www.jusletter.ch

Beat Mathys

Retrozessionen: Herausgabepflicht und Verjährungspraxis

Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022

Das Bundesgericht hat ein weiteres Urteil zur Frage der Verjährung von Retrozessionsansprüchen gefällt und bestätigt, dass der Beginn der zehnjährigen Verjährungsfrist mit dem Zufluss der Zahlung beim Beauftragten beginnt. Es wendet seine Praxis zur Verjährung auch auf etwaige Sekundäransprüche (Schadenersatzansprüche wegen Verletzung einer Informationspflicht) der Auftraggeberin an und stellt hohe Anforderungen an die Rechtsmissbräuchlichkeit einer Verjährungseinrede. Die Frage einer Erstattung von Retrozessionen bei Execution-only-Beziehungen lässt das Bundesgericht ausdrücklich offen, dies im Gegensatz zur Vorinstanz. Der Autor analysiert dieses Urteil.

Beitragsart: Urteilsbesprechungen
Rechtsgebiete: Privatrecht, Auftrag

Zitiervorschlag: Beat Mathys, Retrozessionen: Herausgabepflicht und Verjährungspraxis, in: Jusletter 5. Dezember 2022

ISSN 1424-7410, jusletter.weblaw.ch, Weblaw AG, info@weblaw.ch, T +41 31 380 57 77

Inhaltsübersicht

1. Sachverhalt
2. Erwägungen des Bundesgerichts
   2.1. Kein Entscheid zur Herausgabepflicht bei Execution-only-Beziehungen
   2.2. Bestätigung der Praxis zu Verjährungsbeginn und -dauer
   2.3. Auskunftsanspruch verjährt wie Herausgabeanspruch
   2.4. Sekundäranspruch verjährt wie Herausgabeanspruch
   2.5. Keine rechtsmissbräuchliche Erhebung der Verjährungseinrede
3. Bemerkungen
   3.1. Keine Herausgabepflicht bei Execution-only-Beziehungen
   3.2. Klärung der Regeln zu Verjährungsbeginn und -dauer
   3.3. Restriktive Annahme des Rechtsmissbrauchs

1. Sachverhalt

[1] Eine privatrechtliche Stiftung, welche die berufliche Vorsorge im Rahmen des BVG für die Arbeitnehmenden verschiedener durch eine Holdinggesellschaft verbundener Gesellschaften besorgte, stand seit 2001 in einer Geschäftsbeziehung mit einer Bank. Die Bank führte bei Anlagen jeweils nur die Anweisungen der Stiftung aus.[1] Es lagen entsprechend keine für die Abwicklung von Börsengeschäften bzw. die Anlagetätigkeit möglichen anderen Vertragsbeziehungen (Anlageberatung oder Vermögensverwaltung) vor.[2]

[2] In den Jahren 2012 und 2015 verlangte die Stiftung Auskunft über Zahlungen, welche die Bank von Dritten aus oder im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung erhalten hatte (Retrozessionen).[3] Die Bank stellte sich u.a. auf den Standpunkt, bei Execution-only-Beziehungen seien die Retrozessionen nicht herauszugeben, da keine Gefahr eines Interessenkonflikts bestehe. Es entwickelte sich zwischen der Stiftung und der Bank ein Streit um die Auskunftserteilung und Herausgabe von Vergütungen.

[3] Am 4. Dezember 2018 erklärte die Bank, auf die Verjährungseinrede zu verzichten, soweit allfällige Ansprüche in diesem Zeitpunkt noch nicht verjährt seien. Dieser Verjährungsverzicht wurde verlängert bis zum 31. Dezember 2019.

[4] Kurz vor Ablauf der verlängerten Verjährungsfrist machte die Stiftung durch Klage beim Handelsgericht des Kantons Zürich[4] verschiedene Ansprüche in Bezug auf unterschiedliche Zeiträume geltend: Sie verlangte die Herausgabe von Retrozessionen für die Zeit von November 2008 bis Oktober 2018 sowie Auskunft über Retrozessionen von Januar 2001 bis Oktober 2008 und ab November 2018. Für die Zeiträume von Januar 2001 bis Oktober 2008 sowie ab November 2018 verlangte die Stiftung zudem nach erfolgter Auskunftserteilung die Herausgabe der Retrozessionen.

[5] Vor Bundesgericht lagen bloss noch die Auskunfts- und Herausgabeansprüche im Streit für die Zeit von Januar 2001 bis Oktober 2008, somit für die Zeit ab Beginn der Geschäftsbeziehung bis rund zehn Jahre vor dem Verjährungsverzicht vom 4. Dezember 2018. Die Ansprüche für

1 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022.

2 Zu den drei Vertragsbeziehungen etwa BGE 144 III 155 E. 2.1 mit Hinweisen.

3 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 8.4; Urteil und Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG190234 vom 5. Oktober 2021 E. 6.1.

