



Retrozessionen und Entschädigungen durch Dritte

Die Drittvergütungsproblematik zwischen Aufsichts- und Zivilrecht

THOMAS JUTZI*



QUIRIN MEIER**

917

Die Drittvergütungsproblematik wird einerseits durch die zivilrechtliche Rechtsprechung zur Herausgabepflicht und andererseits seit dem 1. Januar 2020 durch die aufsichtsrechtliche Regelung des FIDLEG geprägt. Der Beitrag beschäftigt sich mit dieser Rechtsprechung und setzt sie in ein Verhältnis zu Art. 26 FIDLEG. Dieser geht für Execution-only über die zivilrechtlichen Vorgaben hinaus; es besteht hier ein Potential für eine Beeinflussung. Auch sind Unterschiede beim Verzicht, bei der Durchsetzung und bei der Verjährung der Ansprüche zu finden. Zivilrechtlich ist ein nachträglicher Verzicht auf die Herausgabe möglich; aufsichtsrechtlich ist dagegen nur ein Vorausverzicht zulässig. Der zivilrechtliche Anspruch verjährt mit einer 10-jährigen Frist; die Einziehung nach Art. 35 FINMAG, mit der Art. 26 FIDLEG u.E. durchzusetzen ist, verjährt mit einer Verfolgungsverjährungsfrist von sieben Jahren und einer Vollstreckungsverjährungsfrist von 10 Jahren. Diese und weitere Unterschiede werden vorliegend beleuchtet.

La problématique des rémunérations reçues de tiers est marquée d'une part par la jurisprudence rendue en droit civil quant à l'obligation de restitution et d'autre part, depuis le 1er janvier 2020, par la réglementation prudentielle de la LSFIn. L'article se penche sur cette jurisprudence et la met en lien avec l'art. 26 LSFIn, qui va plus loin que les prescriptions de droit civil en ce qui concerne les mandats execution only et offre ainsi un levier d'action. Il existe également des différences en ce qui concerne la renonciation, la mise en œuvre et la prescription des prétentions. Sur le plan civil, il est possible de renoncer a posteriori à la restitution, tandis qu'en droit prudentiel, seule une renonciation préalable est autorisée. La prétention civile se prescrit par dix ans, la confiscation prévue à l'art. 35 LFINMA, qui sert, selon l'avis de l'auteur, à faire appliquer l'art. 26 LSFIn, se prescrit par sept ans en ce qui concerne le délai d'action et par dix ans pour l'exécution. L'article aborde ces différences et d'autres encore.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 - A. Gegenstand der Untersuchung
 - B. Ausgangslage
 - C. Retrozessionen und Entschädigungen durch Dritte
 - D. Ausstrahlungswirkung zwischen FIDLEG und Zivilrecht
- II. Voraussetzungen der Herausgabe
 - A. Herausgabe gemäss Art. 400 OR
 1. Grundlage
 2. Execution-only
 - B. Herausgabe gemäss Art. 26 FIDLEG
 1. Systematische Einordnung von Art. 26 FIDLEG
 2. Voraussetzungen der Entgegennahme und Aushändigungspflicht
 3. Zusammenhang zwischen Entschädigung und Finanzdienstleistung
 - C. Ausstrahlungspotential?
- III. Verzicht auf den Herausgabeanspruch
 - A. Zivilrechtlicher Verzicht
 - B. Aufsichtsrechtlicher Verzicht
 - C. Ausstrahlungspotential?
- IV. Durchsetzung des Anspruchs
 - A. Zivilrechtliche Durchsetzung: Zivilklage
 - B. Aufsichtsrechtliche Durchsetzung: Einziehung
 - C. Bemerkungen zu den Durchsetzungsmodalitäten

- V. Verjährung des Anspruchs
 - A. Zivilrechtliche Rechtslage
 - B. Aufsichtsrechtliche Rechtslage
 - C. Vergleich der Verjährungsfristen
- VI. Schlussbemerkungen und Erkenntnisse

I. Einleitung

A. Gegenstand der Untersuchung

In diesem Beitrag wird die Drittvergütungsproblematik aus zivil- und aufsichtsrechtlicher Perspektive untersucht. Dabei wird besonders auf das Verhältnis zwischen diesen beiden Teilrechtsgebieten eingegangen. Vorab wird in das Thema eingeführt (I.B.) und eine kurze Erläuterung der Begriffe «Retrozession» bzw. «Entschädigung durch Dritte» gegeben (I.C.). Anschliessend wird die Ausstrahlungswirkung erörtert, die das Verhältnis zwischen dem Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und dem Zivilrecht bestimmt (I.D.). Der Hauptteil beginnt mit einer Analyse der bundesgerichtlichen zivilrechtlichen Rechtsprechung zur Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR (II.A.), gefolgt von einer Analyse der aufsichtsrechtlichen Regelung zur Herausgabepflicht nach Art. 26 FIDLEG (II.B.). Sodann werden die Verzichtsmodalitäten im Zivil- (III.A.) und im Aufsichtsrecht (III.B.) besprochen. Ein besonderes Augenmerk gilt dem Verhältnis zwischen FIDLEG und Zivilrecht, weshalb das Potenzial für eine gegenseitige Beeinflussung der beiden Teilrechtsgebiete

* THOMAS JUTZI, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Ordinarius für Wirtschaftsrecht am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern, Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern.

** QUIRIN MEIER, MLaw Business Law, Advokat, Doktorand am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern. Die Autoren danken Dr. iur. Daniel Baumann, Rechtsanwalt, Dr. iur. Ksenia Wess und Luca Yousef, MLaw, Rechtsanwalt, für die kritische Durchsicht und die wertvollen Anmerkungen.

te jeweils analysiert wird (II.C.; III.C.). Es werden auch die klageweise Durchsetzung des Herausgabeanspruchs im zivilrechtlichen Bereich (IV.A.) und die aufsichtsrechtliche Durchsetzung, die u.E. mittels der aufsichtsrechtlichen Einziehung nach Art. 35 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes (FINMAG) erfolgt, dargestellt (IV.B.) und weiterführende Bemerkungen zu diesen Durchsetzungsmodalitäten angebracht (IV.C.). Schliesslich werden die Verjährung des zivilrechtlichen Anspruchs (V.A.) und jene der aufsichtsrechtlichen Herausgabeverpflichtung (V.B.) besprochen und verglichen (V.C.). Der Beitrag schliesst mit einer Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse und Schlussbemerkungen (VI.).

B. Ausgangslage

In der finanzmarktrechtlichen Literatur der letzten Jahre wurde kaum ein Thema so häufig besprochen wie das der Drittvergütungen; dies nicht zuletzt aufgrund der vier relevanten Leitentscheide des Bundesgerichts.¹ Bezogen auf das Finanzdienstleistungsgeschäft handelt es sich bei Drittvergütungen und Retrozessionen – vereinfacht ausgedrückt – um Zahlungen, die ein Finanzdienstleister 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.²

In Bezug auf die Herausgabe von Drittvergütungen im Zusammenhang mit der Vermögensverwaltung hat das Bundesgericht in vier Entscheiden wichtige Eckpfeiler gesetzt: In BGE 132 III 460 wurde entschieden, dass Retrozessionen vorbehaltlich eines Verzichts des Kunden an diesen herauszugeben sind. Die Anforderungen an einen solchen gültigen Herausgabeverzicht wurden in BGE 137 III 393 konkretisiert. In BGE 138 III 755 bestätigte das Bundesgericht, dass auch Bestandespflegekommissionen für den Vertrieb von kollektiven Kapitalanlagen und strukturierten Produkten, selbst wenn sie (bank-)konzernintern ausgerichtet werden, der Herausgabepflicht unterliegen.

Mit BGE 143 III 348 hat das Bundesgericht schliesslich entschieden, dass der Herausgabeanspruch der ordentlichen zehnjährigen Verjährungsfrist von Art. 127 OR untersteht und diese Frist für jede einzelne Drittvergütung mit deren Erhalt zu laufen beginnt. In diesen Entscheiden wurde auch der Anspruch auf Rechenschaftsablage über Drittschädigungen angesprochen, wobei das Bundesgericht zu Recht auf die Herausgabepflicht bzw. auf die dem Verzicht vorzuziehende Information und nicht auf die Rechenschaftsablage abstellte.³ Bereits vor diesen «Retro-Entscheiden» des Bundesgerichts war weitgehend unbestritten, dass Kunden über Drittvergütungen zu informieren sind.⁴

Mit dem FIDLEG und dem Finanzinstitutsgesetz (FINIG) wurde ein wesentlicher Teil des Finanzmarktrechts neu geordnet. Ziele waren die Schaffung einheitlicher Wettbewerbsbedingungen für alle Marktteilnehmer und insbesondere eine Stärkung des Kundenschutzes.⁵ Die Gesetzesnovelle von FIDLEG und FINIG wurde daher auch in relevanter Weise von der Retrozessionsrechtsprechung des Bundesgerichts geprägt.⁶ Mit Art. 26 FIDLEG findet sich entsprechend auch eine Regelung dazu, wie Finanzdienstleister mit Entschädigungen durch

¹ BGE 132 III 460; BGE 137 III 393; BGE 138 III 755; BGE 143 III 348.

² SANDRO ABEGGLEN, Der Verzicht auf Ablieferung von Retrozessionen – Einordnung und Anforderungen. Eine dogmatische Nachlese zu BGE 132 III 460 ff., recht 5/2007, 190 ff., 190; MONIKA ROTH, Das Dreiecksverhältnis Kunde – Bank – Vermögensverwalter – Treue- und Sorgfaltspflichten unter besonderer Berücksichtigung von Retrozessionen, Funder's Fee und anderen Vorteilen, auch im Verhältnis Kunde – Bank, 2. A. Zürich/St. Gallen 2013, N 175 ff.; JEAN-MARC SCHALLER, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts – Grundlagen – Haftung – Zivilprozess – Aufsicht – Strafrecht, Zürich/Basel/Genf 2013, N 359.

³ FLAVIO AMADÒ/GIOVANNI MOLO, Praxiskommentar Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen – Verhaltens-, Organisations- und Verfahrensnormen des FIDLEG sowie ausgewählter Bestimmungen des FINIG, Zürich/St. Gallen 2022, Art. 26 FIDLEG N 2 (zit. PraxKomm FIDLEG-AMADÒ/MOLO); PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4. A., Bern 2019, § 10 N 2.

⁴ Vgl. bereits KLAUS J. HOPT, Rechtsprobleme der Anlageberatung und der Vermögensverwaltung der Schweizer Banken, in: Rudolf v. Graffenried (Hrsg.), Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Bern 1987, 135 ff., 157; FLORIAN S. JÖRG/OLIVER ARTER, Herausgabe- und Rechenschaftspflicht des unabhängigen Vermögensverwalters Übergabepflichten richten sich nach dem Auftragsrecht, ST 4/2004, 297 ff., 299; WOLFGANG WIEGAND/CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Privatrechtliche Probleme der Vermögensverwaltung – Grundfragen und Schnittstellen, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Vermögensverwaltung und Nachlassplanung BBT 2004, Bern 2005, 27 ff., 43 f.

⁵ Botschaft vom 4. November 2015 zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG), BBl. 2015, 8901 ff. (zit. Botschaft FIDLEG/FINIG), 8902; BSK FIDLEG/FINIG-WATTER, Art. 1 FIDLEG N 5 ff., in: Rashid Bahar/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Finanzdienstleistungsgesetz Finanzinstitutsgesetz, Basel 2023 (zit. BSK FIDLEG/FINIG-Verfasser); SUSAN EMMENEGGER/MARTINA REBER, Zahlungsströme im Konzern: Aufsichtsrechtliche Folgen der Retrozessionsrechtsprechung, in: Peter Jung/Frédéric Krauskopf/Conradin Cramer (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts – Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich/Basel/Genf 2020, 165 ff., 169 f.

⁶ NOBEL (FN 3), § 10 N 2; vgl. BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 8 ff.; SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT, Art. 27 N 1 ff., in: Rolf Sethe/René Bösch/Oliver Favre/Stefan Kramer/Ansgar Schott (Hrsg.), Schulthesskommentar Kommentar zum Finanzdienstleistungsgesetz FIDLEG, Zürich/Basel/Genf 2021 (zit. SK FIDLEG-Verfasser).

Dritte umzugehen haben. Eine Annahme von Drittent-
schädigungen ist nur zulässig, wenn der Kunde vorgängig
ausdrücklich informiert wird, oder der Finanzdienstleister
die Entschädigung an den Kunden herausgibt.⁷ Mit dieser
Regelung sollten nicht primär neue Pflichten geschaffen
werden; vielmehr wurde bezweckt, bestehende Pflichten
sektorübergreifend für alle Personen, die Finanzdienstlei-
stungen erbringen, aufsichtsrechtlich zu verankern.⁸

C. Retrozessionen und Entschädigungen durch Dritte

Nach der ersten Definition des Bundesgerichts «wird un-
ter Retrozession der Vorgang bezeichnet, dass eine Bank
gestützt auf eine entsprechende Vereinbarung einem
Dritten (insbesondere einem Vermittler im Vermögens-
verwaltungs- und Kapitalanlagegeschäft) einen Anteil
einer vereinnahmten Kommission weitergibt».⁹ In die-
ser ersten Entscheidung zu den Retrozessionen ging das
Bundesgericht davon aus, dass es sich bei Retrozessionen
um einen «Kommissionsertrag aus Börsengeschäften»
handeln muss und der Empfänger dieser Zahlungen ein
Vermögensverwalter ist.¹⁰ In neueren Entscheiden wurde
diese Definition jedoch erweitert. Insbesondere ist entfal-
len, dass ein spezifischer Kommissionsertrag vorliegen
muss und der Empfänger der Zahlungen wird nicht mehr
als Vermögensverwalter, sondern als Dritter bezeichnet.¹¹
Unterdessen wird von Gerichten im Zusammenhang mit
Drittvergütungen eine Vielzahl von Begriffen wie Ret-
rozessionen, Bestandspflegekommissionen, Courtagen,
Kickbacks, Finder's Fees und Kommissionen verwen-
det.¹² Obwohl die Begriffe unterschiedliche Bedeutungen
haben können, liegt der Fokus nicht auf der genauen Ter-
minologie, sondern vielmehr auf den unterschiedlichen
Interessen, die sich aus dem Dreiecksverhältnis zwischen
Kunde, Finanzdienstleister und Drittem ergeben.¹³

⁷ Art. 26 Abs. 1 lit. a und b FIDLEG.

⁸ Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 5), 8922 und 8965 f.

⁹ BGE 132 III 460 E. 4.

¹⁰ BGE 132 III 460 E. 4; vgl. auch BGer, 6P.107/2005 bzw.
6S.316/2005, 3.2.2006, E. 5.6.

¹¹ Vgl. BGE 137 III 393 E. 2.1; BGE 138 III 755 E. 4.2; BGE 143 III
348 E. 5.1.2.

¹² Vgl. BGE 138 III 755 E. 5.4; vgl. FABIAN SCHMID, Retrozessionen
an externe Vermögensverwalter – Privatrechtliche Fragen, Bern
2009 (Diss. Bern 2009) = ASR Bd. 762, 38 f. m.w.H.; KATHRIN
KÜPPERS, Neuordnung der Finanzmarktaufsicht im Bereich der
bankseitigen Erbringung und Vergütung von Finanzdienstleis-
tungen, Zürich/Basel/Genf 2020 (Diss. Zürich 2017) = SSFM Bd. 131,
32 ff.

¹³ EBK, Anreizsysteme und Interessenkonflikte beim Vertrieb von
Finanzprodukten – Aufsichtsrechtliche Sicht – Diskussionspapier

In eine ähnliche Richtung geht das Aufsichtsrecht,
das in Art. 26 Abs. 3 FIDLEG festhält, dass «[a]ls Ent-
schädigungen [...] Leistungen [gelten], die dem Finanz-
dienstleister im Zusammenhang mit der Erbringung einer
Finanzdienstleistung von Dritten zufließen, insbesondere
Courtagen, Kommissionen, Provisionen, Rabatte oder
sonstige vermögenswerte Vorteile.» Die Auflistung von
Art. 26 Abs. 3 FIDLEG allein ist nicht ausschlaggebend
für die Bestimmung dessen, was als Entschädigung zu be-
trachten ist. Vielmehr müssen auch die spezifischen Um-
stände des Einzelfalls berücksichtigt werden, um genau
zu eruieren, was als Entschädigung gilt.¹⁴

D. Ausstrahlungswirkung zwischen FIDLEG und Zivilrecht

Das FIDLEG enthält sektorübergreifende Verhaltensre-
geln für Finanzdienstleister und schafft – entsprechend
dem Grundsatz *same business, same risks, same rules* –
ein einheitliches «level playing field» für alle Finanz-
dienstleister, welche die gleichen Finanzdienstleistungen
erbringen.¹⁵ Die regulatorischen Vorgaben an Finanz-
dienstleister¹⁶ für das Erbringen von Finanzdienstleis-
tungen¹⁷ sind unabhängig von der Person des Dienstleisters
ausgestaltet und nur von der erbrachten Dienstleistung
bestimmt. Ausserdem wurden mit dem FIDLEG neben
der Schaffung einheitlicher Wettbewerbsbedingungen für
alle Finanzdienstleister auch die Verbesserung des Kun-
denschutzes und die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit
des Finanzplatzes Schweiz angestrebt.¹⁸ Das FIDLEG
verfolgt diese Ziele durch unterschiedliche Ansätze,

der Eidg. Bankenkommission, vom August 2008, 2; PETER V. KUNZ,
Retrozessionen im Wandel der Zeit – Praxisentwicklungen durch
BGE 138 III 755, recht 6/2013, 289 ff., 289 f.; KÜPPERS (FN 12), 25
und 35 ff.; SIMON SCHÄREN, Rechenschafts- und Herausgabepflicht
des Vermögensverwalters im Bezug auf «Retrozessionen», Urteil
des Handelsgerichtes Zürich vom 26. Juni 2007 und dessen Ein-
ordnung im Lichte der bisherigen Lehre und Rechtsprechung, AJP
10/2008, 1204 ff., 1205.

