

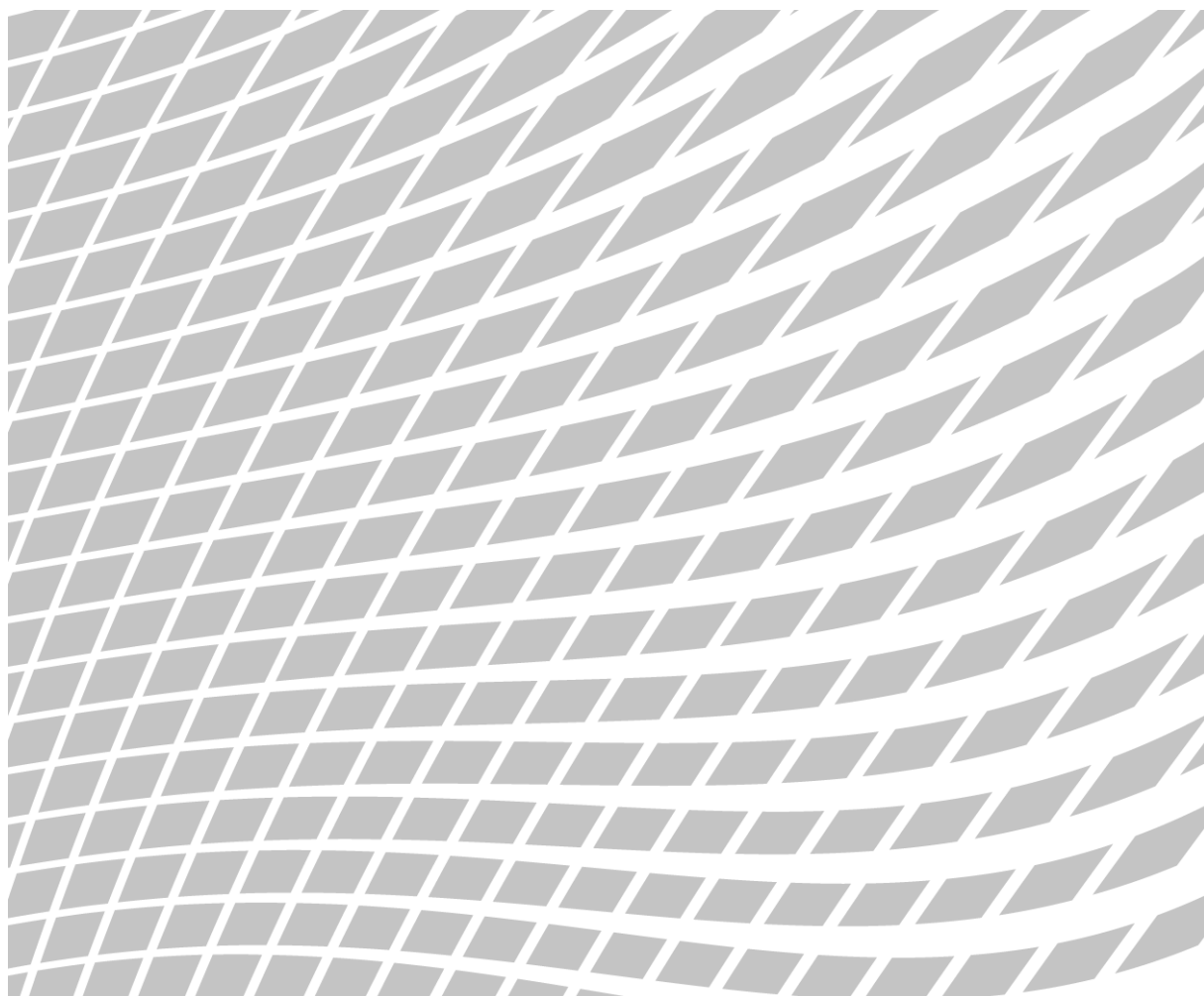
FINMA-Mitteilung 41 (2012) – 26. November 2012

