

Für die Selbstregulierung ist das Feld der Retrozessionen zu weit

Keinerlei Änderung der Standesregeln nach einem Bundesgerichts- urteil vom März 2006

Von Monika Roth*

Im März 2006 hat sich das Bundesgericht zur Frage der Retrozessionen geäussert. Einig ist sich die Finanzbranche seither darüber, dass der Entscheid unmissverständlich die Zahlungsflüsse im Dreiecksverhältnis zwischen Kunde, Bank und externem Vermögensverwalter klarstellt. Über seinen Geltungsbereich dagegen bestehen weiterhin grosse Divergenzen.

Die Selbstregulierung spielt im schweizerischen Finanzmarktrecht eine wichtige Rolle, nicht zuletzt im Bereich der Vermögensverwaltung. Im neuen Finanzmarktgesetz (Finmag) wird sie ausdrücklich rechtlich verankert. Gemäss dem Kollektivanlage-Gesetz kann die Eidgenössische Bankenkommision (EBK) Selbstregulierungen zur Vermögensverwaltung als Mindeststandards anerkennen; Vermögensverwaltungs-Kunden gelten als «qualifizierte Anleger», wenn ihr Vermögensverwalter einer Branchenorganisation angehört, deren Verhaltensregeln und Standardverträge von der EBK anerkannt sind.

Nicht angepasste Standesregeln

Der Verband Schweizerischer Vermögensverwalter (VSV) äussert sich in seinen Standesregeln unter anderem zur Frage der Retrozessionen. Eine Ausführungsbestimmung der geltenden Standesregeln des VSV besagt Folgendes: Sofern ein Mitglied im Zusammenhang mit der Verwaltung oder Anlage von Kundenvermögen Rückvergütungen, Retrozessionen, Gutschriften und andere Leistungen von dritter Seite erhält, so muss der schriftliche Vermögensverwaltungs-Vertrag Bestimmungen darüber enthalten, wem diese Leistungen zukommen und ob dem Kunden darüber Aufschluss erteilt werden muss. Diese und andere Regelungen bilden Gegenstand der Verhaltensregeln des VSV. Dieser Verband hat bei der EBK das Gesuch gestellt, seine Verhaltensregeln «zur individuellen Vermögensverwaltung» als Mindeststandards nach Kollektivanlage-Gesetz anzuerkennen.

Das Bundesgericht hat festgehalten, dass der Kunde gegenüber seinem Vermögensverwalter auf die Herausgabe der Retrozessionen verzichten kann, wobei er vorgängig über den Bezug von Retrozessionen aufgeklärt worden sein muss, und zwar in einer Weise, die es ihm erlaubt, die Höhe der Retrozessionen wenigstens abzuschätzen. Das folgt einer industriellen Logik: Der Kunde kann nicht gleichzeitig auf die Rechenschafts-ablage und auf die Herausgabe der Retrozessionen verzichten, sondern er nimmt das eine nach dem anderen in dieser Reihenfolge vor.

Obschon die Branche bereits rund zehn Jahre vor dem fraglichen Bundesgerichtsentscheid aufgrund von Publikationen wusste, dass diese Zahlungsflüsse problematisch sind, wurden keine Bemühungen im Rahmen der Selbstregulierung unternommen, um diese Frage zu lösen. Es ist offenkundig, dass die Standesregeln des VSV, die auch nach dem Bundesgerichtsentscheid von 2006 keinerlei Änderungen erfahren haben, dem Grundgedanken des Obligationenrechts und dem

Bundesgericht widersprechen. Von Bankenseite wurde vor und nach dem Richterspruch aus Lausanne nichts in die Wege geleitet, um für die Branche die Zusammenarbeit mit externen Vermögensverwaltern einheitlich zu regeln. Spricht man mit Bankenvertretern und weist sie auf die Problematik der Standesregeln des VSV hin, so wird erklärt, dass die Vermögensverwalter mit ihren betreuten Kundengeldern zu einer anderen Bank wechselten, wenn man die Zusammenarbeit so ablehne. Die einzelne Bank könne das nicht lösen.

Bestünde nun die Bankenbranche insgesamt im Rahmen eines Verhaltenskodexes auf einer rechtskonformen Regelung, würde diese Argumentation ihres Sinnes entleert. Weiter würde ein Haftungs- und Reputationsrisiko für den Finanzplatz und die einzelnen Bankinstitute aus der Welt geschafft. Von der EBK wären diesbezüglich klare Signale zu erwarten: Die Selbstregulierung spielt ganz generell in ihrem Aufsichtskonzept eine herausragende Rolle. Es ist daher schwer nachzuvollziehen, weshalb vonseiten der Aufsicht diesbezüglich wenig bis nichts zu hören war. Gemäss dem Jahresbericht 2007 plant die Behörde noch immer eine Auslegeordnung.

