung bezüglich der Bezahlung einer Bestandespflegekommission seitens der Bank gegenüber dem Kunden ausreichen.²⁸

2.2 Aufsichtsrecht

Die vorstehenden Ausführungen unter III.1.2 gelten sinngemäss. Die Erklärung im Prospekt betreffend die Bezahlung einer Kommission an die Bank erfüllt ausserdem die Erfordernisse bezüglich der Bestimmtheit des Honorars und der Information über seine Existenz. Die Erklärung im Prospekt kann demnach die vorstehend beschriebene Informationspflicht der Bank gegenüber ihrem Kunden über das Honorar ersetzen.

3. Vertriebsträger verkauft auf Rechnung der Fondsleitung Fondsanteile an eine Bank, einen Vermögensverwalter oder direkt an einen Kunden

3.1 Privatrecht

Der reine Fondsvertrieb wird in der Regel von einer Bank getätigt. In diesem Fall kommt oft vor und nach der Vermittlung des Fondsanteils Auftragsrecht

²⁷ *Abegglen* (Fn. 9), S. 132; zu diesen Vertriebsleistungen gehören unter anderem, die Abgabe und das Vorrätighalten verschiedener Dokumente, die im Zusammenhang mit dem Fondsvertrieb stehen, die Vornahme von Abklärungen über einzelne oder alle Kunden eines Fonds (Know Your Client Checks), unter Umständen Abklärungspflichten bezüglich Geldwäscherei oder anderen regulatorischen Pflichten sowie die Lieferung von Know-how oder eine eigentliche Mitwirkung bei der Strukturierung von Fonds und strukturierten Produkten.

²⁸ Eine solche Lösung wäre eurokompatibel, da der Kunde über die Art und Weise der Vergütung informiert und sein bestes Interesse nicht gefährdet wäre. Die Tätigkeit der Bank ergeht vielmehr im Interesse des Kunden und die Bestandespflegekommission bezweckt die Verbesserung der Beratungsqualität, indem der Kunde von der Bank laufend informiert wird, Art. 26 Art. lit. b/ii der Richtlinie 2006/73/EG (vgl. Fn. 15).

zwischen der Bank und dem Kunden zur Anwendung. In diesem Fall gelten die unter III.2.1 beschriebenen Verhältnisse. Falls ein reiner Vertriebsträger oder eine Bank Kunden wirbt, die mit diesen gar nicht in einem Auftragsverhältnis stehen, ist der Fall aus den nachstehend dargelegten Gründen gleich zu beurteilen.

Sobald die Bank oder der reine Vertriebsträger nicht nur eine Finder's Fee, sondern auch eine aus dem Vermögen des Kunden ausbezahlte Bestandespflegekommission erhält, ist davon auszugehen, dass sie über die reine Vermittlungstätigkeit herausgehende Pflichten erfüllen. Denn es liegt auf der Hand, dass die Bestandespflegekommission zur Pflege der Kundenbeziehungen ausbezahlt wird.²⁹ Daraus lässt sich schliessen, dass der Vertriebsträger im Zeitpunkt der Vermittlung des Fondsanteils in ein Rechtsverhältnis mit dem Kunden tritt, das sich vor allem durch die Beratung auszeichnet. Aufgrund dieses Vertragsverhältnisses wird eine Vergütung geschuldet, die von der Fondsleitung entrichtet wird. Somit kann zusammenfassend festgestellt werden, dass die Kommission ein Honorar des Vertriebsträgers bildet, das naturgemäss nicht von der Ablieferungspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR erfasst ist.

3.2 Aufsichtsrecht

Die vorstehend unter III.2.2 gemachten Ausführungen gelten sinngemäss.

IV. Kündigung des Vertriebsvertrags bzw. des Vermögensverwaltungsvertrags

1. Allgemein

Es wurde festgestellt, dass die rechtlichen Verhältnisse zwischen den Parteien bei jeder Form von Vertrieb gleichgestellt werden können. Der grosse Unterschied liegt beim Vertrieb durch den Vermögensverwalter, da dieser, wenn der Kunde auf die Ablieferungspflicht nicht verzichtet, dem Letzteren mangels eines Entschädigungscharakters die Kommission zurückerstatten muss. Bei den anderen Formen des Vertriebs, muss die Kommission, falls eine anderweitige Entschädigung fehlt, als ein von der Fondsleitung ausbezahltes, aber sich aus dem Auftragsverhältnis zwischen dem Vertriebsträger und

²⁹ Vgl. *Luchsinger Gähwiler* (Fn. 6), S. 45.

dem Kunden ergebendes Honorar angesehen werden. Aufgrund dieser Verallgemeinerung ist das nachstehend angewandte Prüfungsschema für die Kündigung immer dasselbe.