4 Urteil und Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG190234 vom 5. Oktober 2021.

diese Periode hatte die Vorinstanz wegen Verjährung abgewiesen, nachdem die Bank die Verjährungseinrede erhoben hatte.

[6] Das Bundesgericht wies die Beschwerde der Stiftung ab. Es entschied dabei in einer Fünferbesetzung.[5]

2. Erwägungen des Bundesgerichts

2.1. Kein Entscheid zur Herausgabepflicht bei Execution-only-Beziehungen

[7] Die Stiftung argumentierte, die Herausgabepflicht gelte auch bei Execution-only-Beziehungen und verwies auf ein Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahre 2002.[6] Die Bank betonte demgegenüber insbesondere das Fehlen eines Interessenkonflikts, da die Stiftung selber entschieden habe, welche Anlagen sie tätigen wolle; es existiere deshalb keine Herausgabepflicht des Beauftragten.[7]

[8] Das Bundesgericht hielt fest, dass es sich vorliegend um eine blosse Konto-/Depotbeziehung (Execution-only) handelte.[8] Es wies dabei auf das erwähnte Argument der Bank hin, die Pflicht zur Herausgabe von Retrozessionen setze voraus, dass sich die Beauftragte in einem potentiellen Interessenkonflikt befinde und, da die Kundin bei Execution-only-Geschäftsbeziehungen die Produktwahl selber treffe, es an der Gefahr eines Interessenskonflikts fehle, weshalb auch keine Pflicht zur Herausgabe von Retrozessionen bestehe.[9]

[9] Das Bundesgericht ging aber nach der Paraphrasierung dieses Arguments nicht weiter auf die «umstrittene»[10] Frage ein, ob grundsätzlich auch im Execution-only-Verhältnis eine Pflicht zur Herausgabe von Retrozessionen besteht und ob eine Herausgabepflicht selbst dann angenommen werden soll, wenn die Gefahr eines Interessenkonflikts fehlt.[11] Der Grund lag im Umstand, dass etwaige Ansprüche der Stiftung bereits verjährt waren. Das Bundesgericht hielt es für fraglich, ob das von der Stiftung angeführte Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahre 2002 (welches die Herausgabe von Gratisaktien und nicht von Retrozessionen betraf) sich überhaupt auf die Herausgabe von Retrozessionen im Execution-only-Verhältnis übertragen lässt.[12]

---

5 Von den rund 1'600 Erledigungen von Beschwerden in Zivilsachen wurden im Jahre 2021 bloss knapp 7% in einer Fünferbesetzung entschieden, vgl. Schweizerisches Bundesgericht, Geschäftsbericht 2021, S. 23 (www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/Publikationen/GB/BGer/de/BGer_GB2021_DE_Web.pdf, zuletzt besucht am 12. Oktober 2022). Die Fünferbesetzung könnte darauf hinweisen, dass es sich nach Auffassung des Bundesgerichts vorliegend um einen Entscheid von grundsätzlicher Bedeutung handelt (vgl. Art. 20 Abs. 2 BGG). Grundsätzliche Bedeutung hat etwa die Überprüfung einer langjährigen, konstanten Rechtsprechung (Hansjörg Seiler, in: Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bundesgesetz über das Bundesgericht, 2.A. Bern 2015, N 7 zu Art. 20).

6 Urteil des Bundesgerichts 4C.125/2002 vom 27. September 2002.

7 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 7.1.

8 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 6.

9 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 7.1.

10 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 7.2.

11 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 7.2.

12 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 7.2.

2.2. Bestätigung der Praxis zu Verjährungsbeginn und -dauer

[10] Die Stiftung führte aus, die Verjährung des Herausgabeanspruchs beginne (dies a quo) nicht ab Datum des Eingangs der jeweiligen Retrozessionen bei der Bank, sondern erst, wenn die Auftraggeberin die Herausgabe verlange, spätestens aber bei Beendigung des Auftrags. Entsprechend seien ihre Ansprüche für den Zeitraum Januar 2001 bis Oktober 2008 noch nicht verjährt.[13] Die Bank verwies auf die entgegenstehende Bundesgerichtspraxis[14] und machte geltend, die Verjährungsfrist für jeden Herausgabeanspruch beginne an dem Tage zu laufen, an dem die Beauftragte den herauszugebenden Betrag erhalten habe.

