

Retrozessionen: Eine Standortbestimmung

Das Thema der Retrozessionen wird seit längerem kontrovers diskutiert. Mit Urteil vom 30.10.2012 (4A_127/2012) hat das Schweizerische Bundesgericht die 2006 begründete Rechtsprechung (BGE 132 III 460 ff.) konsequent fortgesetzt. In ihrer Mitteilung 41 vom 26.11.2012 verlangt nun die Finma als aufsichtsrechtliche Massnahme, dass die Banken der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Rahmen der laufenden Geschäftstätigkeit durch Offenlegung der Vergütungen umgehend Rechnung tragen.



Von RA Urs Bürgi
Inhaber des Zürcher
Notar-, Grundbuch- und
Konkursverwalter-Patentes
Partner Bürgi Nägeli Rechtsanwälte
Zürich

Ausgangslage:

Dreiecksverhältnis Kunde – externer Vermögensverwalter – Bank
Regelmässig beginnt der Business Case [1.] mit der Absicht eines Kapitalanlagekunden, sein Vermögen durch einen unabhängigen Vermögensverwalter (UVV) anlegen und verwalten zu lassen. Jeder UVV unterhält meistens zu mehreren Banken Beziehungen. Dazu zählen [2.] Retrozessions-Abreden, wonach die Bank dem UVV für die *Zuführung oder Bestandespflege von Kunden und/oder Vermögenswerten* die *Retrozessionen (auch Kickbacks oder Finder's Fees genannt)* beziehungsweise *Bestandes(pflege)kommissionen* verspricht. Der UVV stellt [3.] die Geschäfts-

beziehung zwischen Kunde und Bank für die Eröffnung von Konto und Depot, für Börsentransaktionen und für die Anlage in Finanzprodukten her; die Bank-Vollmachten des Kunden zugunsten des UVV sind zugleich Zuführungsnachweis.

Problematik

Einerseits geht es um die pekuniären Interessen, wem die Retro-Zahlungen zustehen, und andererseits um die aus dem Retro-Anreizsystem resultierenden Interessenkonflikte.

Rechtsnatur, Informations- und Herausgabepflicht, Verzinsung und Verjährung

Für die Entscheidung, wem die Retro-Zahlungen zustehen, ist das Rechtsverhältnis zwischen dem UVV und seinem Kunden massgebend. Dieses «Kunden-UVV-Verhältnis» wird in der Rechtslehre als *einfacher Auftrag* qualifiziert (OR 394 ff.). Für jedes Auftragsverhältnis gilt das Rechenschafts- und Herausgabe-Prinzip. Gemäss OR 400 Abs. 1 hat der Beauftragte grundsätzlich *«auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft*

abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten».

Die Retro-Zahlungen sind vom UVV ab Eingang dem Kunden zu verzinsen (Private: 5% p.a.; Kaufleute: Bankdiskontsatz). Der Retro-Herausgabeanspruch gegenüber dem UVV verjährt 10 Jahre nach Beendigung des Vermögensverwaltungsvertrags (umstritten).

Konsequente Handhabung

In der Praxis wird die Retro-Rechtsprechung für Vermögensverwaltungsmandate auch auf *Anlageberatungsmandate* angewandt. Auch die Banken-Honorierung für die *Bestandespflege* eines bestehenden Kundenportfolios wird gleich behandelt wie die Retrozession für die Neukunden-Zuführung. Ebenfalls herauszugeben sind *Vertriebsentschädigungen aus Finanzprodukten* und *Ausgleichszahlungen im Bankenkonzern* zwischen Schwester-gesellschaften oder Mutter- und Tochtergesellschaften.

