

## Herausgabepflicht von Retrozessionen: AGB's der Banken weiterhin mehrheitlich ungenügend

### 1) Ausgangslage: Was sind Retrozessionen?

Retrozessionen sind Zahlungen, die ein Finanzdienstleister (z.B. Bank oder Vermögensverwalter) von einem Dritten allein dafür erhält, dass er bei der Erfüllung der Finanzdienstleistung gegenüber seinem Kunden (z.B. Anlage des Vermögens) eine Dienstleistung dieses Dritten in Anspruch nimmt.

Von den Gerichten wird im Zusammenhang mit Drittvergütungen eine Vielzahl von Begriffen wie Retrozessionen, Bestandespflegekommissionen, Courtage, Kickbacks, Finder's Fees, Kommissionen, Provisionen verwendet. Obwohl die Begriffe unterschiedliche Bedeutungen haben können, liegt der Fokus nicht auf der genauen Terminologie, sondern vielmehr auf den unterschiedlichen Interessen, die sich aus dem Dreiecksverhältnis zwischen Kunde, Finanzdienstleister und Dritten ergeben.

### 2) Herausgabeanspruch

Ein Vertragsverhältnis zwischen einem Kunden und einem Finanzdienstleister können grundsätzlich in drei verschiedenen Ausprägungen ausgestaltet sein: (1) Vermögensverwaltung; (2) Anlageberatung und (3) Execution-Only (Konto-/Depotverhältnis).

Höchstrichterlich wurde nun seit Jahren mehrfach bestätigt, dass vereinnahmte Retrozessionen im Rahmen von Vermögensverwaltungsmandaten und Anlageberatungsmandanten grundsätzlich dem Kunden herauszugeben sind.<sup>1</sup> Die Finanzdienstleister versuchten in der Folge deshalb die Vertragsbeziehungen als Execution-Only Verhältnisse zu qualifizieren – also ein Mandat, in welchem der Kunde als Anleger direkt Anweisungen zur Ausführung von Finanztransaktionen gibt, ohne dabei auf Beratung oder Empfehlungen seitens des Finanzdienstleisters zurückzugreifen – um dann argumentieren zu können, dass hier keine Herausgabepflicht besteht.

Zwischenzeitlich sind sich die Lehre<sup>2</sup> und diverse kantonale Fachgerichte (z.B. Handelsgericht Zürich<sup>3</sup>, Handelsgericht Bern<sup>4</sup>) einig, dass auch im Rahmen von Execution-Only Verhältnissen vereinnahmte Retrozessionen herauszugeben sind. Auch das Bezirksgericht Zürich hat bereits festgestellt, dass eine Herausgabepflicht bei Execution-Only Verhältnissen besteht, wohingegen das erstinstanzliche Gericht in Genf die Herausgabepflicht bei Execution-Only Verhältnissen verneinte. Das Obergericht in Zürich hat sich ebenfalls für eine grundsätzliche Herausgabepflicht von Retrozessionen bei Execution-Only Verhältnissen ausgesprochen.

---

<sup>1</sup> BGE 132 III 460; BGE 137 III 393; BGE 143 III 348.

<sup>2</sup> Vgl. JUTZI/MEIER, Retrozessionen und Entschädigungen durch Dritte, AJP 2023 S. 917 ff.

<sup>3</sup> HGer ZH Urteil vom 05.10.2021 (HG190234-O8); HGer ZH, Urteil vom 05.10.2014 (HG190234).

<sup>4</sup> HGer BE Urteil vom 06.09.2023 (HG 22 21).

### 3) Verzicht auf Herausgabeanspruch?

Auch wenn die Herausgabepflicht bei den drei Arten der Vertragsausgestaltungen (Vermögensverwaltung, Anlageberatung und Execution-Only) grundsätzlich zu bejahen ist, kann der Kunde weiterhin gültig auf seinen Herausgabeanspruch verzichten. Die bundesgerichtlichen Anforderungen für einen solchen Vorausverzicht sind aber streng.

Konkret müssen nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung die nachstehenden Voraussetzungen (anhand des Beispiels eines Vermögensverwaltungsmandats) kumulativ erfüllt werden:<sup>5</sup>

1. Verzichtswille des Auftraggebers geht aus der entsprechenden Vereinbarung deutlich hervor;
2. Die Grössenordnung der zu erwartenden Retrozessionen formuliert in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens sind dem Auftraggeber bekannt;
3. Die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sind dem Auftraggeber bekannt.

### 4) Verzichtsregelungen in der Praxis

Obwohl sich nun zwischenzeitlich zahlreiche Gerichte mit dem Thema Retrozessionen befasst haben und die Anforderungen an einen gültigen Verzicht mehrfach genügend konkretisiert haben, lassen sich in der Praxis kaum genügende Verzichtsregelungen bei Banken und Vermögensverwaltern finden (i.d.R. in den AGB's oder separate Merkblätter, auf welche verwiesen wird).

#### a) *Verzichtswille*

So kann etwa ein ausdrücklicher Verzichtswille nur dann angenommen werden, wenn der Kunde weiss, auf was genau dieser verzichtet. Der Kunde muss demnach zunächst aufgeklärt werden, dass die Retrozessionen von Gesetzes wegen ihm zustehen. Die Finanzdienstleister wählen aber oft bewusst Formulierungen, sodass der Eindruck entsteht, die vereinnahmten Retrozessionen stünden ohnehin diesen zu. Zudem werden solche „Verzichtsregelungen“ in den AGB's öfters im Kapitel „Entschädigungen“ aufgeführt. Dies, obwohl Retrozessionen vom gesetzgeberischen Gedanken her keine „Entschädigung“ für die Finanzdienstleister darstellen. Oftmals sind in den AGB's verschachtelte Formulierungen zu finden, die dem Kunden nicht transparent und deutlich darlegen, dass die Retrozessionen gesetzlich dem Kunden zustehen.