[11] Mit einer umfassenden Begründung bestätigte das Bundesgericht seine bisherige Praxis zur Verjährung und lehnte eine Praxisänderung ab. Es ging dabei auf die zahlreichen Lehrmeinungen ein, welche die sofortige Fälligkeit und somit auch den separaten Verjährungsbeginn mit Zugang jeder einzelnen Retrozessionsleistung bejahen und hielt fest, dass die Stiftung «die Bedenken gegen eine überlange Dauer bis zum Verjährungseintritt nicht zerstreuen»[15] konnte. Das Wesen der Verjährung bestehe gerade darin, dass eine Forderung durch Zeitablauf ohne Zutun des Schuldners nach bestimmter Zeit gegen dessen Willen nicht mehr durchsetzbar sein solle.[16]

2.3. Auskunftsanspruch verjährt wie Herausgabeanspruch

[12] Die Stiftung verlangte für die vor dem 4. Dezember 2008 entstandenen Auskunftsansprüche ein Aufschieben der Fälligkeit und damit den Beginn der Verjährungsfrist auf den Zeitpunkt der Geltendmachung. Damit wäre der Auskunftsanspruch (für die Zeit von Januar 2001 bis 4. Dezember 2008) noch nicht verjährt gewesen.[17]

[13] Das Bundesgericht entschied, dass ein Gleichlauf zwischen dem Verjährungsbeginn des Auskunfts- und des Herausgabeanspruchs bestehen müsse.[18] Auch war für das Bundesgericht nicht ersichtlich, welches Interesse die Stiftung an der Durchsetzung der Auskunftsansprüche noch haben könnte, wenn die entsprechenden Herausgabeansprüche bereits verjährt seien; es verwies dabei auf eine frühere Entscheidung, wonach die Verjährung das Interesse der Gläubigerin an der Durchsetzung ihres Rechts begrenze.[19]

[14] Das Bundesgericht schloss sich damit im Ergebnis der Auffassung der Vorinstanz an, wonach für den gleichzeitigen Beginn der Verjährungsfrist der beiden Ansprüche spreche, dass der Auskunftsanspruch die Voraussetzung einer späteren Herausgabe darstelle und nicht einzusehen sei, weshalb der Beginn der absoluten Verjährungsfrist betreffend den Auskunftsanspruch unbeschränkt (oder im Rahmen jahrzehntelanger Geschäftsbeziehungen auch nur bis zum Ende des Auftrags) aufgeschoben werden können sollte.[20]

---

13 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 8.1, 8.1.3 a E.

14 BGE 143 III 348.

15 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 8.1.3.

16 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 8.1.3.

17 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 8.2.

18 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 8.1.1 und 8.2.2.

19 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 8.2.2 mit Hinweis auf BGE 140 III 583 E. 3.2.3.

20 Urteil und Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG190234 vom 5. Oktober 2021 E. 5.4; siehe auch Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 8.2.1.

2.4. Sekundäranspruch verjährt wie Herausgabeanspruch

[15] Die Stiftung machte (auch) einen Schadenersatzanspruch geltend. Umstritten war, ob diese Sekundäransprüche (Ansprüche auf Schadenersatz aufgrund der Verletzung der Auskunfts- und Herausgabepflicht) verjährt sind, soweit sie etwaige Pflichtverletzungen vor dem 4. Dezember 2008 betrafen.[21] Die Stiftung argumentierte, das Verhalten der Bank stelle eine Verletzung der Herausgabe- und Rechenschaftspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR dar und die Bank habe die streitigen Retrozessionen systematisch einbehalten, weshalb ein «Dauerdelikt» vorliege, das auf einem einheitlichen Willensentschluss der Bank beruhe; deshalb sei der Beginn der Verjährung der Sekundäransprüche bis zum Abschluss des «Dauerdelikts» aufgeschoben.[22]

[16] Die Bank lehnte die Konstruktion eines Schadenersatzanspruchs ab: Der Auskunftsanspruch habe gegenüber dem Herausgabeanspruch bloss eine dienende Funktion; bei Nichterfüllung einer Herausgabepflicht könne gar kein eigenständiger Sekundäranspruch existieren. Der geltend gemachte Schaden könne ohnehin nur aus der Verletzung einer Herausgabepflicht herrühren, denn nur diese habe einen (unmittelbaren) Einfluss auf das Vermögen der Auftraggeberin.[23]

[17] Das Bundesgericht ging ausführlich auf zwei von der Stiftung zitierte Bundesgerichtsentscheide[24] ein, erkannte aber in diesen Entscheiden keine mit dem Zufluss von Retrozessionen vergleichbaren Konstellationen. Es hielt überdies fest, dass Dauerdelikte nur mit «grosser Zurückhaltung» anzunehmen seien, da dem Gläubiger sonst ermöglicht werden könnte, beliebig mit der Geltendmachung seiner Forderung zuzuwarten, was dem Zweck des Instituts der Verjährung entgegenstehen würde; die Vorinstanz erkannte die Gefahr einer «Aushöhlung» der Verjährung des Primäranspruchs.[25] Das Bundesgericht zeigte sich gerade gegenüber einem späteren Beginn der Verjährung bei Sekundäransprüchen skeptisch, wenn der Sekundäranspruch (bloss) einen betragsmässig identischen, finanziellen Primäranspruch ersetzen solle.[26]

[18] Das Bundesgericht liess schliesslich offen,[27] wie es sich mit der Frage der Verjährung eines Sekundäranspruchs bei einem einheitlichen Willensentschluss verhält, da die Vorinstanz nicht von einem einheitlichen Willensentschluss der Bank ausging und die Stiftung nicht darlegen konnte, dass die Vorinstanz in Willkür verfallen war. Es reiche jedenfalls nicht für die Annahme eines einheitlichen Willensentschlusses, dass sich die Bank in ihrer Korrespondenz auf den Standpunkt gestellt hatte, im Falle eines Execution-only-Verhältnisses seien keine Retrozessionen herauszugeben.[28]

---

21 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 9.

