

Tickende Zeitbombe Retrozessionen

Prozesswell blieb bisher aus - Problematik in der Finanzbranche häufig unterschätzt - Befriedigende Lösungen möglich

Von Daniel Fischer und Enzo Caputo

Vor rund einem Jahr fällte das Bundesgericht den Aufsehen erregenden Grundsatzentscheid (BGE 132 III 460) über die Verwendung von Retrozessionen, die üblicherweise bei Vermögensverwaltungen anfallen. In dem entschiedenen Fall hatte der Vermögensverwalter für die Anlage des Kundenvermögens mit verschiedenen Banken Retrozessionsvereinbarungen abgeschlossen. So erhielt er für jede mit dem Kundenvermögen getätigte Transaktion eine Rückvergütung in Form eines Anteils der Bankkommissionen. Zudem nahm er für jede Umplatzierung der Vermögenswerte zu einer anderen Bank, sogenannte «Finder's Fees» ein. Dem Kunden waren diese mit seinem Vermögen erzielten]zusätzlichen Einnahmen des Vermögensverwalters mangels Hinweis im Vermögensverwaltungsauftrag und auch sonst nicht erfolgter Aufklärung während der gesamten Geschäftsbeziehung unbekannt.

Schwieriger Entscheid

Das Bundesgericht vertrat die Auffassung, dass sämtliche mit dem Vermögen des Kunden erwirtschafteten Gelder dem Kunden zustehen. Das Gericht sah in dem Verschweigen gegenüber dem Kunden einen Verstoss gegen die Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten des Vermögensverwalters. Es hielt fest, dass der Vermögensverwalter gestützt auf das Auftragsrecht (Art. 400 Abs. 1 OR) auf Verlangen verpflichtet sei, über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und Einnahmen zurückerstatten muss. Diese Ablieferungspflicht umfasst auch indirekte Vorteile, die infolge der Ausführung des Auftrags von Dritten zukämen. Zu diesen indirekten Vorteilen zählten Finder's Fees, Rabatte, Provisionen, Treuerabatte und andere Anreize. Konsequenz dieses Entscheides ist, dass der Vermögensverwalter sämtliche, in den letzten zehn Jahren einkassierten, Retrozessionen an den Kunden abzuliefern hat.

Der Entscheid des Bundesgerichts ist sinnvoll. Er entspricht dem normalen Rechtsempfinden und steht im Einklang mit der europäischen Rechtsentwicklung. Problematisch ist dagegen die zehnjährige Verjährungsfrist; welche bei Betrug sogar 15 Jahre dauern kann. Die buchstabengetreue Auslegung des Gesetzes zur Verjährungsfrist könnte die Existenz vieler Vermögensverwalter gefährden. Das Bundesgericht hätte eine andere Lösung mit einer kürzeren Verjährungsfrist finden können, was zudem den Marktgegebenheiten des Finanzplatzes Schweiz eher gerecht geworden wäre. Eine denkbare Lösung wäre die Anwendung der fünfjährigen Verjährungsfrist nach OR 128 für periodisch wiederkehrende Leistungen. Es wurde zu wenig beachtet, dass die jährlichen Verwaltungsgebühren in der Schweiz deutlich niedriger angesetzt werden als im Ausland.

Urteil ignoriert

Vor einem Jahr rief das Urteil grosse Schlagzeilen in den Medien hervor. Erwartet wurden Klagewellen und Milliardenforderungen. [ZWITI]<MC>Die erwartete Prozesslawine blieb bisher aus. Zwar ist das Zustandekommen aussergerichtlicher Vergleiche<EN>—<EN>teilweise unter Mitwirkung<EN>der Autoren —<EN>bekannt; wären solche aber massenweise abgeschlossen worden, hätten sich diese, trotz Stillschweigeklauseln, mittlerweile herumgesprochen. Es gibt auch einzelne pendente Prozesse ohne Ausschluss der Öffentlichkeit (vorab in Zürich und Zug); ausserdem werden vereinzelt Lösungen mit Hilfe von Schiedsverfahren gesucht. Rückschlüsse auf die Anzahl von bestehenden oder zu erwartenden Fällen lassen sich noch keine ziehen. Schätzungsweise wird man aber davon ausgehen können, dass in nicht mehr als 5% aller Retrozessionsfälle gestritten wird. Die Gründe hierfür sind vielschichtig. So wird im Private-Banking-Sektor das höchstrichterliche Urteil bewusst ignoriert. Vermögensverwalter und Banken bagatellisieren den Entscheid. Dem Anleger wird, sofern er fragt, fälschlicherweise beschieden, dass das