¹⁴ EFD, Erläuterungen zu Finanzdienstleistungsverordnung (FIDLEV),
Finanzinstitutsverordnung (FINIV) und Aufsichtsorganisations-
verordnung (AOV) vom 6. November 2019, 33; vgl. BSK FIDLEG/
FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 17 f.; SK FIDLEG-
SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 27 ff.

¹⁵ Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Regulierungsfolgenab-
schätzung zum Finanzdienstleistungsgesetz FIDLEG und zum Finan-
zinstitutsgesetz FINIG vom 26. Juni 2014, 8 f.; BSK FIDLEG/FINIG-
WATTER (FN 5), Art. 1 FIDLEG N 5; vgl. auch statt vieler PETER V.
KUNZ, Wirtschaftsrecht – Grundlagen und Beobachtungen, Bern 2019,
§ 3 N 60.

¹⁶ Art. 3 lit. d FIDLEG.

¹⁷ Art. 3 lit. c Ziff. 1 – 5 FIDLEG.

¹⁸ Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 5), 8902.

wie beispielsweise Verhaltenspflichten gemäss Art. 7 ff. FIDLEG oder die Organisationspflichten von Art. 21 ff. FIDLEG. Gemäss dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers sind die Verhaltenspflichten des FIDLEG dem öffentlichen Recht zuzuordnen (Art. 7 Abs. 1 FIDLEG).¹⁹

Neben der aufsichtsrechtlichen Erfassung der Kunden-Finanzdienstleisterbeziehung durch die Verhaltenspflichten des FIDLEG besteht zwischen Kunde und Finanzdienstleister gleichzeitig oft eine zivilrechtliche Beziehung. Dieses Verhältnis unterliegt meist – abhängig von der erbrachten Dienstleistung – entweder dem Auftrags- (Art. 394 ff. OR) oder dem Kommissionsrecht (Art. 425 ff. OR).²⁰ Aus diesem zivilrechtlichen Verhältnis ergeben sich für die Finanzdienstleister ebenso Pflichten, die im Rahmen der Finanzdienstleistung eingehalten bzw. erfüllt werden müssen. Dazu zählen insbesondere die auftragsrechtlichen Pflichten wie die Herausgabe- und Rechenschaftspflicht von Art. 400 Abs. 1 OR oder die aus der Sorgfalts- und Treuepflicht von Art. 398 Abs. 2 OR abgeleiteten Verhaltenspflichten.²¹

Der Gesetzgeber hat festgelegt, dass zwischen dem FIDLEG und dem Zivilrecht eine Wirkungsbeziehung besteht, die als «Ausstrahlungswirkung»²² bezeichnet wird und von der herrschenden Lehre anerkannt wird.²³ Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Ausstrahlungswirkung reziprok, wirkt also sowohl vom Aufsichts- zum Privatrecht wie auch vom Privat- zum Aufsichtsrecht.²⁴

Für die (finanzmarktrechtliche) Rechtsdogmatik ist der Begriff der «Ausstrahlungswirkung» neu.²⁵ Die Botschaft FIDLEG/FINIG führt lediglich aus, dass die Ausstrahlungswirkung ein Effekt ist, der sich aus der «Konkretisierung» von Bestimmungen ergibt.²⁶ Entsprechend ist die Wirkungsweise methodologisch herzuleiten, was über das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung²⁷ und die Auslegungsmethoden gelingt.²⁸ Die Ausstrahlung ist demnach das Ergebnis des methodischen Vorgangs der systematisch-teleologischen Auslegung und beeinflusst das Auslegungsergebnis einer Norm über die Teilrechtsgebietsgrenzen hinaus.²⁹ Die Ausstrahlungswirkung – im Sinne der Wirkung zwischen FIDLEG und Zivilrecht – ist zu beschreiben «als Ergebnis der systematisch-teleologischen Auslegung. Die Ausstrahlung wirkt so, dass Normen, die in einer systematischen Verbindung stehen, in einen Sinn- und Wertzusammenhang gebracht werden.»³⁰ Indessen können durch die Ausstrahlung nicht neue Pflichten über die Teilrechtsgebiete hinaus geschaffen, sondern nur bestehende Pflichten konkretisiert werden.³¹

Für die Ausstrahlungswirkung innerhalb der systematisch-teleologischen Auslegung können für die Funktionsweise die folgenden Voraussetzungen identifiziert werden:

- Norm als «Einfallstor» mit verbleibendem Auslegungsspielraum;
- Konkrete ausstrahlende Norm;
- Potenzgefälle zwischen den Normen;
- Regelungszusammenhang zwischen den Normen.³²

¹⁹ Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 5), 8921.

²⁰ Insbesondere im Vertrieb von kollektiven Kapitalanlagen besteht auch die Situation, in der zwischen Finanzdienstleister und Kunde keine vertragliche Beziehung besteht. Dazu THOMAS JUTZI/KSÉNIA WESS, «Vertrieb» kollektiver Kapitalanlagen unter dem FIDLEG, AJP 4/2022, 310 ff., 319 f.

²¹ THOMAS JUTZI/FABIAN EISENBERGER, Das Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht im Finanzmarktrecht, AJP 1/2019, 6 ff., 17 ff.; THOMAS JUTZI/QUIRIN MEIER, Ausstrahlungswirkung im Finanzmarktrecht – Zum Verhältnis von Aufsichtsrecht und Privatrecht beim Erbringen von Finanzdienstleistungen, recht 2/2022, 79 ff., 80 beide m.w.H.

²² Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 5), 8921, 8924, 8966.

²³ Statt vieler JUTZI/MEIER (FN 21), 80 f. und insb. die umfassenden Nachweise zur h.M. und m.M. in FN 15 (S. 80); TOBIAS AGGTELEKY, Zivil- und aufsichtsrechtliche Verhaltenspflichten beim Execution-only-Geschäft, Zürich/Genf 2022 (Diss. Zürich 2022) = SSFM Bd. 140, N 280 ff.; BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Vor Art. 21 FIDLEG N 18 f.; BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 6; BSK FIDLEG/FINIG-REICHART/MANZONI (FN 5), Art. 15/16 FIDLEG N 47 f.; BSK FIDLEG/FINIG-SCHOTT/STOCKER (FN 5), Art. 87 FIDLEG N 17; im Ergebnis ähnlich BSK FIDLEG/FINIG-BÜHLER (FN 5), Art. 7 N 22, der allerdings davon auszugehen scheint, dass nur im Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungsverhältnis eine parallele Erfassung durch beide Teilrechtsgebiete besteht.

²⁴ JUTZI/MEIER (FN 21), 81 und 89; gl.A. BENEDIKT MAURENBRECHER, Privatrechtliche Haftung für die Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften, in: Rolf H. Weber/Walter A. Stoffel/Jean-Luc Chen-

aux/Rolf Sethe (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts – Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2017, 556 ff., 567; NINA REISER, Durchsetzung heterogener börsengesellschaftsrechtlicher Normen, Zürich/St. Gallen 2017 (Habil. Zürich 2017), N 201; JÖRG SCHMID, Informationspflichten des Finanzdienstleisters bei «Execution-only-Geschäften», in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Bankvertragsrecht, SBT 2017, Basel 2017, 221 ff., 235; ROLF H. WEBER, Finanzdienstleistungen im Spannungsfeld von Zivil- und Aufsichtsrecht, SJZ 109/2013, 405 ff., 410.

²⁵ JUTZI/MEIER (FN 21), 90; vgl. aber bereits URS ZULAUF, Gläubigerschutz und Vertrauensschutz – zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz, Buchs 1994 (Diss. Bern 1994) = ZSR 1994, 349 ff., N 82 ff., der bereits von einer Beeinflussung der zivilrechtlichen Entscheidung spricht.

²⁶ Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 5), 8921.

²⁷ Grundlegend zum Konzept der Einheit der Rechtsordnung KARL ENGISCH, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935.

²⁸ JUTZI/MEIER (FN 21), 91 ff.

²⁹ JUTZI/MEIER (FN 21), 94 m.w.H.; JUTZI/EISENBERGER (FN 21), 14; SCHMID (FN 24), 235.

³⁰ JUTZI/MEIER (FN 21), 94.

³¹ JUTZI/EISENBERGER (FN 21), 16; JUTZI/MEIER (FN 21), 96 ff.

³² JUTZI/MEIER (FN 21), 95 m.w.N.

Als sog. «Einfallstor» dient eine auslegungsbedürftige Norm, die einen genügenden Auslegungsspielraum belässt. Innerhalb dieses Auslegungsspielraums wird sie durch die systematisch-teleologische Berücksichtigung einer Regelung aus einem anderen Teilrechtsgebiet ausgefüllt. Diese ausstrahlende Norm hat selbst genügend konkret zu sein, dass aus ihr ein Erkenntnisgewinn für die auszulegende Norm gezogen werden kann; es muss insofern ein «Potenzgefälle» bestehen. Schliesslich müssen die ausstrahlende und die auszulegende Norm denselben Lebenssachverhalt im Geschäftsverhalten adressieren und insofern ein Regelungszusammenhang bestehen.³³ Die gegenseitige Beeinflussung zwischen aufsichtsrechtlichen und privatrechtlichen Normen muss im Einzelfall ermittelt werden.³⁴

II. Voraussetzungen der Herausgabe

A. Herausgabe gemäss Art. 400 OR

1. Grundlage

Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung zur Herausgabepflicht einige viel beachtete Entscheide gefällt³⁵ und die Pflicht des beauftragten Finanzdienstleisters bejaht, unter bestimmten Voraussetzungen Zahlungen, die ihm durch eine Bank oder einen anderen Finanzmarktteilnehmer für die Zuführung von Kunden und die Vermittlung von Kommissionserträgen geleistet werden, an die Kunden herauszugeben. Nach dem Wortlaut von Art. 400 Abs. 1 OR hat der Beauftragte im Rahmen einer Geschäftsführung dem Auftraggeber *«alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist zu erstatten.»* Auf dieser Grundlage hält das Bundesgericht fest, dass *«[d]er Beauftragte [...] durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren [soll]; er muss daher alle Vermögenswerte herausgeben, welche in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung stehen; behalten darf er nur, was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten erhält [...]»*³⁶ Das vom Bundesgericht verwendete Instrument des inneren Zusammenhangs beschränkt die Herausgabepflicht. Was einen inneren Zusammenhang mit dem Auftrag hat, ist herauszugeben

und was keinen inneren Zusammenhang zum Auftrag aufweist, gilt als «bei Gelegenheit erlangt» und darf behalten werden. Die beiden Kategorien schliessen sich wechselseitig aus: Wo der innere Zusammenhang entfällt, fällt die Zuwendung automatisch unter den Begriff des «bei Gelegenheit Erlangten».³⁷

Seit dem ersten Leitentscheid BGE 132 III 460 hat sich folgendes Prüfungsschema für die Herausgabe von Drittvergütungen etabliert:³⁸

(i) Zwischen Kunde und Finanzdienstleister muss Auftragsrecht zur Anwendung kommen, damit Art. 400 Abs. 1 OR gilt.³⁹ Dies ist für die Vermögensverwaltung und die Anlageberatung der Fall, diese unterliegen nach h.L. und Rechtsprechung dem Recht des einfachen Auftrags (Art. 394 ff. OR).⁴⁰ Auch für Execution-only-Verhältnisse, deren Transaktionen i.d.R. im Rahmen der Kommission erfolgen, kommt kraft Verweisung von Art. 425 Abs. 2 OR Auftragsrecht zur Anwendung.⁴¹ Besteht zwischen dem Kunden und dem Finanzdienstleister kein vertragliches Verhältnis und kommt somit kein Auftragsrecht zur Anwendung, besteht keine Herausgabepflicht.⁴² In Situationen also, in denen ein Finanzdienstleister eine Finanzdienstleistung i.S.d. FIDLEG für einen Kunden erbringt,⁴³ jedoch mit dem Kunden nicht vertraglich verbunden ist, besteht zivilrechtlich keine Herausgabepflicht. Dies ist bspw. der Fall bei einem Absatzmittler, der einzig als direkter Stellvertreter eines Trägers einer kollektiven Kapi-

³⁷ SUSAN EMMENEGGER/FABIAN SCHMID, Die Herausgabepflicht des Beauftragten, in: Peter Gauch/Franz Werro/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, 215 ff., 216 f.

³⁸ Vgl. zu den nachfolgenden Ausführungen auch SANDRO ABEGGLEN, «Retrozession» ist nicht gleich «Retrozession»: Zur Anwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR auf Entschädigungen, die an Banken geleistet werden, insbesondere im Fondsvertrieb, SZW 2/2007, 122 ff., 125 ff.; ROLF H. WEBER/THOMAS ISEL, Vertriebssträger im Finanzmarktrecht – Aufsicht, Selbstregulierung, Vertragsverhältnisse, Zürich/Basel/Genf 2008 = SSFM Bd. 89, N 364 ff.

³⁹ ABEGGLEN (FN 38), 124 und insb. FN 6 (124).

⁴⁰ Vgl. BGE 132 III 460 E. 4.1; BGE 124 III 155 E. 3.a beide m.w.H.; ABEGGLEN (FN 38), 126; THOMAS GROSS, Fehlerhafte Vermögensverwaltung – Klage des Anlegers auf Schadenersatz, AJP 2/2006, 161 ff., 162; CHRISTOPH GUTZWILLER, Schadensstiftung und Schadensberechnung bei pflichtwidriger Vermögensverwaltung und Anlageberatung, SJZ 101/2005, 357 ff., 358 ff.; THOMAS JUTZI/KSENIA WESS, Retrozessionen und sonstige Entschädigungen, GesKR 1/2022, 76 ff., 80 alle m.w.H.

⁴¹ Vgl. THOMAS JUTZI/KSENIA WESS, Die (neuen) Pflichten im Execution-only-Geschäft: Zusammenspiel von FIDLEG und OR, SZW 6/2019, 589 ff., 596 f.; KÜPPERS (FN 12), 69 f.; Schweizerische Bankgeschäft-Stadler, N 1860, in: Reto Arpagaus/Ralph Stalder/Thomas Werlen (Hrsg.), *Das Schweizerische Bankgeschäft*, 8. A., Zürich/Basel/Genf 2021 (zit. Schweizerische Bankgeschäft-Verfasser).

⁴² ABEGGLEN (FN 38), 128.

⁴³ Siehe unten Abschnitt II.B.2.c.

³³ JUTZI/MEIER (FN 21), 95 f. m.w.H.

³⁴ JUTZI/MEIER (FN 21), 96 und 98 m.w.H.

³⁵ BGE 143 III 348; BGE 138 III 755; BGE 137 III 393; BGE 132 III 460.

³⁶ BGE 132 III 460 E. 4.1.

talanlage tätig ist. Der Absatzmittler ist hier einzig Beauftragter des Trägers der kollektiven Kapitalanlage.⁴⁴

(ii) Der Finanzdienstleister muss eine Drittvergütung bzw. Entschädigung Dritter erhalten. Die konkrete Bezeichnung der Zahlung ist nicht von Bedeutung.⁴⁵ Namentlich sind auch Zahlungen von «Dritten», die dem Konzern des Finanzdienstleisters angehören, miterfasst.⁴⁶

(iii) Zwischen der Zahlung und dem Finanzdienstleistungsverhältnis muss ein sog. «innerer Zusammenhang» bestehen.⁴⁷ Was der Finanzdienstleister ohne inneren Zusammenhang und nur bei Gelegenheit erlangt hat, ist nicht herauszugeben.⁴⁸ Ein innerer Zusammenhang soll nach der Rechtsprechung gegeben sein, wenn durch die Zahlung ein der Treuepflicht zuwiderlaufender Interessenkonflikt droht.⁴⁹ Fehlt der innere Zusammenhang, ist eine Zahlung nicht i.S.v. Art. 400 Abs. 1 OR herauszugeben – darauf ist noch zurückzukommen.⁵⁰ Zahlungen können demnach einbehalten werden, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: (1) Die Zahlung muss als Gegenleistung für eine vom beauftragten Finanzdienstleister erbrachte, genuine Dienstleistung an den Dritten erfolgen.⁵¹ (2) Die vom Finanzdienstleister erbrachte Dienstleistung zugunsten des Dritten muss unabhängig sein, d.h. der Finanzdienstleister (z.B. eine Bank) darf dem Kunden die Dienstleistung nicht bereits im Rahmen eines anderen Vertragsverhältnisses (z.B. Vermögensverwaltung) schulden. (3) Die erbrachte Leistung und die Gegenleistung müssen äquivalent sein und sich im Rahmen der üblichen objektiven Kriterien bewegen. (4) Schliesslich darf die Entschädigung nicht zu einem potenziellen Interessenkonflikt führen, der sich zum Nachteil des Kunden auswirken könnte.⁵²

(iv) Besteht eine Herausgabepflicht, darf die Zahlung trotzdem einbehalten werden, wenn der Kunde ausdrücklich darauf verzichtet hat.⁵³ Der Verzicht kann nachträglich erfolgen, ist aber auch im Voraus möglich. An einen

(Voraus-)Verzicht werden strenge Voraussetzungen geknüpft.⁵⁴

Anfangs war die Anwendbarkeit dieser Rechtsprechung zur Herausgabepflicht auf alle durch das Auftragsrecht geprägte Finanzdienstleistungen umstritten; insb. in Bezug auf die Vermögensverwaltung durch Banken wurde die Auffassung vertreten, dass keine Herausgabepflicht bestehe.⁵⁵ Seit dem Entscheid BGE 138 III 755 geht das Bundesgericht von einer umfassenden Geltung von Art. 400 Abs. 1 OR aus: Eine Herausgabepflicht besteht auch bei der Vermögensverwaltung durch Banken. Ebenso sind vermögensverwaltende Banken erfasst, die zugleich als Vertriebsträger bzw. Absatzmittler agieren.⁵⁶ Die amtlich publizierten Entscheide betrafen bisher nur Vermögensverwaltungsverhältnisse, eine Herausgabepflicht von Drittvergütungen im Rahmen eines Anlageberatungsverhältnisses wurde bisher nur in einem nicht publizierten Entscheid im Versicherungsbereich angesprochen;⁵⁷ kantonale Gerichte haben indessen im Rahmen von Anlageberatungsverhältnissen eine Herausgabepflicht gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR angenommen.⁵⁸ Auch in der Lehre ist allgemein anerkannt, dass im Anlageberatungsverhältnis die Herausgabepflicht gem. Art. 400 Abs. 1 OR greift.⁵⁹ Höchststrichterlich ungeklärt ist bis heute die Frage, inwiefern Entschädigungen Dritter im Rahmen von

⁴⁴ Vgl. JUTZI/WESS (FN 40), 80.

