

Philipp Haberbeck

Überlegungen zur Retrozessions-Thematik bezüglich Anlageberatungsverhältnisse

Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zur Herausgabepflicht für sogenannte Retrozessionen bezog sich bisher ausschliesslich auf Vermögensverwaltungsverträge. In seinem letzten einschlägigen Leitentscheid stellte sich die Frage nicht, und war deshalb vom Bundesgericht nicht zu beantworten, wie es sich mit der Herausgabepflicht für Retrozessionen bei anderen Vertragsverhältnissen verhält. In diesem Artikel bejaht der Autor die Frage, ob die vom Bundesgericht bezüglich der Herausgabepflicht für Retrozessionen bei Vermögensvertragsverhältnissen entwickelten Grundsätze ebenfalls auf Anlageberatungsverhältnisse anwendbar sind.

Rechtsgebiet(e): Auftrag; Bankrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Philipp Haberbeck, Überlegungen zur Retrozessions-Thematik bezüglich Anlageberatungsverhältnisse, in: Jusletter 4. November 2013

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Das Anlageberatungsverhältnis
3. Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Retrozessionen auf Anlageberatungsverträge?
4. Zusammenfassung

1. Einleitung

[Rz 1] Die vielbeachtete Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zur Herausgabepflicht für sogenannte Retrozessionen bezog sich bisher ausschliesslich auf Vermögensverwaltungsverträge. In seinem letzten Leitentscheid zur Retrozessionsthematik stellte sich die Frage nicht, und war deshalb vom Bundesgericht nicht zu beantworten, wie es sich mit der Herausgabepflicht für Retrozessionen bei anderen Vertragsverhältnissen verhält (BGE 138 III 755, E. 5.5 in fine). In diesem Artikel wird der Frage nachgegangen, ob die vom Bundesgericht bezüglich der Herausgabepflicht für Retrozessionen bei Vermögensvertragsverhältnissen entwickelten Grundsätze ebenfalls auf Anlageberatungsverhältnisse anwendbar sind.

2. Das Anlageberatungsverhältnis

[Rz 2] Bankkunden können zu ihrer Bank grundsätzlich in drei verschiedenen Vertragsverhältnissen stehen: In einer sogenannten «Execution-only-Beziehung», in einem Anlageberatungs- oder in einem Vermögensverwaltungsverhältnis. Je nach Qualifikation des konkreten Vertragsverhältnisses haben die Parteien unterschiedliche Rechte und Pflichten.

[Rz 3] Die «Execution-only-Beziehung» oder reine Konto-/Depot-Beziehung zeichnet sich dadurch aus, dass der Bankkunde die Anlageentscheide selbst trifft, ohne diesbezüglich von der Bank beraten zu werden. Es handelt sich also um das Verhältnis, in dem der Bankkunde sein Portfolio selbst verwaltet und die Bank für seine Wertpapiergeschäfte als «Abwicklungs- und Verwahrstelle» nutzt, ohne von der Bank bezüglich dieser Geschäfte beraten zu werden.

[Rz 4] Das entscheidende Abgrenzungskriterium bezüglich Vermögens- und Anlageberatungsverhältnisse besteht darin, dass die Bank bei der Vermögensverwaltung vom Bankkunden beauftragt und autorisiert wird, im Rahmen der vereinbarten Anlagestrategie und Anlagepolitik sowie allfälliger Spezialinstruktionen¹ selbständige Investitionsentscheide zu fällen, während in einem Anlageberatungsverhältnis der Entscheid über eine Investition nicht von der Bank, sondern vom Kunden getroffen wird, gestützt auf die Beratung der Bank².

¹ Zum Beispiel eine Instruktion, dass die Bank bei der Ausführung des Vermögensverwaltungsmandats gewisse Produktkategorien nicht berücksichtigen dürfe oder immer für eine bestimmte Cashquote zu sorgen habe.

² Siehe z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_444/2012 vom 10. Dezember 2012, E. 3.2.

3. Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Retrozessionen auf Anlageberatungsverträge?

[Rz 5] Die Frage, ob die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Retrozessionen nur für Vermögensverwaltungsverträge gilt oder auch auf Anlageberatungsverträge anzuwenden ist, wird in der Lehre nicht einheitlich beantwortet³.

[Rz 6] Dass es sich beim Anlageberatungsvertrag ebenfalls um einen Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. des Obligationenrechts (OR) handelt, ist unbestritten⁴. Entsprechend unterstehen auch Anlageberatungsverträge insbesondere Art. 400 Abs. 1 OR, auf dem die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Herausgabepflicht für Rückvergütungen basiert⁵.

[Rz 7] Das Bundesgericht leitet die Herausgabepflicht betreffend Retrozessionen aus folgender Überlegung ab:

«Die Herausgabepflicht [gemäss Art. 400 Abs. 1 OR] lässt sich als Konkretisierung der Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR verstehen. Sie **garantiert die Einhaltung der Treuepflicht und stellt insofern eine präventive Massnahme zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers** dar, indem sie der **Gefahr vorbeugt**, der Beauftragte könnte sich aufgrund der Zuwendung eines Dritten veranlasst sehen, die **Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen** [...]»⁶

[Rz 8] Im Lichte der vorstehend zitierten bundesgerichtlichen Ausführungen fragt sich insbesondere, ob der beauftragten Bank in einem Anlageberatungsverhältnis gegenüber ihrem Kunden ebenfalls (so wie im Vermögensverwaltungsverhältnis) eine Treuepflicht obliegt (Frage 1) und ob in einem Anlageberatungsverhältnis ebenfalls die vom Bundesgericht im Zusammenhang mit Vermögensverwaltungsverträgen konstatierte Gefahr von Interessenkonflikten besteht (Frage 2).

[Rz 9] Die Frage 1 ist unproblematisch. Dass auch dem Anlageberater (nicht nur dem Vermögensverwalter) gegenüber seinem Auftraggeber eine Treuepflicht obliegt, ergibt sich direkt aus Art. 398 Abs. OR, und dürfte auch unstrittig sein⁷.

³ Ablehnend z.B. VITO ROBERTO, «Anleger werden ungleich behandelt», in der NZZ Nr. 259 vom 6. November 2012, S. 21; befürwortend z.B.P. CHRISTOPH GUTZWILER in der NZZ Nr. 266 vom 14. November 2012, S. 22, und FABIAN AEPLI / SAYEH HUNZIKER, in Indices, L'AGEFI, Januar 2013, S. 20.

⁴ Siehe z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_444/2012 vom 10. Dezember 2012, E. 3.2.

⁵ Siehe insbesondere BGE 138 III 755 E. 5.3 S. 762 sowie BGE 137 III 393 E. 2.3 S. 397.

⁶ BGE 138 III 755 E. 5.3 S. 762 (Hervorhebungen zusätzlich), ebenso BGE 137 III 393 E. 2.3 S. 397.

⁷ Siehe z.B. BGE 124 III 155 E. 3.a S. 162 («Einen Anlageberater oder Anlagevermittler, der im Hinblick auf die Vermögensverwaltung oder in deren Rahmen tätig wird, treffen neben der erwähnten Aufklärungspflicht auch Beratungs- und Warnpflichten, deren gemeinsame Wurzel in der auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 398 Abs. 2 OR) liegt.»;

[Rz 10] Auch die Antwort auf die zweite Frage liegt nach Auffassung des Autors auf der Hand.

[Rz 11] Aus den vorstehend zitierten Überlegungen des Bundesgerichts geht hervor, dass im Hinblick auf die Herausgabepflicht von Rückvergütungen nicht darauf abgestellt wird, ob konkret die Gefahr eines Interessenkonfliktes vorliegt, sondern dass die abstrakt-generelle Möglichkeit eines Interessenkonfliktes ausreicht. Davon auszugehen, bei der Anlageberatung bestehe das Potenzial für Interessenkonflikte in einem solchen allgemeinen Sinne nicht, wäre weltfremd. Wenn einer Bank dank ihrer Tätigkeit als Anlageberaterin eine Rückvergütung beim Kauf eines Anlageproduktes durch ihren Kunden zufliesst, dann besteht in einem abstrakt-generellen Sinn die Möglichkeit, dass der Faktor «Rückvergütung» einen Einfluss auf die Empfehlungen der Bank als Anlageberaterin hat.