---

# Aufsichtsrechtliche Massnahmen - Retrozessionen

## Banken

---



## Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung .....	3
2	Kernaussagen im Bundesgerichtsentscheid .....	3
3	Zivilrechtliche Durchsetzung von Kundenansprüchen .....	4
4	Aufsichtsrechtliche Massnahmen der FINMA .....	5

## 1 Einleitung

**Bestandspflegekommissionen, die Banken in ihrer Funktion als Vermögensverwalter erhalten, gehören dem Kunden. Dieses Grundsatzurteil hat das Bundesgericht am 30. Oktober 2012 gefällt. Die FINMA ist als Aufsichtsbehörde nicht für die Beurteilung und Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche zwischen Beaufsichtigten und ihren Kunden zuständig. Sie verlangt von den Banken aber aufsichtsrechtlich angemessene Vorkehrungen.**

Banken stehen oft in einem doppelten Vertragsverhältnis: Einerseits führen sie gestützt auf Vermögensverwaltungsverträge für Kunden Wertschriftendepots, in denen sich verschiedene Anlageprodukte befinden. Andererseits bestehen zwischen ihnen und den Anbietern von kollektiven Kapitalanlagen und strukturierten Produkten Vertriebsverträge. Gestützt auf diese Verträge wird von diesen Produktanbietern der Vertrieb an die Banken delegiert. Für den Vertrieb erhalten die Banken sogenannte Bestandspflegekommissionen. Diese sind ein Teil der Verwaltungskommission (Management Fee) und werden nicht für eine Transaktion, sondern für das Halten der Fonds in den Anlageportefeuilles der Kunden an die Banken ausbezahlt.

Nach Art. 400 Abs. 1 OR ist ein Beauftragter verpflichtet, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und dem Auftraggeber alle Vermögenswerte herauszugeben, die in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung stehen. Bereits nach der bisherigen Rechtsprechung umfasste diese Herausgabepflicht Retrozessionen, die einem externen Vermögensverwalter von Dritten zufließen (BGE 132 III 460 und 137 III 393). Nicht geklärt war allerdings die Frage, ob Bestandspflegekommissionen als Retrozessionen qualifizieren und dem Kunden herauszugeben sind. Offen war auch, ob auch Retrozessionen von Konzerngesellschaften herauszugeben sind.

Die zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts hat in einem kürzlich ergangenen Entscheid (Urteil 4A\_127/2012 vom 30. Oktober 2012) diese Fragen bejaht. Das Gericht kam weiter zum Schluss, dass die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Herausgabepflicht von Retrozessionen und Rückvergütungen auch für Banken gelten, die als Vermögensverwalter für ihre Kunden tätig sind, wenn sie für den Kunden Anlagefonds und strukturierte Produkte erwerben und dabei Bestandspflegekommissionen erhalten.

Mit der vorliegenden Mitteilung fasst die FINMA die Anforderungen zusammen, die sich aus aufsichtsrechtlicher Sicht aus dem Urteil für die Beaufsichtigten unmittelbar ergeben.

## 2 Kernaussagen im Bundesgerichtsentscheid

Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde: Gestützt auf einen Vermögensverwaltungsvertrag zwischen der Bank und dem klagenden Kunden, verwaltete die Bank einerseits gegen Entgelt

das Wertschriftenvermögen dieses Kunden, wobei sie das Vermögen des Kunden zu einem wesentlichen Teil in Anlagefonds und strukturierte Produkte anlegte. Andererseits vertrieb die Bank Fondsannteile sowohl für konzernfremde Produkthanbieter als auch für mit der Bank verbundene Konzerngesellschaften. Für den Fondsvertrieb erhielt die Bank Bestandespflegekommission, d.h. einen Anteil der dem Fondsvermögen belasteten Verwaltungskommission, die periodisch von der Fondsleitung erhoben wird.

