

Sabrina Bänninger

Die Verjährung von Bestandespflegekommissionen: Wann beginnt sie und wie lange dauert sie?

Das Thema der Verjährung ist seit dem Urteil des Bundesgerichts vom Oktober 2012 (BGE 138 III 755) über die Pflicht zur Herausgabe von Bestandespflegekommissionen durch Banken aktueller und – mangels höchstrichterlicher Entscheidung in Bezug auf die Verjährungsfrage – brisanter und umstrittener denn je. Diverse Beiträge zum Thema haben dies auf eindrückliche Weise gezeigt. Der Schwerpunkt des Beitrags liegt in der Auseinandersetzung mit der einschlägigen Literatur und – soweit vorhanden – mit der Rechtsprechung zu diesem Thema. Ziel ist es, eine rechtlich «richtige» und praktikable Antwort zur eingangs gestellten Frage zu finden.

Rechtsgebiet(e): Obligationenrecht; Bankrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Sabrina Bänninger, Die Verjährung von Bestandespflegekommissionen: Wann beginnt sie und wie lange dauert sie?, in: Jusletter 10. Juni 2013

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die Natur und der Zweck der Verjährung
- III. Der Beginn der Verjährung
 1. Verjährung des Rückforderungsanspruchs bezüglich dessen, was der Beauftragte vom Auftraggeber zur Auftragsausführung erhalten hat
 2. Verjährung des Rückforderungsanspruchs bezüglich dessen, was der Beauftragte vom Auftraggeber bei der Auftragsbefreiung erhalten hat
 3. Die Dauer der Verjährungsfrist von Bestandespflegekommissionen
 4. Zusammenfassung
 5. Exkurs
 6. Fazit

I. Einleitung

[Rz 1] Thema des vorliegenden Beitrages ist die Verjährung von Bestandespflegekommissionen bzw. deren *Beginn* und *Dauer*. Der Entscheid des Bundesgerichts von vergangener Oktober in Bezug auf die Pflicht zur Herausgabe von Bestandespflegekommissionen durch Banken (Urteile des Bundesgerichts 4A_127/2012 bzw. 4A_141/2012 vom 30. Oktober 2012, auszugweise publiziert in BGE 138 III 755).

[Rz 2] Der Beitrag zielt darauf ab – unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung – eine Antwort auf die brisante Frage zu liefern, *wann Bestandespflegekommissionen zu verjähren beginnen und wie lange die Verjährungsfrist dauert*.

II. Die Natur und der Zweck der Verjährung

[Rz 3] Durch die Verjährung wird die Geltendmachung einer Forderung zeitlich begrenzt. Das Rechtsinstitut der Verjährung bewirkt folglich die Abschwächung eines Rechts durch Zeitablauf.¹ Die Abschwächung von Rechten rechtfertigt sich am Interesse an der Rechtssicherheit und am gesellschaftlichen Frieden. Gewöhnliche Forderungen sollen nach Ablauf einer gewissen Zeitperiode nicht mehr durchgesetzt werden können.²

III. Der Beginn der Verjährung

[Rz 4] Gemäss Art. 130 Abs. 1 OR *beginnt* die Verjährung einer Forderung *mit ihrer Fälligkeit*. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wird in Abs. 2 der gleichen Bestimmung statuiert: Ist eine Forderung auf Kündigung gestellt, so beginnt die Verjährung mit dem Tag, auf den die Kündigung zulässig ist.

[Rz 5] Die Kenntnis des Gläubigers von der Existenz oder der

Fälligkeit seines Anspruchs ist für den Beginn der Verjährung nicht notwendig.³

[Rz 6] Aus einem Schuldverhältnis können mehrere Forderungen mit besonderen Fälligkeitsterminen resultieren, und für jede dieser Forderungen beginnt mit ihrer Fälligkeit jeweils eine eigene, besondere Verjährungsfrist zu laufen. Mit Bezug auf die Frage, *wann die Verjährung des Herausgabeanspruchs gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR zu laufen beginnt*, ist daher zunächst die folgende Unterscheidung zu treffen: Einerseits geht es (1) um den Verjährungsbeginn des Herausgabeanspruchs bezüglich dessen, was der Beauftragte vom Auftraggeber zur Auftragsausführung erhalten hat und andererseits (2) um den Verjährungsbeginn des Herausgabeanspruchs betreffend dessen, was der Beauftragte *bei der Auftragsausführung erlangt hat*.⁴