⁴⁵ Siehe bereits oben Abschnitt I.C.

⁴⁶ BGE 138 III 755 E. 8.3 f.; EMMENEGGER/REBER (FN 5), 167.

⁴⁷ BGE 132 III 460 E. 4.1.

⁴⁸ BGE 132 III 460 E. 4.1.

⁴⁹ BGE 138 III 755 E. 5.5; ABEGGLEN (FN 38), 126; CORINNE ZELLWEGE-GUTKNECHT, Zur Annahme und Herausgabe von Retrozessionen und anderen Drittvergütungen, in: Rolf Sethe/Thorsten Hens/Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber, Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich/Basel/Genf 2013, 213 ff. = SSFM Bd. 108, 228 ff.

⁵⁰ JUTZI/WESS (FN 40), 81 und FN 66 (81) m.w.H.

⁵¹ JUTZI/WESS (FN 40), 81 m.w.H.

⁵² Vgl. zum Ganzen ABEGGLEN (FN 38), 129 ff.; JUTZI/WESS (FN 40), 80 f.

⁵³ BGE 137 III 393 E. 2.4.

⁵⁴ Siehe unten Abschnitt III.A.

⁵⁵ JUTZI/WESS (FN 40), 81 m.w.N.; vgl. ZELLWEGE-GUTKNECHT (FN 49), 229.

⁵⁶ Vgl. SIMON SCHÄREN, Privatrechtliche Einordnung von Vertriebsentschädigungen im Rahmen der Vermögensverwaltung durch Banken, GesKR 1/2013, 126 ff., 130.

⁵⁷ BGer, 4A_427/2011, 29.11.2011. Vgl. SUSAN EMMENEGGER/MARTINA REBER, Auftragsrecht als Determinante des Strafrechts, in: Karin Müller/Jörg Schwarz (Hrsg.), Auf zu neuen Ufern! – Festschrift für Walter Fellmann, Bern 2021, 183 ff., 188; ZELLWEGE-GUTKNECHT (FN 49), 232 f.

⁵⁸ Tribunale d'appello TI, 22.5.2014, n. 12.2012.105, vgl. die Zusammenfassung in SUSAN EMMENEGGER/LUC THÉVENOZ/MARTINA REBER/ENDRIT PODA, Das Schweizerische Bankenprivatrecht 2014 – 2015, SZW 4/2015, 386 ff., 404 (r26); HGer SG, HG.2018.11-HGK, 12.9.2019, E. 3.2 wonach im Einzelfall bei Vorliegen eines inneren Zusammenhangs im Anlageberatungsvertrag eine Herausgabepflicht besteht.

⁵⁹ PHILIPP HABERBECK, Überlegungen zur Retrozessions-Thematik bezüglich Anlageberatungsverhältnisse, Jusletter 4. November 2013, N 5 ff.; JUTZI/WESS (FN 40), 80; KÜPPERS (FN 12), 64 ff.; SUSAN EMMENEGGER/RAHEL GOOD, in: Andreas Furrer (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis – La pratique de l'avocat 2013, 943 ff., 948 f.; EMMENEGGER/REBER (FN 57), 188; ANETTE WAYGOOD-WEINER, Rückvergütungen und Interessenkonflikte in der Finanzbranche, Zürich/St. Gallen 2014 (Diss. St. Gallen 2014) = SSWH Bd. 321, 109 f.; ZELLWEGE-GUTKNECHT (FN 49), 232 ff.; a.A. KUNZ (FN 13), 296, der gar jegliche Interessenkonflikte für das Anlageberatungsverhältnis ausschliesst; vgl. auch PETER V. KUNZ, Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2012/2013:

Execution-only-Geschäften herauszugeben sind.⁶⁰ Aber auch in diesem Zusammenhang haben kantonale Instanzen die Herausgabepflicht bereits bejaht.⁶¹

2. Execution-only

Der Beauftragte darf Vermögenswerte nur behalten, wenn er diese bei Gelegenheit der Auftragsausführung und ohne «inneren Zusammenhang» zur Auftragsausführung erhält.⁶² Konkret soll ein innerer Zusammenhang bereits aufgrund der Gefahr, dass sich der Beauftragte veranlasst sehen könnte, Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen, angenommen werden.⁶³ Eine Gefahr kann sich unter anderem aus dem Auftraggeber zustehenden Ermessenspielraum ergeben.⁶⁴ Die Herausgabepflicht gilt insofern als Präventivmassnahme zur Vorbeugung von Interessenkonflikten.⁶⁵ Wie erwähnt kommt für die Execution-only-Verhältnisse kraft Verweisung in Art. 425 Abs. 2 OR Auftragsrecht zur Anwendung.⁶⁶ Insofern ist grundsätzlich auch Art. 400 Abs. 1 OR anwendbar, allerdings kommt dem Finanzdienstleister im Execution-only-Geschäft kein Ermessen zu,⁶⁷ weshalb ein Interessenkonflikt in dieser Konstellation grundsätzlich ausgeschlossen ist.⁶⁸

Das Handelsgericht Zürich hatte im Jahr 2017 über die Herausgabepflicht von Retrozessionen nach Art. 400 Abs. 1 OR im Rahmen eines Execution-only-Verhältnisses zu entscheiden. Es hat festgehalten, dass der innere Zusammenhang, der die Herausgabepflicht begründet, in der Vermeidung von Interessenkonflikten und dem Grundsatz besteht, dass der Beauftragte aus dem Auftrag mit Ausnahme des Honorars weder gewinnen noch verlieren darf. Nach Auffassung des Handelsgerichts besteht die Funktion von Art. 400 Abs. 1 OR aber nicht nur darin, als Schutznorm gegen Interessenkonflikte zu dienen, sie nimmt auch eine Zuordnung der Vermögenspositionen zwischen Auftraggeberin und Beauftragtem vor. Der innere Zusammenhang soll demnach immer dann bestehen, wenn ein Interessenkonflikt vorliegt, aber auch darüber hinaus, wenn eine Zahlung allein deshalb erfolgt, weil dem Empfänger von der Auftraggeberin eine Position eingeräumt wurde, die den Zufluss der Zahlung ermöglicht hat. In diesem Fall ist für den inneren Zusammenhang relevant, dass der Auftraggeber sich über die gesamte Entschädigung des Beauftragten ein Bild machen und abschätzen kann, wieviel der Beauftragte verdient bzw. was für die Dienstleistung verlangt wird.⁶⁹

Nach der hier vertretenen Auffassung ist dieser Argumentation des Handelsgerichts zuzustimmen: Geht man davon aus, dass der Beauftragte nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs durch den Auftrag weder gewinnen noch verlieren soll,⁷⁰ so ist in Situationen ohne Interessenkonflikt zu berücksichtigen, dass die Entschädigung Dritter das Honorar des Beauftragten faktisch erhöhen würde, wenn auch indirekt und stillschweigend, sofern keine vorherige Information über diese Entschädigungen erfolgt ist.⁷¹ Da es sich bei dem Honorar als Gegenleistung um einen wesentlichen Vertragsbestandteil

Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht, ZBJV 2/(151) 2015, 121 ff., FN 197 (S. 173).

⁶⁰ SCHÄREN (FN 56), 130 f.; THOMAS JUTZI/KSENIJA WESS, Die (neuen) Pflichten im Execution-only-Geschäft: Zusammenspiel von FIDLEG und OR, SZW 6/2019, 589 ff., 609 f.; MARTINA REBER, Entscheidungsbearbeitungen – Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_601/2021, 8.9.2022, Pensionskasse der A. gegen Bank Ba. AG, Retrozessionen, AJP 1/2023, 82 ff., 84 f.; SUSAN EMMENEGGER/LUC THÉVENOZ/PHILIPP BÜRGI/FABIEN LIÉGEOS/TEYMOUR BRANDER, Das schweizerische Bankprivatrecht 2022 – Le droit bancaire privé suisse 2022, SZW 3/2022, 231 ff. (zit. EMMENEGGER et al.), 238.

⁶¹ Dazu sogleich.

⁶² BGE 143 III 348 E. 5.1.2; BGE 138 III 755 E. 4.2; BGE 132 III 460 E. 4.1; vgl. SUSAN EMMENEGGER/FABIAN SCHMID, Die Herausgabepflicht des Beauftragten, in: Peter Gauch/Franz Werro/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genf/Zürich/Basel 2008, 215 ff., 217 f. für eine rechtshistorische Einordnung des Begriffs des «inneren Zusammenhangs»; SCHMID (FN 12), 142 ff. m.w.H.

⁶³ BGE 137 III 393 E. 2.3; BGE 138 III 755 E. 5.3 und E. 5.5; BGE 143 III 348 E. 5.1.2.

⁶⁴ BGE 138 III 755 E. 8.6.

⁶⁵ BGE 138 III 762 E. 5.3; KÜPPERS (FN 12), 71; KUNZ (FN 13), 296.

⁶⁶ Oben Abschnitt II.A.1. Vgl. JUTZI/WESS (FN 41), 596 f.; KÜPPERS (FN 12), 69 f.; Schweizerische Bankgeschäft-Stadler (FN 41), N 1860.

⁶⁷ JUTZI/WESS (FN 41), 600; BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 28; KÜPPERS (FN 12), 17 und 70 ff.; WAYGOOD-WEINER (FN 59), 57; vgl. AGGTELEKY (FN 23), N 30 f.

⁶⁸ EMMENEGGER/GOOD (FN 59), 949; KÜPPERS (FN 12), 70 f.; vgl. jedoch JUTZI/WESS (FN 41), 600, die darauf hinweisen, dass auch im Rahmen einer Execution-only-Beziehung Interessenkonflikte denk-

bar sind; siehe auch DANIEL BAUMANN, Verhaltensregeln im Finanzmarktrecht – Unter besonderer Berücksichtigung des Börsen- und des Kollektivanlagenrechts sowie des geplanten FIDLEG, Zürich/Basel/Genf 2018 (Diss. Bern 2017) = SSFM Bd. 127, N 238; BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 28 mit Bsp.

⁶⁹ HGer ZH, HG190234-O, 5.10.2014, E. 3.2 f.

⁷⁰ BGE 132 III 460 E. 4.1; BGE 138 III 755 E. 5.3; vgl. WALTER FELLMANN, Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Das Obligationenrecht – Band VI, 2. Abteilung – Die einzelnen Vertragsverhältnisse – 4. Teilband – Der einfache Auftrag – Art. 394–406 OR, Bern 1992, Art. 400 N 127 (zit. BK-FELLMANN); BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 400 N 12, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), *Basler Kommentar Obligationenrecht I* – Art. 1–529 OR, 7. A., Basel 2020 (BSK OR I-Verfasser).

⁷¹ So auch JUTZI/WESS (FN 40), 86; vgl. auch EMMENEGGER/REBER (FN 57), 188 f. Teilweise wird in der Lehre auch auf einen «funktionalen» Zusammenhang abgestellt, bei dem ein reines Kausalitätskriterium im Vordergrund steht (vgl. BAUMANN [FN 68], N 241 und N 243 m.w.H. auf die Lehre).

handelt, ist auch in Konstellationen, in denen kein Interessenkonflikt vorliegt, von einer Pflicht zur Information und Offenlegung auszugehen.⁷²

B. Herausgabe gemäss Art. 26 FIDLEG

1. Systematische Einordnung von Art. 26 FIDLEG

Art. 26 FIDLEG regelt die Informations- und Herausgabepflicht im Zusammenhang mit der Entschädigung durch Dritte. Diese Bestimmung gehört systematisch zu den (unternehmensbezogenen) Organisationspflichten und nicht zu den kundenbezogenen Verhaltensregeln gemäss Art. 7 ff. FIDLEG.⁷³ Die Organisations- und die Verhaltenspflichten werden trotz ihrer unterschiedlichen Kategorisierung unter dem 2. Titel des FIDLEG «Anforderungen an die Erbringung von Finanzdienstleistungen» zusammengefasst. Während die Organisationspflichten grundsätzlich unabhängig von der jeweiligen Kundenbeziehung bestehen und als allgemeine Handlungsanweisungen die Einhaltung der Verhaltenspflichten abstrakt sicherstellen sollen,⁷⁴ betreffen die Verhaltensregeln unmittelbar das Verhältnis zwischen Finanzdienstleister und Kunden. Bestimmte Organisationspflichten weisen jedoch aufgrund ihres Inhalts einen engen Bezug zu einem konkreten, kundenspezifischen Finanzdienstleistungsverhältnis auf,⁷⁵ so dass sie auch am Point of Sale anwendbar sind.⁷⁶ Dies gilt insbesondere für die Informations- und Herausgabepflichten bei Drittvergütungen.⁷⁷ Die Lehre geht deshalb zu Recht davon aus, dass es sich bei Art. 26 FIDLEG um eine Verhaltenspflicht handelt.⁷⁸

Art. 26 FIDLEG bezweckt die Vermeidung von Interessenkonflikten (Marginalie zum 2. Abschnitt des 3. Kapitels vom 2. Titel des FIDLEG).⁷⁹ Im Gegensatz zum Gesetzesentwurf fehlt in der definitiven Fassung des FIDLEG jedoch eine Generalklausel zur Sorgfalts- und Treuepflicht, wie sie in Artikel 8 Absatz 2 E-FIDLEG vorgesehen war. Gemäss dieser Bestimmung mussten die Finanzdienstleister «im bestmöglichen Interesse ihrer Kundinnen und Kunden und mit der erforderlichen Fachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit» handeln. Das Fehlen einer solchen Generalklausel hat eine Einschränkung des Ermessensspielraums der FINMA zur Folge, da sie im Einzelfall keine zusätzlichen oder konkreteren Pflichten auferlegen kann.

Entschädigungen durch Dritte waren vor dem Inkrafttreten des FIDLEG im Aufsichtsrecht nur punktuell und institutsspezifisch geregelt,⁸⁰ so sah bspw. das aKAG eine Offenlegung von Interessenkonflikten vor.⁸¹ Allerdings fehlte eine einheitliche aufsichtsrechtliche Regelung für alle Finanzdienstleistungen.⁸² Für die Herausgabe waren die Kunden meist auf die zivilrechtlichen Grundsätze angewiesen.⁸³ Art. 26 FIDLEG schliesst an diese Grundsätze an⁸⁴ und statuiert eine allgemeine aufsichtsrechtliche Regelung für sämtliche Finanzdienstleistungen.⁸⁵

2. Voraussetzungen der Entgegennahme und Aushändigungspflicht

a. Grundsatz

Gemäss Art. 26 FIDLEG dürfen Finanzdienstleister grundsätzlich Entschädigungen von Dritten entgegennehmen. Für die Entgegennahme (und den Einbehalt) ist

⁷² JUTZI/WESS (FN 40), 86.

⁷³ JUTZI/WESS (FN 40), 82; SK FIDLEG-FAHRLÄNDER (FN 6), Vor Art. 21 N 9 m.w.H.

⁷⁴ JUTZI/WESS (FN 40), 82; vgl. SK-FAHRLÄNDER (FN 6), Vor Art. 21 N 9: «[D]ie Organisationspflichten [bewirken] einen vorgelagerten, mittelbaren Schutz der Kunden von Finanzdienstleistern.»

⁷⁵ SK-FAHRLÄNDER (FN 6), Vor Art. 21 N 10.

⁷⁶ JUTZI/WESS (FN 40), 82; vgl. BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 5.

⁷⁷ Gleiches gilt für die Offenlegung von Interessenkonflikten nach Art. 25 Abs. 2 FIDLEG. Eine parallele Regelung zur Informationspflicht bei wirtschaftlichen Bindungen an Dritte findet sich als Verhaltenspflicht bereits in Art. 8 Abs. 2 lit. b FIDLEG. Zudem sind die Verordnungsbestimmungen (Art. 9 und Art. 26 FIDLEG), welche die FIDLEG-Normen konkretisieren, teilweise wortgleich. Beide Normen (Art. 8 Abs. 2 lit. b und Art. 25 Abs. 2 FIDLEG) enthalten somit die gleiche Verhaltensanweisung.

⁷⁸ BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 5; SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 7; SK FIDLEG-MAURENBRECHER/ECKERT (FN 6), Art. 7 N 9; nach FAHRLÄNDER ist es eine «unmittelbar kundenbezogene Organisationspflicht»,

SK FIDLEG-FAHRLÄNDER (FN 6), Vor Art. 21 N 10; vgl. auch AGGTELEKY (FN 23), N 257.

