

PD Dr. Jean-Marc Schaller

Retrozessionen: Nochmals zur Verjährungsfrage

Der Beitrag nimmt im Sinne einer «Replik» Bezug auf zwei Artikel, die in Jusletter vom 19. November 2012 erschienen sind und ganz (Mathys/Roberto) bzw. teilweise (Nobel) die Frage der Verjährung von Bestandespflegekommissionen erörtern. In Weiterführung dieser Diskussion wird vorliegend die Auffassung vertreten, dass der zugehörige Ablieferungsanspruch der Regelverjährung unterliegt (Art. 127 OR) und die Verjährungsfrist (erst) ab Beendigung des Mandats zu laufen beginnt. Ausserdem werden Aspekte der Geltendmachung der Verjährungseinrede und des Rechtsmissbrauchs in die Betrachtung miteinbezogen.

Rechtsgebiet(e): Obligationenrecht; Bankrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Jean-Marc Schaller, Retrozessionen: Nochmals zur Verjährungsfrage, in: Jusletter 3. Dezember 2012

Inhaltsübersicht

- I. Anlass und Ausrichtung des vorliegenden Beitrags
- II. Verjährung von Retrozessionen (insb. Bestandespflegekommissionen)
 1. Länge der Verjährungsfrist
 2. Beginn des Fristenlaufs
 3. Geltendmachung der Verjährungseinrede
 4. Einwendung des Rechtsmissbrauchs
- III. Schluss

I. Anlass und Ausrichtung des vorliegenden Beitrags

[Rz 1] In Jusletter vom 19. November 2012 sind zwei Artikel publiziert worden, welche die nach Publikation des Leitentscheids des Bundesgerichts vom 30. Oktober 2012 (4A_127/2012 bzw. 4A_141/2012)¹ begonnene Diskussion zu Retrozessionen im Allgemeinen und Bestandespflegekommissionen im Besonderen fortführen². Die beiden Beiträge befassen sich ganz (MATHYS/ROBERTO) oder teilweise (NOBEL³) mit einer (wesentlichen) Rechtsfrage, zu der sich der BGE 4A_127/2012 vom 30. Oktober 2012 nicht geäußert hat, konkret mit der Frage der Verjährung von Bestandespflegekommissionen.

[Rz 2] Vorab ist den beiden Beiträgen zu attestieren, dass sie die in letzter Zeit teilweise emotional geführte Diskussion⁴ auf eine sachlich-professionelle Ebene rückgeführt haben. Der vorliegende Beitrag möchte die begonnene Diskussion weiterführen. Dabei sollen einige unberücksichtigt gebliebene, jedoch nach vorliegend vertretener Auffassung wesentliche Gesichtspunkte mit Bezug auf die Verjährung von Retrozessionen (insb. Bestandespflegekommissionen) in die Betrachtung einbezogen werden, die sich v.a. aus den einschlägigen Artikeln des OR zum Auftrags- und Verjährungsrecht sowie aus verschiedenen Leitentscheiden des Bundesgerichts ergeben.

¹ Der Leitentscheid ist zur Publikation in der Amtlichen Sammlung vorgeesehen. – Der Einfachheit halber wird nachstehend lediglich noch die erste Verfahrens-Nr. (4A_127/2012) verwendet.

² MATHYS/ROBERTO, Wann verjähren Bestandespflegekommissionen?, in: Jusletter vom 19. November 2012; NOBEL, Das Bundesgericht zu den Bestandespflegekommissionen, in: Jusletter vom 19. November 2012.

³ NOBEL (Fn. 2) äussert sich in Rz. 14 des Beitrags (kurz) zur Verjährungsfrage: «Zunächst dürfte die Rückwirkung begrenzt sein, da die Verjährungsfrist eher die fünfjährige (Rückforderung einer periodischen Leistung gemäss Art. 128 Ziff. 1 OR) als die zehnjährige ist. Das Bundesgericht sagt selbst, Bestandespflegekommissionen würden «periodisch, meist jährlich» erhoben».