[Rz 12] Ein solcher potentieller Interessenkonflikt besteht insbesondere durch die Zweiteilung in Anlageprodukte ohne (z.B. Aktien als Einzeltitel und physische Edelmetalle) und Anlageprodukte mit Rückvergütungen (Anlagefonds etc.). Ab einem gewissen Mindestbetrag kann zum Beispiel diversifiziert in Aktien und Obligationen entweder direkt durch Einzeltitel oder indirekt in Form eines Anlagefonds investiert werden, und es lässt sich nicht ausschliessen, dass sich ein Anlageberater bei der Evaluation dieser beiden möglichen Vorgehensweisen vom Bestehen oder Nichtbestehen von Rückvergütungen beeinflussen lässt. Dasselbe gilt mit Bezug auf gleiche Kategorien von Anlageprodukten, innerhalb derer Rückvergütungen in unterschiedlicher Höhe anfallen. Wenn der Anlagefonds A eine substantiell höhere Rückvergütung bietet als der Anlagefonds B, ist nicht ausgeschlossen, dass sich ein Anlageberater bezüglich des Entscheids, welchen Anlagefonds er einem Kunden empfiehlt, von diesem Aspekt beeinflussen lässt.

[Rz 13] Im vorliegenden Zusammenhang ist zu bedenken, dass (zumindest in der Vergangenheit) bei einzelnen Banken die Höhe der Vergütung ihrer Kundenbetreuer, die ihren Kunden insbesondere eine Anlageberatung angedeihen lassen, unter anderem davon abhängt, welche Einnahmen die Bank bezüglich der auf den betreffenden Kundenbetreuer geschlüsselten Kundengelder generiert. Koppelt man dies mit dem Umstand, dass bankintern das Bestehen und die Höhe von Rückvergütungen transparent kommuniziert werden dürfte, ist der Boden dafür bereitet, dass sich ein Kundenbetreuer bei der Anlageberatung nicht ausschliesslich von den Interessen seines Kunden, sondern von dem Interesse an

einer (höheren) Rückvergütung leiten lassen könnte, weil diese sich positiv auf seine eigene Vergütung auswirken würde.

[Rz 14] Schlussfolgernd lässt sich nach Auffassung des Autors folgendes festhalten: Das Bundesgericht statuiert im Hinblick auf den Vermögensverwaltungsvertrag den Grundsatz, dass der Vermögensverwalter sich bei seinen Investitionsentscheiden ausschliesslich an den Interessen des Auftraggebers orientieren soll⁸. Dasselbe muss bei der Anlageberatung gelten. So hat das Bundesgericht insbesondere ausdrücklich gefordert, dass sich der Anlageberater an der persönlichen Situation des Kunden orientieren muss⁹. Wenn die Bank als Anlageberaterin einem Kunden nun zum Kauf eines bestimmten Anlageproduktes rät, dann muss sichergestellt sein, dass die Bank bei der Auswahl des geeigneten Produktes effektiv nur die Situation und Interessen des Kunden im Blick hat, nicht jedoch den Aspekt, bei welchem Produkt eine Rückvergütung für die Bank anfällt oder welche Höhe eine Rückvergütung hat. Um diesem potentiellen Risiko von Interessenkonflikten im Bereich der Anlageberatung zu begegnen, sollten die vom Bundesgericht mit Blick auf Vermögensverwaltungsverträge entwickelten Grundsätze zur Herausgabepflicht in gleicher Weise in Anlageberatungsverhältnissen gelten.