⁷⁹ JUTZI/WESS (FN 40), 82; SUSAN EMMENEGGER/THIRZA DÖBELI, Bankgeschäfte nach der Krise: Safer, simpler, fairer?, SZW 6/2018, 639 ff., 651 (zit. EMMENEGGER/DÖBELI, SZW 2018); SUSAN EMMENEGGER/THIRZA DÖBELI, Kundenvertrauen in Banken, SZW 6/2017, 752 ff., 766; BAUMANN (FN 68), N 398.

⁸⁰ BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 8; SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 9 m.w.H.

⁸¹ Ausserdem war vorgesehen, dass Retrozessionen und andere Vermögensvorteile der kollektiven Kapitalanlage gutzuschreiben sind, was wirtschaftlich einer Herausgabe an den Kunden gleichkommt (Art. 21 Abs. 2 aKAG). Vgl. zum Ganzen BAUMANN (FN 68), N 251 f.

⁸² BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 8.

⁸³ JUTZI/WESS (FN 40), 81 f. m.w.H.; BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 8.

⁸⁴ Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 5), 8966 FN 71 und FN 72 (S. 8966); JUTZI/WESS (FN 40), 82; JUTZI/WESS (FN 41), 609; KÜPPERS (FN 12), 215 f.; m.w.H.; BAUMANN (FN 68), N 463.

⁸⁵ JUTZI/WESS (FN 40), 82; SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 9; BAUMANN (FN 68), N 463.

vorausgesetzt, dass sie den Kunden vorgängig ausdrücklich über die Entschädigung informieren.⁸⁶ Weiter sieht Art. 26 FIDLEG vor, dass der Finanzdienstleister die Drittschädigung zwar entgegennehmen darf, sie jedoch vollumfänglich an den Kunden weiterleiten muss,⁸⁷ es sei denn, der Kunde hat nach erfolgter umfangreicher Information rechtsgültig darauf verzichtet.^{88,89} Art. 26 FIDLEG statuiert somit zwei verschiedene Pflichten des Finanzdienstleisters: Eine Informations- und eine Herausgabepflicht, die zu unterschiedlichen Zeitpunkten zu erfüllen sind.⁹⁰

b. Erfasste Entschädigungen

Gemäss dem Wortlaut von Art. 26 Abs. 3 FIDLEG fallen unter die Herausgabepflicht sämtliche «Leistungen, die dem Finanzdienstleister im Zusammenhang mit der Erbringung einer Finanzdienstleistung von Dritten zufließen, insbesondere Courtagen, Provisionen, Rabatte oder sonstige vermögenswerte Vorteile». Die genaue Bezeichnung der Vergütung ist unerheblich, solange sie «im Zusammenhang mit der Erbringung einer Finanzdienstleistung» steht.⁹¹ Ob ein Interessenkonflikt vorliegen muss, damit eine herausgabepflichtige Entschädigung im Sinne des FIDLEG vorliegt, ist fraglich – darauf ist noch zurückzukommen.⁹² Leistungen, welche die Erbringung der Finanzdienstleistung erst ermöglichen oder dafür notwendig sind, wie Depot-, Abwicklungs- und Handelsplatzgebühren, Verwaltungskosten oder gesetzliche Abgaben, gelten indes nicht als Entschädigung im Sinne von Art. 26 FIDLEG.⁹³

Wie sich aus dem Gesetzestext ergibt, hat die Entschädigung von einem Dritten⁹⁴ zu stammen. Der Begriff des Dritten i.S.v. Art. 26 FIDLEG ist weit zu verstehen und darunter fallen natürliche sowie juristische Personen aber

auch Personengesellschaften etc.⁹⁵ In der Verordnung wird zudem konkretisiert, dass auch Gesellschaften des Konzerns, dem der Finanzdienstleister angehört, als Dritte i.S.v. Art. 26 FIDLEG gelten.⁹⁶

c. Finanzdienstleistung

Für die Anwendung von Art. 26 FIDLEG ist vorausgesetzt, dass eine Finanzdienstleistung erbracht werden soll.⁹⁷ Unbedeutend ist, um welche Finanzdienstleistung es sich handelt; Art. 26 FIDLEG kommt gemäss seinem Wortlaut bei allen in Art. 3 lit. c FIDLEG genannten Dienstleistungen zur Anwendung.⁹⁸ Ebenso unerheblich ist, ob zwischen dem Finanzdienstleister und dem Kunden gleichzeitig ein zivilrechtliches Vertragsverhältnis besteht.⁹⁹ In der Praxis können sich Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen der Finanzdienstleistung und dem blossen Angebot ergeben, wobei bei zweiterem Art. 26 FIDLEG nicht zur Anwendung kommt.¹⁰⁰ Ein Angebot ist nach der Legaldefinition von Art. 3 lit. g FIDLEG «jede Einladung zum Erwerb eines Finanzinstruments, die ausreichende Informationen über die Angebotsbedingungen und das Finanzinstrument selber enthält». Öffentliche Angebote sind in Art. 3 lit. h FIDLEG definiert,¹⁰¹ wobei Art. 3 Abs. 5 – 7 FIDLEG den Angebotsbegriff konkretisieren. Das Angebot und die Finanzdienstleistung schliessen sich wechselseitig nicht aus,¹⁰² d.h. es sind Situationen denkbar, in denen Angebot und Finanzdienstleistung

⁸⁶ Ist die Höhe des Betrags vorgängig nicht feststellbar, sind die Berechnungsparameter und Bandbreiten offenzulegen; auf Anfrage sind ausserdem über die effektiv erhaltenen Beträge zu informieren. Art. 26 Abs. 2 S. 2 und 3 FIDLEG.

⁸⁷ Art. 26 Abs. 1 lit. b FIDLEG. BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 16 m.w.H.

⁸⁸ Art. 26 Abs. 1 lit. a FIDLEG *e contrario*.

⁸⁹ Siehe zum Verzicht eingehend unten Abschnitt III.B.

⁹⁰ Siehe unten Abschnitt II.B.2.d.

⁹¹ Art. 26 Abs. 1 und 3 FIDLEG.

⁹² Siehe unten Abschnitt II.B.3.

⁹³ Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 5), 8966; JUTZI/WESS (FN 40), 83; ferner BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 18.

⁹⁴ Mit dem neuen Gesetzestext fand auch eine Änderung der Terminologie statt, die im Teil I.C. bereits angesprochen wurde: demnach waren gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Dritte die Empfänger der Zahlungen; nun stammen Zahlungen vom Dritten.

⁹⁵ BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 19; vgl. SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 32.

⁹⁶ Art. 29 Abs. 2 FIDLEV. Vgl. EMMENEGGER/REBER (FN 5), 172 f.

⁹⁷ Vgl. den Wortlaut des Art. 26 FIDLEG sowie seine systematische Stellung im 2. Titel «Anforderungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen». SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 25 f.; ferner PraxKomm FIDLEG-AMADÓ/MOLO (FN 3), Art. 26 FIDLEG N 22 f.

⁹⁸ Vgl. dazu unten II.B.3; siehe auch Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 5), 8966; BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 20; PraxKomm FIDLEG-AMADÓ/MOLO (FN 3), Art. 26 FIDLEG N 23; BAUMANN (FN 68), N 463; JUTZI/WESS (FN 40), 83; SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 26; EMMENEGGER/DÖBELI, SZW 2018 (FN 79), 649; implizit auch EMMENEGGER et al. (FN 60), 238.

⁹⁹ JUTZI/WESS (FN 40), 83; BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 22. Besonders im Vertrieb von Kollektivanlagen kann es vorkommen, dass eine Finanzdienstleistung erbracht wird, ohne dass dabei ein zivilrechtlicher Vertrag zwischen dem Finanzdienstleistungserbringer und dem Empfänger besteht (sog. «reiner Fondsvertrieb»; vgl. ABEGGLEN [FN 38], 128; MIRIAM EGGEN, Finanzprodukte – Auftrag oder Kauf?, SZW 6/2011, 625 ff., 628 f.; JUTZI/WESS [FN 40], 80).

¹⁰⁰ JUTZI/WESS (FN 40), 83; JUTZI/WESS (FN 41), 595; vgl. BSK FIDLEG/FINIG-RAYROUX (FN 5), Art. 3 lit. c FIDLEG N 13 f.

¹⁰¹ Ein öffentliches Angebot ist ein Angebot, das an ein Publikum gerichtet ist (Art. 3 lit. h FIDLEG).

¹⁰² SK FIDLEG-BÖSCH/LEISINGER (FN 6), Art. 3 lit. f-i N 14.

gleichzeitig gegeben sind.¹⁰³ In diesem Zusammenhang sind insb. Angebote von Finanzdienstleistungen, die über Plattformen zur Verfügung gestellt werden, schwierig.¹⁰⁴

d. Zeitliche Komponente

Art. 26 FIDLEG sieht – wie erwähnt¹⁰⁵ – zwei verschiedene Pflichten vor: eine Informations- und eine Herausgabepflicht. Die Information hat nach Art. 26 Abs. 2 FIDLEG «vor der Erbringung der Finanzdienstleistung oder vor Vertragsabschluss» zu erfolgen. Da es sich aus systematischer Sicht bei der Pflicht von Art. 26 FIDLEG um eine Verhaltenspflicht (bzw. genauer um eine Informationspflicht) handelt,¹⁰⁶ überrascht es nicht, dass die gesetzliche Vorgabe zum Zeitpunkt von Art. 26 Abs. 2 Satz 1 FIDLEG mit Art. 9 Abs. 1 FIDLEG, der Regelung für die Informationspflichten nach Art. 8 FIDLEG, übereinstimmt.¹⁰⁷ Die Informationspflicht ist vor der eigentlichen Erbringung der Finanzdienstleistung zu erfüllen. Dies gilt auch für die Einholung der Zustimmung des Kunden zum Einbehalt der Entschädigung.¹⁰⁸ Diese Zustimmung muss ebenfalls vor der Einbehaltung der Entschädigung vom Kunden erteilt werden.¹⁰⁹ Erfolgt jedoch weder die Information noch die Zustimmung des Kunden vor der Erbringung der Finanzdienstleistung und wurde die Entschädigung bereits vereinnahmt, besteht eine Herausgabepflicht bzw. eine Pflicht zur vollständigen Weiterleitung der Entschädigung an den Kunden.¹¹⁰

3. Zusammenhang zwischen Entschädigung und Finanzdienstleistung

Als sachliche Voraussetzung fordert Art. 26 Abs. 1 FIDLEG, dass die Entschädigungen «im Zusammenhang mit der Erbringung von Finanzdienstleistungen» stehen müssen. Da der Gesetzgeber nicht konkretisiert hat, wann ein solcher Zusammenhang vorliegt, geht die Lehre teilweise davon

aus, dass es sich dabei um den von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre im Zusammenhang mit dem Herausgabeanspruch nach Art. 400 Abs. 1 OR entwickelten Begriff des «inneren Zusammenhangs» handelt.¹¹¹ Folglich müsste für die Annahme des verlangten Zusammenhangs das Vorhandensein eines (potentiellen) Interessenkonflikts entscheidend sein,¹¹² wobei nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bereits die Gefahr eines Interessenkonflikts genügt.¹¹³ Insbesondere wenn der Finanzdienstleister über einen gewissen Ermessensspielraum verfügt, beispielsweise bei der Auswahl von Finanzinstrumenten, besteht eine Gefahr für einen solchen Interessenkonflikt.¹¹⁴ Ein Ermessensspielraum ist den Finanzdienstleistungen der Anlageberatung (Art. 3 lit. c Ziff. 4 FIDLEG) und der Vermögensverwaltung (Art. 3 lit. c Ziff. 3 FIDLEG) inhärent, jedoch trifft dies auf Execution-only-Verhältnisse, in denen der Kunde den Anlageentscheid selbständig und unabhängig vom Finanzdienstleister trifft, in der Regel nicht zu.¹¹⁵ Wird von einem zivilrechtlichen «inneren Zusammenhang» ausgegangen, kommt Art. 26 FIDLEG folglich auf gewisse Finanzdienstleistungen – wie bspw. Execution-only und bestimmte Situationen bei der Vermittlung von kollektiven Kapitalanlagen – nicht zur Anwendung.¹¹⁶

Zunächst kann die Argumentation, dass in interessenkonfliktfreien Situationen Art. 26 FIDLEG keine Anwendung finden soll, aus systematischer Sicht nachvollzogen werden: Die Bestimmung befindet sich im Abschnitt «Interessenkonflikte»¹¹⁷ – insofern könnte abgeleitet werden, dass seine Anwendung auf Finanzdienstleistungen beschränkt ist, die einen Interessenkonflikt implizieren.¹¹⁸ Dem ist entgegenzuhalten, dass Art. 26 FIDLEG nicht

¹⁰³ Vgl. SK FIDLEG-BÖSCH/LEISINGER (FN 6), Art. 3 lit. f-i N 14; JOACHIM FRICK/MARKUS WINKLER, Der Anwendungsbereich des FIDLEG und seine Grenzen – Zum Status Quo grenzüberschreitend erbrachter Finanzdienstleistungen, GesKR 3/2021, 368 ff., 379 f.

¹⁰⁴ Vgl. EFD, Finanzdienstleistungsverordnung (FIDLEV), Finanzinstitutsverordnung (FINIV) und Aufsichtsorganisationenverordnung (AOV), Erläuterungen vom 6. November 2019, 20 f.; JUTZI/WESS (FN 41), 595 beide m.w.H.

¹⁰⁵ Vgl. oben Abschnitt II.B.2.a.

¹⁰⁶ Vgl. oben Abschnitt II.B.1.

¹⁰⁷ Nach Art. 9 Abs. 1 FIDLEG sind Informationspflichten «vor Abschluss des Vertrags oder vor Erbringung der Dienstleistung» zu erbringen.

¹⁰⁸ JUTZI/WESS (FN 40), 84; SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 67.

¹⁰⁹ Art. 26 Abs. 1 lit. a FIDLEG.

¹¹⁰ Art. 26 Abs. 1 lit. b FIDLEG.

¹¹¹ BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 23 f.; SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 35 f. Auch die Botschaft verweist in diesem Kontext auf die zivilrechtliche Rechtsprechung zum «inneren Zusammenhang» bei der Herausgabe von Retrozessionen, nämlich auf den Entscheid BGE 138 III 755. Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 5), FN 71 (8966).

¹¹² SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 39 f. Vgl. für eine Darstellung der Uneinheitlichkeit der Lehre in Bezug auf den «inneren Zusammenhang» BAUMANN (FN 68), N 240 ff.

¹¹³ BGE 138 III 755 E. 5.3 und E. 5.5. Vgl. auch oben Abschnitt II.A.1.

¹¹⁴ SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 40. Vgl. auch oben Abschnitt II.A.1.

¹¹⁵ Vgl. AGGTELEKY (FN 23), N 34 ff.; JUTZI/WESS (FN 41), 591 f.

¹¹⁶ SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 40.

¹¹⁷ Es handelt sich um den 2. Abschnitt «Interessenkonflikte» des 3. Kapitels «Organisation» im 2. Titel «Anforderungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen». So SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 38.

¹¹⁸ Eine vergleichbare Situation besteht mit Art. 8 Abs. 2 lit. b FIDLEG, aus dessen Gesetzeswortlaut auch kein Bezug auf Interessenkonflikte hervorgeht, jedoch in der Verordnungsbestimmung (Art. 9 FIDLEV) der Anwendungsbereich auf Interessenkonflikte reduziert wird. Vgl. JUTZI/WESS (FN 40), 85.

zwischen den unterschiedlichen Finanzdienstleistungen differenziert und keine der Finanzdienstleistungen von seiner Anwendung ausnimmt.¹¹⁹ Sodann zielt die Bestimmung nicht nur auf die Vermeidung von Interessenkonflikten, sondern auch auf eine «[u]mfassende Transparenz in Bezug auf sämtliche von Dritten erhaltene[n] Vorteile», ohne ein generelles oder teilweises Verbot von Entschädigungen durch Dritte vorzugeben.¹²⁰ Schliesslich hätte eine Beschränkung von Art. 26 FIDLEG auf Interessenkonfliktsituationen im Gesetz oder mindestens in der Verordnung vorgesehen werden müssen.¹²¹ Folglich ist für die Anwendbarkeit von Art. 26 FIDLEG nach der hier vertretenen Auffassung irrelevant, ob ein Interessenkonfliktpotential besteht, sondern die Bestimmung ist auf alle Finanzdienstleistungen – inkl. Execution-only-Verhältnisse – anwendbar.¹²²

C. Ausstrahlungspotential?

Wird die kantonale Rechtsprechung des Handelsgerichts Zürich ausser Acht gelassen, kann festgehalten werden, dass für interessenkonfliktfreie Konstellationen und insb. für das Execution-only-Verhältnis die aufsichtsrechtliche Regelung über die durch das Bundesgericht entschiedenen Sachverhalte hinaus geht. Das Bundesgericht musste sich bisher mit der Herausgabepflicht im Execution-only-Verhältnis nicht beschäftigen bzw. konnte die Frage offenlassen.¹²³ Unterliegt das Execution-only-Verhältnis dem Kommissionsrecht, ist auch Art. 400 Abs. 1 OR anwendbar,¹²⁴ und daher ein Einfallstor gegeben. In dieser Konstellation kann eine Informations- und Herausgabepflicht aufgrund der Ausstrahlungswirkung auf das Zivilrecht angenommen werden.¹²⁵ Die Annahme einer solchen Ausstrahlung ist u.E. auch mit der vom Handelsgericht Zürich in seinem Entscheid verfolgten Argumentation vereinbar.¹²⁶

Wird das zivilrechtliche Execution-only-Verhältnis direkt oder indirekt nicht durch das Auftragsrecht bestimmt, kommt Art. 400 Abs. 1 OR nicht zur Anwendung. Dies ist bspw. beim Festpreisgeschäft, Blocktransaktionen, *Over-the-Counter*-Geschäften und Platzierungen am Primärmarkt der Fall.¹²⁷ Das Auftragsrecht ist in diesen Fällen allerdings nur ausgeschlossen, sofern der Finanzdienstleister drauf hinweist, dass dieses nicht anwendbar sei, und damit ein Kundenvertrauen in die Geltung des Auftragsrechts «zerstört».¹²⁸ Meistens wird Kaufrecht anwendbar sein, das keine der Rechenschafts- und Herausgabepflicht von Art. 400 Abs. 1 OR vergleichbare Regelung enthält.¹²⁹ Auch wenn aufsichtsrechtlich eine Herausgabepflicht aus Art. 26 FIDLEG besteht, kann nach den oben erwähnten Grundsätzen über die Ausstrahlungswirkung in diesem Fall keine zivilrechtliche Herausgabepflicht begründet werden, denn es fehlt an einem Einfallstor im Zivilrecht. Die Ausstrahlungswirkung vermag es nicht, Pflichten über die Grenzen der Teilrechtsgebiete zu transferieren.¹³⁰

Das Aufsichtsrecht sieht mit Art. 26 FIDLEG nach der hier vertretenen Auffassung auch eine Herausgabepflicht für Konstellationen vor, in denen zivilrechtlich kein Vertragsverhältnis besteht (reiner Fondsvertrieb¹³¹).¹³² Zivilrechtlich ist beim reinen Fondsvertrieb kein Vertragsverhältnis zwischen Kunde und Finanzdienstleister (Absatzmittler) gegeben. Ein privatrechtliches Einfallstor für die Ausstrahlungswirkung besteht folglich auch in diesem Fall nicht. Dies bedeutet, dass auch hier keine Beeinflussung über die Ausstrahlungswirkung stattfinden kann. In anderen Worten gilt für das Verhältnis zwischen Kunde und Finanzdienstleister in diesem (und auch dem im vorstehenden Absatz beschriebenen) Fall: Es bestehen keine privatrechtlichen Rechenschafts- und Herausgabepflichten, während aufsichtsrechtlich Art. 26 FIDLEG zur Anwendung kommt.¹³³

¹¹⁹ Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 5), 8966; AGGTELEKY (FN 23), N 479; BAUMANN (FN 68), N 463; EMMENEGGER/DÖBELI, SZW 2018 (FN 79), 649; JUTZI/WESS (FN 40), 85.

