

Die gebeutelte Bankenbranche freute sich wenig darüber, als das Bundesgericht in Lausanne im Herbst 2012 die Retrozessionen den Kunden zusprach.

Gemäss einer Schätzung beträgt das Stiftungsvermögen in der Schweiz – ohne die Vorsorgestiftungen – gesamthaft 400 Milliarden Franken. Davon entfallen 40 bis 50 Milliarden Franken auf gemeinnützige Einrichtungen. Wären davon auch nur 10 Milliarden Franken in Wertpapieren angelegt und würden Retrozessionen von 0,5 Prozent bezahlt, so würden jährlich 50 Millionen Franken an Retrozessionen unterschiedlichster Art eingenommen. Dazu gehören etwa Ausgabe- und Bestandespflegekommissionen, Börsencourttagen, usw.

Registrierte Vorsorgeeinrichtungen müssen die Rechtsform einer Stiftung haben oder eine Einrichtung des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit sein. Vorsorgeeinrichtungen sind meist privatrechtliche Gebilde, und etwa 98 Prozent der Kassen haben die Rechtsform einer Stiftung. Die Pensionskassen als Vorsorgeeinrichtungen der 2. Säule verwalteten im 2012 gut 700 Milliarden Franken, als Vergleich also in etwa die Summe des SMI (770 Milliarden Franken).

Nehmen wir weiter an, dass 20 Prozent davon, also 140 Milliarden Franken, in kollektiven Kapitalanlagen investiert sind. Dort fallen Retrozessionen unterschiedlichster Art an, wie etwa Ausgabe- und Bestandespflegekommissionen. Gehen wir wiederum von durchschnittlichen Kommissionen von 0,5 Prozent pro Jahr aus. Das ergibt einen Betrag von 700 Millionen Franken jährlich.

Es sind also schwindelerregende Beträge, um die es sich hier handelt. Das erklärt zum einen, dass namentlich die Banken daran interessiert sind, das alles auszusitzen beziehungsweise verjähren zu lassen. Aber es erklärt zum andern ganz und gar nicht, weshalb von Seiten der Pensionskassen nicht mehr getan wird, um



BILD: KEYSTONE

Risikobehaftete Untätigkeit

Die Umsetzung des Bundesgerichtsentscheids in Sachen Vertriebsentschädigungen ist durch Passivität geprägt. Pensionskassen und Stiftungen halten sich bei der Rückforderung von Retrozessionen zurück. Ihr Verhalten birgt strafrechtliche Risiken.

Von Monika Roth*

dem Recht zur Durchsetzung zu verhelfen und damit die Interessen der Destinatäre zu wahren, was letztlich ihre Pflicht ist. Das nämlich liegt nicht einfach im Ermessen der Organe einer Pensionskasse.

PKs dürfen auf Retros nicht verzichten

Rechtlich gesehen verwalten Geschäftsführer beziehungsweise Stiftungsräte von Pensionskassen fremdes Vermögen beziehungsweise beaufsichtigen sie die Vermögensverwaltung. Dies tun sie in fremdem Interesse, und sie nehmen die Vermögensverwaltung selbstständig vor. Weiter handelt es sich um ganz essenzielle Vermögensinteressen. Die 2. Säule ist – wie schon ihr Name sagt – ein tragender Bestandteil unseres Sozialversicherungssystems.

Auf die Ablieferung von Retrozessionen darf eine Pensionskasse nicht verzichten. Insofern sind die neuen AGBs der Banken in diesem Bereich unsinnig. Die Frage des «korrekten Verzichts» stellt sich aus grundsätzlichen Erwägungen nicht: Zum einen beseitigt ein Verzicht nicht den vielfältigen Interessenkonflikt, der entsteht, wenn ein Auftragnehmer Zahlungen von Dritten entgegennimmt. Denn: Selbst, wenn man davon ausgehen würde, dass im Vermögensverwaltungsgeschäft anstelle dieser indirekten Vergütung höhere direkte Kosten (höhere Honorare) anfallen und dass der Ertrag sich nicht verändert, so wäre die Frage der Interessenkonflikte noch immer nicht gelöst. Die Vorsorgeeinrichtung darf nicht in ein System einwilligen, das ganz offensichtlich von Interessenkonflikten geprägt ist, was eine konkrete Gefährdung der Kasse mit sich bringen kann. Es besteht ein strukturelles Problem, welches sich im Interessenkonflikt bei der Auswahl der Produkte manifestiert. Einer der massgeblichen Gründe der Herausgabepflicht ist gemäss Bundesgericht eben gerade die Vermeidung von Interessenkonflikten. Zum andern fällt weiter der Aspekt ins Ge-

wicht, dass mit dem Verzicht eine Vermögensschädigung bei der Stiftung eintritt und dass dieser Verzicht niemals im Interesse des Destinatärs liegen kann. Denn bei der Rückforderung vergangener Zahlungen gibt es ohnehin gar kein anderes Honorarmodell, auf das sich eine Bank heute berufen könnte.