2. Grundsätze zur Kündigung

Zu berücksichtigen ist der Vertriebsvertrag zwischen der Fondsleitung und dem Vertriebssträger («Vertriebsvertrag»), der Vertrag zwischen dem Kunden und dem Vertriebssträger («Beratungsvertrag») sowie der Vertrag zwischen dem Kunden und der Fondsleitung («Fondsvertrag»). Jeder Vertrag ist anders geregelt, aber alle dürfen grundsätzlich jederzeit gekündigt werden, da sie vom Auftragsrecht geprägt sind.³⁰

Es wurde bereits erwähnt, dass die Bestandespflegekommission in der Praxis trotz Kündigung des Vertriebsvertrags und sogar des Beratungsvertrags dem Vertriebssträger häufig solange geschuldet bleibt wie der Fondsvertrag besteht. Auf die Zulässigkeit einer solchen Vertragsgestaltung soll nachstehend eingegangen werden.

3. Rechtsfolgen der Kündigung auf die Bestandespflegekommission

3.1 Fondsleitung kündigt den «Vertriebsvertrag»

Die Fondsleitung hat sich verpflichtet, dem Vermögensverwalter die Bestandespflegekommission über die Vertragskündigung hinaus zu bezahlen. Wie vorstehend dargelegt gilt diese Zahlungspflicht als Teil des Honorars des Vertriebssträgers oder des Vermögensverwalters, falls der Kunde auf die Ablieferung gemäss Art. 400 Abs. 1 OR verzichtet hat. Die Fondsleitung hat demnach nicht nur dem Vertriebssträger, sondern auch dem Kunden, die Bezahlung dieses Honorars versprochen. Aus dem Fondsvertrag (Erklärung im Prospekt) und der tatsächlichen Bezahlung der Bestandespflegekommission durch die Fondsleitung kann gefolgert werden, dass die Fondsleitung dem Kunden die Bezahlung dieses Honorars versprochen hat. Aus diesem Grund wirkt sich die Kündigung, solange der Fondsvertrag nicht aufgelöst wird, nicht auf die Fortzahlungspflicht der Fondsleitung aus. Es ist dementsprechend zulässig, eine Fort-

zahlungspflicht über die Kündigung des Vertriebsvertrags hinaus zu vereinbaren.

3.2 Kunde kündigt den Beratungsvertrag

Bei der Kündigung des «Beratungsvertrags» durch den Kunden sind drei Konstellationen möglich. Erstens, der Kunde wechselt den Vermögensverwalter; zweitens, der Kunde wechselt die Bank und drittens, der Kunde gibt der Fondsleitung bekannt, dass er in keinem Rechtsverhältnis mehr mit dem Vertriebssträger steht oder stehen will. In diesem Kontext stellt sich zunächst die Frage, ob dem Kunden im Falle der Kündigung dieses «Beratungsvertrags» ein unmittelbarer Anspruch gegenüber der Fondsleitung auf Bezahlung der Kommission zusteht. Ein solcher muss grundsätzlich verneint werden, da die Fondsleitung frei über das von dem Kunden an die Fondsleitung entrichtete Verwaltungshonorar verfügen darf, sofern nichts anderes im Fondsvertrag vereinbart ist. Sobald die Fondsleitung das Honorar tatsächlich dem Vertriebssträger bezahlt, erklärt sie sich stillschweigend bereit, dieses Honorar zu Gunsten des Kunden zu bezahlen, weshalb sie nicht mehr völlig frei über diesen Teil der Verwaltungskommission verfügen kann. Die beschränkte Freiheit der Fondsleitung heisst noch nicht, dass der Kunde für sich selbst die Kommission beanspruchen kann. Aus der heutigen Praxis bezüglich des Prospekts und des Kollektivanlagevertrags lässt sich kein unmittelbarer Anspruch des Kunden ableiten.