¹²⁰ Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 5), 8914; vgl. AGGTELEKY (FN 23), N 469 f.

¹²¹ AGGTELEKY (FN 23), N 479.

¹²² So auch JUTZI/WESS (FN 40), 85 f.; gl.A. AGGTELEKY (FN 23), N 480; BAUMANN (FN 68), N 463; EMMENEGGER/DÖBELI, SZW 2018 (FN 79), 649; EMMENEGGER et al. (FN 60), 238; EMMENEGGER/REBER (FN 5), 170; a.A. BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 25 ff.; SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 37 ff.

¹²³ Bspw. EMMENEGGER et al. (FN 60), 238.

¹²⁴ Art. 425 Abs. 2 OR. Siehe oben Abschnitt II.A.1.

¹²⁵ JUTZI/WESS (FN 40), 86.

¹²⁶ Siehe oben Abschnitt II.A.2.

¹²⁷ Vgl. EGGEN (FN 99), 628 f.; URS PHILIPP ROTH, Aufklärungspflichten im Vermögensanlagegeschäft, in: Bruno Gehrig/Ivo Schwander (Hrsg.), Banken und Bankrecht im Wandel – Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, 1 ff., 21; ROLF SETHE/MORITZ SEILER, Dokumentation und Rechenschaft im geplanten FIDLEG, in: Robert Waldburger/Peter Sester/Christoph Peter/Charlotte M. Baer (Hrsg.), Law & Economics – Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, 431 ff., 443 f.; AGGTELEKY (FN 23), N 156 ff.

¹²⁸ SETHE/SEILER (FN 127), 443 f.; AGGTELEKY (FN 23), N 157; vgl. Verfügung der EBK vom 20. Dezember 2006, EBK Bulletin 51/2008, 129 f.

¹²⁹ EGGEN (FN 99), 625 ff.; AGGTELEKY (FN 23), N 158.

¹³⁰ Siehe auch oben Abschnitt I.D. Vgl. JUTZI/MEIER (FN 21), 94 f. m.w.H.

¹³¹ ABEGGLEN (FN 38), 128; EGGEN (FN 99), 628 f.; JUTZI/WESS (FN 40), 80.

¹³² Siehe oben Abschnitt II.B.2.c.

¹³³ JUTZI/WESS (FN 40), 86.

III. Verzicht auf den Herausgabeanspruch

A. Zivilrechtlicher Verzicht

Die zivilrechtliche Herausgabepflicht ist dispositiver Natur,¹³⁴ d.h. der Kunde kann unter gewissen Voraussetzungen auf die Herausgabe der Retrozessionen verzichten.¹³⁵ Dieser Verzicht darf nach den auftragsrechtlichen Vorgaben im Voraus, aber auch nachträglich, geschehen.¹³⁶

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat Vorgaben für die Voraussetzungen eines gültigen Verzichts entwickelt. Diese Schranken ergeben sich aus der eigentlichen Fremdnützigkeit des Auftrags,¹³⁷ und setzen voraus, dass der Kunde: (i) Kenntnis über Umfang und Berechnungsgrundlagen der Retrozession hat, und (ii) er mit diesem Wissen dem Entschädigungsmodell zustimmt.¹³⁸ Aus den Schranken ergeben sich demgemäss zwei Vorgaben: Der Kunde muss einerseits informiert werden und andererseits muss er in Kenntnis dieser Informationen auf seinen Anspruch verzichten (*informed consent*). Ein Verzicht des Kunden auf diese Information ist ausgeschlossen.¹³⁹

Es stellt sich die Frage, in welcher Form die Information über die Entschädigung erfolgen muss, damit der Kunde gültig darauf verzichten kann. Handelt es sich nicht um bereits erhaltene Retrozessionen, ist der genaue Betrag anzugeben. Beim Vorausverzicht gestaltet sich die Information komplizierter. Im Zusammenhang mit der Vermögensverwaltung hat das Bundesgericht entschieden, dass sachkundige Anleger lediglich über die «Eckwerte» der entsprechenden Vereinbarung mit dem Dritten sowie über die voraussichtliche Höhe der Entschädigung informiert

werden müssen.¹⁴⁰ Völlig unerfahrene Anleger hingegen müssen über alle relevanten Punkte aufgeklärt und auf die entsprechenden Zusammenhänge im Detail hingewiesen werden.¹⁴¹

Die Information hat dem Kunden die Grössenordnung der finanziellen Zuwendung zu vermitteln. Indes ist nicht vorausgesetzt, dass der Finanzdienstleister den genauen Betrag der Retrozessionen beziffert.¹⁴² Es sind vielmehr die Parameter zu vermitteln, die zur Berechnung des Gesamtbetrags im Einzelfall notwendig sind.¹⁴³ Parameter können in Prozentbandbreiten des verwalteten Vermögens bzw. den Berechnungsgrundlagen angegeben werden, sodass es dem Kunden ermöglicht wird, die Kostenstruktur zu erfassen und ein «*Vergleich mit dem vereinbarten [...] honorar*» möglich wird.¹⁴⁴ Für das Vermögensverwaltungsverhältnis hat das Bundesgericht entschieden, dass dem Kunden die Belastung des Gesamtportfolios offenzulegen ist.¹⁴⁵ Inwiefern der Information zu «Eckwerten» Genüge getan ist, lässt das Bundesgericht offen. Um dieser Voraussetzung gerecht zu werden, geben Finanzdienstleister in der Praxis die Höhe der möglichen Retrozession pro retrozessionsbehaftete Anlageklasse in Form einer Prozentbandbreite der Investitionssumme an.¹⁴⁶ Es wird aber auch vertreten, dass damit die entscheidenden Punkte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten gemeint sind und eine Offenlegung mit Informationsblättern für jedes Finanzinstrument einzeln zu erfolgen hat.¹⁴⁷ Der Finanzdienstleister ist mit der Information verpflichtet, dem Kunden eine vollständige und wahrheitsgetreue Information zur Verfügung zu stellen. Dadurch soll der Kunde in der Lage sein, eine «*freie Willensentscheidung über die Ablieferung der Provisionen*

¹³⁴ BGE 137 III 393 E. 2.2.

¹³⁵ Die dispositive Natur der Herausgabepflicht war nicht immer unbestritten. Vgl. BGE 132 III 460 E. 4.2 m.w.N.; SUSAN EMMENEGGER, Anlagelkosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Anlagerecht, SBT 2007, Basel 2007, 59 ff., 83 vgl. auch die Nachweise in FN 60 (S. 83); WAYGOOD-WEINER (FN 59), 247 f.

¹³⁶ BGE 132 III 430 E. 4.5; BENEDICT BURG, Kundenschutz bei externer Vermögensverwaltung – Geltendes Recht, Schwachstellen und Handlungsbedarf, Zürich/Basel/Genf 2013 (Diss. Zürich 2013) = SSFM Bd. 107, N 506; HUBERT STÖCKLI, Fidleg: Einige Gedanken eines Vertragsrechtlers, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Bankvertragsrecht, SBT 2017, Basel 2017, 209 ff., 214; ZELLWEGER-GUTKNECHT (FN 49), 232.

¹³⁷ BGE 137 III 393 E. 2.4; vgl. auch SIMON SCHÄREN, Anforderungen an den vorgängigen Verzicht auf Herausgabe von Retrozessionen – Besprechung des Urteils 4A_266/2010 des schweizerischen Bundesgerichts vom 29. August 2011, GesKR 4/2011, 552 ff., 553.

¹³⁸ BGE 137 III 393 E. 2.4.

¹³⁹ BGE 137 III 393 E. 2.4; WAYGOOD-WEINER (FN 59), 250; vgl. SCHÄREN (FN 137), 555 m.w.H. auf die Lehrmeinungen vor dem Entscheid BGE 137 III 393.

¹⁴⁰ BGE 137 III 393 E. 2.4; BGE 138 III 755 E. 6.3.

¹⁴¹ BGE 137 III 393 E. 2.5.

¹⁴² BGE 137 III 393 E. 2.5; SCHÄREN (FN 137), 553.

¹⁴³ TOBIAS AGGTELEKY, Informationspflichten bei der Kapitalanlage – von einzelfallbezogenen und von allgemein gehaltenen Informationen, SZW 6/2021, 726 ff., 736.

¹⁴⁴ BGE 137 III 393 E. 2.4; vgl. BURG (FN 136), N 516; WAYGOOD-WEINER (FN 59), 257.

¹⁴⁵ BGE 137 III 393 E. 2.4: «*Damit der Kunde den Umfang der zu erwartenden Retrozessionen erfassen und dem vereinbarten Honorar gegenüberstellen kann, muss er zumindest die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen kennen [...]. Letzterem Erfordernis wird beim Vorausverzicht Genüge getan, wenn die Höhe der erwarteten Rückvergütungen in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens angegeben wird.*»

¹⁴⁶ In diese Richtung WAYGOOD-WEINER (FN 59), 258; vgl. AGGTELEKY (FN 23), N 529.

¹⁴⁷ AGGTELEKY (FN 23), N 530 f.

oder einen Verzicht darauf zu treffen».¹⁴⁸ Das Hauptziel der vollständigen und wahrheitsgetreuen Information besteht darin, die Informationsasymmetrie abzubauen, um den Kunden für interessenkonfliktbehaftete Leistungen zu sensibilisieren.¹⁴⁹

Für unerfahrene und unwissende Kunden ist zusätzlich zur Information über die Eckwerte erforderlich, dass der Vermögensverwalter den Kunden über sämtliche relevante Aspekte aufklärt. Der Kunde ist auf die entsprechenden Zusammenhänge, aus denen sich Interessenkonflikte beim Empfang von Leistungen durch Dritte ergeben könnten, im Einzelnen aufmerksam zu machen. Im Gegensatz dazu genügt es für erfahrene und sachkundige Kunden, wenn der Finanzdienstleister die technischen Eckdaten der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie das zu erwartende Transaktionsvolumen oder die erwarteten Rückvergütungen als Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens angibt.¹⁵⁰ Das Ausmass der Information ist daher individuell anhand der Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden festzulegen.¹⁵¹ Insofern spielt eine Rolle, welche für den Verzicht notwendigen Parameter dem Kunden bereits bekannt sind.¹⁵²

Schliesslich ist eine eindeutige und klare Verzichtserklärung des Kunden in Kenntnis der Informationen erforderlich.¹⁵³ Formvorschriften bestehen nicht, und ein rechtsgültiger Verzicht ist demnach mündlich oder schriftlich zulässig.¹⁵⁴ Auch ein stillschweigender Verzicht soll zulässig sein.¹⁵⁵ Inwiefern aber ein stillschweigender Verzicht mit der bundesgerichtlichen Vorgabe, dass ein Verzicht «ausdrücklich» sein muss, in Einklang gebracht werden kann, ist Gegenstand der Auseinandersetzung in der Lehre.¹⁵⁶

B. Aufsichtsrechtlicher Verzicht

Aufsichtsrechtlich sieht Art. 26 Abs. 1 lit. a FIDLEG implizit vor, dass der Finanzdienstleister Drittvergütungen einbehalten darf, wenn der Kunde vorgängig ausdrücklich über die Entschädigung informiert wurde und er darauf

verzichtet hat.¹⁵⁷ Das Gesetz verlangt wie im Zivilrecht eine Information und sodann einen Verzicht des Kunden.¹⁵⁸ In Art. 26 Abs. 2 FIDLEG wird konkretisiert, dass die Information die Art und den Umfang der Entschädigung beinhalten muss, dass sie vor Erbringung der Finanzdienstleistung oder vor Vertragsschluss zu erfolgen hat.¹⁵⁹ Ist die Höhe des Betrags vorgängig nicht feststellbar, so informiert der Finanzdienstleister seinen Kunden über die Berechnungsparameter und die Bandbreiten.¹⁶⁰ Schliesslich regelt Art. 26 Abs. 2 FIDLEG noch, dass Finanzdienstleister auf Anfrage die effektiv erhaltenen Beträge offenlegen müssen.¹⁶¹ Die Information muss «Art und Umfang» der Entschädigung beschreiben.¹⁶² Dem Kunden muss folglich qualitativ und quantitativ Auskunft gegeben werden.¹⁶³ In Bezug auf die Art der Entschädigung dürfte insbesondere ihr Grund, Form sowie Häufigkeit (einmalige oder wiederkehrende Leistung) mitzuteilen sein.¹⁶⁴ In quantitativer Hinsicht ist über die Höhe zu informieren; ist diese unbekannt bzw. nicht feststellbar sieht das Gesetz – wie erwähnt – vor, dass dem Kunden Berechnungsparameter und Bandbreiten zu kommunizieren sind.¹⁶⁵ Indessen genügt ein pauschaler Verzicht nicht.¹⁶⁶

Die Information hat ausdrücklich zu erfolgen (Art. 26 Abs. 1 lit. a FIDLEG), was bedeutet, dass der blosser Hinweis, dass Drittschädigungen entgegengenommen werden, nicht genügt.¹⁶⁷ In Bezug auf den Zeitpunkt der Information hält Art. 26 Abs. 2 Satz 1 FIDLEG fest, dass diese vor Erbringung der Finanzdienstleistung oder vor Vertragsabschluss erfolgen muss.¹⁶⁸ U.E. ist insb. vor dem Verzicht zu informieren. Erbringt der Finanzdienstleister mehrere Dienstleistungen unter einem Dauervertrag, genügt die Information vor Vertragsschluss insofern, dass die offengelegten Berechnungsparameter und Bandbreiten für diese Finanzdienstleistungen zutreffen. Sollen Finanzdienstleistungen erbracht werden, bei denen Ent-

¹⁴⁸ ROLAND VON BÜREN/HANS PETER WALTER, Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006, ZBJV 7-8/(143) 2007, 495 ff., 500.

¹⁴⁹ BURG (FN 136), N 517; WAYGOOD-WEINER (FN 59), 259 f.

¹⁵⁰ BGE 137 III 393 E. 2.6.

¹⁵¹ SCHÄREN (FN 137), 553.

¹⁵² SCHÄREN (FN 137), 556 f.

¹⁵³ BGE 137 III 393 E. 2.4; WAYGOOD-WEINER (FN 59), 260.

¹⁵⁴ WAYGOOD-WEINER (FN 59), 251.

¹⁵⁵ Vgl. BGE 132 III 460 E. 4.5; ABEGGLEN (FN 2), 191 f.

¹⁵⁶ BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 37 ff. und N 54; vgl. WAYGOOD-WEINER (FN 59), 266 ff. m.w.H.

¹⁵⁷ Das Einbehalten der Drittschädigung ist in Art. 26 FIDLEG nicht genannt, muss aber auch erlaubt sein. Vgl. SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 51.

¹⁵⁸ Vgl. JUTZI/WESS (FN 40), 83.

¹⁵⁹ Art. 26 Abs. 2 Satz 1 FIDLEG.

¹⁶⁰ Art. 26 Abs. 2 Satz 2 FIDLEG.

¹⁶¹ Art. 26 Abs. 2 Satz 3 FIDLEG.

¹⁶² Art. 26 Abs. 2 FIDLEG.

¹⁶³ SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 55; BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 48; PraxKomm FIDLEG-AMADÓ/MOLO (FN 3), Art. 26 FIDLEG N 34.

¹⁶⁴ SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 56.

¹⁶⁵ Art. 26 Abs. 2 Satz 2 FIDLEG.