Während das Bundesgericht einen *inneren Zusammenhang von Vergütung und Vermögensverwaltungsvertrag* ver-

BÜRGI NÄGELI

Rechtsanwälte

Grossmünsterplatz 9
CH-8001 Zürich
Tel. +41 (0)44 268 40 00
Fax +41 (0)44 268 40 05

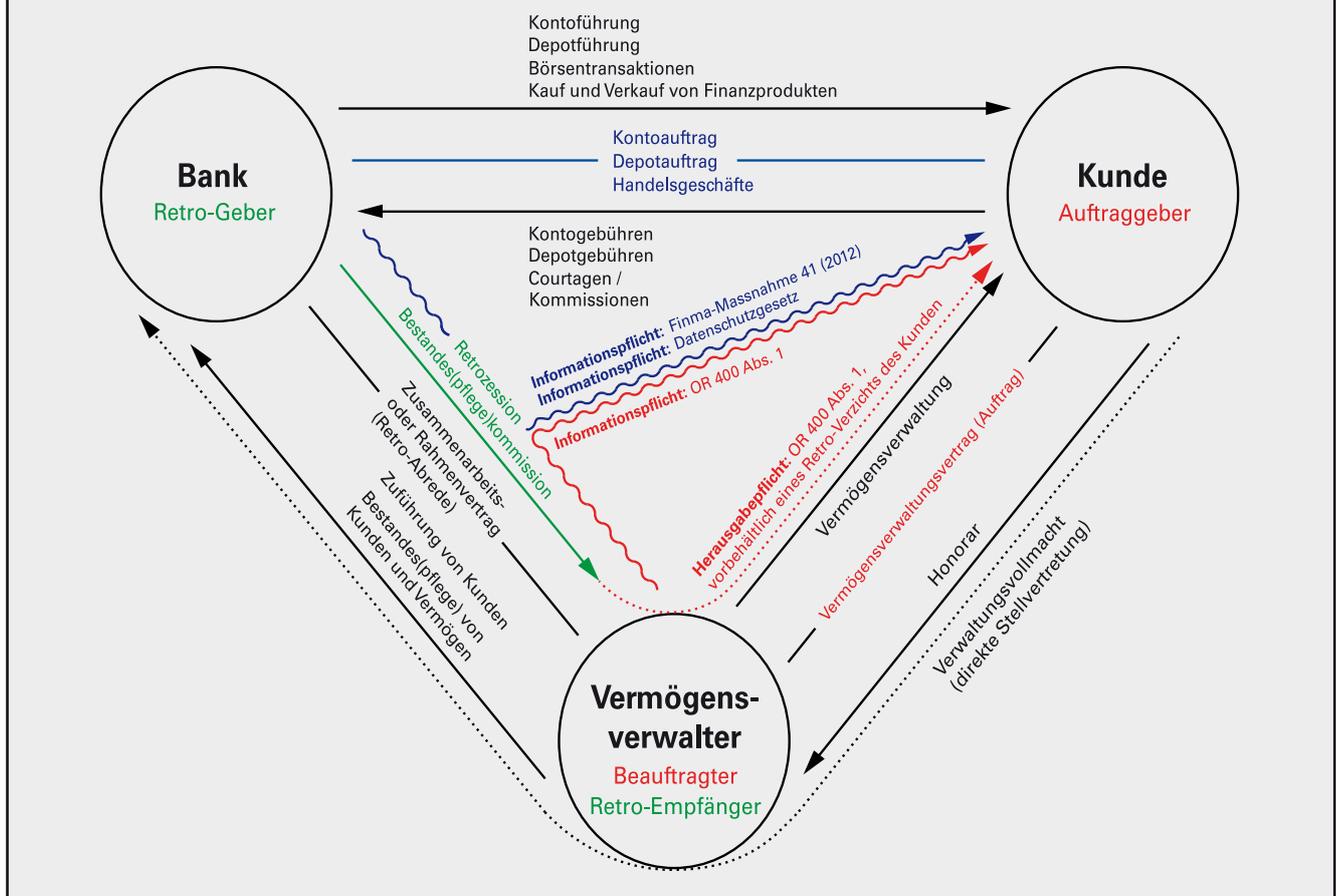
Unsere Kompetenzen und Erfahrungen
erstrecken sich über folgende Fachgebiete:

Standortberatung und Ausländerrecht	Erbrecht und Nachlassplanung
Arbeitsrecht	Immobilien-sachenrecht
Vertragsrecht	Bau-, Planungs- und Umweltrecht
Gesellschaftsrecht/Handelsrecht	Miete und Pacht
Marken- und Urheberrecht	Insolvenz- und Sanierungsrecht
Vertriebsrecht	Öffentliches Recht
Banken- und Versicherungsrecht	Prozessführung/Schiedsgerichtsbarkeit

info@bnlawyers.ch
www.bnlawyers.ch

Weitere Informationen zu unserer Kanzlei finden Sie auf www.bnlawyers.ch

Die Rechtsverhältnisse zwischen Bank, Vermögensverwalter und Kunde



langt, fordert ein Teil der Rechtslehre die Herausgabe der Retro-Zahlungen unabhängig davon, ob eine Kundenzuführung oder Bestandespflege vorliegt oder nicht. Das Bundesgericht bejaht den inneren Zusammenhang bei Zuwendungen Dritter, wenn die Gefahr besteht, dass der Beauftragte die Kunden-Interessen nicht ausreichend berücksichtigen könnte.

Retro-Verzicht

Bei der Beurteilung des Verzichts auf die Retrozessionen-Erstattung durch den Anlagekunden hat sich nichts geändert: Es wird – wie für Verzichtserklärungen üblich – die Vorauskenntnis der massgebenden Faktoren (Retrozessionssatz, Transaktionsumfang und -volumen, Maximalbetrag) oder eine Bandbreitenbekanntgabe verlangt.

Bankenpflichten und -risiken in der Retro-Sache

Die Bank trifft kraft der *Finma-Massnahme 41 (2012)* ab sofort eine Informations- und auf Verlangen eine Offen-

legungspflicht bezüglich des Umfangs der Rückvergütungen. Der Kunde kann sich für die Offenlegung zusätzlich auf das Datenschutzgesetz (vgl. BGE 4A_688/2011 vom 17.4.2012) und ggf. auf die Treuepflicht der Bank berufen. Unterlässt die Bank ihre Information, muss sie dem Kunden überdies möglicherweise die Retros ersetzen, die er gegenüber dem UVV (z.B. infolge Liquidation, Konkurs o.ä.) nicht mehr durchsetzen kann.

Latenter Interessenkonflikt

Retrozessionen können infolge ihres volumen- oder retrosatzbedingten Anreizes die Anlageentscheide beeinflussen, so dass die Interessen des Anlagekunden zugunsten jener des UVV und der Bank in den Hintergrund rücken. Solche Interessenkonflikte lassen sich bei der Willensbildung für die Mandatsführung nicht ausblenden. Mit der Retro-Herausgabe entfällt zwar der «Eigenvorteil», nicht aber die Gefahr aus retrobedingten riskanten Anlageentscheiden.

Fazit

1. Banken haben Retro-Abreden und Retro-Zahlungen auf Verlangen offenzulegen.
2. Herausgabepflichtigen Retrozessionen gleichgestellt sind: Kickbacks an Anlageberater, Bestandes(pflege)kommissionen, Vertriebsentschädigungen an Banken aus dem Vertrieb von Finanzprodukten, selbst wenn sie bank(konzern)-intern fließen.
3. Die Retro-Herausgabepflicht des UVV verjährt 10 Jahre nach Mandatsbeendigung.

Weiterführende Informationen

- <http://www.retrozession.ch>
- <http://www.bnlawyers.ch/category/handelsrecht/bankenrecht>
- <http://www.finma.ch/d/finma/publikationen/Lists/ListMitteilungen/Attachments/54/finma-mitteilung-41-2012-d.pdf>

ubuergi@bnlawyers.ch

www.bnlawyers.ch