Wenn der Kunde keinen direkten Anspruch auf die Kommission geltend machen kann, stellt sich die Frage, ob die Fondsleitung beim Wegfall des Rechtsgrunds für die Bezahlung der Kommission (Kündigung des Beratungsvertrags) diese weiter bezahlen muss oder darf.

Falls der Vertriebssträger keine Leistung mehr im Zusammenhang mit der Verwaltung (im weiteren Sinn) eines Fondsanteils eines bestimmten Kunden erbringt, liegt kein Rechtsgrund mehr für die Bezahlung einer Bestandespflegekommission vor. Allenfalls lässt sich die Weiterbezahlung der Bestandespflegekommission trotz Wegfall des ursprünglichen Rechtsgrundes mit dem Schenkungswillen des Kunden erklären, allerdings müsste ein solcher schriftlich beurkundet werden.³¹ Somit entfällt der Anspruch

³⁰ Art. 404 Abs. 1 OR.

³¹ Art. 243 Abs. 1 OR.

des Vertriebsträgers auf Bezahlung der Bestandespflegekommission hinsichtlich eines bestimmten Kunden mit der Auflösung des relevanten Beratungsvertrages. Dies bedeutet noch nicht, dass die Fondsleitung die Bezahlung der Kommission auch tatsächlich einstellen wird, da dies zu einer Kündigung des gesamten Vertriebsvertrags führen könnte. Dessen Aufrechterhaltung liegt aber meist im Interesse der Fondsleitung, was erklärt, weshalb sich diese dem Risiko einer Kündigung nicht aussetzen will. Denn in der Praxis sind es meist die Banken, welche in der Rolle der Vertriebsträger agieren und somit die stärkere Partei sind, was dazu führt, dass es meist zur freiwilligen Weiterbezahlung der Bestandespflegekommission kommt. Diese Praxis ist zulässig, da der Kunde, wie vorstehend festgestellt, keinen Anspruch auf die Bestandespflegekommission hat.

3.3 Kündigung des Beratungsvertrags und des Vertriebsvertrags

Im Falle der Kündigung des Beratungs- und des Vertriebsvertrags signalisieren der Kunde und die Fondsleitung, dass sie nicht weiter mit dem Vertriebsträger arbeiten wollen. Gemäss praxisüblicher Vertragsgestaltung bleibt die Fondsleitung der Kommission zahlungspflichtig. Im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist zunächst festzustellen, dass eine ewige Kommission auf das z.B. von dem Mäkler gehäufte Vermögen gegen zwingend schweizerisches Recht verstösst. Die Fortzahlung der

Kommission könnte als Entschädigung für die Tätigkeit des Vertriebsträgers in Analogie an die Kundenentschädigung gemäss Agenturvertrag betrachtet werden. Ausserdem könnte sie als Konventionalstrafe für eine Kündigung zu Unzeit gemäss Auftragsrecht interpretiert werden.³² Die Qualifizierung dieses Anspruchs kann nicht abschliessend beurteilt werden, da sie vom Einzelfall abhängt. Es muss allerdings festgestellt werden, dass sich der gemäss der heutigen Vertragsgestaltung im Vertriebsvertrag vorgesehene Anspruch auf Fortzahlung der Kommission als nicht durchsetzbar erweist, weil es sich dabei um eine unzulässige ewige Kommission handelt.

V. Fazit

Von Retrozession kann nur dann gesprochen werden, wenn ein Vermögensverwaltungsvertrag vorliegt und für die Tätigkeiten des Vermögensverwalters bereits eine Vergütung vorgesehen ist.

Wenn die Bank noch keine Vergütung für die Dienstleistungen an den Kunden erhält, kann nicht von einer Retrozession gesprochen werden, sondern nur von einem ordentlichen Honorar.

Wenn die Fondsleitung die Vertriebsvergütung aus irgendeinem Grund nicht mehr weiterbezahlen möchte, dann muss sie den Vertriebsvertrag kündigen. Zusätzlich braucht sie eine Erklärung des Kunden, die auch das Fehlen eines Auftragsverhältnisses zwischen Bank und Kunde bestätigt.

³² Art. 404 Abs. 2 OR; *Rolf H. Weber*, in: Honsell/Vogt/Wiegand, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Auflage, Basel 2007, Art. 404, N 18: eine solche ist zulässig, solange sie keinen Strafcharakter hat.