



# Die auftragsrechtliche Ablieferungspflicht im Dreiecksverhältnis – einige kritische Aspekte

Das Bundesgericht hat sich in einer Entscheidung (vgl. BGE 132 III 460, TREX 1.2007, S. 39ff) mit der Konstellation der externen Vermögensverwaltung auseinandergesetzt. Der Entscheidung hat in Bezug auf die Thematik der Retrozessionen und der Ablieferungspflicht einige Fragen geklärt. Andere Fragen blieben aber offen, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen.

## 1. Einleitung

Die in Art. 400 Abs. 1 OR statuierte auftragsrechtliche Ablieferungspflicht ist nach dem Urteil des Bundesgerichts vom 22. März 2006<sup>1</sup> v.a. im Zusammenhang mit der Ausrichtung von sog. «Retrozessionen» Gegenstand kontroverser Diskussion geworden.

In vorgenanntem Urteil hatte das Bundesgericht – vereinfachend zusammengefasst – folgenden Fall zu beurteilen:

Der Kunde («A») eines Vermögensverwalters («B») hatte seine Vermögenswerte bei einer Bank («Bank C») deponiert. Im Rahmen der

Vermögensverwaltung erhielt B von der Bank C für jede Transaktion, welche B mit dem Vermögen des A tätigte, Gelder (sog. Retrozessionen): Die Bank C führte einen Teil der von ihr mit Courtagen auf Vermögenstransaktionen erwirtschafteten Erträge an B ab. B vereinnahmte diese Erträge und leitete sie nicht an den Kunden weiter. Das Bundesgericht stellte fest, dass A gegenüber B aufgrund der auftragsrechtlichen Ablieferungspflicht einen Herausgabeanspruch in Bezug auf diese Retrozessionen habe.

Die sog. externe Vermögensverwaltung ist ein Dreiecksverhältnis, wie sie in der Praxis in den

verschiedenen Bereichen anzutreffen sind. Ein solches Dreiecksverhältnis kann zu problematischen Situationen führen – dies insbesondere dann, wenn eine der Parteien zu einer anderen in einem Treueverhältnis steht und die Interessen dieses Auftraggebers wahren muss, gleichzeitig aber noch eigene Interessen oder Interessen einer dritten Partei verfolgt. Es entstehen Interessenskonflikte: Die beauftragte Partei kann dazu neigen, die Interessen des Auftraggebers zu vernachlässigen. Ein solcher Interessenskonflikt wird verschärft, wenn ein Beauftragter von einer dritten Partei umsatzabhängige Zuwendungen erhält. Dann besteht die

Gefahr, dass der Beauftragte seine Treuepflicht gegenüber dem Auftraggeber vernachlässigt und bestrebt ist, möglichst viel Umsatz zu generieren, um einen möglichst hohen Eigengewinn zu erwirtschaften.

Die im Auftragsrecht normierte Ablieferungspflicht will hier ein Regulativ bilden: Wer einen Auftrag für einen Auftraggeber ausführt, soll dabei – abgesehen vom Entgelt, das er vom Auftraggeber erhält – weder gewinnen noch verlieren. Wenn dem Beauftragten der Anreiz für ein Abweichen von den Interessen des Auftraggebers genommen wird, so wird der Interessenskonflikt gebannt: Weiss der Beauftragte, dass er ohnehin alles, was er im Zusammenhang mit dem Auftrag von einem Dritten erhält, abliefern muss, so wird dem Beauftragten der «Anreiz» genommen, eigene Gewinninteressen zu verfolgen.