1. Verjährung des Rückforderungsanspruchs bezüglich dessen, was der Beauftragte vom Auftraggeber zur Auftragsausführung erhalten hat

[Rz 7] Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung beginnt die Verjährung mit Bezug auf den *(Haupt-)Rückforderungsanspruch mit der Beendigung des Auftrages zu laufen*.⁵ Gemäss Bundesgericht hat der Beauftragte insbesondere beim Auftrag zur Verwaltung eines Vermögens in erster Linie für die Erhaltung des (übertragenen) Vermögens zu sorgen. Die Pflicht zur Rückerstattung entsteht erst bei Beendigung des Vertragsverhältnisses. Entsprechend beginnt auch die Verjährung dieses Anspruchs erst mit der Beendigung des Vertragsverhältnisses infolge gegenseitiger Übereinkunft, Ablaufs der vereinbarten Dauer, Widerrufs oder Kündigung.⁶

2. Verjährung des Rückforderungsanspruchs bezüglich dessen, was der Beauftragte vom Auftraggeber bei der Auftragsbefreiung erhalten hat

[Rz 8] Bei Bestandespflegekommissionen und Retrozessionen handelt es sich um Zahlungen Dritter, welche die Bank von diesen als Entschädigung für ihre Tätigkeit – im Rahmen eines Vermögensverwaltungsauftrages mit einem Auftraggeber – erhält und die sie dem Auftraggeber gestützt

¹ A. ESCHER/ A. VON THUR, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., S. 211 f.; BSK OR I – R.K. DÄPPEN ZU ART. 127-142 N 1.

² BGE 90 II 437 E. 8.

³ A. ESCHER/ A. VON THUR, a.a.O., S. 221; BSK OR I – R.K. DÄPPEN ZU ART. 130 N 9.

⁴ A. ESCHER/ A. VON THUR, a.a.O., S. 218; B. MATHYS/ V. ROBERTO, Wann verjähren Bestandespflegekommissionen, in: Jusletter 19. November 2012, N 13; allg. zur getroffenen Abgrenzung: Berner Kommentar, Bd. IV/2/2, W. FELLMANN ZU ART. 400 N 158 f.

⁵ Berner Kommentar, W. FELLMANN a.a.O. N 169; BGE 91 II 442, 449 ff.; BGE 133 III 37, 42.

⁶ BGE 91 II 442, S. 451 f.

auf Art. 400 Abs. 1 OR abliefern muss.⁷ Es handelt sich folglich um Leistungen, welche die Bank *bei Auftragsausführung* erhält und die sie zur Auftragserfüllung grundsätzlich nicht benötigt.

[Rz 9] *Zu welchem Zeitpunkt* der Beauftragte das bei der Auftragsausführung Erlangte *abzuliefern* hat, ist im Gesetz nicht geregelt. Die Entstehungsgeschichte von Art. 400 OR zeigt, dass sich die Wendung in Art. 400 Abs. 1 OR «auf Verlangen» nur auf die Pflicht zur Rechenschaftsablegung und nicht auf jene zur Ablieferung bezieht.⁸ Fehlt es zwischen den Parteien folglich an einer besonderen Vereinbarung, wann der Beauftragte das bei Auftragsausführung Erlangte herauszugeben hat, gelangt die gesetzliche Regel von Art. 75 OR zur Anwendung: Ist die Zeit der Erfüllung weder durch Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmt, *so kann die Erfüllung sogleich geleistet und gefordert werden*. In Bezug auf den *Verjährungsbeginn* bestimmt Art. 130 Abs. 1 OR sodann als Grundregel, dass der Eintritt der Verjährung mit dem Eintritt der Fälligkeit der Forderung beginnt.⁹ Der Beauftragte bzw. die Bank ist nach der gesetzlichen Regel folglich verpflichtet, alles was er bzw. sie *bei Auftragserfüllung* erlangt hat, im Sinne von Art. 75 OR *sofort* nach Erwerb herauszugeben, wobei die Verjährung des Herausgabeanspruchs im gleichen Zeitpunkt zu laufen beginnt.¹⁰

