

Recht & Steuern

«Retros» in der Finanzintermediation – die verpasste Chance des Bundesgerichts

Nachdenkliches zum Entscheid 4A_127/2012 und 4A_141/2012 vom 30. Oktober 2012

Von Dr. Christoph Winzeler, Leiter Finanzmarktrecht, Schweizerische Bankiervereinigung



Selten stösst ein Bundesgerichtsentscheid in der «Szene» auf so *streitbare und widersprüchliche Reaktionen* wie dieser. Bankenkritikerinnen und Konsumentenschützer heissen ihn willkommen. Mit gutem Grund weniger begeistert sind Banken und Vermögensverwalter. Die Wissenschaft wiederum ist gespalten – auch das mit gutem Grund angesichts einer Wirklichkeit, deren Komplexität nach Differenzierung ruft¹⁾.

Zahlungen, die eine Bank nicht vom Auftraggeber und Kunden als Honorar, sondern von einem Dritten als «*Retrozession*», *Bestandespflege- oder Vertriebsentschädigung* erhält, sind für das Gericht unerwünscht. Die Bank werde durch sie zur Dienerin zweier Herren: des Kunden, dessen Vermögen sie verwaltet, und des Dritten, dessen Produkte sie dem Kunden ins Depot legt. Das Gericht folgt unreflektiert der Sicht des Gesetzgebers von 1911, wonach der Auftrag typischerweise unentgeltlich war und der Beauftragte eigentlich damit nichts verdienen sollte (Art. 400 OR). Entsprechend ragt das Auftragsrecht aus einer anderen Zeit in die Gegenwart herüber und braucht eine *Mise à jour*. Dazu wird das geplante Finanzdienstleistungsgesetz (Fidleg) eine Chance bieten.

Interessenkonflikte gehören zum Leben, auch in der Wirtschaft, und lassen sich oft nicht vermeiden. Man muss jedoch

mit ihnen umgehen können, ähnlich wie beim Risiko und Risikomanagement. Vertreibt eine Bank Produkte eines Dritten, kann er ihr dafür eine Entschädigung bezahlen. Diese hat mit dem Vermögensverwaltungsauftrag des Kunden wenig zu tun; sie ist das Honorar aus dem Vertriebsauftrag.

In dieser Konstellation sieht das Gericht den unerwünschten *Anreiz für die Bank*, dem Kunden bloss noch Produkte dieses Dritten zu vermitteln. Ohne es zu merken, schafft es dadurch den noch unerwünschteren Anreiz in die Gegenrichtung. Eine Bank nämlich, die für den Vertrieb nicht mehr entschädigt werden darf, könnte ihr Angebot auf eigene, z.B. strukturierte Produkte beschränken. So fließt keine Vertriebsentschädigung mehr, und die Marge kommt ohne Abstriche der Bank zu. Dem Kunden steht dann ein wesentlich kleineres Angebot zur Verfügung. Aus diesem Angebot fallen womöglich ausgerechnet die kundenfreundlichen, sicheren Fondsanteile, denn sie dürfen nur von einem Dritten, nämlich einer Fondsleitung gemäss Kollektivanlagengesetz (KAG) ausgegeben werden. Dadurch verschwindet natürlich der Interessenkonflikt nicht; er steigert sich sogar, wenn die Bank dem Kunden bloss noch eigene Produkte verkauft.

Die Therapie geht am vermeintlichen Problem vorbei; Interessenkonflikte sind nicht aus der Welt zu schaffen, indem man sie verbietet. Es gibt jedoch *Regeln für den Umgang mit ihnen*. Hätte sich das Gericht ihnen gewidmet, wäre das Urteil vielleicht ein Beitrag zur Rechtsentwicklung geworden.

Ein weiteres Problem ist der Zufall, ob die Bank dem Kunden ein bestimmtes Produkt aus Eigenbestand verkauft oder beim Dritten besorgt. Nur im zweiten Fall ist Auftragsrecht anwendbar; die *Bestimmungen über den Kauf* sehen keine Offenlegungs- und Weitergabepflicht vor. Diesen Unterschied, der im Vermögensverwaltungsgeschäft keinen Sinn macht und für den Kunden auch nicht erkennbar ist, verschlimmert das Gericht noch.

An der Lebenswirklichkeit vorbei geht schliesslich die Auffassung des Gerichts, eine *Konzerngesellschaft der Bank* – z.B. ihre Fondsleitung – als Dritte zu behandeln. Dadurch wird die Lücke eines fehlenden Konzerngesellschaftsrechts unnötig vergrössert – kein Ruhmesblatt für das Bundesgericht.

1) In diesem Beitrag nicht behandelt: die Anforderungen an den Verzicht des Kunden und die Frage der Verjährung seines Anspruchs.