In der Praxis lässt sich erkennen, dass der Mechanismus der Ablieferungspflicht zwecks Vermeidung potenzieller Interessenskonflikte an Grenzen stösst oder aber der wirtschaftlichen Interessenslage nicht immer gerecht wird. Die nachfolgenden – nicht abschliessenden – Ausführungen sollen einige problematische Aspekte aufzeigen:

## 2. Schwierigkeiten in der Praxis nach dem Entscheid des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat sich im eingangs erwähnten Entscheid mit der Konstellation der externen Vermögensverwaltung auseinandergesetzt. Der Entscheid hat in Bezug auf die Thematik der Retrozessionen und der Ablieferungspflicht einige Fragen geklärt. Andere Fragen blieben aber offen, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen:

### 2.1. Der Herausgabeverzicht bei der externen Vermögensverwaltung

Der Entscheid hat klar gemacht, dass ein externer Vermögensverwalter ihm von der Bank ausgerichtete Retrozessionen und Finder's Fees dem Kunden abliefern muss. Ein Verzicht auf die Ablieferung von Retrozessionen ist zulässig. In der Praxis zeigt sich, dass die Möglichkeit des Verzichts Fragen aufwirft: Das Bundesgericht führte an, dass der Auftraggeber über zu erwartende Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert sein muss, und dass sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus einer zwischen ihm und dem externen Vermögensverwalter geschlossenen Vereinbarung entsprechend klar hervorgehen muss.<sup>2</sup> Weiter müsse der Kunde die Faktoren kennen, welche die Höhe der tatsächlich anfallenden Retrozessionen und Finder's Fees beeinflussen,

namentlich die Anzahl getätigter Geschäfte und die Vereinbarung über die Höhe derartiger Entschädigungen zwischen dem Vermögensverwalter und der Bank.<sup>3</sup>

Die Praxis scheint sich mit dieser Formulierung des Bundesgerichts schwer zu tun. Es bestehen Unklarheiten darüber, welchen Anforderungen ein Verzicht zu genügen hat:

Ein stillschweigender Verzicht des Kunden wird in der Lehre z. T. nicht ausgeschlossen, sofern der Kunde die Höhe der Retrozessionen als Höchstbetrag in Prozenten des verwalteten Vermögens oder in einer anderweitig leicht nachvollziehbaren Formel kennt.<sup>4</sup>

Ein ausdrücklicher Verzicht soll zulässig sein, wenn der Kunde über den Umstand, dass dem externen Vermögensverwalter Retrozessionen zukommen, aufgeklärt wird und dem Kunden angeboten wird, auf Wunsch vor dem Verzicht genauere Auskunft über die Zusammensetzung und die mutmassliche Höhe der Retrozessionen zu erteilen.<sup>5</sup>

Anderorts wird verlangt, dass der Kunde über den konkreten Retrozessionssatz – gegebenenfalls im Rahmen einer Bandbreite –, über das mutmassliche Transaktionsvolumen und die Anzahl der Transaktionen aufgeklärt werden müsse, bevor er verzichtet.<sup>6</sup>

Weiter ist die Meinung zu finden, dass ein Verzicht gültig erfolgen kann, wenn der Auftraggeber weiss, mit welchen Partnern der Vermögensverwalter Abreden getroffen hat, um die Grössenordnung der erwarteten Rückvergütungen im Verhältnis zum Honorar des Vermögensverwalters weiss und die Grössenordnung der Rückvergütungen betreffend die verschiedenen Partner und Produkte im Verhältnis untereinander kennt.<sup>7</sup>

Die Meinungen gehen auseinander. Der Umstand, dass im Zusammenhang mit dem Verzicht Unklarheiten bestehen erstaunt nicht. Die Frage, wie viel der Auftraggeber wissen muss, hängt davon ab, wie gross die Gefahr eines Interessenskonflikts ist und wie die Parteien damit umgehen:

Die Herausgabepflicht greift, wenn durch Zuwendungen Dritter die Gefahr eines Interessenskonflikts hervorgerufen wird. Sie soll gewährleisten, dass der Beauftragte nur die Interessen des Auftraggebers wahrnimmt. Das Prinzip schützt den Auftraggeber. Wenn er über Interessenskonflikte nicht aufgeklärt wird, soll er nicht zu Schaden kommen. Ein allfälliger Schaden wird gemindert, wenn der Beauftragte dem Auftraggeber alles Erlangte abliefern muss.

