

Der Entscheid bewegt sich insgesamt innerhalb der bestehenden Rechtsprechung zur Beschränkung der Vertretungsmacht bei Interessenkollisionen, schärft jedoch deren praktische Konturen. Im Ergebnis zeigt dieser, dass Instruktionen von Organpersonen ihre rechtliche Tragfähigkeit dort verlieren, wo sie erkennbar nicht mehr im Gesellschaftsinteresse liegen, und dass sich anwaltliches Tätigwerden an dieser Grenze messen lassen muss.

B. Substantiierungslast bei Honorarforderungen

Der Entscheid macht deutlich, dass das Fehlen eines wirksamen Mandats infolge eines qualifizierten Interessenkonflikts bereicherungsrechtliche Folgen nach sich zieht. Die Rückforderung bereits erbrachter Leistungen erscheint dabei als konsequente Folge der vorgängig verneinten Mandatsgrundlage.

Von besonderem Interesse ist denn auch die prozessuale Einbettung dieser Rückabwicklung. Umfang und Intensität der Substantiierungs- und Bestreitungsanforderungen lassen sich nicht abstrakt bestimmen, sondern sind nach der konkreten Informations- und Wissenslage der Parteien zu bemessen.³² Wo Honorarnoten interne Leistungszuordnungen abbilden, die ausschliesslich aus der Sphäre des Rechnungsstellers stammen, rechtfertigt sich eine erhöhte Anforderung an die Konkretisierung eines Bestreitens.

Hervorzuheben ist dabei, dass das Bundesgericht die bereicherungsrechtliche Rückforderung nicht von einer vollständigen rechnerischen Aufschlüsselung sämtlicher Leistungsbestandteile abhängig macht. Entscheidend ist vielmehr, dass nicht wirksam mandatierte Tätigkeiten hinreichend identifizierbar bleiben und nicht durch pauschale Bestreitungen der gerichtlichen Überprüfung entzogen werden können. Die Rückabwicklung orientiert sich damit an der praktischen Zuordenbarkeit der Leistungen und an der Informationsnähe der Parteien.

Insgesamt verdeutlicht der Entscheid, dass die prozessuale Behandlung bereicherungsrechtlicher Rückforderungsansprüche wesentlich durch die vorgelagerte vertretungsrechtliche Interessenlage geprägt wird. Die materiellrechtliche Unwirksamkeit eines Mandats setzt sich damit konsequent auf der Ebene der Substantiierungs- und Bestreitungsanforderungen fort.

3.7. Banken- und Börsenrecht/ Droit bancaire et droit boursier

Herausgabepflicht von Retrozessionen im Execution-Only-Verhältnis

Besprechung von BGer, 4A_149/2025, 12.1.2026
(zur Publikation vorgesehen)

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_149/2025 vom 12. Januar 2026 (zur Publikation vorgesehen), A. SA gegen B. SA, Herausgabepflicht von Retrozessionen.



MARTINA REBER*

Das Bundesgericht verneint die Herausgabepflicht von Vertriebsentschädigungen in einem Execution-Only-Verhältnis. Es erachtet den für die Herausgabepflicht erforderlichen inneren Zusammenhang als nicht vorhanden, da die streitgegenständlichen Vertriebsentschädigungen nicht geeignet seien, einen Interessenkonflikt bei der Bank hervorzurufen.

Im Vergleich zu seiner früheren Rechtsprechung verengt das Bundesgericht das Kriterium des inneren Zusammenhangs signifikant. Es wendet seinen pragmatischen Methodenpluralismus nur selektiv an, was die dogmatische Tragfähigkeit des neuen Leitentscheids schmälert.

Einen wichtigen Nebenschauplatz bildet die bundesgerichtliche Feststellung, dass auch Art. 26 FIDLEG einen Interessenkonflikt voraussetze. Erstaunlich ist, dass das Bundesgericht dabei die geltende FINMA-Praxis, welche Art. 26 FIDLEG unbeschränkt auf Execution-Only-Verhältnisse anwendet, unerwähnt lässt. Das bundesgerichtliche obiter dictum bindet die FINMA nicht.

I. Sachverhalt

Die Privatbank B. SA hatte im Zusammenhang mit einer Execution-Only-Beziehung Retrozessionen in Höhe von CHF 31'477 erhalten. Ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthielten einen Herausgabeverzicht. Nachdem die Kundin sämtliche Forderungen aus ihrem Vertragsverhältnis mit der Bank an die A. SA abgetreten hatte, klagte

³² BGer, 4A_495/2024, 7.1.2025, E. 5.1; 4A_489/2024, 25.11.2024, E. 1.7.2.2; 4A_36/2021, 1.11.2021, E. 5.1.3, nicht publ. in BGE 148 III 11.

* MARTINA REBER, Dr. iur., Rechtsanwältin bei valfor, Lehrbeauftragte für Privatrecht an der Universität Bern. Ich danke meinem Kollegen Marc Grüniger, Rechtsanwalt, M.C.J., Partner bei valfor, für seine wertvollen sprachlichen und stilistischen Hinweise.

diese vor dem erstinstanzlichen Gericht des Kantons Genf auf Herausgabe der vereinnahmten Retrozessionen, zu züglich 5% Zins.