22 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 9.4.

23 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 9.2.

24 BGE 146 III 14 (Verjährung von Asbestschäden); BGE 92 II 1 (Verjährung/einheitliche Behandlung).

25 Urteil und Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG190234 vom 5. Oktober 2021 E. 7.3; siehe auch Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 9.1.

26 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 9.4.2 am Ende.

27 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 9.4.3.

28 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 9.4.3.

2.5. Keine rechtsmissbräuchliche Erhebung der Verjährungseinrede

[19] Schliesslich machte die Stiftung geltend, die Erhebung der Einrede der Verjährung durch die Bank sei rechtsmissbräuchlich, da die Bank ihr mehrere Schreiben zugestellt habe, in welchen die Bank die Stiftung von verjährungsunterbrechenden Handlungen abgehalten habe.[29] Die Bank bestritt ein missbräuchliches Verhalten.

[20] Rechtsmissbrauch ist gemäss der Ansicht des Bundesgerichts grundsätzlich nur restriktiv anzunehmen.[30] Dies gelte auch für die Beurteilung der Rechtsmissbräuchlichkeit einer Verjährungseinrede. Die Frage des Rechtsmissbrauchs müsse unter Würdigung der Gesamtumstände des konkreten Falls entschieden werden.[31]

[21] Die von der Bank an die Stiftung gesendeten Schreiben waren gemäss dem Bundesgericht nicht geeignet, die Stiftung von verjährungsunterbrechenden Schritten abzuhalten, da sich die Bank im Wesentlichen bloss auf den Standpunkt gestellt habe, es fehle an einem relevanten inneren Zusammenhang zwischen den eingenommenen Vergütungen und dem Auftrag.[32] Auch bestehe keine Pflicht der Bank, die Stiftung über den Stand und die voraussichtliche zukünftige Entwicklung der Rechtsprechung zu Retrozessionen aufzuklären.[33] Es sei für die Stiftung klar gewesen, dass die Bank nicht dazu bereit war, Retrozessionen herauszugeben, womit es angezeigt war, verjährungsunterbrechende Schritte einzuleiten.[34] Nur eine (hier nicht erstellte) Verhaltensweise der Bank, die objektiv betrachtet die Stiftung von der Unterbrechung der Verjährung abgehalten hätte, könne allenfalls als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden.[35]

[22] Das Verhalten der Bank war vorliegend somit nicht missbräuchlich.

3. Bemerkungen

3.1. Keine Herausgabepflicht bei Execution-only-Beziehungen

[23] Das Bundesgericht liess wie erwähnt offen, ob die Beauftragte bei Execution-only-Beziehungen Zuwendungen Dritter herausgeben muss. Damit hat das Bundesgericht bisher einzig die Herausgabepflicht von Retrozessionen bei Vermögensverwaltungsverträgen, nicht aber bei Execution-only-Beziehungen bejaht. Die Vorinstanz hatte entschieden, dass auch bei Execution-only-Beziehungen eine Herausgabepflicht besteht. Die Beantwortung dieser Frage hat eine grosse praktische Bedeutung, weshalb nachstehend auf sie eingegangen wird.

[24] Bei Execution-only-Geschäftsbeziehungen (anders als in der Regel bei Vermögensverwaltungsverträgen) besteht kein Ermessensspielraum für den Beauftragten, da er es gar nicht in der Hand hat, Anlagen selber zu tätigen oder solche zu empfehlen; die Gefahr eines Interessenkon-

29 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 8.3.4.

30 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 8.3.3; BGE 140 III 583 E. 3.2.4.

31 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 8.3.4; BGE 140 III 583 E. 3.2.4; BGE 138 III 401 E. 2.2.

32 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 8.3.4.

33 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 8.3.4.

34 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 8.3.4.

35 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 8.3.4.

flikts ist somit von vornherein nicht gegeben, da die Kundin den Anlageentscheid trifft und somit eine an die Bank bezahlte Entschädigung diesen Entscheid nicht beeinflussen kann.