Das Konzept wirft die Frage auf, wann denn eine solche «Interessenskonflikts-Gefahr» besteht und wie detailliert der Auftraggeber aufgeklärt werden muss, bis er die Gefahr erkennt, selbst richtig einschätzen und einen Entscheid

treffen kann. Gilt der gleiche Massstab, wenn die Gefahr eines Interessenskonflikts gering oder gross ist? Letztlich dürfte es für die Anforderungen an einen Verzicht keine abschliessenden Kriterien bzw. Anforderungen geben, sondern nur eine Richtlinie: Je geringer die Gefahr, desto knapper kann die Information ausfallen und umgekehrt. Am «sichersten fährt» der Vermögensverwalter, wenn er transparent, unaufgefordert und umfassend informiert, bevor der Kunde verzichtet. Das Risiko, dass der Verzicht dann ungültig ist, wird dadurch minimiert.

Die offenen Fragen zeigen letztlich, dass die Gefahr von Interessenskonflikten, die Rechenschafts- und die Ablieferungspflicht eng miteinander verknüpft sind. Diese Verknüpfung wird im Zusammenhang mit sog. Sondervorteilen noch deutlicher:

## 2.2. Sondervorteile

### 2.2.1. Gewährung von Sondervorteilen

Nicht nur im Zusammenhang mit einem nennenswerten Zusatzeinkommen des Beauftragten in Form von Geld kann das Problem eines Interessenskonflikts auftreten – auch die Gewährung von Sondervorteilen kann dazu führen, dass sich der Beauftragte von eigenen Interessen leiten lässt und die Interessen des Auftraggebers vernachlässigt:

Externe Vermögensverwalter sind für Bankinstitute interessante «Grosskunden». Die Vermögensverwalter führen der Bank Neugelder zu, tätigen Transaktionen, auf welche die Bank Gebühren erhebt und nehmen der Bank erst noch Aufwendungen ab, da sie die Betreuung und Beratung von Kunden vornehmen. Dementsprechend sind Bankinstitute daran interessiert, Vermögensverwalter und deren Kundentamm zu akquirieren. Banken stellen Vermögensverwaltern deshalb besondere Dienstleistungen zur Verfügung oder gewähren anderweitige Sondervergütungen.

Im Finanzdienstleistungsmarkt findet sich eine reichhaltige Palette von Dienstleistungen, welche Bankinstitute externen Vermögensverwaltern bieten. Die Dienstleistungen reichen von persönlicher Beratung durch Spezialistenteams, dem Zugriff auf spezielle elektronische Applikationen und EDV-Tools, der Übermittlung von aktuellen Wirtschafts- und Marktinformationen bis hin zu weitergehenden Beratungsleistungen (bspw. Erb- und Steuerrecht). Ein externer Vermögensverwalter kann somit eine breite Palette von weiteren Dienstleistungen nutzen, welche einem «normalen» Bankkunden vorbehalten bleiben.

Durch die Gewährung solcher Sondervorteile wird ein Anreiz für den Vermögensverwalter geschaffen, seine Kunden zu motivieren, ihre Gelder bei einem bestimmten Bankinstitut anzule-

gen oder von diesem Bankinstitut nicht abziehen. Der Vermögensverwalter kann dazu neigen, das Bankinstitut anzuwählen, welches ihm die besten Vorteile gewährt. Aus Sicht des Kunden muss dies aber nicht zwingend vorteilhaft sein. Sind die entsprechenden Gebühren des Bankinstituts bspw. nicht marktkonform oder ist der Service der betreffenden Bank schlechter als derjenige eines anderen Instituts, so ist die Wahl des betreffenden Bankinstituts nicht im Interesse des Kunden.

### 2.2.2. Ablieferung von Sondervorteilen?

Es stellt sich deshalb die Frage, ob auch hier die Ablieferungspflicht wieder als Regulativ greift, um solche Interessenskonflikte zu unterbinden: Grundsätzlich muss der Beauftragte dem Auftraggeber alles abliefern, was er von einem Dritten erhalten hat, sofern die Zuwendung einen inneren Zusammenhang zum Auftrag aufweist.