Bundesgerichtsurteil auf seine spezifische Situation nicht zutreffen. Man hätte ihn schon früher über Retrozessionen aufgeklärt und er habe sowohl auf weitere Informationen, als auch auf deren Erstattung verzichtet. Dass der Verzicht nur gültig ist, wenn der Anleger weiss, auf wie viel er ungefähr verzichtet, wird grosszügig verschwiegen. Solche falschen und ungenauen Aufklärungsversuche gehören heute zum Tagesgeschäft. Diese Aussagen erreichen oft auch das gewünschte Ziel: Die Anleger sind verunsichert und verzichten auf die Durchsetzung ihres Anspruches. Dieses Vorgehen wird zusätzlich dadurch begünstigt, dass die höchstgerichtliche Rechtsprechung für den Laien nicht leicht verständlich ist. Zudem wird auf eine Praxisänderung oder Relativierung des Urteils durch das Bundesgericht spekuliert. So wird behauptet, das höchste Gericht sei sich über die Folgen des Urteils nicht im Klaren gewesen. Dahinter verbirgt sich die Hoffnung, dass die in den Handelsgerichten tätigen Fachrichter aus dem Finanzbereich den Korrekturbedarf wahrnehmen. Es geht also darum, Zeit zu gewinnen. Gegenüber ausländischen Kunden mit nicht deklariertem Geld ist ausserdem die versteckte Drohung, die ausländischen Steuerbehörden könnten im Falle eines Streitverfahrens von den Schwarzgeldern erfahren, äusserst problematisch. Ein solches Vorgehen steht der Nötigung bedenklich nahe.

Börsenlage verhindert Streit

Ein objektiver Grund, weshalb es derzeit nicht zu Streitfällen kommt, ist wohl die gute Börsenlage. Die Anleger sind mit ihrem Vermögensverwalter zufrieden und wollen die fütternde Hand nicht/ZWITIT beissen. Vordergründig scheinen die wenigen beantragten Verfahren diese Verdrängungsstrategie zu bestätigen. Es stellt sich aber die Frage, ob in einem Umfeld mit schlechter Börsenlage, erhöhter Kundensensibilisierung und europäisch bedingten Transparenzfordernissen (Mifid), die Strategie der Verdrängung auch weiterhin bestehen kann und es sich bei den Retrozessionen nicht vielleicht doch um eine tickende Zeitbombe analog den nachrichtenlosen Vermögen handelt.

Wertvollstes Gut des Schweizer Finanzplatzes ist dessen gute Reputation. Diese ist gefährdet, wenn im Ausland der Anschein entsteht, dass sich Schweizer Finanzintermediäre in unsauberer Weise bereichern. Als Anwälte, die dem Finanzplatz gutgesinnt sind und Anleger, Vermögensverwalter sowie Banken beraten und vertreten, wissen wir das nur zu gut. Gerade aus dieser Sicht sind die beschriebenen Strategien kritisch zu hinterfragen. Es ist höchst befremdend und gefährlich, wenn Finanzkreise den Bundesgerichtsentscheid ignorieren und so eine neue populistische «Kapitalismuskritik» auslösen. Als Bumerang könnte sich das nötige Spiel mit dem ausländischen Fiskus, ist doch infolge dieses Entscheids auch den Schweizerischen Steuerbehörden nicht entgangen, dass Vermögensverwalter selbst oft ihre einkassierten Retrozessionen nicht versteuern.

Das Aussitzen des Problems ist keine Lösung. Vielmehr birgt es ein latentes Gefahrenpotential, denn die Zeit läuft nicht nur für, sondern auch gegen die Vermögensverwalter. So sind heute schon erste Fälle bekannt, in denen leitende Angestellte, die eine Vermögensverwaltungsgesellschaft verlassen, um eine eigene Firma zu gründen, die früheren Kunden über das «Retrozessionsproblem» aufklären und zum Streit ermuntern, um sie als Kunden für ihr neues Unternehmen zu gewinnen. Auch im Hinblick auf die vom Bundesgericht festgelegte lange Verjährungsfrist ist das «Aussitzen» wohl kaum ein geeignetes Instrument, um sich allfälligen Ansprüchen von Kunden zu entziehen. Die lange Verjährungsfrist ermöglicht es nämlich auch zum Beispiel Erben des Kunden, die kaum eine persönliche Beziehung zum Vermögensverwalter pflegen, ihre Forderungen rücksichtslos durchzusetzen.