Daran ändert nichts, wenn der Stiftungsrat Kenntnis nimmt von der Höhe der Retrozessionen, die dem Vertragspartner im Zusammenhang mit den Geschäften der Stiftung zugeflossen sind. Die Kenntnis ist

Auf die Ablieferung von Retrozessionen darf eine Pensionskasse nicht verzichten. Insofern sind die neuen AGBs der Banken unsinnig.

nur das Resultat der Rechenschaftspflicht, aber ohne die andere hier absolut zwingende Ablieferungspflicht.

Müssen Richter den PKs Beine machen?

«Pensionskassen sind wieder reich» – so lautete dieser Tage die Überschrift in einer Wirtschaftszeitung. Ja, und weiter muss man sagen: Geschäftsführer und andere Organe, die in der Frage der Retrozessionen nichts tun und die die Pensionskassen deshalb nicht noch reicher machen, handeln pflichtwidrig und müssen, bevor sich der Strafrichter mit ihrem Versäumnis befasst, an ihre Treuepflichten erinnert werden. Dass die Vermögensinteressen, die hier zur Debatte stehen, von grossem Gewicht sind, muss nicht weiter begründet werden.

Artikel 71, Absatz 1, BVG, sagt unter dem Titel Vermögensverwaltung: «Die Vorsorgeeinrichtungen verwalten ihr Vermögen so, dass Sicherheit und genügender Ertrag der Anlagen, eine angemessene Verteilung der Risiken sowie die Deckung des voraussehbaren Bedarfes an flüssigen Mitteln gewährleistet sind.»

Bei einer strafrechtlichen Würdigung (wie bereits in SB 2013, Ausgabe 6, berichtet) steht die ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Artikel 158, Strafgesetzbuch, im Zentrum; dabei setzt der objektive Tatbestand a) eine Geschäftsführerstellung, b) eine Pflichtverletzung und c) einen Vermö-

gensschaden voraus. Alle drei Tatbestandselemente sind bei der Ausgangslage Retrozessionen – Pensionskassen-Organe – Interessen der Destinatäre wie geschildert erfüllt.

Eine ungetreue Geschäftsbesorgung kann auch durch Unterlassung der Wahrnehmung von Fürsorgepflichten erfolgen. Untätigsein kann also genügen. Zudem geht es bei Stiftungen und Pensionskassen nicht nur um deren Organe; in die Verantwortung genommen werden, können weitere Mitarbeitende bei Pensionskassen, welche intern die Verantwortung für die Vermögensbetreuung haben. Massgeblich sind die Umstände im Einzelfall. Beim subjektiven Tatbestand genügt Vorsatz. Eine unrechtmässige Bereicherungsabsicht ist im Grundtatbestand nicht erforderlich.

Auch Behörden müssen handeln

Ein Jahr der Untätigkeit: So der Titel eines Beitrags in der «NZZ» zwölf Monate nach dem Bundesgerichtsurteil vom Oktober 2012 (siehe Kasten). Es ging nicht um Pensionskassen, aber auf sie trifft dies ebenso zu. Die Versicherten müssen von ihrer Kasse informiert werden. Und es gibt Behörden, die endlich handeln müssten: kantonale Aufsichtsbehörden und die Oberaufsichtskommission berufliche Vorsorge OAK BV. Letztere definiert sich als eine unabhängige Behördenkommission für die 2. Säule; sie hat die Oberaufsicht über die kantonalen beziehungsweise interkantonalen Aufsichtsbehörden am Sitz der Vorsorgeeinrichtung.

Direkt von der OAK BV beaufsichtigt werden die BVG-Anlagestiftungen sowie der Sicherheitsfonds und die Auffangeinrichtung. Ihr Ziel ist, die finanziellen Interessen der Versicherten verantwortungsbewusst und zukunftsgerichtet wahrzunehmen. Wie geht das bei den Retrozessionen? ■

STRAFBARKEIT

Wegweisendes Urteil

Ende Oktober 2012 hat das Bundesgericht einen wegweisenden Entscheid gefällt: Banken müssen die Retrozessionen, die sie für den Vertrieb von Finanzprodukten vom Anbieter erhalten, an Kunden weitergeben, wenn diese ein Vermögensverwaltungsmandat besitzen. Einige Tage später verlangte die Finma zudem, dass alle potenziell betroffenen Kunden über den Entscheid in Kenntnis zu setzen seien.

***Monika Roth** Prof. Dr. iur., Advokatin, Studien-



leiterin des DAS Compliance Management am Institut für Finanzdienstleistungen in Zug IFZ (Hochschule Luzern). Partnerin Kanzlei roth schwarz roth (Binningen) und fintegrity GmbH (Bern).