Gegenstand der Herausgabepflicht sind Sachen und Rechte, die der Beauftragte von Dritten erhalten hat.<sup>8</sup> Darunter fallen nicht nur Gelder, sondern auch Wertpapiere, Urkunden und Geräte sowie Materialien aller Art. Darüber hinaus erstreckt sich der Herausgabensanspruch des Auftraggebers auch auf obligatorische Rechte, Eigentum und Besitz an beweglichen Sachen und Grundstücken, Nutznießungsrechte, Früchte und Zubehör. Der Beauftragte hat dem Auftraggeber selbst Dinge, denen nur emotionale Bedeutung beizumessen sind oder die bloss einen Liebhaberwert aufweisen, herauszugeben. Der Herausgabepflicht unterliegen auch Sondervorteile aller Art, die dem Beauftragten von Dritten gewährt werden.<sup>9</sup>

Die Ablieferungspflicht greift, wenn dem Vermögensverwalter im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens eines Kunden von der Bank entsprechende Sondervorteile gewährt werden und durch die Zuwendung ein Interessenskonflikt geschaffen wird.<sup>10</sup> Sobald die Gefahr eines Interessenskonflikts bejaht werden muss, besteht ein innerer Zusammenhang – die Folge davon ist die Ablieferungspflicht.

Im Zusammenhang mit solchen Sondervorteilen zeigt sich aber, dass die Konzeption der Herausgabepflicht als Regulativ zur Unterbindung von Interessenskonflikten nur beschränkt tauglich ist:

Richtig ist, dass die Gewährung von Sondervorteilen dazu führen kann, dass ein Interessenskonflikt entsteht. Richtig ist aber auch, dass gerade die Nutzung solcher Sondervorteile im Interesse des Kunden liegen kann: Erhält der Vermögensverwalter bspw. Unterlagen mit wirtschaftlichen Analysen, Zugriff zu speziellen EDV-Tools und weitere Beratungsdienstleistungen, so nützt dies dem Kunden letztlich indi-

rekt, bzw. so ist dies u.U. überhaupt erst eine Voraussetzung, damit der Vermögensverwalter seinen Auftrag gegenüber dem Kunden erfüllen kann.

Die Konzeption der Herausgabepflicht als Regulativ scheint zu versagen: Wenn die Nutzung solcher Sondervorteile (auch) im Interesse des Kunden liegt, die Gewährung des Sondervorteils an sich aber gleichzeitig die Gefahr eines Interessenskonfliktes schafft, liegt eine Art «Patt-Situation» vor. Die Rechtsfolge «Herausgabepflicht» ist nicht angemessen und es fragt sich, wie die Herausgabe praktisch überhaupt zu erfolgen hätte.

Die Grenze, ob Nutzen für den Kunden oder Gefahr für den Kunden überwiegen, ist schwierig zu ziehen. Die Konzeption der Herausgabepflicht ist auf die Unterbindung jeglicher Interessenskonflikte ausgerichtet. Die Herausgabepflicht garantiert die Treuepflicht indem sie jeden Anreiz zur Verfolgung von auftragsfremden Interessen vernichtet. Durch dieses verordnete Einheitsinteresse besteht für das Auftragsrecht eine Rechtslage, die zumindest theoretisch keine Interessenskonflikte kennt.<sup>11</sup> Dieser theoretische Ansatz lässt sich in der Praxis aber nicht umsetzen: Sondervorteile können einen Interessenskonflikt hervorrufen – können aber gleichzeitig auch den Interessen des Auftraggebers dienen. Wenn der Beauftragte auch das abzuliefern hätte, was dem Auftraggeber nützt, solange es der Vermögensverwalter hat, dem Auftraggeber aber nichts mehr bringt, sobald er es hat, ist diese Rechtsfolge unsinnig.

Mögliche Interessenskonflikte im Dreiecksverhältnis müssen nicht zwingend zur Schädigung einer Partei führen. Es kann durchaus der Fall sein, dass die Beteiligten unterschiedlich gerichtete Interessen haben – dennoch profitieren aber alle involvierten Parteien. Die Herausgabepflicht soll nicht greifen, wenn die Möglichkeit von Interessenskonflikten wohl besteht – der Auftraggeber aber gleichzeitig profitiert.