¹⁶⁶ PraxKomm FIDLEG-AMADÓ/MOLO (FN 3), Art. 26 FIDLEG N 34.

¹⁶⁷ SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 59; PraxKomm FIDLEG-AMADÓ/MOLO (FN 3), Art. 26 FIDLEG N 34.

¹⁶⁸ Siehe oben Abschnitt II.B.2.d.

schädigungen fließen, die nach anderen Parametern oder Bandbreiten berechnet werden, ist eine neue Information sowie ein neuer Verzicht vor dem Erbringen der Dienstleistung erforderlich.¹⁶⁹

Die Botschaft FIDLEG/FINIG scheint in Bezug auf die Offenlegung mittels Berechnungsparametern und Bandbreiten noch eine nachträgliche Information über die tatsächlich erhaltenen Zahlungen zu verlangen: «*Sofern der Betrag nicht vorgängig feststellbar ist, muss zudem in einem ersten Schritt über die Berechnungsparameter informiert werden. Sobald jedoch die Höhe der Entschädigung festgelegt und bekannt ist, muss der Finanzdienstleister in einem zweiten Schritt die Kundin oder den Kunden über den konkreten Betrag informieren.*»¹⁷⁰ Die Botschaft stützt sich allerdings auf Art. 28 E-FIDLEG, bei dem für die Einbehaltung von Drittschädigungen die reine Information genügt.¹⁷¹ U.E. sind die Finanzdienstleister *de lege lata* zu keiner automatischen nachträglichen Information über die Höhe der einbehaltenen Drittschädigungen verpflichtet.¹⁷² Jedenfalls ist der Finanzdienstleister aber gem. Art. 26 Abs. 2 Satz 3 FIDLEG verpflichtet, auf Anfrage die effektiv erhaltenen Beträge immer offenzulegen.¹⁷³

Der Verzicht unterliegt keiner Formvorschrift; das Gesetz setzt zwar in Art. 26 Abs. 1 lit. a FIDLEG eine «ausdrückliche» Information voraus, verlangt aber keinen ausdrücklichen Verzicht, wie dies bspw. bei Art. 20 Abs. 2 FIDLEG der Fall ist.¹⁷⁴ Daher ist davon auszugehen, dass ein Verzicht konkludent oder stillschweigend – und daher auch in AGB – zulässig ist.¹⁷⁵ Der Verzicht sollte aus Be-

weisgründen dokumentiert werden. Es ist zu empfehlen, ihn in schriftlicher Form oder in anderer durch Text nachweisbarer Form abzufassen.

C. Ausstrahlungspotential?

Vergleicht man die zivilrechtlichen Vorgaben für einen gültigen Herausgabeverzicht mit der aufsichtsrechtlichen Regelung von Art. 26 FIDLEG, fällt zunächst auf, dass in beiden Teilrechtsgebieten ein zweistufiges Vorgehen verlangt ist. Zunächst muss eine Information erfolgen; erst dann ist – in Kenntnis dieser Information – ein Verzicht auf Herausgabe möglich. Sowohl im zivilrechtlichen als auch im aufsichtsrechtlichen Bereich wird vom Finanzdienstleister verlangt, dem Kunden entweder den konkreten Betrag der Retrozessionen oder eine quantitative Abschätzung der zu erwartenden Vergütungen mitzuteilen. Im Unterschied zum Aufsichtsrecht wird im Zivilrecht verlangt, dass der Kunde die Kostenstruktur der Finanzdienstleistung erfasst bzw. ein Vergleich mit dem Honorar möglich ist.¹⁷⁶ Ein solcher Bezug zu den Gesamtkosten könnte u.E. auf das aufsichtsrechtliche Verhältnis ausstrahlen.¹⁷⁷ Bei der Höhe der anzugebenden Bandbreiten der Entschädigungen verlangt das Bundesgericht in Zusammenhang mit Art. 400 Abs. 1 OR, dass Vermögensverwalter die Höhe der erwarteten Retrozessionen in einer Bandbreite von einem Prozent des verwalteten Vermögens angeben.¹⁷⁸ Wir sind der Ansicht, dass die erwartete Belastung (Bandbreite in Prozent des verwalteten Vermögens), sofern sie bestimmbar ist, auch im Rahmen von Art. 26 FIDLEG offengelegt werden sollte.¹⁷⁹

Im Aufsichtsrecht ist neben dem Umfang auch über die Art der Entschädigungen zu informieren (Art. 26 Abs. 2 Satz 1 FIDLEG). Hier sind Grund, Form sowie Häufigkeit der Entschädigung mitzuteilen.¹⁸⁰ In der zivilrechtlichen Rechtsprechung zu Art. 400 Abs. 1 OR wurden den Finanzdienstleistern bisher in diese Richtung keine Vorgaben gemacht. Es besteht folglich ein Potential für eine Ausstrahlung, sodass ggf. auch zivilrechtlich zukünftig über den Grund, die Form sowie die Häufigkeit der Entschädigung(en) zu informieren ist.

¹⁶⁹ GLA. BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 39 ff.; SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 62; wohl a.A. PraxKomm FIDLEG-AMADÓ/MOLO (FN 3), Art. 26 FIDLEG N 35.

¹⁷⁰ Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 5), 8966.

¹⁷¹ Vgl. SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 3.

¹⁷² Vgl. SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 63 allerdings ohne klare Stellungnahme; a.A. PraxKomm FIDLEG-AMADÓ/MOLO (FN 3), Art. 26 FIDLEG N 35.

¹⁷³ Selbstredend entfällt die Offenlegungspflicht, wenn die Entschädigungen vollständig an den Kunden weitergeleitet werden. Vgl. SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 64 f.

¹⁷⁴ Für einen gültigen Verzicht nach Art. 26 Abs. 2 FIDLEG wird gem. der Verordnung einfache Schriftlichkeit oder eine andere in Text nachweisbare Form verlangt und zudem vorgegeben, dass ein Verzicht in den AGB ausgeschlossen ist (Art. 22 FIDLEV). Die Formvorschrift für ein *Opt-out* oder *Opt-in* in Art. 5 Abs. 8 FIDLEG verlangt ebenso einfache Schriftlichkeit oder eine andere in Text nachweisbare Form. Diese beiden Formvorschriften unterliegen auch denselben Regeln (SK FIDLEG-FAVRE/VOLLENWEIDER [FN 6], Art. 20 N 27; SK FIDLEG-FAVRE/VOLLENWEIDER [FN 6], Art. 5 N 48 ff.).

¹⁷⁵ GLA. SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 66; vgl. BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 54.

¹⁷⁶ BGE 137 III 393 E. 2.4. Siehe oben Abschnitt III.A.

¹⁷⁷ Vgl. im Ergebnis gleich PraxKomm FIDLEG-AMADÓ/MOLO (FN 3), Art. 26 FIDLEG N 34.

¹⁷⁸ BGE 137 III 393 E. 2.4.

¹⁷⁹ GLA. SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 60. Möglich ist allerdings auch, dass sich die Zivilgerichte den aufsichtsrechtlichen Entwicklungen anpassen. Vgl. dazu JUTZI/WESS (FN 41), 612.

¹⁸⁰ Siehe oben Abschnitt III.B.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts hängen die erforderlichen Informationen, die einem Kunden vor einem Verzicht mitgeteilt werden müssen, von der Erfahrung des Kunden ab. Ein unerfahrener und unwissender Kunde ist über sämtliche relevanten Punkte aufzuklären und darauf aufmerksam zu machen. Die Information für einen erfahrenen Kunden kann sich dagegen auf die technischen Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie das zu erwartende Transaktionsvolumen oder die erwarteten Rückvergütungen als Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens beschränken.¹⁸¹ Obwohl nach Art. 4 FIDLEG auch im Finanzdienstleistungsrecht eine Kundensegmentierung gilt, die (mindestens zum Teil) von der Erfahrung der Kunden abhängig ist, erfolgt für die aufsichtsrechtliche Informationspflicht keine Abstufung nach Kundensegment.¹⁸² Die aufsichtsrechtliche Information ist somit ungeachtet der Erfahrung und Kenntnisse des Kunden auszugestalten. Hier besteht ein Potential für eine Ausstrahlung insofern, dass die Zivilgerichte in Anlehnung an die aufsichtsrechtliche Regelung davon ausgehen könnten, dass die Information nicht von der Erfahrung des Kunden abhängig ist.¹⁸³

Im Zivilrecht ist sowohl ein Vorausverzicht wie auch ein nachträglicher Verzicht zulässig.¹⁸⁴ Art. 26 FIDLEG lässt dagegen nur einen vorgängigen Verzicht auf Entschädigungen zu, d.h. Entschädigungen, die vor einem Verzicht beim Finanzdienstleister eingegangen sind, müssen nach den aufsichtsrechtlichen Vorgaben immer an den Kunden herausgegeben werden (Art. 26 Abs. 1 lit. b FIDLEG). Ein Verzicht auf die Herausgabe ist folglich nach dem Erhalt aufsichtsrechtlich ausgeschlossen.¹⁸⁵ Hier besteht wohl ein Unterschied zwischen den Teilrechtsgebieten und damit auch ein Ausstrahlungspotential; jedoch ist nicht anzunehmen, dass Zivilgerichte die Vertragsfreiheit mit der Übernahme einer solchen Res-

triktion einschränken. U.E. sollte es dem Kunden zivilrechtlich immer frei stehen, nachträglich auf Zahlungen zu verzichten, zumal in diesen Situationen vom Finanzdienstleister über die genaue Höhe des Betrags zu informieren ist.¹⁸⁶

IV. Durchsetzung des Anspruchs

A. Zivilrechtliche Durchsetzung: Zivilklage

Der Kunde kann sich im Zivilverfahren auf den Herausgabeanspruch von Art. 400 Abs. 1 OR oder den Sekundäranspruch (Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung) stützen.¹⁸⁷ Der Herausgabeanspruch von Drittvergütungen bzw. Retrozessionen im Finanzdienstleistungsverhältnis ist eine Nebenleistungspflicht und daher selbständig klagbar.¹⁸⁸ Regelmässig wird der Kunde mit einer Stufenklage (Art. 85 ZPO) vorgehen müssen, um zunächst gestützt auf die Rechenschaftspflicht die Höhe der einbehaltenen Zahlungen zu erfahren und sodann mittels Leistungsklage (Art. 84 ZPO) diese herauszuverlangen bzw. Schadenersatz zu fordern.¹⁸⁹ Ist die Höhe der einbehaltenen Zahlungen bereits bekannt, kann direkt mit einer Leistungsklage vorgegangen werden und die Herausgabe gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR oder Schadenersatz aus Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 400 Abs. 1 OR verlangt werden.

Damit ein vertraglicher Schadenersatzanspruch geltend gemacht werden kann, müssen bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein: Ein rechtlich relevanter Vermögensschaden muss durch eine schuldhaftige Vertragspflichtverletzung adäquat kausal verursacht worden sein und die Verjährungsfrist darf noch nicht abgelaufen sein.¹⁹⁰ Vor dem Hintergrund von Drittschädigungen ist zwischen der vertragswidrigen Nichtherausgabe von Entschädigungen wie Retrozessionen, Vertriebsentschädigungen, Bestandespflegekommissionen und anderen herausgabepflichtigen Zahlungen einerseits und der Verletzung der Informationspflicht über diese Vergütungen, die einem Verzicht voranzugehen hat, andererseits zu unterscheiden.¹⁹¹ Die bundes-

¹⁸¹ BGE 137 III 393 E. 2.6. Siehe oben Abschnitt III.A.

¹⁸² Unterschieden wird zwischen institutionellen Kunden, professionellen Kunden und Privatkunden (Art. 4 FIDLEG). Art. 20 FIDLEG, der eine Geltungsausnahme bzw. eine Verzichtsmöglichkeit von Verhaltenspflichten für institutionelle bzw. professionelle Kunden enthält, nimmt nur Bezug auf das 2. Kapitel des 2. Titels des FIDLEG (Abs. 1) bzw. einzelne Verhaltenspflichten in diesem Kapitel (Abs. 2). Art. 26 FIDLEG ist allerdings im 3. Kapitel des 2. Titels geregelt und ist daher auf alle Kundensegmente anwendbar. A.A. BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 52.

¹⁸³ Allerdings ist auch eine umgekehrte Ausstrahlung (auf das Aufsichtsrecht mit der Folge differenzierter Kundeninformation) denkbar, da auf der normativen Ebene im Aufsichtsrecht bereits ein segmentabhängiger Kundenschutz besteht, wohingegen im Privatrecht lediglich eine (unklare) bundesgerichtliche Praxis vorliegt.

¹⁸⁴ Siehe oben Abschnitt III.A.

¹⁸⁵ A.A. BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 55.

¹⁸⁶ Siehe oben Abschnitt III.A.

¹⁸⁷ BK-FELLMANN (FN 70), Art. 400 N 163.

¹⁸⁸ Vgl. PETER DERENDINGER, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 2. A., Freiburg 1990 (Diss. Freiburg 1988), N 139; BK-FELLMANN (FN 70), Art. 400 N 152.

¹⁸⁹ Vgl. ROLF KUHN/NINA LUGINBÜHL, Zur Verjährung des Rechenschafts- und Herausgabeanspruches gemäss Art. 400 Abs. 1 OR beim Vermögensverwaltungsvertrag, AJP 7/2014, 977 ff., 978 m.w.H.

¹⁹⁰ Vgl. statt aller BSK OR I-WIEGAND (FN 70), Art. 97 N 5 ff.

¹⁹¹ CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Retrozessionen und Schadenersatz – Zur Verjährung des Ersatzanspruchs bei Verletzung der Herausgabe- und Rechenschaftspflicht, in: Eva Maria Belser/Pascal

gerichtliche Rechtsprechung hat sich bisher nur vereinzelt mit dieser Unterscheidung beschäftigt.¹⁹² Sie kann nach in der Lehre vertretenen Ansichten für die Verjährung bzw. genauer für den Beginn der Verjährung relevant sein – darauf ist zurückzukommen.¹⁹³

B. Aufsichtsrechtliche Durchsetzung: Einziehung

Zuständig für die Durchsetzung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen (Enforcement¹⁹⁴) ist die FINMA.¹⁹⁵ Auch das FIDLEG gehört zu den durch die FINMA überwachten und durchgesetzten Finanzmarktgesetzen (Art. 1 Abs. 1 lit. i FINMAG).¹⁹⁶ Verletzungen der Anforderungen an das Erbringen von Finanzdienstleistungen und das Angebot von Finanzinstrumenten können von der FINMA mit aufsichtsrechtlichen Instrumenten verhindert oder beseitigt werden (Art. 87 Abs. 2 FIDLEG).¹⁹⁷ Nach Art. 87 Abs. 1 FIDLEG überwacht die Aufsichtsbehörde, dass die von ihr beaufsichtigten Finanzdienstleister die Anforderungen an das Erbringen von Finanzdienstleistungen einhalten.¹⁹⁸ Als Beaufsichtigte i.S.v. Art. 87 Abs. 1 FIDLEG gelten nur prudentiell überwachte Finanzdienstleister;¹⁹⁹ dies bedeutet, dass Kundenberater, die sich gem. Art. 28 FIDLEG in ein Beraterregister eintragen müssen, nicht erfasst sind.²⁰⁰ Reine Kundenberater, welche die Finanz-

dienstleistung der Anlageberatung erbringen, ohne einer prudentiellen Aufsicht zu unterstehen, und gegen die aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten des FIDLEG verstossen, werden durch die Strafbestimmungen (Art. 89 ff. FIDLEG) des FIDLEG sanktioniert.²⁰¹ Alle anderen Finanzdienstleister unterstehen einer prudentiellen Aufsicht.²⁰² Folglich ist für sie die FINMA auch für die Ahndung einer Verletzung der Verhaltenspflichten, die sich aus Art. 26 FIDLEG ergeben, zuständig.²⁰³

Für die Durchsetzung der Finanzmarktgesetze und zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands stehen der FINMA im Enforcementverfahren Aufsichtsinstrumente zur Verfügung.²⁰⁴ Die Aufsichtsinstrumente sind die «Werkzeuge», mit denen die FINMA die Einhaltung der gesetzlichen Gebote und Verbote, die sich aus den Finanzmarktgesetzen ergeben, durchsetzt.²⁰⁵ Nach der hier vertretenen Ansicht ist die aufsichtsrechtliche Einziehung nach Art. 35 FINMAG primäres Instrument für die Durchsetzung von Art. 26 FIDLEG.²⁰⁶ Im konkreten Fall können auch Massnahmen in Anwendung von Art. 31 FINMAG nötig sein,²⁰⁷ wie ggf. die Verpflichtung des Finanzdienstleisters, sein Weisungswesen zu überarbeiten. Zudem kann die Verletzung von Art. 26 FIDLEG institutionelle Konsequenzen – z.B. nach BankG oder FINIG – zur Folge haben, wenn die FINMA zum Schluss kommt, dass die Organisation mangelhaft war und/oder die Gewähr verletzt wurde. Grund hierfür kann ein fehlendes

Pichonnaz/Hubert Stöckli (Hrsg.), *Le droit sans frontières – Mélanges pour Franz Werro*, Bern 2022, 699 ff., 701 f.

¹⁹² BGer, 4A_601/2021, 8.9.2022; vgl. BGE 143 III 348 E. 2.2, die nur auf die Fälligkeit der Herausgabepflicht Bezug nimmt; REBER (FN 60), *passim*; ZELLWEGE-GUTKNECHT (FN 191), 701 f.; siehe auch CORINNE ZELLWEGE-GUTKNECHT, *Retrozessionen: Verjährung, Rechtsmissbrauch und Schadenersatz – Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 4A_508/2016* samt kritischer Anmerkung zu BGE 136 V 73, in: *Jusletter* vom 25. September 2017, N 14 ff. und betreffend Schadenersatz N 32 ff., wo allerdings betreffend der Pflichtverletzung die Unterscheidung zwischen der Verletzung der Herausgabepflicht und der Verletzung der Rechenschaftspflicht noch unberücksichtigt ist.