[Rz 10] Die Auffassung, dass solche Vermögenswerte demselben «Herausgaberegime» d.h. demselben Verjährungsbeginn wie jenem des verwalteten Vermögens selbst zu unterstellen seien¹¹, wird vorliegend nicht geteilt. Weil es sich eben *nicht* um das verwaltete Vermögen an sich handelt, sondern um Vermögenswerte, die dem Vermögensverwalter infolge seiner Geschäftsführung im Sinne von Art. 400 Abs. 1 OR zugekommen sind, gilt von Gesetzes wegen *nicht* das gleiche Herausgaberegime. Vielmehr gelangt – mangels anderer Vereinbarung zwischen den Parteien – auf diese Vermögenswerte Art. 400 Abs. 1 i.V.m. Art. 75 und Art. 130 Abs. 1 OR zur Anwendung: die Verjährung beginnt mit der Fälligkeit des Anspruchs auf Herausgabe¹².

⁷ z.B. BGE 138 III 137 und die Urteile des Bundesgerichts 4A_127/2012 bzw. 4A_141/2012 vom 30. Oktober 2012, auszugseise publiziert in BGE 138 III 755.

⁸ Berner Kommentar, W. FELLMANN, a.a.O., N 158 mit weiteren Hinweisen.

⁹ Zürcher Kommentar, STEPHEN V. BERTI zu Art. 130 N 5 ff.

¹⁰ Entscheidung des Bundesgerichts 4C.125/2002 vom 27. September 2002 E. 3.1; vgl. dazu auch Berner Kommentar, W. FELLMANN, a.a.O., N 160; BSK OR I – R. H. WEBER zu Art. 400 N 15; S. EMMENEGGER, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: SUSANNE EMMENEGGER (Hrsg.), Anlagerecht, 2007, S. 88; B. MATHYS/ V. ROBERTO, Wann verjähren Bestandespflegekommissionen, in: Jusletter 19. November 2012, N 21 ff.; Fabian Schmid, Retrozessionen an externe Vermögensverwalter, Diss. Bern, 2009, S. 173 mit Verweis auf BGE 133 III 37; BGE 122 III 10 und BGE 91 II 442.

¹¹ JEAN-MARC SCHALLER, Retrozessionen: Nochmals zur Verjährungsfrage, in: Jusletter 3. Dezember 2012, Rz 10.

¹² JEAN-MARC SCHALLER, Retrozessionen: Nochmals zur Verjährungsfrage, in: Jusletter 3. Dezember 2012, Rz 10.

3. Die Dauer der Verjährungsfrist von Bestandespflegekommissionen

[Rz 11] Das Bundesgericht hat mit den Urteilen des Bundesgerichts 4A_127/2012 bzw. 4A_141/2012 vom 30. Oktober 2012, auszugseise publiziert in BGE 138 III 755, in Bezug auf Bestandespflegekommissionen ein Grundsatzurteil gefällt: Bestandespflegekommissionen, die Banken in ihrer Funktion als Vermögensverwalterin erhalten, gehören dem Kunden. Neben dem Vermögensverwaltungsvertrag mit dem Kunden schliessen Banken regelmässig Vertriebsverträge mit Fondsleitern (Anbieter von kollektiven Kapitalanlagen und strukturierten Produkten) ab. Gestützt auf diese Verträge wird der Vertrieb der Produkte der Fondsleiter an die Bank delegiert. Die Bank erhält für den Vertrieb der Produkte sogenannte Bestandespflegekommissionen (d.h. einen Anteil der dem Fondsvermögen belasteten Verwaltungskommissionen) ausbezahlt. *Die Bestandespflegekommissionen werden periodisch, meist jährlich, für die Leitung und Verwaltung des Fonds sowie den Vertrieb der Fondsanteile erhoben*.¹³