Eine praktikable Lösung liegt im angemessenen Umgang mit Interessenskonflikten.<sup>12</sup> Die Vermeidung von Interessenskonflikten ist eine Folge der Treuepflicht des Beauftragten, wie sie in Art. 398 Abs. 2 OR normiert ist. Der Beauftragte haftet, dem Auftraggeber für den Schaden, welcher dem Auftraggeber entsteht, wenn der Beauftragte die Treuepflicht verletzt. Nützt ein Sondervorteil dem Auftraggeber, besteht aber gleichzeitig die (potenzielle) Gefahr eines Interessenskonflikts, so kann eine allfällige Vernachlässigung der Interessen des Auftraggebers durch den Nutzen aufgewogen werden. Ein Schaden ergibt sich ökonomisch betrachtet nicht, wenn sich Nutzen und Gefahr die Wage halten. In solchen Fällen sollte die Herausgabepflicht nur dann greifen, wenn die Gefahr des Interessenskonflikts den möglichen Nutzen

deutlich «übersteigt». Die Herausgabepflicht sollte im Lichte einer Interessensabwägung bejaht oder verneint werden. Ein Konzept, das jeden Interessenskonflikt unterbinden will und stets eine Ablieferungspflicht vorsieht, ist nicht praktikabel.

In Bezug auf Sondervorteile ist die Herausgabepflicht daher problematisch. Ein Regulativ kann hier die Informationspflicht bilden. Besteht die Gefahr, dass ein potenzieller Schaden gegenüber dem Nutzen überwiegt, muss der Beauftragte den Auftraggeber informieren und offenlegen, welche Sondervorteile er von welchen Dritten erhält. Der Kunde kann sich dann entscheiden, ob er den Auftrag beendet oder weiterführt.

## 3. Andere Vertragsverhältnisse

Eine Dreieckskonstellation wie bei der externen Vermögensverwaltung ist auch in anderen Geschäftsbereichen anzutreffen. Problematische Konstellationen liegen vor, wenn ein Beauftragter in einem Auftragsverhältnis mit einem Auftraggeber steht, gleichzeitig jedoch noch als Agent für einen Dritten agiert, welcher dem Beauftragten/Agenten umsatzabhängige Kommissionen entrichtet.<sup>13</sup>

Ein solches Konstrukt ist im Versicherungsgeschäft verbreitet: Ein Kunde mandatiert einen sog. Versicherungsbroker mit der Evaluation der zu versichernden Risiken des Kunden. Der Versicherungsbroker soll den Kunden dann darüber beraten, welche Risiken wie zu versichern sind. Der Kunde hat natürlich ein Interesse daran, dass der Versicherungsbroker die für den Kunden beste Versicherungsvariante zu möglichst kostengünstigen Kosten aufzeigt.<sup>14</sup> Der Versicherungsbroker berät den Kunden dann häufig weiter, d.h., er administriert die Versicherungsverträge, übernimmt für den Kunden Korrespondenz mit der Versicherungsgesellschaft und wickelt für oder mit dem Kunden Schadensfälle ab.<sup>15</sup>

Der Versicherungsbroker erhält ein Entgelt vom Kunden. Gleichzeitig vereinnahmt der Versicherungsbroker jedoch Retrozessionen von der Versicherungsgesellschaft. Die Versicherungsgesellschaft leistet die Retrozessionen aus einem Teil des mittels Erhebung von Versicherungsprämien erwirtschafteten Ertrags. In der Praxis ist es gar häufig so, dass diese Retrozessionen die einzigen Einnahmequellen des Versicherungsbrokers sind, d.h. der Versicherungsbroker verzichtet auf eine Entschädigung durch den Kunden.<sup>16</sup>

Der Versicherungsbroker agiert als Beauftragter des Kunden und hat dessen Interessen treu und sorgfältig zu wahren. Wenn der Versicherungsbroker von der Versicherung Retrozessio-

nen erhält, so sind diese nach Art. 400 Abs. 1 OR grundsätzlich an den Kunden abzuführen: Es besteht die Gefahr des Interessenskonflikts, kann der Versicherungsbroker doch dazu neigen, das Interesse des Auftraggebers an einer möglichst optimalen Versicherungspolice zu vernachlässigen und statt dessen – seinen eigenen Interessen folgend – geneigt sein, einfach die Versicherungslösung derjenigen Versicherung zu empfehlen, welche die höchsten Retrozessionen bezahlt.

