CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Rechenschaftspflicht

Welche Verpflichtungen hat der Geber von Retrozessionen ?

Par Philipp Fischer le 4 Juni 2022

Das Bundesgericht hat kürzlich den Umfang der Rechenschaftspflicht einer Bank gegenüber ihrem Kunden untersucht, und zwar nicht im Zusammenhang mit Retrozessionen, die die Bank erhalten hat (eine Frage, die Gegenstand einer umfangreichen Rechtsprechung war, siehe cdbf.ch/1145), sondern im Zusammenhang mit Retrozessionen, die die Bank an einen Dritten gezahlt hat (BGer 4A_436/2020 vom 28. April 2022).

Dieses Urteil steht im Zusammenhang mit den vertraglichen Beziehungen, die eine libanesische Gesellschaft (Kundin) mit einer Schweizer Bank (execution only-Beziehung) und mit einer libanesischen Bank (advisory-Beziehung) unterhält. Die libanesische Bank verfügte über eine Vollmacht für das Konto der Kundin bei der Schweizer Bank. In der Praxis erteilte die Kundin der libanesischen Bank Anweisungen, die diese an die Schweizer Bank weiterleitete.

Die Aufgabe des EUR/CHF-Mindestkurses im Jahr 2015 führte zu erheblichen Verlusten für die Kundin. Die Schweizer Bank führte einen Margin Call durch, woraufhin die Konten der Kundin einen Negativsaldo von rund EUR 430’000 aufwiesen. Die Schweizer Bank reichte eine Zahlungsklage ein. Die Kundin ihrerseits stellte einen Antrag auf Rechnungslegung. Das Schicksal der Klage auf Rechnungslegung (ohne Retrozessionen) wird in einem anderen Kommentar erörtert (siehe cdbf.ch/1238/). Die vorliegende Zusammenfassung konzentriert sich auf die Informationspflicht im Zusammenhang mit den von der Schweizer Bank gezahlten Retrozessionen, einem der Punkte, auf den sich die Rechenschaftsklage der Kundin bezog.

Das Bundesgericht erinnert zunächst daran, dass nach der gefestigten zivilrechtlichen Rechtsprechung, die in Art. 26 FinfraG in das Regulierungsrecht übernommen wurde, eine Pflicht des Beauftragten besteht, seinen Auftraggeber über Retrozessionen zu informieren, die der Beauftragte von einem Dritten erhalten hat. Im vorliegenden Fall richtet sich die Klage auf Rechenschaftslegung jedoch gegen die Partei, die die Retrozessionen an einen Dritten gezahlt haben soll, und nicht gegen den Empfänger der Retrozessionen.

Um diese Frage zu entscheiden, erinnert das Bundesgericht daran, dass eines der Ziele der Klage auf Rechnungslegung (Art. 400 OR) darin besteht, dem Auftraggeber zu ermöglichen, die Tätigkeit des Beauftragten zu kontrollieren. Die Information über die gezahlten Retrozessionen stellt jedoch kein notwendiges Element zur Kontrolle der Tätigkeit des Beauftragten dar, weshalb diese Information nicht in den Anwendungsbereich von Art. 400 OR fällt. Die Kundin muss sich also direkt an die libanesische Bank (die die Retrozessionen erhalten hat) wenden,

um diesbezügliche Informationen zu erhalten (natürlich abhängig von dem libanesischen Recht, das wahrscheinlich auf diese Beziehung anwendbar ist).

Zunächst ist anzumerken, dass diese Entscheidung im Gegensatz zu der Position steht, die sich im Rundschreiben Nr. 7578 der SBVg vom 17. Oktober 2008 widerspiegelt, in dem die SBVg den Banken empfahl, ihre Kunden auf Anfrage über Retrozessionen zu informieren, die an einen unabhängigen Vermögensverwalter gezahlt wurden. Dieses Rundschreiben war jedoch in ein anderes regulatorisches Umfeld mit unabhängigen Vermögensverwaltern eingebettet, die keiner prudentiellen Aufsicht unterstanden (im Gegensatz zur Situation, die nun unter dem AFG vorherrscht).

Darüber hinaus basiert die Argumentation des Bundesgerichts auf dem Ziel der zivilrechtlichen Klage auf Rechenschaftspflicht. Die Frage der Retrozessionen hat heute jedoch auch eine strafrechtliche und eine regulatorische Dimension :

Aus strafrechtlicher Sicht kann sich ein Dritter, der Retrozessionen erhält, ohne seinen Kunden zu informieren, der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB / cdbf.ch/1030) und möglicherweise sogar der passiven Privatbestechung (Art. 322novies StGB) schuldig machen – Straftaten, die als Reflexwirkung auch die Bank als potenzielle Komplizin (oder aktive Privatbestechung / Art. 322octies StGB) betreffen könnten. Um dieses Risiko zu verringern, ist es üblich, dass die Bank in ihren Kundenunterlagen den Grundsatz erwähnt, dass die Bank Dritten (z.B. Vermögensverwaltern oder Geschäftsvermittlern) Vergütungen zahlen kann, und manchmal auch die Bandbreiten für die Berechnung der Retrozessionen angibt. Darüber hinaus behält sich die Bank im Vertrag mit diesen Gegenparteien in der Regel auch das Recht vor, den Kunden auf deren Wunsch hin die genauen Beträge mitzuteilen.
Unter dem Blickwinkel des FinfraG gibt es mehrere Bestimmungen, die der Bank eine Informationspflicht gegenüber dem Kunden auferlegen. Art. 16 FinfraG sieht vor, dass die Finanzdienstleister unter anderem über die mit den Finanzdienstleistungen verbundenen Kosten Rechenschaft ablegen. Unserer Ansicht nach stellen Retrozessionen, die an einen Dritten gezahlt werden, jedoch keine Kosten dar (sondern vielmehr die Verwendung der erhaltenen Erträge durch die Bank, die ihrerseits aus der Perspektive des Kunden Kosten darstellen). Darüber hinaus hat der Kunde nach Art. 72 FinfraG das Recht, eine Kopie seiner Akte sowie aller anderen ihn betreffenden Dokumente, die der Finanzdienstleister im Rahmen der Geschäftsbeziehung erstellt hat, zu erhalten. Die Frage, ob die Bank auf der Grundlage von Art. 72 FinfraG den Kunden auf dessen Verlangen über Retrozessionen an Dritte informieren muss, scheint offener zu sein, auch wenn allgemein davon ausgegangen wird, dass der Geltungsbereich von Art. 72 FinfraG an den von Art. 400 OR angeglichen werden sollte.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass diese Rechtsprechung zwar nützliche Klarstellungen zur Informationspflicht der Bank im Falle der Zahlung von Retrozessionen an einen Dritten enthält, dass aber betont werden muss, dass die Argumentation des Bundesgerichts auf den Verpflichtungen beruht, die sich aus Art. 400 OR ergeben, und nicht auf anderen Bestimmungen, die der Bank eine umfassendere Informationspflicht auferlegen könnten (bzw. sie dazu veranlassen könnten, eine solche Information zu liefern, um ihr rechtliches Risiko zu begrenzen). Diese Entscheidung stellt jedoch einen willkommenen Präzedenzfall für die Banken dar, indem sie eindeutig den direkten Bevollmächtigten des Kunden (hier die libanesische Bank) in die Verantwortung für die vollständige Information über die indirekten Vergütungen, die er möglicherweise erhalten hat, nimmt.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Philipp Fischer, Welche Verpflichtungen hat der Geber von Retrozessionen ?, publié le 4 Juni 2022 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/de/1237/