⁴ Vgl. die nicht hinreichend sachlich vorgetragene Antwort von GUTZWILLER (Neue Zürcher Zeitung [NZZ] vom 14. November 2012, S. 22) auf eine vorgängige Stellungnahme von ROBERTO (NZZ vom 6. November 2012, S. 21); alsdann die Replik von NOBEL (NZZ vom 20. November 2012, S. 20).

II. Verjährung von Retrozessionen (insb. Bestandespflegekommissionen)

1. Länge der Verjährungsfrist

[Rz 3] Was die Länge der Verjährungsfrist anbetrifft, so wird in beiden Jusletter-Aufsätzen die Auffassung vertreten, für eine spezifische Art von Retrozessionen⁵, nämlich Bestandespflegekommissionen⁶ würde nicht die zehnjährige Regelverjährung (Art. 127 OR), sondern die fünfjährige Ausnahmeverjährung (Art. 128 OR) gelten. Begründet wird dies mit dem Argument, es handle sich bei Bestandespflegekommissionen um periodische Leistungen⁷. Allerdings ist folgendes in Betracht zu ziehen:

[Rz 4] (1) Art. 128 OR wird nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts⁸ nur sehr zurückhaltend angewandt. Es hat also stets eine restriktive Betrachtungsweise Platz zu greifen.

[Rz 5] (2) Alsdann sind mit Bezug auf Bestandespflegekommissionen die folgenden zwei Leistungsebenen zu unterscheiden:

- *Leistungsebene (Nr. 1)* «Dritte/Beauftragte»: Auf dieser Ebene, der zumeist Zusammenarbeits- oder Vertriebsverträge zugrunde liegen, erbringen Dritte (Fonds-/Produkteanbieter) oftmals periodische Leistungen an Banken und (externe) Vermögensverwalter (Beauftragte). Allfällige Ansprüche bzw. Verpflichtungen hieraus können daher – auch entsprechend dem «obiter dictum» des Bundesgerichts⁹ – ohne weiteres als periodische Leistungspflichten qualifiziert werden.
- *Leistungsebene (Nr. 2)* «Beauftragte/Auftraggeber»: Diese (zweite) Ebene beruht auf einer separaten Rechtsgrundlage (im vorliegenden Kontext v.a. Vermögensverwaltungsverträge). Aus ihr (und nicht aus der Rechtsgrundlage der Leistungsebene Nr. 1) ergibt sich alsdann die in Art. 400 Abs. 1 OR normierte Pflicht zur Herausgabe bzw. Ablieferung der seitens der Beauftragten vereinnahmten Bestandespflegekommissionen an den Auftraggeber. Entsprechend lässt sich das besagte «obiter dictum»

⁵ Der Begriff «Retrozessionen» wird zumeist – so auch hier – als Sammelbegriff für eine Vielzahl von Vergütungsleistungen verwendet, welche dem Beauftragten von dritter Seite zukommen und in einem (inneren) Zusammenhang mit dem Vertragsverhältnis (Auftrag) stehen.

⁶ Bisweilen auch «Vertriebsentschädigungen» genannt.

⁷ Vgl. MATHYS/ROBERTO (Fn. 2), Rz. 9 ff., 25; Nobel (Fn. 2), Rz. 14.

⁸ BGE 132 III 62; 123 III 123; 116 II 431 (jeweils zu Ziff. 3 von Art. 128 OR); vgl. auch BSK OR I-DÄPPEN, N 1 zu Art. 128 OR.

⁹ Vgl. BGE 4A_127/2012 vom 3. Oktober 2012, E. 4.1.

des Bundesgerichts¹⁰ nicht unbesehen auf diese (zweite) Leistungsebene übertragen.