Retrozessionen an externe Vermögensverwalter sind das eine grosse Problem. Für die Banken dürfte ein weiterer gewichtiger Aspekt in den Zahlungen sein, die sie selbst erhalten. Zu denken ist an den Vertrieb von Anlageprodukten Dritter durch die Bank. Das beschlägt einen bedeutenden Aspekt ihrer Profitabilität. Dabei ist dort keine Transparenz notwendig, wo die Bank berechtigt Entschädigungen bezieht. Kontrovers wird die Frage diskutiert, wann die Entschädigung zu Recht erfolgt. Eindeutig ist dies nur dort, wo ein Execution-only-Geschäft für den Kunden getätigt wird.

Latente Interessenkonflikte

Nach dem hier vertretenen Verständnis muss das Thema der Retrozessionen unter dem übergeordneten Begriff des Interessenkonflikts betrachtet werden. Dies ist auch ein aufsichtsrechtliches Thema, was die EBK – ohne regulatorischen Handlungsbedarf zu orten – im Jahresbericht 2006 erwähnt. Für den Effektenhandel halten die entsprechenden Verhaltensregeln denn auch fest, dass Interessenkonflikte in einem ersten Schritt zu vermeiden sind; dieser Ansatz muss für auftragsrechtliche Verhältnisse insgesamt gelten. Nur, wenn sie nicht vermieden werden können, gelten die weiteren Pflichten der Offenlegung und der Lösungen.

Offensichtlich gehen zum einen die Vorstellungen darüber auseinander, wann ein Interessenkonflikt vorliegt. Zum andern haben die Banken in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) mit ganz unterschiedlicher Qualität versucht, Transparenz über entsprechende Zuflüsse herzustellen: Die einen schaffen überhaupt keine Transparenz und verweisen den Kunden kurz und bündig darauf, dass Interessenkonflikten gemäss internationalen Standards Rechnung getragen werde. Andere wiederum machen Angaben über die Höhe dieser Leistungen. Allen AGB gemeinsam scheint, dass der Kunde zur Kenntnis nimmt und akzeptiert, dass es solche Zuwendungen gibt,

dass er auf eine detaillierte Offenlegung und auf eine Weitervergütung an ihn verzichtet. Eine der Formulierungen lautet beispielsweise: «Sie erklären sich damit einverstanden, dass solche Retrozessionen nicht von der normalen Vergütung der Bank für deren Dienstleistungen abgezogen werden. Die Bank ist nicht verpflichtet, die Form, Art und Höhe zugeflossener Retrozessionen offenzulegen. Sie verzichten hiermit ausdrücklich darauf, dass die Bank Rechenschaft über die Retrozessionen ablegt sowie dass sie diese an Sie weiterleitet.»

Die EBK hat sich im Jahresbericht 2006 mit den AGB befasst und an die Banken die Erwartung definiert, dass sie diese doch als Teil ihrer Geschäftspolitik verstehen mögen und sie kundenfreundlich, transparent und fair formulieren sollten. Mit Blick auf einen allfälligen neuen Art. 20 a OR ist festzuhalten, dass das Verschweigen der Höhe solcher Zuflüsse unter gleichzeitiger «Annahme» des Verzichts durch den Kunden in den einseitig formulierten AGB einige Fragen aufwirft. AGB sind für den einzelnen Kunden faktisch nicht verhandelbar und damit nicht veränderbar. Es ist daran zu erinnern, dass die Idee, das OR mit einem neuen Art. 20 a anzureichern, von der Expertenkommission Schnyder stammt, die im Sommer 2006 einen Vorentwurf für die Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes präsentierte.

Wenig kundenfreundliche Klauseln

Anstatt das Problem der verbraucherfeindlichen Klauseln in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) speziell anzugehen und damit die Versicherungen gegenüber den Banken und anderen Branchen zu diskriminieren und ihnen allenfalls einen Wettbewerbsnachteil zu verursachen, hat die Kommission Schnyder darauf hingewiesen, dass die AVB (und damit die AGB) ein allgemeines vertragsrechtliches Problem sämtlicher Branchen seien und im OR geregelt werden müssten. Bis Ende 2007 hätte ein definitiver Entwurf für die Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) vorliegen sollen. Davon ist bis jetzt nichts zu sehen, und so ist der neue Art. 20a OR nicht unmittelbar anstehend – es sei denn, der Bundesrat nehme das Thema AGB aus der VVG-Totalrevision heraus.

Die Formulierung von Art. 20 a OR mit «Allgemeinen Vertragsbedingungen» lautet:

¹ Bestimmungen in vorformulierten Allgemeinen Vertragsbedingungen sind missbräuchlich und unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligen.

² Eine unangemessene Benachteiligung ist namentlich dann anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundsätzen der gesetzlichen Regelung, von der zu Lasten des Vertragspartners abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

Es bedarf keiner prophetischen Fähigkeiten, um zu erkennen, dass noch einige Arbeit von den Gerichten zu leisten sein wird. Die betriebswirtschaftliche Argumentation der Banken und weiterer Anbieter, so nachvollziehbar sie ist, kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Recht darüber bestimmt, was zulässig ist und was nicht. Darauf sollte sich der Kunde verlassen können.

* Prof. Dr. iur. Monika Roth ist Advokatin, Partnerin der Kanzlei Roth Schwarz Roth in Binningen.