Das erstinstanzliche Gericht wies die Klage ab. Die *Cour de Justice* des Kantons Genf bestätigte diesen Entscheid.¹ Die A. SA gelangte mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht, welches die Beschwerde abwies.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht führte zunächst aus, dass eine Bankbeziehung in der Regel aus einer Mehrzahl von Verträgen bestehe (z.B. Kontokorrentvertrag, Girovertrag und Depotvertrag) und dass für Börsengeschäfte entweder ein Vermögensverwaltungsvertrag, ein Anlageberatungsvertrag oder eine reine Konto-/Depotbeziehung (sogenannte Execution-Only-Beziehung) abgeschlossen werde (E. 3.1). Von der Qualifikation des Vertragsverhältnisses würden Gegenstand und Umfang der vertraglichen Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten der Bank abhängen (E. 3.2).

Anschliessend ging das Bundesgericht auf die Pflichten der Bank im Rahmen der verschiedenen Vertragsverhältnisse ein.

Im Execution-Only-Verhältnis sei die Bank lediglich zur Ausführung der Weisungen des Kunden verpflichtet. Solche Verträge unterstünden dem Kommissions- und gemäss Art. 425 Abs. 2 OR dem Auftragsrecht. Die Bank treffe weder eine allgemeine Interessenwahrungs- noch eine allgemeine Informationspflicht. Auch sei sie nicht verpflichtet, die Weisungen des Kunden auf ihre Angemessenheit und Eignung zu überprüfen (E. 3.2.1).

Demgegenüber sei die Bank im Rahmen eines Vermögensverwaltungsvertrages damit beauftragt, das ganze oder einen Teil des Kundenvermögens selbständig gemäss der vereinbarten Anlagestrategie zu verwalten. Die Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten der Bank seien hier am weitesten ausgeprägt (E. 3.2.2).

In der Folge erläuterte das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung zur Rechenschafts- und Herausgabepflicht in der Vermögensverwaltung. Im Rahmen eines Vermögensverwaltungsvertrages habe der Beauftragte dem Auftraggeber jederzeit Rechenschaft über seine Geschäftsführung abzulegen und ihm alles herauszugeben, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen sei (Art. 400 Abs. 1 OR). Die Herausgabepflicht konkretisiere die Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR

und stelle eine präventive Massnahme zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers dar, indem sie potenzielle Interessenkonflikte verhindere. Die Herausgabepflicht erstreckte sich auch auf Vermögenswerte, die der Beauftragte im Rahmen der Auftragsausführung von Dritten erhalten habe. Behalten dürfe er nur, was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem Auftrag, erhalte. Die massgeblichen Gesichtspunkte für die Beurteilung des inneren Zusammenhangs bildeten der Grundsatz, wonach der Beauftragte durch den Auftrag weder gewinnen noch verlieren solle, sowie der Zweck der Verhinderung von Interessenkonflikten. Bei Zuwendungen Dritter sei ein innerer Zusammenhang bereits dann zu bejahen, wenn die Gefahr bestehe, der Beauftragte könnte sich dadurch veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen (E. 3.2.2).

Anschliessend erwog das Bundesgericht, dass seine bisherige Rechtsprechung zur Herausgabepflicht von Retrozessionen ausschliesslich die Vermögensverwaltung betroffen habe. Die Frage, ob Retrozessionen auch in Execution-Only-Verhältnissen herausgabepflichtig seien, sei bislang offengeblieben (E. 3).

Das Bundesgericht führte aus, dass diese Frage in der Lehre umstritten sei. Ein Teil der Lehre verneine eine Herausgabepflicht im Wesentlichen mit der Begründung, dass diese nur bei Gefahr eines Interessenkonflikts greife; ein solcher sei im Execution-Only-Verhältnis ausgeschlossen, da der Kunde seine Anlagentscheide vollumfänglich selbst treffe.² Ein anderer Teil der Lehre bejahе eine Herausgabepflicht der Retrozessionen im Wesentlichen mit der Begründung, dass Art. 400 OR kraft Verweisung von Art. 425 Abs. 2 OR auch auf Execution-Only-Verhältnisse anwendbar sei und die Herausgabepflicht nicht von der Gefahr eines Interessenkonflikts abhängе, sondern Art. 400 OR auch eine Zuweisungsfunktion erfülle und damit den Grundsatz der Nichtbereicherung des Beauftragten garantiere.³

Das Bundesgericht leitete seine Klärung der umstrittenen Rechtsfrage mit der Feststellung ein, dass Art. 400 OR kraft Verweisung in Art. 425 Abs. 2 OR auch auf Execution-Only-Verhältnisse anwendbar sei (E. 3.5). Anschliessend führte es aus, dass die auftragsrechtliche Rechenschafts- und Herausgabepflicht auf dem Grundgedanken der Vermeidung von Interessenkonflikten basiere. Entsprechend stelle die Vermeidung von Interessenkon-

¹ CJ GE, C/25672/2021, ACJC/228/2025, 13.2.2025.

² BGer, 4A_149/2025, 12.1.2026, E. 3.4.1, mit Hinweisen auf die einschlägige Doktrin.

³ BGer, 4A_149/2025, 12.1.2026, E. 3.4.2, mit Hinweisen auf die einschlägige Doktrin.