[25] Im vorliegenden Fall – auf welchen Auftragsrecht anwendbar ist – hätte eine Herausgabepflicht vom Bundesgericht somit nur dann bejaht werden können, wenn selbst bei Fehlen jeglichen Interessenkonflikts eine auftragsrechtliche Herausgabepflicht angenommen würde. Das Bundesgericht nahm zu dieser Frage (Herausgabepflicht auch bei Fehlen eines Interessenkonflikts) wie erwähnt zwar keine Stellung; es will aber das Urteil 4C.125/2002 vom 27. September 2002 (in welchem eine Stiftung erhaltene Gratisaktien an einen Versicherten herausgeben musste, wobei kein Interessenkonflikt vorlag) jedenfalls nicht (wie von der beschwerdeführenden Stiftung vorliegend verlangt) auf die Frage der Herausgabe von Retrozessionen bei Execution-only-Geschäften übertragen.

[26] *Fehlt ein Interessenkonflikt*, so wird in der *Lehre* eine Herausgabe von Retrozessionen von zahlreichen Autorinnen und Autoren abgelehnt.[36] Dabei wird hervorgehoben, dass das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Herausgabe von Retrozessionen die Bedeutung des Interessenkonflikts immer wieder betonte.[37] Es war gerade die Befürchtung, dass sich der Beauftragte von anderen Interessen als jenen des Auftraggebers leiten lassen könnte, welche im Jahr 2006 zur Begründung der Retrozessionsrechtsprechung führte. Es darf daher vermutet werden, dass das *Bundesgericht* bloss dann von einem inneren Zusammenhang ausgeht, wenn ein Interessenkonflikt oder zumindest eine entsprechende Gefahr besteht.

[27] In der *kantonalen Rechtsprechung* sind etwa Urteile der Handelsgerichte der Kantone Zürich und St. Gallen sowie des Tribunale di Appello di Diritto Civile zu erwähnen: Das Handelsgericht des Kantons Zürich bejahte (als Vorinstanz zum hier besprochenen Entscheid) auch bei Fehlen eines Interessenkonflikts einen Herausgabeanspruch bei Execution-only-Beziehungen. Es geht davon aus, dass ein «innerer Zusammenhang» auch dann möglich sei, wenn kein Interessenkonflikt bestehe, nämlich in dem Fall, dass eine Zahlung «einzig»[38] deshalb erfolge, weil der Empfänger vom Kunden und dank dessen Investition eine «Position eingeräumt»[39] erhalte, die diesen

---

36 Aus der umfangreichen Literatur etwa eine Herausgabepflicht ablehnend David Oser/Rolf H. Weber, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 7. Aufl. 2020, N. 14a zu Art. 400 OR; Peter V. Kunz, Wirtschaftsrecht, Bern 2019, Rz. 518 Fn. 1515; Raphael Preisig, Interessenwahrung und Ablieferungspflicht im Bankgeschäft, in: Jusletter 9. September 2013, Rz. 15 f.; Rolf Kuhn/Deborah Schlumpf, Die Pflicht zur Herausgabe von Bestandespflegekommissionen, ZBJV 5/2013, S. 436 ff., 454; Carole Gehrer Cordey/Gion Giger, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 12c zu Art. 400 OR; Carlo Lombardini/Alain Macaluso, Rétrocessions et rétributions dans le domaine bancaire: une nécessaire mise en perspective, AJP 2008, S. 180 ff., 182; Anette Waygood-Weiner, Rückvergütungen und Interessenkonflikte in der Finanzbranche, Diss. Zürich 2014, S. 110; Vito Roberto, Die auftragsrechtliche Herausgabepflicht des «Erlangten», ZSR 2009, S. 33 ff.; Damian A. Fischer, Interessenkonflikte im Schweizer Privat- und Wirtschaftsrecht, Habil. Zürich 2019, S. 654; Matthias Nänni/Hans Caspar von der Crone, Rückvergütungen im Recht der unabhängigen Vermögensverwaltung, SZW 2006, S. 377 ff., 380; Sandro Abegglen, Retrozession ist nicht Retrozession, SZW 2007, S. 122 ff., 126 f., 128 ff.; offengelassen Monika Roth, Retrozessionen – no sense of timing and reasoning?, in: Jusletter 11. Februar 2013, Rz. 32 f.; eine Herausgabepflicht bejahend etwa Thomas Jutzi/Ksenia Wess, Retrozessionen und sonstige Entschädigungen, GesKR 2022 S. 76 ff., 86; Susan Emmenegger/Thirza Döbeli, Bankgeschäfte nach der Krise: Safer, simpler, fairer?, SZW 2018, S. 649 ff., 654; Susan Emmenegger, Anlagekosten, Retrozessionen: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Anlagerecht, Basel 2007, S. 61 ff., 71; Corinne Zellweger-Gutknecht, Zur Annahme und Herausgabe von Retrozessionen und anderen Drittvergütungen, in: Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich 2013, S. 238 ff., 249.

37 Vgl. etwa Kuhn/Schlumpf (Fn. 36), S. 441; siehe BGE 143 III 348 E. 5.1.2; BGE 138 III 755 E. 5.3, 5.7 und 8.4.

38 Urteil und Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG190234 vom 5. Oktober 2021 E. 2.3; vgl. bereits Beschluss und Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150054 vom 15. November 2017 E. 3.2.3, obiter dictum.