[Rz 12] Nach Art. 128 Ziff. 1 OR verjähren Forderungen mit Ablauf von fünf Jahren für Miet-, Pacht- und Kapitalzinse sowie für andere periodische Leistungen. *Periodische Leistungen im Sinne dieser Bestimmung sind separat fällige, regelmässig wiederkehrende Forderungen, die auf einem einheitlichen Schuldgrund beruhen*.¹⁴ Nicht vorausgesetzt ist, dass die Höhe der einzelnen Leistungen oder die Länge der einzelnen Zeitabstände jeweils gleich ist. Beispiele für periodische Leistungen im Sinne der Bestimmung sind etwa Dividenden, andere periodische Gewinnanteile oder Rentenforderungen.¹⁵

[Rz 13] In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass der Anspruch des Kunden auf Herausgabe von Retrozessionen (Gleiches muss für die Herausgabe von Bestandespflegekommissionen gelten) innerhalb der Frist von Art. 128 Ziff. 1 OR und damit *nach fünf Jahren verjährt*, sofern die Weiterleitung derselben an den Auftraggeber *vereinbarungsgemäss* innerhalb eines bestimmten Zeitabschnitts erfolgen soll.¹⁶

[Rz 14] Im Zusammenhang mit der Auszahlung von Bestandespflegekommissionen wird im Vertriebsvertrag zwischen der Bank und der Fondsleitung («Dritte») vereinbart, dass über Bestandespflegekommissionen periodisch abgerechnet wird. Es wird mit anderen Worten eine periodische Leistungspflicht vereinbart. In *Bezug auf die Natur von Bestandespflegekommissionen als periodische Leistungen* kann es nun nicht darauf ankommen, wer mit wem vereinbart hat,

¹³ Urteile des Bundesgerichts 4A_127/2012 bzw. 4A_141/2012 vom 30. Oktober 2012, auszugseise publiziert in BGE 138 III 755, E. 4.1.

¹⁴ Zürcher Kommentar, STEPHEN V. BERTI zu Art. 128 OR N 5 mit Verweis auf BGE 45 II 676.

¹⁵ BSK OR I – R.K. DÄPPEN zu Art. 128 N 2.

¹⁶ EMMENEGGER, a.a.O., S. 87; FABIAN SCHMID, Retrozessionen an externe Vermögensverwalter, Diss. Bern, 2009, S. 168.

dass die Leistungen periodisch erfolgen: Ob nun der Auftraggeber und die Bank oder die Bank und der Dritte übereingekommen sind, dass die Auszahlung der Leistungen in periodischen Abständen erfolgt, ändert nichts an der Qualifikation der Bestandespflegekommissionen als periodische Leistungen. Vielmehr handelt es sich sowohl im einen als auch im anderen Fall um periodische Leistungen im Sinne von Art. 128 Ziff. 1 OR, die nach Ablauf von fünf Jahren verjähren: Denn der Herausgabeanspruch des Auftraggebers wird – wie vorstehend erläutert (Rz 9 f.) – jeweils in jenem Moment fällig, indem der Beauftragte die Vermögenswerte erhält. Erfolgt die Leistung des Dritten an den Beauftragten vereinbarungsgemäss innert regelmässigen, periodischen Zeitabschnitten, werden die Leistungen in derselben Periodizität zur Auszahlung an den Auftraggeber fällig. Weil sich die ursprüngliche periodische Natur dieser Leistungen somit nicht verändert, bedarf es – neben einer Vereinbarung zwischen der Bank und dem Dritten – keiner entsprechenden Übereinkunft (etwa zwischen dem Auftraggeber und der Bank), damit die Leistung als periodische Leistungspflicht zu qualifizieren ist. Damit gelangt die fünfjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 128 Ziff. 1 OR auf Bestandespflegekommissionen zur Anwendung.