Im Lichte von BGE 124 III, S. 481, scheint die Rechtslage in Bezug auf die Ablieferungspflicht jedoch nicht derart klar zu sein: Das Bundesgericht hat dort die Rechtsbeziehung zwischen Versicherungsnehmer und Versicherungsbroker offenbar als Mäklervertrag qualifiziert, was zur Folge hat, dass die Ablieferungspflicht nicht greift.<sup>17</sup>

Gegen diese Qualifikation wird zunächst angeführt, dass ein unentgeltlicher Vermittlungsvertrag kein Mäklervertrag sei. Der Mäklervertrag sei grundsätzlich entgeltlich. Wenn ein Versicherungsbroker somit kein Honorar vom Versicherungsnehmer erhält, so läge ein unentgeltlicher Auftrag vor.<sup>18</sup> Damit aber würde die Ablieferungspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR greifen. Der Versicherungsbroker hätte folglich

seinen mittels Courtagen erwirtschafteten Gewinn dem Versicherungsnehmer herauszugeben. Dies hätte in ökonomischer Hinsicht zur Folge, dass der Versicherungsbroker gar keine Einnahmen erhält.

Das Bundesgericht führte in BGE 124 III, S. 481, weiter an, dass ein Versicherungsbroker, der Retrozessionen erhält, nicht unentgeltlich tätig sei. Er erhalte für seine Tätigkeit Retrozessionen, die wirtschaftlich betrachtet vom Versicherungsnehmer stammen. Das Bundesgericht scheint somit die Auffassung zu vertreten, der Versicherungsbroker werde letztlich «indirekt» vom Versicherungsnehmer bezahlt. Somit läge kein unentgeltliches Tätigwerden vor, weshalb eben doch ein Mäklervertrag angenommen werden könnte.

Gegen die Qualifikation des Verhältnisses zwischen Versicherungsnehmer und Versicherungsbroker als Mäklervertrag wird nun aber weiter angeführt, dass der Versicherungsbroker letztlich nicht nur ein Nachweis- und Zuführungsmakler sei, sondern auch beim Zustandekommen des Versicherungsvertrages mitwirke, mithin eher ein Vermittlungsmakler sei. Die Doppelmäklerei sei für den Vermittlungsmakler aber aufgrund der möglichen Interessenskonflikte nicht zulässig.<sup>19</sup>

Ein Mäklervertrag dürfte dann vorliegen, wenn sich die Tätigkeit des Versicherungsbrokers hauptsächlich auf die Vermittlung von Versicherungsverträgen konzentriert. Erbringt der Versicherungsbroker für den Versicherungsnehmer Beratungs- und Analyseleistungen und übernimmt er die Abwicklung von Schadensfällen usw., so tritt die Vermittlung in den Hintergrund. In solchen Fällen müsste ein Auftragsverhältnis angenommen werden, mithin die Ablieferungspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR bejaht werden. Dies wiederum würde es – wollte man nicht annehmen, es sei Usanz, dass der Versicherungsnehmer auf die Herausgabe von Retrozessionen verzichte – erfordern, dass der Auftraggeber über die Retrozessionen aufzuklären ist, und dann allenfalls auf die Herausgabe verzichtet, ansonsten die Retrozessionen abzuliefern sind. Der Versicherungsbroker, dessen Leistungen sich nicht nur auf die Vermittlung von Versicherungsverträgen konzentrieren, sollte seinen Kunden deshalb über ihm allfällig von Versicherungen gewährte Courtagen und Sondervorteile informieren.

