

Retrozessionen und execution only Mandate

Wenn schon kein Urknall, so doch nützliche Klarstellungen

Par Philipp Fischer le 12 Oktober 2022

Das Bundesgericht hat sein Urteil (BG 4A_601/2021 vom 8. September 2022) in einem Fall gefällt, der von den Praktikern mit einer gewissen Spannung verfolgt wurde, ohne jedoch eine bundesgerichtliche Antwort auf die Frage zu geben, ob Retrozessionen, die im Rahmen eines Execution-Only-Verhältnisses erhalten werden, der Rückerstattungspflicht unterliegen (oder nicht).

Die Spannung war gross, da das Bundesgericht die Gelegenheit hatte, sich zum ersten Mal, soweit wir wissen, mit dem Umfang der Rückerstattungspflicht von Retrozessionen im Falle eines Execution-Only-Verhältnisses zu befassen. In dem der Beschwerde zugrunde liegenden kantonalen Urteil hatte das Zürcher Handelsgericht festgestellt, dass die Pflicht zur Herausgabe von Retrozessionen, die sich aus der Rechtsprechung zur Vermögensverwaltung entwickelt hat, auch auf execution only-Beziehungen anwendbar sei. In dem hier besprochenen Urteil stellt das Bundesgericht jedoch gleich zu Beginn klar, dass es sich zu dieser Frage nicht äussern wird : „Auf die umstrittene Frage, ob grundsätzlich auch im Execution only-Verhältnis eine Pflicht zur Herausgabe von Retrozessionen besteht (...) muss vorliegend nicht weiter eingegangen werden“ (c. 7.2).

Dennoch verdient dieses Urteil einen Kommentar, da es Fragen behandelt, die zwar peripher zur Rückerstattungspflicht sind, aber dennoch für Praktiker wichtig sind. Die Sachlage lässt sich kurz wie folgt zusammenfassen.

Eine Pensionskasse unterhält seit 2001 eine execution only-Beziehung mit einem Bankinstitut. Die Bank erhält im Laufe der Beziehung Retrozessionen. Die Pensionskasse ist der Ansicht, dass diese Vergütungen an sie zurückzahlen sind, da sie nicht rechtsgültig auf sie verzichtet hat. Die Bank ist ihrerseits der Ansicht, dass die Retrozessionen in einem execution only-Verhältnis nicht an den Kunden zurückgegeben werden müssen, da kein Interessenkonflikt vorliegt. Das Handelsgericht stellt fest, dass Retrozessionen, die die Bank in den zehn Jahren vor der Unterbrechung der Verjährung erhalten hat, rückerstattet werden müssen.

Nur die Pensionskasse legte beim Bundesgericht Berufung ein, da sie die Argumentation des Handelsgerichts in Bezug auf die Verjährung für kritikwürdig hielt.

Das hier besprochene Urteil kann in drei Teile gegliedert werden :

Erstens bestätigt das Bundesgericht seine Rechtsprechung aus einem Grundsatzurteil (BGE

143 III 348, kommentiert in cdbf.ch/978/), wonach (i) die (zivilrechtliche) Verjährungsfrist zehn Jahre beträgt und (ii) der dies a quo dem Zeitpunkt entspricht, zu dem die Bank die Retrozession erhält (und nicht dem Zeitpunkt, zu dem der Kunde von der Retrozession erfährt oder das Vertragsverhältnis beendet wird).

Zweitens macht das Bundesgericht interessante Ausführungen zur Verjährung des Informationsanspruchs nach Art. 400 OR, indem es feststellt, dass diese Verjährungsfrist an die Verjährungsfrist für die Rückerstattungspflicht anzulehnen ist (E. 8.2.2). 8.2 : „Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, welches Interesse die Beschwerdeführerin an der Durchsetzung der Auskunftsansprüche noch haben sollte, wenn die entsprechenden Herausgabeansprüche bereits verjährt sind.“). Diese Auffassung des Bundesgerichts scheint im Gegensatz zu der in der Lehre weitgehend geäußerten Meinung zu stehen, wonach zusammengefasst der dies a quo der Verjährung des vertraglichen Auskunftsanspruchs dem Ende der Vertragsbeziehung und nicht dem Erhalt der Rückvergütung entspricht. Darüber hinaus ist die Argumentation des Bundesgerichts auf das Zivilrecht fokussiert. Es ist nicht ausgeschlossen, dass sich ein weitergehender Auskunftsanspruch potenziell aus anderen gesetzlichen Bestimmungen ergeben könnte, insbesondere aus Art. 16 FinfraG , Art. 72 FinfraG (wenn das FinfraG auf den analysierten Sachverhaltskomplex anwendbar ist) oder Art. 8 DSG.

Schliesslich prüft das Bundesgericht, ob die Bank gegen Treu und Glauben gehandelt hätte, als sie den Kunden dazu verleitete, die Verjährung nicht zu unterbrechen, um dann diese Einrede im Verfahren zu erheben. Die Kundin ist nämlich der Ansicht, dass die an sie gerichteten Briefe der Bank geeignet gewesen wären, sie davon abzuhalten, auf eine Unterbrechung der Verjährung hinzuwirken. Im vorliegenden Fall hielt die Bank stets an ihrem Standpunkt fest, dass aufgrund der Merkmale des Execution-Only-Verhältnisses keine Retrozessionen zurückerstattet werden sollten. Dieses Verhalten hätte die Kundin dazu veranlassen müssen, Schritte einzuleiten, um die Verjährung so schnell wie möglich zu unterbrechen. Das Bundesgericht schliesst den Rechtsmissbrauch unserer Ansicht nach zu Recht aus.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass dieser Entscheid (i) sich nicht zur Anwendung der Rückerstattungspflicht auf execution only-Beziehungen äussert (zu dieser Frage wurden mehrere kantonale Entscheide mit unterschiedlichen Ergebnissen gefällt) und (ii) den Ansatz zur Verjährung des Rückerstattungsanspruchs bestätigt. Festzuhalten ist, dass das Bundesgericht (iii) interessante Klarstellungen zur Verjährung des Auskunftsanspruchs nach Art. 400 OR (Verjährung angepasst an die Verjährung des Rückerstattungsanspruchs) vornimmt und (iv) der Möglichkeit des Kunden, sich auf ein missbräuchliches Verhalten der Bank zu berufen, um zu versuchen, die vom Empfänger der Retrozessionen erhobene Einrede der Verjährung zu umgehen, Grenzen setzt.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Philipp Fischer, Wenn schon kein Urknall, so doch nützliche Klarstellungen, publié le 12 Oktober 2022 par le Centre de droit bancaire et financier, <https://cdbf.ch/de/1252/>