[Rz 6] (3) Eine nähere Betrachtung dieser Rechtsgrundlage (Art. 400 Abs. 1 OR) zeigt, dass das Gesetz die Ablieferungspflicht nicht als periodische Leistungspflicht ausgestaltet hat. Bereits der Wortlaut von Art. 400 Abs. 1 OR («... und alles, was ihm [dem Beauftragten] ... zugekommen ist, zu erstatten») deutet darauf hin, dass der Beauftragte nicht zu einer periodischen Ablieferung an den Auftraggeber verpflichtet ist¹¹. Der Befund lässt sich anhand der gesetzgeberischen Konzeption bestätigen: Art und Umfang des Ablieferungsanspruchs¹² hängen davon ab, in welchem Zeitpunkt der Auftraggeber die Ablieferung der dem Beauftragten bis hierhin zugekommenen geldwerten Leistungen *verlangt*¹³, d.h. ob (und wann) er dies bereits während des Mandats oder erst nach dessen Beendigung tut. Insofern erscheint der Ablieferungsanspruch als ein variabler, sich während des Mandats laufend verändernder (Gesamt-)Anspruch¹⁴.

[Rz 7] (4) Hinzu kommt, dass es sich bei der Ablieferungspflicht, soweit sie sich (wie hier) nicht auf die Übertragung des durch die Auftragsausführung Erlangten beschränkt¹⁵, um eine *Nebenpflicht* handelt. Das Bundesgericht hat gerade die Pflicht zur Ablieferung von Retrozessionen entsprechend

qualifiziert¹⁶. Die Verjährung von Nebenpflichten richtet sich nach der Verjährung der Hauptpflicht (vgl. Art. 133 OR). Diese besteht in den vorliegend diskutierten Fällen in der ordentlichen Erfüllung der sog. «Ausführungsobligation», d.h. hier in einer ordnungsgemässen Vermögensverwaltung, für welche die Regelverjährung (Art. 127 OR) gilt.

[Rz 8] Aus vorstehenden Gründen erscheint es der Rechtslage mit (besonderem) Bezug auf Bestandeskommissionen angemessener, (auch) den diesbezüglichen Ablieferungsanspruch des Auftraggebers der *Regelverjährung* in Art. 127 OR (*zehn Jahre*) zu unterstellen¹⁷.

2. Beginn des Fristenlaufs

[Rz 9] Grundsätzlich beginnt die Verjährungsfrist zu laufen, sobald die in Frage stehende Forderung fällig wird (Art. 130 Abs. 1 OR), was hinwiederum in der Regel «sofort» d.h. ab Entstehung der Forderung geschieht (Art. 75 OR). Gestützt hierauf wird dafür gehalten, dass Herausgabeansprüche mit Bezug auf Bestandespflegekommissionen mit deren Überweisung an die Beauftragte (Bank bzw. externer Vermögensverwalter) fällig werden, womit auch die Verjährungsfrist zu laufen beginne¹⁸. Indessen lässt sich hiergegen folgendes ins Feld führen:

[Rz 10] (1) Auch wenn Retrozessionen, Vertriebsentschädigungen oder ähnliche Vergütungen nicht als «zwingend notwendig» für die Durchführung des Mandats qualifiziert und damit nicht unbesehen den zur eigentlichen Auftrags-erfüllung übergebenen Vermögenswerten gleichgestellt werden können¹⁹, so ist gleichwohl darauf hinzuweisen, dass die Vermögensverwaltung in aller Regel²⁰ *thesaurierend* erfolgt. Mithin sollen Erträge, die im Lauf des Mandats dem Depot zufließen, unabhängig von deren Quelle und Rechtsnatur nicht dem Auftraggeber (Anleger) ausbezahlt, sondern (re-) *investiert* werden. Gerade geldwerte «Rabatte» wie Retrozessionen im Allgemeinen und Bestandespflegekommissionen im Besonderen eignen sich für eine Investition entsprechend der mit dem Anleger vereinbarten Anlagestrategie.

¹⁰ Vgl. die Verw. in vorstehender Fn. 9.

¹¹ Es sei denn, die Parteien (Auftraggeber / Beauftragte) hätten eine periodisch zu erfüllende Ablieferungspflicht vereinbart, was jedoch in den zur Diskussion stehenden Fällen, in denen die Bank bzw. der externe Vermögensverwalter die Bestandespflegekommissionen für sich beansprucht, mithin den Bestand einer Ablieferungspflicht bestreitet, nicht der Fall ist.