### 3.1. Reisebranche

Eine weitere Konstellation eines Dreiecksverhältnisses ist in der Reisebranche zu beobach-

ten: Reisebüros vermitteln interessierten Kunden u.a. Reiseangebote von Reiseveranstaltern. Das Reisebüro erteilt dem Kunden aber auch Ratschläge und Beratung und nimmt für den Kunden Buchungen vor. Hierfür wird ein Entgelt in Form einer Bearbeitungsgebühr verlangt. Gleichzeitig erhält das Reisebüro für die Vermittlung des Angebots vom Anbieter eine Kommission.

### 3.1.1. Vertrag zwischen Konsument und Vermittler

Auch in solchen Fällen werden zwischen den Parteien verschiedene Verträge abgeschlossen: Zwischen dem Reisebüro und dem Konsumenten besteht ein Reisevermittlungsvertrag, der als Auftrag zu qualifizieren ist und den Normen des Auftragsrechts, die in Art. 394 ff. OR geregelt sind, unterliegt.<sup>20</sup> Der Vermittler ist verpflichtet, den Konsumenten gewissenhaft zu beraten und die einzelnen Leistungen auftragsgemäss zu buchen.<sup>21</sup>

### 3.1.2. Vertrag zwischen Vermittler und Reiseveranstalter

Das Vertragsverhältnis zwischen dem Vermittler und dem Veranstalter qualifiziert als Agenturvertrag oder als Mäklervertrag. Bietet der Vermittler regelmässig Reisen desselben Veranstalters an, dürfte ein Agenturvertrag vorliegen, beim Vermitteln von Einzelgeschäften eher ein Mäklervertrag.<sup>22</sup>

### 3.1.3. Folgen

Ob das Verhältnis zwischen Konsument und Vermittler – wie dargelegt – tatsächlich als Auftrag qualifiziert<sup>23</sup>, scheint insofern fraglich, als dass die Leistung des Vermittlers auf die Vermittlung einer Leistung eines Dritten abzielt. Dies rückt das Verhältnis an sich in die Nähe eines Mäklervertrags, namentlich in die Nähe der Vermittlungsmäklerlei.

Qualifiziert man den Vertrag als Mäklervertrag, gilt es wiederum festzuhalten, dass die Doppel-

tätigkeit für den Vermittlungsmäkler als verboten erachtet wird.<sup>24</sup> Bei der Vermittlungstätigkeit i.S. der Beeinflussung der Gegenpartei zum Abschluss oder gar einer Vorbereitung des Vertragsabschlusses ist eine Kollision der Interessen des Auftraggebers mit denjenigen der Gegenpartei kaum zu vermeiden.<sup>25</sup> Eine Unvereinbarkeit der Interessen ist unweigerlich dann anzunehmen, wenn der Auftraggeber den Preis für das zu vermittelnde Geschäft nicht zum Voraus festlegt, sondern vom Mäkler erwartet, einen möglichst vorteilhaften Preis zu erzielen.<sup>26</sup>

In solchen Fällen ist die Gefahr eines Interessenskonflikts hoch. Qualifiziert der Vertrag zwischen Konsument und Vermittler wie auch der Vertrag zwischen Vermittler und Anbieter als Vermittlungsmäklervertrag, ergibt sich das Problem des Interessenskonflikts. Bestehen Zweifel über die Zulässigkeit der Doppelmäklelei, so hat der Mäkler den Auftraggeber über seine Doppelstellung aufzuklären.<sup>27</sup>

Qualifiziert man den Vertrag zwischen Konsument und Vermittler aber als ein den Regeln von Art. 394 ff. OR unterliegendes Auftragsverhältnis – wie dies das Bundesgericht offenbar gemacht hat – greift die Ablieferungspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR. Es fragt sich dann, ob der Vermittler die Kommission des Veranstalters im Zusammenhang mit der Ausführung des Auftrags des Konsumenten erhält. Wird ein innerer Zusammenhang, d.h. die Gefahr eines Interessenskonflikts, bejaht, greift die Ablieferungspflicht, sofern der Konsument nicht auf die Ablieferung verzichtet.

Will das als Vermittler auftretende Reisebüro die Kommission jedenfalls vereinnahmen, so empfiehlt sich auch hier wiederum die Aufklärung des Konsumenten über den Anfall der Leistung.