4. Zusammenfassung

[Rz 15] Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Bestandespflegekommissionen zwischen dem Dritten und der Bank periodisch abgerechnet werden und die einzelnen Forderungen gegenüber dem Auftraggeber im Sinne von Art. 400 Abs. 1 OR separat jeweils im Zeitpunkt der Auszahlung des Dritten an die Bank fällig werden und es sich um regelmässig wiederkehrende Forderungen handelt, die auf einem einheitlichen Schuldgrund (Vertriebsvertrag) beruhen. *Bestandespflegekommissionen sind folglich als periodische Leistungen im Sinne von Art. 128 Ziff. 1 OR zu qualifizieren, die mit Ablauf von fünf Jahren verjähren.*¹⁷

5. Exkurs

[Rz 16] Abschliessend sei noch darauf hingewiesen, dass die Ablieferungspflicht i.S. von Art. 400 Abs. 1 OR bezüglich Vermögensgegenständen, die der Beauftragte bei Auftragsbefreiung erhält, nicht als Nebenpflicht im Sinne von Art. 133 OR zu qualifizieren ist.¹⁸ Ein Nebenrecht im Sinne von Art. 133 OR, welches das Schicksal der Hauptforderung in verjährungsrechtlicher Hinsicht teilt, ist eine Forderung,

die das Schicksal der Hauptforderung als Ganzes teilt (sog. final akzessorische Forderungen). Final akzessorische Forderungen werden auch als sichernde Nebenrechte bezeichnet, weil sie bei nicht gehöriger Erfüllung an die Stelle der geschuldeten Leistung treten. Gegenstück zu diesen Forderungen sind die *genetisch akzessorischen oder erweiternden Forderungen*, die nur bezüglich des Entstehungsgrundes mit einer anderen Forderung verknüpft sind. Ist die genetisch akzessorische bzw. die erweiternde Nebenforderung einmal entstanden, hat sie ein eigenes rechtliches Schicksal.¹⁹ *Die Herausgabepflicht i.S. von Art. 400 Abs. 1 OR bezüglich Vermögensgegenständen, die der Beauftragte bei Auftragsbefreiung von Dritten erhält, ist eine genetisch akzessorische bzw. erweiternde Nebenforderung zur Hauptforderung, der – ist sie einmal entstanden – ein eigenes rechtliches Schicksal zukommt, weshalb Art. 133 OR nicht zur Anwendung gelangt.*

6. Fazit

[Rz 17] Retrozessionen und Bestandespflegekommissionen als vom Beauftragten erhaltene Vermögenswerte Dritter und als Vermögenswerte, die der Beauftragte zur Auftragsbefreiung nicht benötigt, müssen gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts dem Auftraggeber gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR herausgegeben werden. Die Forderungen werden im Sinne von Art. 75 OR in jenem Zeitpunkt zur Herausgabe an den Auftraggeber fällig, in dem sie der Beauftragte erwirbt. Die Verjährung einer entsprechenden Forderung richtet sich nach der Grundregel von Art. 130 Abs. 1 OR, wonach die Forderung mit ihrer Fälligkeit zu verjähren beginnt. Es handelt sich um periodische Leistungen im Sinne von Art. 128 Ziff. 1 OR, die nach Ablauf von fünf Jahren verjährt.

Die Autorin ist Rechtsanwältin und Mitarbeiterin in der Kanzlei Ruoss Vögele Partner, in Zürich. Sie ist u.A. in den Bereichen Vertrags- und Gesellschaftsrecht beratend und forensisch tätig.

* * *

¹⁷ B. MATHYS/ V. ROBERTO, Wann verjähren Bestandespflegekommissionen, in: Jusletter 19. November 2012, N 9 ff.; PETER NOBEL, Das Bundesgericht zu den Bestandespflegekommissionen, in: Jusletter 19. November 2012, S. 6; CLAUDIO BAZZANI, FLAVIO ROMERIO, Verjährung des Anspruchs auf Herausgabe von Bestandespflegekommissionen in GesKR 2013, S. 49 ff.

¹⁸ JEAN-MARC SCHALLER, Retrozessionen: Nochmals zur Verjährungsfrage, in: Jusletter 3. Dezember 2012 S. 3, Rz 6.

¹⁹ Zürcher Kommentar, STEPHEN V. BERTI ZU Art. 133 OR N 10; BSK OR I – R.K. DÄPPEN ZU Art. 133 N 2.