39 Urteil und Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG190234 vom 5. Oktober 2021 E. 2.3.

Zufluss der Zahlung ermögliche.[40] Damit reicht gemäss dem Handelsgericht des Kantons Zürich der natürliche Kausalzusammenhang für den erforderlichen inneren Zusammenhang aus. Demgegenüber lehnt das Handelsgericht des Kantons St. Gallen einen Herausgabeanspruch ab, da ein innerer Zusammenhang und damit die Gefahr eines Interessenkonflikts fehle.[41] Auch das Tribunale di Appello di Diritto Civile lehnt eine Herausgabepflicht bei Execution-only-Beziehungen ab und bejaht eine Herausgabe bloss dann, wenn der Kundenberater (entgegen der zugrundeliegenden Execution-only-Beziehung und ohne Genehmigung des Kunden) selber Transaktionen auslöst, wobei dieses Gericht die Gefahr des Interessenkonflikts und die Nähe zur Vermögensverwaltung betont.[42] In diesen Fällen liegt im Grund auch keine Execution-only-Beziehung mehr vor.

[28] Der *Gesetzgeber* war sich im Zusammenhang mit dem am 1. Januar 2020 in Kraft getretenen FIDLEG offensichtlich der Voraussetzung des Interessenskonflikts bewusst, setzte er ihn doch im Rahmen der aufsichtsrechtlichen Regelung zur Herausgabe von Drittvergütungen voraus, indem er den einschlägigen Art. 26 FIDLEG im zweiten Abschnitt mit dem Titel «Interessenkonflikt» platzierte.[43] Die Annahme, eine Herausgabe sei auch ohne Interessenkonflikt geschuldet, steht somit in Widerspruch zu der seit kurzem geltenden gesetzlichen Regelung.

[29] *Fehlt ein Interessenkonflikt*, so fehlt es nach der hier vertretenen Auffassung schlechthin am Kriterium für die Beurteilung des inneren Zusammenhangs,[44] weshalb die Zahlungen an den Beauftragten bloss bei Gelegenheit des Auftrags ausgerichtet werden und als solche nicht herausgegeben werden müssen.[45]

[30] Jedenfalls muss von der vom Bundesgericht geforderten *konkreten Wertung* ausgegangen werden: Die Beurteilung, ob es sich bei den dem Beauftragten zugeflossenen Zahlungen um herausgabepflichtige Zuwendungen handelt, kann gemäss dem Bundesgericht «nicht losgelöst vom konkreten Vertragsverhältnis»[46] erfolgen. Erforderlich ist vielmehr eine *wertende Gesamtbetrachtung*, was eine konkrete Bewertung der Ursachen voraussetzt, weshalb es überhaupt zu einer Zahlung an den Beauftragten gekommen ist. Anders lässt sich nicht entscheiden, ob ein innerer Zusammenhang vorliegt. Entsprechend muss berücksichtigt werden, dass der selbständige Entscheid des Kunden, ein bestimmtes Anlageprodukt zu erwerben, zwar (wenn überhaupt) nur *eine* der Ursachen für den Zufluss der Zahlung bei der Bank ist; der Zufluss der Zahlung ist aber auch noch von zahlreichen anderen Ursachen abhängig, wozu insbesondere auch der Betrieb einer Handelsabteilung durch die Bank und das Bereitstellen einer Handelsplattform gehören. Es gilt, *diese Ursachen* und *das Fehlen eines Interessenkonflikts normativ zu bewerten*; damit kann dem «inneren Zusammenhang» zwischen erteiltem Anlageentscheid und erhaltenem Vermögenswert überhaupt erst eine Kontur verliehen werden. Dieser wertende Vorgang, der etwa im Bereich der

---

40 Urteil und Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG190234 vom 5. Oktober 2021 E. 2.3; zustimmend Jutzi/Wess (Fn. 36), S. 86; Emmenegger/Döbeli (Fn. 36), S. 64.

41 Entscheid des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen HG.2018.11 vom 12. September 2019 E. III.3.

42 Entscheid des Tribunale di Appello di Diritto Civile des Kantons Tessin 12.2019.102 vom 21. Juli 2020 E. 8.

43 Vgl. auch Art. 29 Abs. 1 FIDLEV (Entschädigungen werden als offenzulegender Interessenkonflikt benannt); zum Verhältnis der öffentlich-rechtlichen Norm von Art. 26 FIDLEG zum OR vgl. Thomas Jutzi/Ksenia Wess, Die (neuen) Pflichten im Execution-only-Geschäft: Zusammenspiel von FIDLEG und OR, SZW 2019, S. 589 ff., S. 612.