Dem Urteil sind folgende wichtige Aussagen für das Verhältnis zwischen der vermögensverwaltenden Bank und dem Kunden zu entnehmen:

- Bestandespflegekommissionen von Dritten gehören dem Kunden, sofern ein innerer Zusammenhang der Vergütung mit dem Vermögensverwaltungsvertrag besteht;
- ein innerer Zusammenhang ist bei Zuwendungen Dritter bereits zu bejahen, wenn die Gefahr besteht, der Beauftragte könne sich veranlasst sehen, die Interessen des Kunden nicht ausreichend zu berücksichtigen;
- die Herausgabepflicht besteht auch für konzerninterne Vergütungen;
- eine Verzichtserklärung durch den Kunden auf die Herausgabe der Vergütung ist möglich, sofern die von der früheren Gerichtspraxis entwickelten Grundsätze eingehalten sind.

Das Bundesgericht setzt sich in der Entscheidung nicht vertieft mit der Frage auseinander, ob ein Entgelt, das den Vertriebssträger konkret für seinen Vertriebsaufwand entschädigt, von der Herausgabepflicht ausgenommen ist. Aus verfahrensrechtlichen Gründen enthält das Urteil zudem keine Ausführungen über die Berücksichtigung allfälliger Aufwendungen, welche die Bank als Auslagenersatz geltend machen könnte.

Das Urteil äussert sich nicht zu Beratungsmandaten, welche grundsätzlich ebenfalls dem Auftragsrecht unterstehen. Explizit offen bleibt, ob auch bei „Execution-only“ Beziehungen eine Herausgabepflicht besteht.

### **3 Zivilrechtliche Durchsetzung von Kundenansprüchen**

Es ist nach heutigem Kenntnisstand wahrscheinlich, dass viele Bankkunden vom Urteil des Bundesgerichts betroffen sind. Ebenso wird es Auswirkungen auf zahlreiche Banken haben, die im Zusammenhang mit ihrer Vermögensverwaltungstätigkeit für Kunden Rückvergütungen von Dritten (oder konzernintern) entgegennahmen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Vermögensverwaltungsvertrag zwischen der Bank und dem Kunden als Auftrag (Art. 394 ff. OR) zu qualifizieren. Allfällige Ansprüche auf Herausgabe von Bestandespflegekommissionen müssen daher auf dem zivilrechtlichen Weg geltend gemacht und gegebenenfalls durchgesetzt werden.

## 4 Aufsichtsrechtliche Massnahmen der FINMA

Die FINMA ist als Aufsichtsbehörde nicht für die Beurteilung und Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche zwischen Beaufsichtigten und ihren Kunden zuständig. Die systematische Einhaltung der massgebenden zivilrechtlichen Pflichten durch die Beaufsichtigten ist aber Bestandteil des aufsichtsrechtlichen Erfordernis einer einwandfreien Geschäftstätigkeit, d.h. Banken müssen so organisiert und geführt sein, dass die Einhaltung ihrer vertraglichen Pflichten insgesamt gewährleistet ist.

Von den betroffenen Banken verlangt die FINMA daher folgende Vorkehrungen:

- dem Entscheid des Bundesgerichts ist im Rahmen der laufenden Geschäftstätigkeit umgehend Rechnung zu tragen;
- zur Herstellung der notwendigen Transparenz haben die Banken alle potentiell betroffenen Kunden zu kontaktieren und über den Entscheid in Kenntnis zu setzen;
- im Rahmen der Kontaktaufnahme haben die Banken diese Kunden darüber zu informieren, an welche Stelle innerhalb der Bank sich die Kunden für weitere Auskünfte wenden können;
- die Kunden sind sodann auf Anfrage über den Umfang der erhaltenen Rückvergütungen zu informieren.

Die FINMA wird die durch die Banken ergriffenen und geplanten Massnahmen im Rahmen der ordentlichen Aufsicht prüfen und überwachen. Sie überprüft zudem das FINMA-Rundschreiben 2009/1 (Eckwerte zur Vermögensverwaltung) auf allenfalls notwendige Anpassungen.