¹² Streng genommen handelt es sich bei einem Anspruch stets um eine (bereits) fällige Forderung (weiterführend SCHALLER, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, Zürich 2010, Rz. 87 ff., 92 ff.). Der Einfachheit halber und weil sich im vorliegenden Zusammenhang die Begriffe «Herausgabeanspruch» bzw. «Ablieferungsanspruch» eingebürgert haben, wird nachstehend gleichwohl dieser Begriff («Anspruch») auch für (noch) nicht fällige Forderungen verwendet.

¹³ Vgl. bereits BK-GAUTSCHI, N 5d zu Art. 400 OR. – Zwar hat das Gesetz nur die Rechenschaftsablage explizit von einer entsprechenden Aufforderung des Auftraggebers abhängig gemacht (vgl. Art. 400 Abs. 1: «... auf Verlangen jederzeit ... Rechenschaft abzulegen»), jedoch erscheint es gerade anhand der engen Verknüpfung von Rechenschafts- und Ablieferungspflicht (vgl. BGE 132 III 465: «Die Pflicht zur Ablieferung bildet aber auch hier ein zentrales Element der Fremdnützigkeit des Auftrags und ist mit der Rechenschaftspflicht des Beauftragten so eng verbunden, dass sie als deren Folge erscheint») sachgerecht, auch die Ablieferungspflicht hinsichtlich der *Fälligkeits- und Verjährungsfrage* von einem entsprechenden Verlangen (Aufforderung) des Gläubigers (Auftraggebers) gegenüber der Beauftragten (Bank / externer Vermögensverwalter) abhängig zu machen. – Ausserdem ist zu bedenken, dass ansonsten der Anspruch auf Ablieferung in vielen Fällen bereits verjährt wäre, bevor der Auftraggeber den Anspruch auf Rechenschaftsablagerung überhaupt (erstmalig) geltend macht, was kaum der Intention des Gesetzgebers und dem Zweck von Art. 400 Abs. 1 OR entsprechen dürfte.

¹⁴ Veranschaulichend liesse sich der Ablieferungsanspruch auch als «*Sammelanspruch*» bezeichnen.

¹⁵ Zur Abgrenzung vgl. BK-FELLMANN, N 151/152 zu Art. 400 OR.

¹⁶ Vgl. BGE 132 III 465 (Hervorhebung hinzugefügt): «Die Fremdnützigkeit als solche wird zwar nicht berührt, wenn die Ablieferung von Einnahmen wie sog. Retrozessionen im Vermögensverwaltungsvertrag eine *Nebenpflicht* bildet und dem Beauftragten dadurch im Ergebnis ein – zusätzliches – Entgelt für seine Tätigkeit zukommen soll.»

¹⁷ Im Ergebnis (i) *gl.M. (zehn Jahre)* betr. den Ablieferungsanspruch *im Allg.* BSK OR I-WEBER, N 24 zu Art. 400 OR; CR CO I-WERRO, N 21 zu Art. 400 OR; BK-FELLMANN, N 168 zu Art. 400 OR; DERENDINGER, Die Nicht- und die nicht-trichtige Erfüllung des einfachen Auftrags, Diss. Fribourg 1988, Rz. 142; (ii) *gl.M. (zehn Jahre)* betr. die Ablieferung von *Retrozessionen* EMMENEGGER, Anlagelkosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Emmenegger (Hrsg.), Anlagerecht, Basel 2007, S. 87 f.; – *A.M. (fünf Jahre)* betr. die Ablieferung von *Bestandespflegekommissionen* MATHYS/ROBERTO (Fn. 2), Rz. 25; NOBEL (Fn. 2), Rz. 14.

¹⁸ MATHYS/ROBERTO (Fn. 2), Rz. 12 ff., 25.

¹⁹ Vgl. hierzu (insoweit zu Recht) MATHYS/ROBERTO (Fn. 2), Rz. 14 ff.

²⁰ Auch hier vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen im Einzelfall.

Der «Natur des Rechtsverhältnisses» (Art. 75 OR) scheint es daher eher zu entsprechen, die während der Mandatsdauer angefallenen Retrozessionen (inkl. Bestandespflegekommissionen) den verwalteten Vermögenswerten *zuzurechnen*, sie somit demselben «Herausgaberegime» zu unterstellen wie die zur Verwaltung anvertrauten Vermögenswerte.