Es besteht darüber hinaus auch noch die Gefahr, dass Retrozessionsprozesse im Ausland geführt werden (Konsumentenschutzgerichtsstand kraft Lugano-Abkommen, siehe Hanseatisches Oberlandesgericht, Az.: 4U156-03). Unter Umständen winken den Grossbanken im Fondsbereich sogar Classaction Prozesse in den USA. Grosse amerikanische Anwaltsfirmen haben uns um fachliche Unterstützung und Beteiligung an Sammelklagen ersucht, was wir aber aus grundsätzlichen Erwägungen abgelehnt haben

Neue Urteile in Deutschland

In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass deutsche Richter Anleger viel umfassender schützen als dies in der Schweiz der Fall ist (vgl. z.B. Bundesgerichtshof, Urteil vom 19. Dezember 2006). So auch in einem neuen Urteil des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, welches einem Anleger sogar den entgangenen Kapitalgewinn zugesprochen hat. Das Gericht argumentiert dabei wie folgt: Hätte der Anleger gewusst, dass der Vermögensverwalter von der Bank Retrozessionen bekommt, hätte er den Vermögensverwaltungsvertrag nie unterschrieben, da der Interessenskonflikt des Vermögensverwalters eine seriöse Vermögensverwaltung verunmögliche, weil er Diener zweier Herren sei. Das Gericht ist bei der Schadenberechnung von demjenigen Vermögensstand ausgegangen, den ein durchschnittlich erfolgreicher Vermögensverwalter erreicht hätte und hat den beklagten Vermögensverwalter verurteilt, den entgangenen Kapitalgewinn zu ersetzen. Dabei ging es wohlgermerkt nicht mehr nur um die Rückvergütung von Retrozessionen, sondern vielmehr um den Ersatz des verlorenen Kapitals.

Die Fanalwirkung solcher deutschen und europäischen Gerichtsentscheide wird nach wie vor in der Schweiz unterschätzt. Die Finanzwirtschaft will nicht wahrhaben, dass sich auch in der Schweiz die rechtliche Ausgangslage für Vermögensverwalter und insbesondere auch für die Banken bereits verschärft hat. Mit dem Inkrafttreten der neuen Bestimmung des Art. 4a des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 1. Juli 2006, handelt unlauter, bzw. macht sich der Privatbestechung schuldig, wer als Beauftragter einen nicht gebührenden Vorteil anbietet, sich versprechen lässt oder annimmt. Der Vermögensverwalter ist ein solcher Beauftragter. Retrozessionen stellen nicht gebührende Vorteile dar, auf welche der beauftragte Vermögensverwalter keinen Anspruch hat. Die Bank, die solche nicht gebührenden Vorteile dem Vermögensverwalter anbietet, verstösst unseres Erachtens ebenfalls gegen diesen neuen Straftatbestand.

Unbestrittenermassen gilt dies für alle Fälle, in denen kein Verzicht (auf Aufklärung und Zahlung) des Kunden vorliegt. Liegt ein solcher vor, ist fraglich, ob er den hohen Gültigkeitserfordernissen des Bundesgerichtes standhält. Bis zu einem Entscheid des Bundesgerichtes zu diesem neuen Artikel 4a UWG sollte der Vermögensverwalter es daher tunlichst unterlassen, sich auf ein Strafverfahren einzulassen.

Es wird im Weiteren übersehen, dass die Annahme von Retrozessionen strafrechtlich seit Jahren als ungetreue Geschäftsbesorgung qualifiziert wird (BSK StGB II-Niggli-Riedo, Art. 138 N 195; BSK StGB II-Niggli, Art. 158 N 155). Auf die komplexere Betrugsproblematik gehen wir hier nicht ein. Festgehalten sei lediglich, dass das Bundesgericht unter bestimmten Voraussetzungen Betrug in solchen Fällen bereits bejaht hat (BGE vom 15.6.2006 6P.144/2005). Da die Annahme von Retrozessionen sehr wahrscheinlich rechtswidrig ist, stellt sich die Frage, ob nicht auch gegen Banken zivilrechtlich direkt aus unerlaubter Handlung vorgegangen werden kann.