## 4. Zusammenfassung

Es kann festgestellt werden, dass es im Rahmen von Dreiecksverhältnissen zahlreiche Unklarheiten in Bezug auf die Ablieferungspflicht

gibt. Personen, die im Rahmen eines Dreiecksverhältnisses tätig sind, empfiehlt es sich, die übrigen Vertragsparteien über die vertraglichen Bindungen und die im Rahmen des Dreiecksverhältnisses erhaltenen Vergütungen aufzuklären. Um solche transparenten Verhältnisse zu schaffen, ist es notwendig, dass die Partei, welche «von zwei Seiten» Vergütungen erhält, sich keinen vertraglichen Geheimhaltungspflichten unterwirft. ■

<sup>1</sup> vgl. BGE 132 III, S. 460.

<sup>2</sup> vgl. BGE 132 III, S. 468.

<sup>3</sup> vgl. BGE 132 III, S. 468 f.

<sup>4</sup> vgl. P. HSU, Retrozessionen, Provisionen und Finder's Fees, in: Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, ZSR-Beiheft 45, (2006), S. 35.

<sup>5</sup> vgl. P. HSU, a.a.O., S. 35 f.

<sup>6</sup> vgl. Th. REIMANN/R. KUHN, Nach dem Retrozessionsentscheid, Konsequenzen für Vermögensverwalter – BGE 4C.432/2005, Der Schweizer Treuhänder, ST 2006, S. 690.

<sup>7</sup> vgl. M. NÄNNI und H. C. VON DER CRONE, Rückvergütungen im Recht der unabhängigen Vermögensverwaltung, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. März 2006 (4C.432/2005), BGE 132 III 460, i.S. Stiftung U (Klägerin und Berufungsklägerin) gegen A (Beklagter und Berufungsbeklagter), SZW 2006, S. 383.

<sup>8</sup> vgl. FELLMANN, Berner Komm. VI/2/4, 192 OR 400 N. 127.

<sup>9</sup> vgl. FELLMANN, Berner Komm. VI/2/4, 192 OR 400 N. 131.

<sup>10</sup> vgl. MATTHIAS NÄNNI und PROF. DR. HANS CASPAR VON DER CRONE, a.a.O., S. 379.

<sup>11</sup> vgl. MATTHIAS NÄNNI und PROF. DR. HANS CASPAR VON DER CRONE, a.a.O., S. 379.

<sup>12</sup> vgl. MATTHIAS NÄNNI und PROF. DR. HANS CASPAR VON DER CRONE, a.a.O., S. 381.

<sup>13</sup> vgl. P. HSU, a.a.O., S. 97.

<sup>14</sup> vgl. P. HSU, a.a.O., S. 83.

<sup>15</sup> vgl. P. HSU, a.a.O., S. 83.

<sup>16</sup> vgl. P. HSU, a.a.O., S. 82.

<sup>17</sup> vgl. BSK OR I, AMMANN, BSK OR I, 412 N 8, P. HSU, a.a.O., S. 84.

<sup>18</sup> AMMAN, a.a.O., 412 N 2, P. HSU, a.a.O., S. 84.

<sup>19</sup> vgl. P. HSU, a.a.O., S. 84.

<sup>20</sup> vgl. SANDRO HANGARTNER, Das neue Bundesgesetz über Pauschalreisen (1997), S. 25; BGE 115 II, S. 477, VITO ROBERTO, BSK OR I, N 8 zu Art. 2 PRG.

<sup>21</sup> vgl. BGE 115 II, S. 477.

<sup>22</sup> vgl. SANDRO HANGARTNER, a.a.O., S. 25, VITO ROBERTO, N 8 zu Art. 2, PRG.

<sup>23</sup> vgl. BGE 115 II, S. 477.

<sup>24</sup> vgl. AMMAN, a.a.O., N 4 zu Art. 415 OR.

<sup>25</sup> vgl. AMMAN, a.a.O., N 4 zu Art. 415 OR.

<sup>26</sup> vgl. AMMAN, a.a.O., N 4 zu Art. 415 OR.

<sup>27</sup> vgl. BGE 111 II, S. 369.