[Rz 11] (2) Darüber hinaus ist auch in diesem Zusammenhang auf die gesetzgeberische Konzeption des Ablieferungsanspruchs hinzuweisen, insb. auf dessen Parallelität zum Anspruch auf Rechenschaftsablage und dessen Rechtsnatur (Nebenanspruch)²¹: Die Fälligkeit des Ablieferungsanspruchs hängt davon ab, wann der Auftraggeber die Ablieferung erstmals verlangt²². Entsprechend beginnt (erst) dann der Lauf der Verjährungsfrist, sofern man hierfür die Vorschrift in Art. 130 Abs. 1 OR (i.V.m. Art. 75 OR) als einschlägig erachtet. Indessen erscheint in Nachachtung von Art. 133 OR auch zulässig, mit Bezug auf den Beginn des Fristenlaufs am Hauptanspruch des Auftraggebers anzuknüpfen. Bei diesem auf dauerhafte Vermögensverwaltung ausgerichteten Anspruch handelt es sich um einen fortwährenden Anspruch, der während der Mandatsdauer und bis eine «juristische Sekunde» vor dem Mandatsende stets von neuem fällig wird. Demzufolge würde die Verjährungsfrist bis dahin nicht zu laufen beginnen.

[Rz 12] In Anbetracht vorstehender Überlegungen scheint es den rechtlichen Gegebenheiten eher zu entsprechen, den Beginn der Verjährungsfrist (auch) mit Bezug auf den Ablieferungsanspruch betreffend Bestandespflegekommissionen auf den Zeitpunkt der *Beendigung* des Mandats vorzusehen²³.

3. Geltendmachung der Verjährungseinrede

[Rz 13] Das materiell-rechtliche Verteidigungsmittel der (eingetretenen) Verjährung qualifiziert als Leistungsverweigerungsrecht²⁴. Entsprechend muss diejenige Partei, welche sich auf Verjährung beruft (d.h. hier die Bank oder der externe Vermögensverwalter), dieses Recht mittels Einrede *frist- u formgerecht* in den Prozess einführen²⁵, um überhaupt das

mit der Streitsache befasste Gericht in die Position zu versetzen, die Verjährungsfrage entscheiden zu dürfen²⁶.

4. Einwendung des Rechtsmissbrauchs

[Rz 14] Der Vollständigkeit halber ist sodann darauf hinzuweisen, dass selbst bei eingetretener Verjährung (sowie frist- und formgerecht vorgetragener Verjährungseinrede) der Ablieferungsanspruch des Auftraggebers in bestimmten Fällen gleichwohl seine Durchsetzbarkeit behält. In einem (weiteren) Leitentscheid (allerdings in anderem Zusammenhang) hat das Bundesgericht dafür gehalten, es erscheine als «stossend», den Lauf der Verjährung auch dann in Gang zu setzen, wenn dem Gläubiger eine objektiv einklagbare Forderung verborgen bliebe²⁷. Daher könne derjenige, der hierfür aus eigenem, vorwerfbarem Verhalten alleine verantwortlich sei, den Verjährungsschutz nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) bzw. wegen des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB) nicht in Anspruch nehmen²⁸.

[Rz 15] In Anbetracht dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung ist gerade im vorliegend diskutierten Zusammenhang, in welchem in zahlreichen Fällen die erforderlichen Informationen über Bestand und Umfang der vereinnahmten Bestandespflegekommissionen gegenüber den Kunden (Auftraggebern) nicht bzw. nicht hinreichend kommuniziert wurden, nicht auszuschliessen, dass ein Klient trotz (allenfalls) eingetretener Verjährung mit der *Einwendung des Rechtsmissbrauchs* durchdringt und damit im Ergebnis seinen Ablieferungsanspruch durchzusetzen in der Lage ist.