44 Natalia Neuman/Hans Caspar von der Crone, Herausgabepflicht für Bestandespflegekommissionen im Auftragsrecht, SZW 2013, 101 ff., 107.

45 Zur Ausrichtung bei Gelegenheit des Auftrags vgl. BGE 143 III 348 E. 5.1.2; 138 III 755 E. 4.2; 138 III 137 E. 5.3.1; 137 III 393 E. 2.1; 132 III 460 E. 4.1.

46 BGE 138 III 755 E. 5.5.

Prüfung der Adäquanz anerkannt ist,[47] wird dazu führen, dass die vom Auftraggeber im Rahmen einer Execution-only-Beziehung gesetzte Ursache (im Sinne einer bloss natürlichen Kausalität) in den Hintergrund tritt und somit keinen (insbesondere nicht einen «inneren») Zusammenhang mit dem Zufluss einer Zahlung hat, weshalb eine Herausgabepflicht entfallen muss.

[31] Dies steht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche etwa beim Erhalt von Trinkgeldern für die Beurteilung des «inneren Zusammenhangs» und damit der Herausgabepflicht *nicht* auf die natürliche Kausalität abstellt.[48] Trinkgelder sind, auch wenn der Kausalzusammenhang zur Dienstleistung offensichtlich ist, nicht herauszugeben. Mit anderen Worten reicht es also für eine Herausgabepflicht des Empfängers der Trinkgelder gerade nicht aus, dass er durch die Auftraggeberin die «Position eingeräumt bekam» (so aber die Formulierung des Handelsgerichts des Kantons Zürich als Vorinstanz),[49] Trinkgelder zu erlangen.

[32] Stellt somit eine Bank der Kundin eine Plattform für den Kauf und Verkauf von Wertschriften zur Verfügung und erhält sie von Produktanbietern für diese Leistung eine Entschädigung, so stellen diese Entschädigungen keine herausgabepflichtige Zuwendung eines Dritten an den Beauftragten dar, da kein hinreichender innerer Zusammenhang gemäss Art. 400 Abs. 1 OR vorliegt.[50]

3.2. Klärung der Regeln zu Verjährungsbeginn und -dauer

[33] Die Stiftung versuchte, mit ihrer Beschwerde eine Änderung der Praxis gemäss BGE 143 III 348 zu erwirken. Danach unterliegen Herausgabeansprüche im Zusammenhang mit Retrozessionen der Verjährung von 10 Jahren,[51] wobei die Verjährung an dem Tag zu laufen beginnt, an dem der Beauftragte den (jeweiligen) herauszugebenden Betrag erhalten hat.[52]

[34] Eine Praxisänderung kommt grundsätzlich nur in Betracht, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht. Anderenfalls ist die bisherige Praxis beizubehalten.[53] Dies gilt namentlich hinsichtlich Rechtsfragen, die wenige Jahre zuvor entschieden wurden, weil das Gebot der Rechtssicherheit zu beachten ist.[54] Es ist daher ohne weiteres nachvollziehbar und in der Sache richtig, dass das Bundesgericht seine erst im Jahre 2017 begründete Praxis des Beginns und der Dauer der Verjährung nicht ändern wollte. Das Gericht erkannte keine ernsthaften, sachlichen Gründe für eine Änderung. Es bleibt somit bei den in BGE 143 III 348 festgesetzten Grundsätzen betreffend Verjährung der Herausgabeansprüche bei Retrozessionen.

---

47 Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 8C_537/2009 vom 3. März 2010, E. 5.2.

48 BGE 143 III 348 E. 5.1.2 unter Hinweis auf BGE 138 III 755 E. 4.2.; 137 III 393 E. 2.1; ähnlich bereits Roberto (Fn. 36), S. 25.

49 Urteil und Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG190234 vom 5. Oktober 2021 E. 2.3.

50 Peter Nobel/Isabel Stirnimann, Zur Behandlung von Entschädigungen im Vertrieb von Anlagefonds – und strukturierten Produkten durch Banken – eine Untersuchung im Lichte des Bundesgerichtsentscheids BGE 132 III 460, in: SZW 2007, S. 343 ff., 348.

51 BGE 143 III 348 E. 5.2.1.

52 BGE 143 III 348 E. 5.3.

53 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 8.1.2; BGE 127 II 289 E. 3a; 135 III 66 E. 10; 132 III 770 E. 4.

54 BGE 127 II 289 E. 3a.

[35] Das Bundesgericht entschied die Frage nicht, ob bei Retrozessionen überhaupt ein Sekundäranspruch[55] existiert,[56] da etwaige Sekundäransprüche sowieso verjährt waren. Dies impliziert, dass die Verjährungsfristen für die Auskunfts-/Herausgabepflichten und etwaige Sekundäransprüche (Schadenersatzansprüche) gleichzeitig beginnen und gleich lange dauern. Diese Parallelität ist dogmatisch richtig und praktisch wünschbar.