¹⁹³ Siehe unten Abschnitt V.A.

¹⁹⁴ *Finanzmarktenforcement-ZULAUF*, 15 ff., in: Urs Zulauf/David Wyss (Hrsg.), *Finanzmarktenforcement*, 3. A., Bern 2022 (zit. *Finanzmarktenforcement-Verfasser*).

¹⁹⁵ Vgl. FINMA, *Leitlinien zum Enforcement*, 25. September 2014, 2; BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Vor Art. 21 FIDLEG N 74 f.

¹⁹⁶ Vgl. *Finanzmarktenforcement-ZULAUF* (FN 194), 20.

¹⁹⁷ SK FIDLEG-VOLLENWEIDER/PARIGI (FN 6), Art. 87 N 20 ff.; BSK FIDLEG/FINIG-SCHOTT/STOCKER (FN 5), Art. 87 FIDLEG N 10 ff.

¹⁹⁸ Siehe für die Aufsicht über Vermögensverwalter und Trustees i.S.v. Art. 17 FINIG durch Aufsichtsorganisationen YVES MAUCHLE, *Durchsetzung der FIDLEG-Normen – Vielschichtige Rechtsverwirklichung durch Eingriffsverwaltung, Privatrecht und Strafverwehrgung*, GesKR 2/2021, 202 ff., 211 ff.

¹⁹⁹ *Botschaft FIDLEG/FINIG* (FN 5), 8922.

²⁰⁰ SK FIDLEG-VOLLENWEIDER/PARIGI (FN 6), Art. 87 N 12.

²⁰¹ Art. 89 lit. c FIDLEG. Eine Einziehung würde sich entsprechend nach Art. 70 ff. StGB richten, die im Übrigen auch der aufsichtsrechtlichen Einziehung vorgeht (Art. 35 Abs. 5 FINMAG; BSK FINMAG/FinfraG-BÖSCH, Art. 35 N 31, in: Rolf Watter/Rashid Bahar [Hrsg.], *Basler Kommentar Finanzmarktaufsichtsgesetz Finanzmarktinfrastrukturgesetz*, 3. A., Basel 2019 [zit. BSK FINMAG/FinfraG-BEARBEITER/-IN]). Siehe m.w.H. auf das ungewöhnliche Konzept der Strafbestimmungen des FIDLEG STEFAN HÄRTNER, *Pönalisierung von Verstössen gegen die Verhaltensregeln am Point of Sale – Eine kritische Analyse von Art. 92 E-FIDLEG*, in: Damiano Canapa/Robin Landolt/Nicola Müller (Hrsg.), *Sein und Schein von Gesetzgebung – Erwartungen – Auswirkungen – Kritik = APARIUZ Bd. 19*, Zürich/St. Gallen 2018, 243 ff., *passim*.

²⁰² SK FIDLEG-VOLLENWEIDER/PARIGI (FN 6), Art. 87 N 12.

²⁰³ SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 69.

²⁰⁴ Art. 24 ff. FINMAG.

²⁰⁵ ANDREAS ABEGG/HARALD BÄRTSCHI/ANDREAS DIETRICH (Hrsg.), *Prinzipien des Finanzmarktrechts – Einführung in das Finanzmarktrecht mit Repetitionsfragen und Fällen samt Lösungen sowie Literaturübersicht*, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2019, N 374.

²⁰⁶ Die aufsichtsrechtliche Einziehung hat nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine strafrechtliche Natur i.S.v. Art. 6 EMRK (BGer, 2C_317/2020, 7.10.2020, E. 4). A.A. BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 61 f.

²⁰⁷ Vgl. BSK FINMAG/FinfraG-ROTH PELLANDA/KOPP (FN 201), Art. 31 FINMAG N 6 ff.

Weisungswesen bzw. eine ungenügende Compliance oder ein rechtswidriges Vertragswerk sein.

Die primär im Fokus stehende Einziehung nach Art. 35 FINMAG setzt voraus, dass eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliegt und der Verursacher dieser schweren Verletzung beaufsichtigt bzw. eine verantwortliche Person in leitender Stellung ist.²⁰⁸ Damit eine Einziehung gerechtfertigt ist, müssen alle Elemente kumulativ erfüllt sein.²⁰⁹ Alle Finanzdienstleister – mit Ausnahme der reinen Kundenberater – sind prudentiell beaufsichtigte Personen und fallen demnach auch unter den Begriff der Beaufsichtigten i.S.v. Art. 35 FINMAG.²¹⁰ Sie können daher Adressat einer aufsichtsrechtlichen Einziehung sein. Bei Art. 26 FIDLEG handelt es sich unzweifelhaft um eine aufsichtsrechtliche Bestimmung,²¹¹ insofern ist nur fraglich, inwiefern von einer schweren Verletzung ausgegangen werden darf. Eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen im Sinne von Art. 35 FINMAG bemisst sich nach der Praxis an den Anforderungen der verletzten oder missachteten Norm bzw. am Grad der Abweichung vom ordnungsgemässen Verhalten. Nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip sind die Intensität des abweichenden Verhaltens und der Beweggrund Parameter für die Beurteilung.²¹² Indessen liegt eine schwere Verletzung dann vor, wenn diese Verletzung eine Verletzung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit im Sinne der Praxis der FINMA darstellt.²¹³ Der FINMA kommt bei der Beurteilung ein «fachtechnischer

Beurteilungsspielraum» zu,²¹⁴ wobei als Kriterium der Schwere das Ausmass der Abweichung von der verletzten Norm herangezogen werden darf.²¹⁵ Eine Verletzung der Informations- bzw. Herausgabepflicht von Art. 26 FIDLEG kann u.E. durchaus eine schwere Verletzung i.S.d. Gesetzes sein,²¹⁶ da der Finanzdienstleister in diesem Fall eine ausdrückliche Verhaltensanweisung (Information bzw. Herausgabe) missachtet.

Eingezogen werden kann der durch die Verletzung kausal erzielte Gewinn bzw. vermiedene Verlust.²¹⁷ Insofern können Retrozessionen bzw. Drittschädigungen eingezogen werden.²¹⁸

Nach Art. 35 Abs. 6 FINMAG fallen eingezogene Vermögenswerte grundsätzlich an den Bund, womit das Gesetz insb. nicht die FINMA meint.²¹⁹ Davon ausgenommen sind Vermögenswerte, die Geschädigten ausbezahlt werden (Art. 35 Abs. 6 zweiter Halbsatz FINMAG). Die Auszahlung an die Geschädigten ist folglich prioritär bzw. die Auszahlung an den Bund subsidiär.²²⁰ Ein durch schwere Verletzung von Aufsichtsrecht erzielter Gewinn, der durch eine Schadenersatzzahlung bzw. Herausgabe an die dadurch Geschädigten ausbezahlt wurde, kann nicht eingezogen werden.²²¹ Der einziehungsfähige Betrag ist um diesen Betrag zu reduzieren, was auch vom Finanzdienstleister verlangt werden kann.²²² Eine Zahlung der Behörden an einen Geschädigten ist theoretisch möglich,

²⁰⁸ BSK FINMAG/FinfraG-BöSCH (FN 201), Art. 35 FINMAG N 9; RAoul SIDLER, Die Einziehung nach Art. 35 FINMAG, Zürich/Basel/Genf 2009 = Veröffentlichungen aus dem Nachdiplomstudium Internationales Wirtschaftsrecht der Universität Zürich und dem Europa Institut Zürich Bd. 59, 13 ff.

²⁰⁹ BSK FINMAG/FinfraG-BöSCH (FN 201), Art. 35 FINMAG N 13.

²¹⁰ Gemäss Art. 3 FINMAG unterstehen der Finanzmarktaufsicht Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der Finanzmarktaufsichtsbehörde benötigen und die kollektiven Kapitalanlagen. Zu den Beaufsichtigten gehören auch solche natürliche und juristische Personen, welche eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der FINMA benötigen, aber (unerlaubterweise) nicht haben (siehe BGE 135 II 356 E. 3.1). Vgl. BSK FINMAG/FinfraG-BöSCH (FN 208), Art. 35 FINMAG N 9 ff.; SIDLER (FN 208), 13 ff.

²¹¹ BSK FIDLEG/FINIG-ABEGGLEN (FN 5), Art. 26 FIDLEG N 6; SK FIDLEG-SCHOTT/SCHOTT (FN 6), Art. 26 N 17; vgl. BSK FIDLEG/FINIG-BÜHLER (FN 5), Art. 7 FIDLEG N 20; vgl. BSK FIDLEG/FINIG-SCHOTT/STOCKER (FN 5), Art. 87 FIDLEG N 17.

²¹² BVGer, B-3930/2016, 25.11.2019, E. 7.2.2.

²¹³ SIDLER (FN 208), 21 ff.; BSK FINMAG/FinfraG-BöSCH (FN 208), Art. 35 FINMAG N 17 f.; vgl. auch BSK FINMAG/FinfraG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN (FN 208), Art. 33 FINMAG N 15 ff.

²¹⁴ BGer, 2C_422/2018, 20.3.2019, E. 1.4.; BGer, 2C_642/2015, 9.11.2015, E. 2.1.; BVGer, B-19/2012, 27.11.2013, E. 9.3.6.

²¹⁵ Finanzmarktenforcement-KUHN (FN 194), 391 f.

²¹⁶ FINMA, Leitlinien zum Enforcement, 25. September 2014 (FN 195), 2: «Das Enforcement der FINMA unterstützt die Aufsichtstätigkeit der FINMA über Bewilligungsträger. Zur Förderung der Einhaltung des Aufsichtsrechts setzt die FINMA Enforcement gezielt bei schweren Aufsichtsrechtverletzungen ein, namentlich bei Verletzungen von Verhaltensregeln.» (Herv. durch die Verfasser).

²¹⁷ Art. 35 Abs. 1 bzw. Abs. 2 FINMAG. BVGer, B-19/2012, 27.11.2013, E. 9.3.5.; BSK FINMAG/FinfraG-BöSCH (FN 208), Art. 35 FINMAG N 24; SIDLER (FN 208), 29 f.; Finanzmarktenforcement-KUHN (FN 194), 392.

²¹⁸ Vgl. für die Berechnung des einziehbaren Gewinns bzw. für die Anrechnung von Aufwendungen BGer, 2C_422/2018, 10.3.2019, E. 2.3 ff. und E. 3.2.; Finanzmarktenforcement-KUHN (FN 194), 394 f.; FLORIS ZUUR/LUCAS FORRER, Die Abzugsfähigkeit von Fixkosten bei einer Gewinneinziehung nach Artikel 35 FINMAG – Besprechung des Urteils 2C_422/2018 des schweizerischen Bundesgerichts vom 20. März 2019, GesKR 3/2019, 491 ff., *passim*.

²¹⁹ BSK FINMAG/FinfraG-BöSCH (FN 208), Art. 35 FINMAG N 33; SIDLER (FN 208), 31 f.

²²⁰ BVGer, B-1034/2017, 11.12.2019, E. 5.4 m.w.H.; Finanzmarktenforcement-KUHN (FN 194), 402; vgl. BSK FINMAG/FinfraG-BöSCH (FN 208), Art. 35 FINMAG N 34 f., allerdings noch ohne Bezug zum vorstehenden Entscheid.

²²¹ BVGer, B-1034/2017, 11.12.2019, E. 5.4.

²²² BVGer, B-1034/2017, 11.12.2019, E. 5.4.; Finanzmarktenforcement-KUHN (FN 194), 402.

aber nur, wenn der auszubehaltende Betrag den eingezogenen nicht übersteigt und der Schaden bzw. der Anspruch unbestritten oder gerichtlich festgestellt ist.²²³ Zivilrechtlich bestrittene Zahlungen können nicht an Geschädigte herausgegeben werden. Es ist nicht Sache der FINMA, über illiquide zivilrechtliche Ansprüche zu urteilen.²²⁴

Wurden nach Eintritt der Rechtskraft Personen entschädigt, kann die Verfügung betreffend den Einziehungsbetrag auf entsprechenden Antrag hin durch die FINMA in Wiedererwägung gezogen werden und der Einziehungsbetrag entsprechend reduziert werden.²²⁵

C. Bemerkungen zu den Durchsetzungsmodalitäten

In den Durchsetzungsmodalitäten wird die Dichotomie zwischen den Teilrechtsgebieten evident.²²⁶ Die Einziehung nach Art. 35 FINMAG ist ein hoheitlicher Akt der Finanzmarktbehörde und die zivilrechtliche Geltendmachung ein individueller Anspruch des Geschädigten bzw. Kunden. Die FINMA bestimmt nach der Officialmaxime selbst, wann und in welchem Umfang ein Verfahren durchgeführt wird.²²⁷ Das Verwaltungsverfahren der FINMA unterliegt dem Untersuchungsgrundsatz.²²⁸ Die FINMA stellt demnach den Sachverhalt von sich aus fest. Hingegen unterliegt das Zivilverfahren dem Verhandlungsgrundsatz und die Parteien haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben.²²⁹ Auch können die Parteien nach dem Dispositionsgrundsatz im Zivilverfahren

über den Streitgegenstand frei verfügen.²³⁰ Die Unterschiede sind erheblich: Das Enforcement des Aufsichtsrechts ist eine hoheitliche Aufgabe der FINMA, die von Amtes wegen ausgeführt wird, wohingegen der Zivilprozess der Parteiwillkür unterliegt. Ausserdem sind die Verfahren von unterschiedlichen prozessualen Prinzipien geprägt.²³¹

Wie oben aufgezeigt, kann für Kunden relevant werden, dass die FINMA im Rahmen eines Aufsichtsverfahrens einen widerrechtlich erzielten Gewinn aus Drittschädigungen einzieht.²³² Den geschädigten Kunden kommt im Enforcementverfahren der FINMA in der Regel keine Parteistellung zu.²³³ Sie haben im FINMA-Verfahren keine Parteirechte (Verfahrensrechte) i.S.v. Art. 29 BV, wie bspw. das rechtliche Gehör oder Akteneinsichtsrecht.²³⁴ Umgekehrt kommt der FINMA im Zivilprozess auch keine Parteistellung zu. Die Verfahren, d.h. das Aufsichtsverfahren zwischen der FINMA und dem Finanzdienstleister und ein allfälliges Zivilverfahren zwischen Finanzdienstleister und Kunde verlaufen ohne Beteiligung der Behörde bzw. des Kunden und die jeweiligen Verfahrensergebnisse müssen von der nicht beteiligten «Partei» akzeptiert werden.

V. Verjährung des Anspruchs

A. Zivilrechtliche Rechtslage

Für die Verjährung des zivilrechtlichen Herausgabeanspruchs sieht die bundesgerichtliche Rechtsprechung vor, dass die ordentliche Verjährungsfrist von Art. 127 OR gilt.²³⁵ Entsprechend verjährt der Anspruch mit einer Frist von 10 Jahren. Der Fristenlauf beginnt mit der Fälligkeit der Forderung (Art. 130 Abs. 1 OR).²³⁶ Für Drittvergütun-

²²³ Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG) vom 1. Februar 2006, BBl 2006, 2829 ff., 2884; BGE 139 II 279 E. 4.3.3.

²²⁴ BGE 139 II 279 E. 4.3.3; BSK FINMAG/FinfraG-BÖSCH (FN 208), Art. 35 FINMAG N 36; Finanzmarktenforcement-KUHN (FN 194), 402 f.

²²⁵ Vgl. BVGer, B-1034/2017, 11.12.2019 E. 5.1 ff.; ferner Finanzmarktenforcement-KUHN (FN 194), 403 m.w.H.

²²⁶ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind das öffentlichrechtliche und das privatrechtliche Verfahren im Finanzmarktrecht strikt voneinander zu trennen. Vgl. BGE 139 II 279 sowie die Urteilsbesprechung von SIMON BÜHLER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Trennung zwischen dem Zivilverfahren und dem Verfahren der Finanzmarktaufsicht – Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts BGE 139 II 279 i.S. X (Beschwerdeführer) gegen Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Beschwerdegegnerin), SZW 6/2013, 563 ff.

²²⁷ RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINE KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht – Grundlagen der Bundesrechtspflege, 4. A., Basel 2021, N 991 f. und N 994 f.

²²⁸ Art. 12 VwVG. Finanzmarktenforcement-ZULAUF/WYSS (FN 194), 35.

²²⁹ Art. 55 Abs. 1 ZPO.

²³⁰ Art. 58 Abs. 1 ZPO.

²³¹ Vgl. JUTZI/MEIER (FN 21), 83 ff. m.w.N.

²³² Siehe oben Abschnitt IV.B.

²³³ Vgl. BGE 139 II 284 E. 4.1 f.; Finanzmarktenforcement-WYSS (FN 194), 131. Ausnahmen bestehen bspw. bei der Herausgabe von Kundendaten im Rahmen von internationaler Amtshilfe (vgl. Finanzmarktenforcement-WYSS [FN 194], 132 f.).

²³⁴ Vgl. RENÉ WIEDERKEHR/KASPAR PLÜSS, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts – Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Bern 2020, N 9 ff.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., Zürich/St. Gallen 2020, N 1000a. Siehe in Bezug auf das Enforcementverfahren Finanzmarktenforcement-WYSS (FN 194), 153 ff. (Akteneinsichtsrecht) und 158 ff. (rechtliches Gehör).

²³⁵ BGE 143 III 348 E. 5.2.1; bestätigt in BGer, 4A_601/2021, 8.9.2022, E. 8.1.3; siehe auch REBER (FN 60), 86 f.