[Rz 15] Eine Anwendung der vom Bundesgericht bezüglich Vermögensverwaltungsverträge entwickelten Grundsätze zur Herausgabepflicht von Retrozessionen auf Anlageberatungsverhältnisse bedeutet auch, dass ein aufgeklärter Kunde auf seinen auf Art. 400 Abs. 1 OR gestützten Anspruch verzichten kann. Weil die Bank als Anlageberaterin anders als in ihrer Funktion als Vermögensverwalterin den Kunden jeweils vor Tätigen einer Investition in das von ihr empfohlene Produkt zwangsläufig kontaktieren und über das Produkt umfassend¹⁰ informieren muss, ist für einen gültigen Verzicht auf die einschlägige Herausgabepflicht nach Auffassung des Autors zu verlangen, dass die Bank den Kunden auch über

⁸ Siehe z.B. BGE 138 III 755 E. 5.3 S. 762.

⁹ Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_444/2012 vom 10. Dezember 2012, E. 3.2 («*Le conseil donné par la banque se rapporte à l'opportunité d'effectuer un placement par rapport à la situation personnelle du client. La banque doit donc se renseigner sur cet aspect, et notamment s'enquérir du degré de risque que le client est prêt à assumer [...]*»).

¹⁰ Siehe z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_444/2012 vom 10. Dezember 2012, E. 3.2 («*Comme conseillère en placement, la banque doit renseigner le client sur tous les éléments importants pour la formation de sa volonté [...] L'information donnée doit être exacte, compréhensible et complète [...]*»), und Urteil des Bundesgerichts 4A_274/2011 vom 3. November 2011, E. 6.3 («*L'information donnée doit être exacte, compréhensible et complète [...] La banque doit renseigner sur tous les points propres à influencer la décision de son client [...]*»), oder auch W. FELLMANN, Berner Kommentar, Bern 1992, Rz. 433–434, S. 486 f. («*Gibt [die Bank] Anlageratschläge, müssen ihre Angaben und Erklärungen richtig sein [...]. Dabei hat sie den Kunden über alle Umstände aufzuklären, die für die Entscheidungsbildung von Bedeutung sind [...] Ihre Auskünfte haben überdies vollständig zu sein [...]*»).

Hervorhebung zusätzlich); Urteil des Bundesgerichts 4A_168/2008 vom 11. Juni 2008, E. 2.4 («*En tant que mandataire, le conseiller en placements est ainsi soumis aux devoirs de fidélité et de diligence [...]*»); Urteil des Bundesgerichts 4C.394/2005 vom 29. März 2006, E. 2.3 («*Die Raterteilung im Rahmen eines Auftrags hat unter Beachtung der auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht zu erfolgen [m.w.H.]*»); oder auch Urteil des Bundesgerichts 4C.68/2007 vom 13. Juni 2008, E. 7.1.

das Vorliegen und gegebenenfalls die Höhe von Rückvergütungen informiert.

[Rz 16] Der Autor ist sich bewusst, dass im vorliegenden Kontext verschiedene weitere Fragen einer vertieften Analyse zu unterziehen sind, insbesondere die Frage der Verjährung von Herausgabeansprüchen. Im Gegensatz zu dem in diesem Artikel thematisierten Aspekt könnte sich der Autor vorstellen, dass hinsichtlich der Frage der Verjährung von Herausgabeansprüchen eine differenzierte Behandlung von Anlageberatungs- und Vermögensverträgen gerechtfertigt sein könnte.

4. Zusammenfassung

[Rz 17] Der Autor kommt aus den vorstehend dargelegten Gründen zum Schluss, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Herausgabepflicht von Retrozessionen nicht nur für Vermögensverwaltungsverträge gilt, sondern auch auf Anlageberatungsverträge anzuwenden ist.

Lic. iur. utr. PHILIPP H. HABERBECK ist Rechtsanwalt bei Eversheds in Zürich. Er dankt seinem in Genf tätigen Kollegen Fabien Aepli für wertvolle Hinweise.

* * *