[36] Auch wenn das Bundesgericht sich nicht einlässlich dazu äusserte und die Frage offenlassen konnte, ob bei Retrozessionen neben dem Herausgabeanspruch noch ein Sekundäranspruch möglich ist,[57] so kann man sich fragen, ob bei Geldforderungen die Konstruktion eines betragsmässig identischen Sekundäranspruches, der auf Schadenersatz (in Geld) lautet, Sinn macht. Da sich beide Ansprüche auf einen bestimmten Geldbetrag beziehen, dürfte der Unterschied in erster Linie darin liegen, dass beim Sekundäranspruch eine Reduktion wegen Selbstverschuldens denkbar ist.[58] Dagegen wäre es schwer nachvollziehbar, weshalb bei einer Geldforderung die Verjährung länger sein soll, bloss weil der Kläger statt der Geldleistung einen Schadenersatzanspruch in der Höhe desselben Betrags geltend macht.

[37] Es kann dem Bundesgericht zugestimmt werden, wenn es gegenüber einem Dauerdelikt[59] im vorliegenden Fall und auch generell im Privatrecht skeptisch eingestellt ist.[60] Die Annahme eines Dauerdelikts führt zu einer Verlängerung der Verjährungsfrist und der Gläubiger könnte «beliebig»[61] mit der Geltendmachung seiner Forderung zuwarten. Dies würde dem Zweck des Instituts der Verjährung zuwiderlaufen. Die Schuldnerin sollte nach Möglichkeit nicht im Ungewissen darüber gelassen werden, ob eine Forderung, die längere Zeit nicht geltend gemacht wurde und mit der sie daher immer weniger rechnen darf, schliesslich doch noch eingeklagt wird und ob sie Belege und andere Unterlagen während unbeschränkter Zeit aufbewahren muss.[62]

3.3. Restriktive Annahme des Rechtsmissbrauchs

[38] Das Bundesgericht nimmt Rechtsmissbrauch nur restriktiv an und legt einen strengen Beurteilungsmassstab an.[63] Zu Recht stellt das Bundesgericht entsprechend hohe Anforderungen an die Rechtsmissbräuchlichkeit einer Verjährungseinrede.[64]

---

55 Zum Sekundäranspruch vgl. Corinne Zellweger-Gutknecht, Retrozessionen und Schadenersatz, Zur Verjährung des Ersatzanspruchs bei Verletzung der Herausgabe- und Rechenschaftspflicht, in: Eva Maria Belser/Pascal Pichonnaz/Hubert Stöckli (Hrsg.), Le droit sans frontières – Recht ohne Grenzen – Law without borders: Mélanges pour Franz Werro, Bern 2022, S. 699 ff.

56 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 9.2.

57 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 9.2.

58 Vgl. auch das *nach* dem hier besprochenen Urteil ergangene Urteil des Bundesgerichts 4A_407/2021 vom 13. September 2022 (Unterscheidung zwischen Erfüllungs- und Schadenersatzanspruch im Rahmen einer Execution-only-Beziehung bei einer von einem Bankmitarbeiter ohne Einverständnis des Kunden getätigten Transaktion).

59 «Dauerdelikt» ist ein Terminus des Strafrechts (vgl. etwa BGE 84 IV 17), wie er im Entscheid zur Verjährung von Asbestschäden in zivilrechtlichem Zusammenhang erwähnt wurde (BGE 146 III 14 E. 6.1). Für den hier besprochenen Fall könnte wohl auch der Begriff eines andauernden schädigenden Verhaltens verwendet werden (so auch BGE 146 III 14, E. 6.1.2).

60 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 9.4.2 a.E.

61 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 9.4.2.

62 BGE 137 III 16 E. 2.1; BGE 134 III 294 E. 2.1; 90 II 428 E. 8.1.

63 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 8.3.3.

64 Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 8.3.3.

[39] Die vorliegend durch das Bundesgericht vorgenommene Einzelfallbetrachtung überzeugt; die Bank hatte offenbar vor der Einreichung mehrfach die Zahlung von Retrozessionen abgelehnt, was für sich allein nicht rechtsmissbräuchlich sein kann. Nach der Auffassung des Bundesgerichts kommt es darauf an, ob der Schuldner den Gläubiger *davon abhält*, verjährungsunterbrechende Schritte einzuleiten, was vorliegend nicht gegeben war. Dabei ist eine eigentliche Aufklärung des Schuldners durch den Gläubiger über die Rechtslage nicht nötig,[65] zumal die Bank die Stiftung darauf hinwies, dass sie (bloss) ihre eigene Rechtsauffassung äussere, woraus sich offensichtlich ergibt, dass auch andere Ansichten bestehen.[66]

Dr. Beat Mathys, LL.M., ist Rechtsanwalt in Zürich und Lehrbeauftragter für Privatrecht an der Universität St. Gallen.

[65] Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 8.4.

[66] Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 8.4.