#### b) *Grössenordnung in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens*

Betreffend der Grössenordnung hat das Bundesgericht ausdrücklich und mehrfach bestätigt, dass sich die Bandbreite auf das verwaltete Vermögen beziehen muss.<sup>6</sup> In der Praxis findet man durchaus separate Merkblätter mit Bandbreiten aufgeschlüsselt nach den entsprechenden Produktklassen und Produktkategorien (Geldmarktfonds, Obligationenanlagen, Aktienanlagen etc.). Die Bandbreiten werden jedoch oftmals in Prozenten des Anlagevolumens (über das gesamte Anlagevolumen des Dienstleisters in das entsprechende Produkt, d.h. über alle Bankkunden) bekanntgegeben. Es ist aber für die Kunden unbekannt, welche Beträge vom Dienstleister künftig von allen Kunden in welcher Höhe in welche Produktkategorien angelegt bzw. investiert werden. Mit der Prozentbandbreite des Anlagevolumens (aller Kunden des Dienstleisters) bzw. des investierten Volumens ist es Kunden deshalb nicht möglich die Grössenordnung der Retrozessionen einzuschätzen und diese mit den

<sup>5</sup> BGE 132 III 460; BGE 137 III 393; BGer Urteil vom 13.05.2020 (4A\_355/2019).

<sup>6</sup> BGE 132 III 460; BGE 137 III 393; BGer Urteil vom 13.05.2020 (4A\_355/2019).

Vermögensverwaltungsgebühren zu vergleichen. Folglich kann ein solcher Kunde nicht wissen, aber auch nicht berechnen, auf was bzw. auf wie viel der Kunde verzichtet. Dies ist jedoch aus Sicht des Bundesgerichts elementar.

*c) Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten*

Der Kunde muss die „Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen kennen“. Erst „das Zusammenspiel dieser *beiden Elemente* ermöglicht es dem Auftraggeber, im Hinblick auf einen Verzicht sowohl die Gesamtkosten der Vermögensverwaltung zu erfassen als auch die beim Vermögensverwalter aufgrund der konkreten Anreizstrukturen vorhandenen Interessenkonflikte zu erkennen“.<sup>7</sup> In der Praxis versuchen Finanzdienstleister Eckwerte oft mit Bandbreiten pro Produktkategorie gleichzusetzen. Aus den bundesgerichtlichen Erwägungen geht aber klar hervor, dass Eckwerte als kumulative Voraussetzung zu verstehen sind. Bereits begrifflich können Eckwerte nicht mit Bandbreiten gleichgesetzt werden – insbesondere, wenn die Bandbreiten bei 0% beginnen. Im Gegensatz zu den Bandbreiten sind Eckwerte keine Intervalle mit einem Minimum und einem Maximum. Eckwerte sind konkrete Werte, die für jedes Produkt angegeben werden können, so wie Aktienkurse. Die Finanzdienstleister handeln die Eckwerte jeweils direkt mit den Dritten aus. Deshalb verfügt jeder Finanzdienstleister nicht grundsätzlich über die gleichen Eckwerte für die jeweiligen Produkte.

## **5) Fazit**

Das Thema Retrozessionen bleibt nach wie vor von höchster Relevanz, insbesondere da Finanzdienstleister nach wie vor Retrozessionen vereinnahmen. Die aktuellen Entwicklungen in der Rechtsprechung verdeutlichen, dass bei Vermögensverwaltung, Anlageberatung sowie auch bei reinen Execution-Only Verhältnissen vereinnahmte Retrozessionen grundsätzlich dem Kunden herausgegeben werden müssen.

Die bundesgerichtlichen Anforderungen für einen rechtsgültigen Vorausverzicht sind nun seit mehreren Jahren bekannt und wurden auch mit mehreren Entscheiden konkretisiert. In der Praxis muss jedoch festgestellt werden, dass die Banken, Vermögensverwalter und andere Finanzdienstleister es oftmals versäumt haben, ihre Verzichtsvereinbarungen mit den Kunden (AGB's und die dazugehörigen Merkblätter) so zu überarbeiten, dass diese den bundesgerichtlichen Anforderungen genügen würden. Daraus resultiert, dass Kunden weiterhin über einen Herausgabeanspruch gegenüber dem Finanzdienstleister haben und geltend machen können.

Sollten auch Sie bei einem Finanzdienstleister Vermögenswerte angelegt haben, zögern Sie nicht uns zu kontaktieren. Wir bei Schwärzler Rechtsanwälte AG prüfen für Sie gerne Ihre Ansprüche und unterstützen Sie bei deren Geltendmachung.

Bei Fragen rund um das Thema Retrozessionen stehen Ihnen RAin Gabriela Loepfe-Lazar LL.M., RAin Sandra Strahm sowie MLaw Siyan Antony von Schwärzler Rechtsanwälte AG gerne zur Verfügung.

Wir freuen uns über Ihre Kontaktaufnahme.

## **Schwärzler Rechtsanwälte AG**

Tödistrasse 67, 8027 Zürich, Schweiz

T +41 44 482 70 20

---

<sup>7</sup> BGE 137 III 393, S. 399, E. 2.4.; Hervorhebung durch den Autor.