²³⁶ Davon ausgenommen sind Konstellationen, in denen der Finanzdienstleister durch sein schädigendes Verhalten eine strafbare

gen bedeutet dies, da diese gem. Art. 75 OR sofort fällig werden,²³⁷ und dass für jede Forderung auf Herausgabe der Rückvergütung am Tag des Erhalts jeweils die zehnjährige Frist zu laufen beginnt.²³⁸ Die Verjährungsfrist des Herausgabeanspruchs bestimmt sich also gem. Art. 400 Abs. 1 OR für jede Zahlung einzeln. Mit der Geltung der absoluten Verjährungsfrist von 10 Jahren, spielt die Kenntnis der Gläubiger über das Bestehen des Anspruchs keine Rolle.²³⁹

Die Verjährung von Sekundäransprüchen aus positiver Vertragsverletzung beginnt im Allgemeinen mit dem Zeitpunkt der Vertragsverletzung.²⁴⁰ Im Regelfall verjähren sie demnach gleichzeitig wie die Primäransprüche.²⁴¹ Davon sind Vertragsverletzungen ausgenommen, deren schädigendes Verhalten sich über einen längeren Zeitraum erstreckt.²⁴² Bei diesen sog. Dauerdelikten beginnt die Verjährung erst ab dem Zeitpunkt, ab dem das schädigende Verhalten aufhört.²⁴³ In der Lehre wird vertreten, dass der Finanzdienstleister jedes Mal, wenn er dem Kunden die vertragswidrige Einbehaltung von Vergütungen verschweigt, die Rechenschaftspflicht verletzt. Diese wiederholte Verletzung der Rechenschaftspflicht sei durch einen einheitlichen Willensentschluss getragen und darin liege eine Dauerverletzung.²⁴⁴ Dem ist entgegen zu halten, dass die auftragsrechtliche Rechenschaft (Art. 400 Abs. 1 OR) nur «auf Verlangen» abzulegen ist.²⁴⁵ Die Interpreta-

tion, dass die Einbehaltung von Retrozessionen automatisch auch eine Verletzung der Rechenschaftspflicht bedeutet, setzt allerdings voraus, dass diese von sich aus zu erbringen ist. Demgemäss führt die Einbehaltung nicht zu einer automatischen Verletzung der Rechenschaftspflicht. Anders gestaltet sich die Situation, wenn der Finanzdienstleister dem Kunden auf Anfrage die einbehaltene Vergütung verschweigt. Nach der hier vertretenen Ansicht könnte allerdings unter gewissen Umständen eine Pflichtverletzung i.S.v. einem Dauerdelikt in der unterlassenen Information, die vor dem Verzicht zu erfolgen hat, liegen.

Das Bundesgericht hat bisher in einem nicht publizierten Entscheid das Vorliegen eines Dauerdelikts verneint, mit der Begründung, dass die einzelnen Zahlungszuflüsse an den Finanzdienstleister zeitlich exakt bestimmen liessen.²⁴⁶ Ein Dauerdelikt sei ausserdem ohnehin nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen, da dies dem Konzept der Verjährung widersprechen würde. Das Bundesgericht hat sich bisher mit einem sonstigen ein Dauerdelikt begründenden einheitlichen Willensentschluss bei Retrozessionen nicht auseinandergesetzt.²⁴⁷

B. Aufsichtsrechtliche Rechtslage

Das Recht auf Einziehung verjährt nach den gesetzlichen Vorgaben von Art. 35 Abs. 4 FINMAG mit einer Frist von sieben Jahren.²⁴⁸ Damit ist die Verjährungsfrist der aufsichtsrechtlichen Einziehung identisch mit der strafrechtlichen Verjährung (Art. 70 Abs. 3 StGB).²⁴⁹

Wie bei Art. 70 Abs. 3 StGB handelt es sich nach der Lehre bei der Verjährungsfrist von Art. 35 Abs. 4 FINMAG um die Verfolgungsverjährung.²⁵⁰ Sind bei einem Strafverfahren die der Einziehung unterliegenden Vermögens-

Handlung begangen hat und damit aus Art. 41 Abs. 1 OR haftet. In diesen verjährt der Anspruch auf Schadenersatz ungeachtet der üblichen Verjährung von Art. 60 Abs. 1 OR frühestens mit Eintritt der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung bzw. tritt die strafrechtliche Verfolgungsverjährung infolge eines erstinstanzlichen Strafurteils nicht mehr ein, verjährt der Anspruch frühestens mit Ablauf von drei Jahren seit Eröffnung des Urteils (Art. 60 Abs. 2 OR). Hier können sich Verjährungsfristen ergeben, die über der 10-jährigen Frist von Art. 127 OR liegen. Bspw. liegt diese im Falle der ungetreuen Geschäftsbesorgung mit Bereicherungsabsicht (Art. 97 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB) bei 15 Jahren. Vgl. DAMIAN K. GRAF, *Entscheidbesprechung – Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil 6B_689/2016 vom 14. August 2018 (zur Publikation bestimmt), X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Wallis, H.B., D.B. und D., Straftaten gegen das Vermögen, Geldwäscherei*, AJP 11/2018, 1421 ff., 1427 f.

²³⁷ BGE 143 III 348 E. 5.3.2.

²³⁸ BGE 143 III 348 E. 5.3.2 f.

²³⁹ BGE 143 III 348 E. 5.3.2. Vgl. auch KÜPPERS (FN 12), 88 ff.

²⁴⁰ Statt vieler BSK OR I-DAPPEN (FN 70), Art. 130 N 11a m.w.N.; REBER (FN 60), 88.

²⁴¹ REBER (FN 60), 88 f.; ZELLWEGE-GUTKNECHT (FN 191), 706 beide m.w.N.

²⁴² BGE 146 III 14 E. 6.1.2; vgl. ZELLWEGE-GUTKNECHT (FN 191), 706.

²⁴³ BGE 146 III 14 E. 6.1.2 m.w.N.

²⁴⁴ ZELLWEGE-GUTKNECHT (FN 191), 702 ff.

²⁴⁵ BK-FELLMANN (FN 70), Art. 400 N 158 m.w.H.; BSK OR I-OSER/WEBER (FN 70), Art. 400 N 2; PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE

CARRON, *Les contrats spéciaux*, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N 4482 ff.; REBER (FN 60), 87 f.; REBER MARTINA, *Vergütung der Rechenschaft über Retrozessionen*, SZW 2/2022, 131 ff., 133.

²⁴⁶ BGer, 4A_601/2021, 8.9.2022, E. 9.4.2; dies im Gegensatz zu der Konstellation von BGE 143 III 14 (Asbestfall), auf den sich die Beschwerdeführerin *in casu* berufen hat. Dort konnte gerade aus medizinischer Sicht nicht festgestellt werden, wann die Krankheit ausgelöst wurde. Vgl. für die Gegenansicht ZELLWEGE-GUTKNECHT (FN 191), 706 ff. (diese Autorin hat in diesem Fall als Parteigutachterin für die Klägerin mitgewirkt).

²⁴⁷ Vgl. BGer, 4A_601/2021, 8.9.2022, E. 9.4.3: Die Klägerin hatte den einheitlichen Willensentschluss des Finanzdienstleisters nicht genügend substantiiert und das Bundesgericht ist daher auf diesen Punkt nicht weiter eingegangen. Vgl. auch REBER (FN 60), 89 f.

²⁴⁸ Vgl. auch BVGer B-664/2020, 4.7.2022, E. 6.7.3.

²⁴⁹ Vgl. auch zum Vorschlag einer längeren Verjährungsfrist in der parlamentarischen Debatte SIDLER (FN 208), 29.

²⁵⁰ BSK FINMAG/FinfraG-BöSCH (FN 208), Art. 35 FINMAG N 29; für die Verjährung der strafrechtlichen Einziehung BSK StGB I-BAUMANN, Art. 70/71 N 63, in: Marcel Alexander Niggli/Hans

werte nicht mehr vorhanden, so kann das Gericht auf eine Ersatzforderung in gleicher Höhe erkennen (Art. 71 Abs. 1 StGB). Diese Ersatzforderung verjährt entsprechend den öffentlich-rechtlichen Ansprüchen innert 10 Jahren.²⁵¹ Nach BÖSCH hat Analoges für die Verjährung von Art. 35 FINMAG zu gelten: Für die Verfügung der Einziehung wegen schwerer Verletzung des Aufsichtsrechts läuft die Frist gem. Art. 35 Abs. 4 FINMAG von sieben Jahren. Wird innerhalb dieser Frist keine Einziehung verfügt, tritt die Verfolgungsverjährung ein. Verfahrenshandlungen der FINMA haben keine unterbrechende (hemmende) Wirkung. Für die Vollstreckung der verfügten Einziehung gelten sodann die öffentlich-rechtlichen Prinzipien betreffend die Verjährung; es kommt daher eine 10-jährige Verjährungsfrist zur Anwendung.²⁵² Diese Frist beginnt im Zeitpunkt, in dem die Einziehungsverfügung in formelle Rechtskraft erwächst.²⁵³

Die aufsichtsrechtliche Verfolgungsverjährungsfrist von Art. 35 Abs. 4 FINMAG beginnt mit der Verletzung der aufsichtsrechtlichen Bestimmung. Relevant ist insb. nicht der Zeitpunkt, in dem sich der Gewinn beim Finanzdienstleister realisiert hat.²⁵⁴ Im Zusammenhang mit Art. 26 FIDLEG bedeutet dies, dass die Verfolgungsverjährungsfrist entweder mit der unterlassenen Information oder der Einbehaltung ohne entsprechenden Verzicht (Art. 26 Abs. 1 lit. a FIDLEG) zu laufen beginnt.²⁵⁵ Für die Berechnung der Vollstreckungs- sowie der Verfolgungsverjährung gelten die allgemeinen Prinzipien der Fristberechnung im Verwaltungsrecht.²⁵⁶

C. Vergleich der Verjährungsfristen

Die Verjährung in den beiden Teilrechtsgebieten unterscheidet sich wesentlich. Die zivilrechtlichen Ansprüche verjähren einheitlich mit der absoluten Frist von 10 Jahren gem. Art. 127 OR. Einzig im Fristbeginn besteht ggf. die Möglichkeit, dass über die Annahme eines Dauerdelikts von der Regel, dass die Frist mit Fälligkeit für jede Zahlung einzeln zu laufen beginnt, abgewichen werden könnte. Ob die Verweigerung der Herausgabe von Retrozessionen als ein solches von einem einheitlichen Willensentschluss getragenen Dauerdelikt qualifiziert werden kann, ist im Einzelfall zu bestimmen.²⁵⁷ Allerdings zeigen die Zeichen des Bundesgerichts eher in eine abschlägige Richtung, soll doch ein solches Dauerdelikt nur «mit grosser Zurückhaltung» angenommen werden.²⁵⁸

Aufsichtsrechtlich fällt zunächst auf, dass nach der Lehre zwischen der Verfolgungsverjährung von Art. 35 Abs. 4 FINMAG von sieben Jahren und der Vollstreckungsverjährung zu unterscheiden ist. Die Verfolgungsverjährung läuft ab Verletzung der aufsichtsrechtlichen Pflicht und die Vollstreckungsverjährung erst ab Rechtskraft der Verfügung der Einziehung und beträgt 10 Jahre. Verfügt die FINMA zum spätesten möglichen Zeitpunkt, kann es sein, dass die Verjährung insgesamt nahezu 17 Jahren nach der unterlassenen Information bzw. dem Einbehalt der Zahlung ohne Verzicht abläuft.

Die beiden Regelungen zur Verjährungsfrist stehen nicht im Konflikt miteinander. Wurde einem Kunden eine Zahlung, wie bspw. eine Retrozession, widerrechtlich vorenthalten, verjährt sein Anspruch nach den zivilrechtlichen Vorgaben nach Art. 127 i.V.m. Art. 130 Abs. 1 OR innerhalb von 10 Jahren nach Erhalt. Der Ablauf der Verfolgungsverjährung von sieben Jahren gem. Art. 35 Abs. 4 FINMAG liegt ebenfalls innerhalb dieser zivilrechtlichen Verjährungsfrist. Es ist folglich ausgeschlossen, dass die FINMA die Einziehung einer zivilrechtlich bereits verjährten Zahlung verfügt. Dass eine allfällige Vollstreckung nach der zivilrechtlich eingetretenen Verjährung stattfinden kann, ist u.E. unproblematisch, da dem Kunden die reguläre Frist gewährt wurde, seinen Anspruch durchzusetzen. Auch unproblematisch ist, dass die FINMA diesen Anspruch einzieht, wird mit dem Enforcementverfahren ja auch die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands verfolgt.²⁵⁹

Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, 4. A., Basel 2018 (zit. BSK StGB I-Verfasser).

²⁵¹ BSK StGB I-BAUMANN (FN 250), Art. 70/71 N 63 m.w.N.

²⁵² BSK FINMAG/FinfraG-BÖSCH (FN 208), Art. 35 FINMAG N 29; CAROLE CLAUDIA BECK, Enforcementverfahren der FINMA und Dissonanz zum nemo-tenetur Grundsatz – Grundlagen, Übersicht und Lösungsansätze unter spezieller Berücksichtigung der internen Untersuchung, Zürich/Basel/Genf 2019 (Diss. Bern 2018) = SSFM Bd. 128, N 456 spricht auch von einer «absoluten» Frist und geht insofern davon aus, dass sie nicht gehemmt oder unterbrochen werden kann; siehe generell für die Verjährung öffentlich-rechtlicher Forderungen THOMAS MEIER, Verjährung und Verwirkung öffentlich-rechtlicher Forderungen, Zürich/Basel/Genf 2013 (Diss. Freiburg 2013) = Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Bd. 328, 52 ff.

²⁵³ MEIER (FN 252), 150.

²⁵⁴ BVGer, B-664/2020, 4.7.2022, E. 6.7.3; BSK FINMAG/FinfraG-BÖSCH (FN 208), Art. 35 FINMAG N 30; SIDLER (FN 208), 30.

²⁵⁵ Siehe oben Abschnitt II.B.2.d.

²⁵⁶ BSK FINMAG/FinfraG-BÖSCH (FN 208), Art. 35 FINMAG N 30; a.A. SIDLER (FN 208), 29.

²⁵⁷ Siehe oben Abschnitt V.A.

²⁵⁸ BGer, 4A_601/2021, 8.9.2022, E. 9.4.2.

²⁵⁹ Vgl. BSK FINMAG/FinfraG-BÖSCH (FN 201), Art. 35 FINMAG N 4 ff.

VI. Schlussbemerkungen und Erkenntnisse

Es kann festgehalten werden, dass mit der Regelung von Art. 26 FIDLEG eine aufsichtsrechtliche Herausgabepflicht für alle Finanzdienstleister besteht, unabhängig davon, wie das zivilrechtliche Verhältnis zwischen Dienstleister und Kunde ausgestaltet ist. Die zivilrechtliche Rechtsprechung zu Art. 400 Abs. 1 OR findet sich im Kern in der aufsichtsrechtlichen Regelung wieder und entsprechend finden insb. Vermögensverwalter und Anlageberater u.E. in beiden Teilrechtsgebieten fast identische Regelungen vor. Die aufsichtsrechtlichen Regelungen für das Execution-only-Verhältnis gehen über die bundesgerichtlich entschiedenen Vorgaben hinaus und daher besteht hier ein Potential für eine Beeinflussung über die Teilrechtsgebietsgrenzen hinaus.

Aufsichtsrechtlich und zivilrechtlich ist die Weitergabe von Drittschädigungen an Kunden fakultativ und entsprechend ein Einbehalten zulässig, sofern der Kunde rechtsgültig verzichtet hat. Auch hier finden sich sehr ähnliche Regelungen, jedoch können auch Unterschiede festgestellt werden: So ist bspw. im Aufsichtsrecht ein nachträglicher Verzicht ausgeschlossen oder zivilrechtlich die dem Verzicht voranzugehende Information von den Kenntnissen und Erfahrungen des Kunden abhängig.

In der Durchsetzung der Ansprüche zeigt sich die Dichotomie zwischen den Teilrechtsgebieten mit klar unterschiedlichen Verfahren. Zivilrechtlich ist es dem Kunden überlassen, die Zahlung über einen Herausgabeanspruch oder einen Sekundäranspruch im Zivilprozess einzufordern, während im Aufsichtsrecht u.E. die FINMA von Amtes wegen den Gewinn nach Art. 35 FINMAG einziehen kann. Ist eine Retrozession bereits an einen Kunden zurückbezahlt worden, ist eine Einziehung ausgeschlossen. Die Verfahren sind selbständig und eine Beeinflussung bzw. eine Beteiligung des nicht direkt involvierten Akteurs ist ausgeschlossen.

Auch bei der Verjährung präsentiert sich ein unterschiedliches Bild. Zivilrechtliche Ansprüche verjähren nach den Grundsätzen von Art. 127 i.V.m. Art. 130 OR in der Regel innert 10 Jahren seit Erhalt. Im Aufsichtsrecht ist zwischen der Verfolgungs- und der Vollstreckungsverjährung zu unterscheiden: Die Verfolgungsverjährung beginnt sieben Jahre nach der Verletzung der aufsichtsrechtlichen Pflicht, d.h. im Kontext von Art. 26 FIDLEG der unzulässigen Vorenthaltung der Zahlung oder der unterlassenen Information, und die Vollstreckungsverjährung beginnt 10 Jahre nach Eintritt der formellen Rechtskraft der Einziehungsverfügung. Diese Regelungen stehen u.E. allerdings nicht im Konflikt, da die Verfügung einer Einziehung eines zivilrechtlich verjährten Anspruchs ausgeschlossen ist.