III. Schluss

[Rz 16] Der vorliegende Beitrag kommt mit Bezug auf die Verjährungsfrage betreffend Bestandespflegekommissionen zu einem anderen Ergebnis als die beiden Jusletter-Artikel vom 19. November 2012: (i) Der Ablieferungsanspruch verjährt nach *zehn Jahren* (Art. 127 OR)²⁹. (ii) Der Fristenlauf beginnt ab *Beendigung* des Mandats³⁰. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass (iii) die Verjährung mittels Einrede ordnungsgemäss geltend gemacht werden muss³¹ und ihr allenfalls (iv) die Einwendung des Rechtsmissbrauchs entgegensteht³². Freilich bleibt die Rechtsunsicherheit in den umstrittenen Fragen bis zu einem (weiteren) höchstrichterlichen Entscheid bestehen, unabhängig davon, welcher Auffassung man im Einzelnen zuneigt. Gleichzeitig ist indessen zu bezweifeln, ob sich die «Retrozessions-Problematik» retrospektiv über

²¹ Vorn Rz. 6 f.

²² Vorn Rz. 6 sowie vorn Fn. 13.

²³ Im Ergebnis *gl.M.* (ab *Beendigung des Mandats*) betr. den Ablieferungsanspruch *im Allg.* BSK OR I-WEBER, N 24 zu Art. 400 OR, mit weit. Verw.; CR CO I-WERRO, N 21 zu Art. 400 OR; BK-FELLMANN, N 169 zu Art. 400 OR; DERENDINGER (Fn. 17), Rz. 142; (ii) *gl.M.* (ab *Beendigung des Mandats*) betr. die Ablieferung von *Retrozessionen* EMMENEGGER (Fn. 17), S. 90 f.; – *A.M.* betr. die Ablieferung von *Bestandespflegekommissionen* (ab *Überweisung an den Beauftragten*) MATHYS/ROBERTO (Fn. 2), Rz. 12 ff., 25.

²⁴ Vgl. statt vieler BSK OR I-DÄPPEN, N 22 zu Art. 127 OR.

²⁵ Selbst bei anwaltlich vertretenen Schuldnern geht dies manchmal vergessen: der Autor hat Kenntnis von einem Verfahren, in dessen Rahmen der Klägeranwalt (u.a.) die Ablieferung von Retrozessionen zurückgehend bis ins Jahr 1993 verlangt hat (Mandatsende im Jahr 2011). – Die (ebenfalls anwaltlich vertretene) Beklagte hat indessen weder im 1. noch im 2. Schriftenwechsel die Verjährungseinrede erhoben.

²⁶ Vgl. Art. 142 OR; weiterführend SCHALLER (Fn. 12), Rz. 163 ff., 613 ff.

²⁷ BGE 136 V 79 (E. 4.2.).

²⁸ BGE 136 V 79 (a.a.O.).

²⁹ Vgl. vorn Rz. 4 ff.

³⁰ Vgl. vorn Rz. 9 ff.

³¹ Vgl. vorn Rz. 13.

³² Vgl. vorn Rz. 14.

die Verjährungsfrage lösen lässt. Es erscheint daher zielführend, das Problem jedenfalls (auch) prospektiv anzugehen, so v.a. mittels Verzichtsklauseln, die den bundesgerichtlichen Anforderungen genügen³³. Letztlich wäre damit sämtlichen Parteien gedient: den Anlegern, weil sie das Gesamthonorar des Beauftragten und damit allfällige Interessenkonflikte abschätzen und gestützt hierauf einen informierten Entscheid über den Vertragsabschluss (ja/nein) treffen können; den Banken und externen Vermögensverwaltern, weil ihnen dies die Rechtssicherheit für die Zukunft erhöht.

PD Dr. Jean-Marc Schaller ist Privatdozent für Privatrecht und Bankenrecht an der Universität Zürich sowie Rechtsanwalt in Zürich. Er ist u.a. im Bereich der Anlageberatung und Vermögensverwaltung rechtsberatend und prozessierend tätig.

* * *

³³ Eine Alternative besteht darin, die Retrozessionen, unter entsprechender Anpassung des Honorarmodells, ganz oder teilweise an die Klienten weiterzugeben.