Besser ist, vorzukehren

Welche Schlüsse sind aus obiger Lagebeurteilung zu ziehen? Es muss zwischen der Vergangenheitsbewältigung (Retrozessionsaltlasten) und einer Lösung für die Zukunft differenziert werden. Was die Vergangenheit betrifft, muss festgestellt werden, dass die erwähnten Abwehr- und Verdrängungsstrategien keine Zukunft haben. Was kurzfri/[ZWITI]stig vorteilhaft ausschauen mag, kann langfristig zu einem Problem werden und zwar insbesondere dann, wenn die Börsen nicht mehr so freundlich gestimmt sind wie heute. Die Fehler der Schweizer Banken bei der Behandlung der Thematik der nachrichtenlosen Vermögen gilt es zu vermeiden. Empfehlenswert ist daher eine offene und nachhaltige Vorwärtsstrategie, womit unter anderem auch das Ansehen des Finanzplatzes Schweiz gestärkt würde. Die gegenwärtige Börsenlage ist eine ideale Basis für akzeptable und vernünftige Vergleichslösungen. Die Verhandlungen werden bei schlechtem Börsenbarometer ungleich schwerer, mühsamer und vor allem teurer ausfallen. Wer heute auf seine Kunden zugeht und faire Angebote macht, kann sehr vorteilhafte Lösungen aushandeln, die langfristig wirken und den Kunden weiter binden. Vorteilhafte Lösungsmöglichkeiten wären beispielsweise Rückvergütungen nur für wenige Jahre oder auch teilweise Rückzahlungen in Form erlassener zukünftiger Management Fees. Solche Vergleiche könnten sich als langfristige und erfolgreiche Client Retention Massnahmen

erweisen und das entstandene Klima des Misstrauens zwischen Vermögensverwaltern und Kunden beheben. Wie die Erfahrung zeigt, wollen auch Kunden keine Prozesse führen, sondern ziehen es vor, grosszügige Gesamtlösungen zu finden, die eine faire und langfristige Erledigung beinhalten. Proaktives Management ist also besser als passives Abwarten.

Was die Zukunft betrifft, so sollte auf die nicht mehr zeitgemässe Regelung mittels Retrozessionsvereinbarungen gänzlich verzichtet werden. Stattdessen bieten sich andere Honorarmodelle an. Zu denken wäre dabei insbesondere an eine feste jährliche Management Fee, die mit einer moderaten Performance Fee kombiniert werden kann. Hierbei wäre es durchaus zulässig, die Management Fee gegenüber den Vorjahren zu erhöhen. Mit diesem Modell würde dann auch der Interessenskonflikt zwischen den Interessen des Vermögensverwalters und denjenigen des Kunden weitgehend beseitigt. Die skizzierten Lösungsansätze sind geeignete Instrumente zum Interessenausgleich zwischen Kunde und Vermögensverwalter. Zudem wahren sie die Reputation des Finanzplatzes Schweiz. Ein Festhalten an der bisherigen «Vogel-Strauss-Taktik» kann diesen Effekt nicht erzielen und ist als Strategie nicht nur rechtlich bedenklich, sondern auch wirtschaftlich unvernünftig.

FUSSNOTE]

Daniel Fischer ist Wirtschaftsanwalt in Zürich. Er ist Senior-Partner des Advokaturbüros Fischer & Partner. Er vertritt Anleger, Vermögensverwalter und Banken, lehrt Wirtschaftsstrafrecht und publiziert in diesem Gebiet. Er ist Vorstandsmitglied der Swiss Association of Certified Fraud Examiner.

Enzo Caputo ist Wirtschaftsanwalt in Zürich und Partner des Advokaturbüros Fischer & Partner. Er war als Bankjurist tätig und ist spezialisiert im Compliance Management und in der Geldwäschereibekämpfung. Er ist ehemaliger Geschäftsführer des Verbandes Schweizerischer Vermögensverwalter (VSV).