

## Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

### 2. Privatrecht/Droit privé

#### 2.7. Schuldrecht – allgemein/Droit des obligations – en général

##### (1) BGer 4A\_508/2016: Verjährung des Anspruchs auf Herausgabe von Retrozessionen

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_508/2016 vom 16. Juni 2017 (zur Publikation vorgesehen), X. Schweiz AG gegen Association de transport Z., Retrozessionen, Verjährung des Ablieferungsanspruchs gemäss Art. 400 Abs. 1 OR, Verjährung in zehn Jahren nach Art. 127 OR, Definition der periodischen Leistungen i.S.v. Art. 128 Ziff. 1 OR, Beginn der Verjährung.



MICHAEL HOCHSTRASSER\*

#### I. Sachverhalt

Der in Genf ansässige Verein Z., der im Auftrag der UNO das TIR-Transitverfahren organisiert und durchführt, beauftragte 1994 die A. AG mit der Entwicklung eines Versicherungskonzepts. Im Rahmen dieses Konzepts schloss der Verein Z. über die A. AG Verträge mit verschiedenen Versicherungsgesellschaften. 2005 erfuhr der Verein Z., dass die Versicherungsgesellschaften jeweils einen prozentualen Anteil der von Z. bezahlten Prämien als Retrozessionen an die A. AG (bzw. deren Rechtsnachfolgerin X. AG) weitergaben. Insgesamt ging es um Retrozessionen in der Höhe von rund 46 Mio. USD zuzüglich Zins.

Nachdem die Vergleichsverhandlungen gescheitert waren, kündigte der Verein Z. den Auftrag am 19. August 2005 mit sofortiger Wirkung und verlangte die Herausgabe der Retrozessionen. Die A. AG (bzw. ihre Rechtsnachfolgerin) anerkannte zwar die grundsätzliche Pflicht zur Ablieferung der Retrozessionen, machte jedoch geltend, der Ablieferungsanspruch verjähre innert fünf Jahren, weshalb die vor Mai/Juni 2001 erhaltenen Zahlungen verjährt seien.

#### II. Erwägungen des Bundesgerichts

##### A. Ablieferungspflicht (Art. 400 Abs. 1 OR)

Das Bundesgericht erinnert zunächst an seine früheren Entscheide (insbesondere BGE 132 III 460 ff. und BGE 138 III 755 ff.), wonach der Beauftragte gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR verpflichtet ist, auf Verlangen jederzeit über sei-

ne Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge der Geschäftsführung zugekommen ist, zu erstatten. Der Beauftragte soll durch den Auftrag, abgesehen von einem allfälligen Honorar, weder gewinnen noch verlieren (E. 5.1.1).

Abzuliefern sind auch indirekte Vorteile, wie Rabatte, Provisionen, Schmiergelder, Rückvergütungen, Retrozessionen und Bestandespflegekommissionen, die der Beauftragte von Dritten erhalten hat, und zwar unabhängig davon, ob diese nach dem Willen des Dritten ausschliesslich dem Beauftragten zukommen sollen oder nicht. Demgegenüber darf der Beauftragte behalten, was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem Auftrag (*«qui ne sont pas intrinsèquement liés au mandat»*), von Dritten erhält, wie zum Beispiel Trinkgelder oder übliche Geschenke im Geschäftsverkehr (E. 5.1.2).

Im zu beurteilenden Fall bestand zwischen dem Verein Z. und der A. AG von 1994 bis 2005 ein Auftrag. Die von den Versicherungsgesellschaften erhaltenen Retrozessionen sind indirekte Vorteile, die der A. AG im Rahmen der Auftragsausführung zugekommen sind, und unterliegen somit der Ablieferungspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR (E. 5.1.3). Dies war vor Bundesgericht unbestritten. Strittig war dagegen, welche Verjährungsfrist anwendbar ist und wann die Verjährung zu laufen beginnt.

##### B. Verjährungsfrist

Gemäss Art. 127 OR verjähren alle Forderungen, für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt, mit Ablauf von zehn Jahren. Forderungen für Miet-, Pacht- und Kapitalzinse sowie für andere periodische Leistungen unterliegen nach Art. 128 Ziff. 1 OR einer kürzeren, fünfjährigen Verjährungsfrist (E. 5.2.1).

Nach ständiger Rechtsprechung bezeichnet das Bundesgericht die «periodischen Leistungen» im Sinne von Art. 128 Ziff. 1 OR als regelmässig wiederkehrende Forderungen, die auf «demselben Schuldgrund» bzw. «auf einem einheitlichen Schuldgrund» beruhen (auf Französisch: *«d'un même rapport juridique»*). Im hier besprochenen Entscheid ergänzt das Bundesgericht mit Verweis auf GAUCH<sup>1</sup>, dass den periodischen Leistungen eine Dauerschuld zugrunde liegt, aus der die periodischen Leistungspflichten in wiederkehrenden Zeitabständen immer wieder neu und selbständig herausfliessen (E. 5.2.1).

Das Bundesgericht hält fest, dass Retrozessionen im Allgemeinen keine periodischen Leistungen sind. Sie flie-

\* MICHAEL HOCHSTRASSER, PD Dr. iur., Rechtsanwalt in Winterthur und Privatdozent an der Universität Zürich.

<sup>1</sup> PETER GAUCH, Periodisch geschuldete Leistungen: Gedanken zur Verjährungsbestimmung des Art. 128 Ziff. 1 OR, AJP 2014, 285 ff., 289.

ssen nicht aus einem Dauerschuldverhältnis, und sie werden auch nicht im Voraus zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten vereinbart. Die Pflicht des Beauftragten, Rechenschaft abzulegen und die Vorteile herauszugeben, beruht nicht auf einem Dauerschuldverhältnis, sondern auf der Tatsache, dass der Beauftragte diese Vorteile von einem Dritten erhalten hat. Jeder einzelne Ablieferungsanspruch beruht somit auf einer separaten Grundlage. Demnach verjährt der Anspruch auf Ablieferung der Retrozessionen gemäss der allgemeinen Regel von Art. 127 OR nach zehn Jahren (E. 5.2.1).

Nicht anders verhält es sich bei den Retrozessionen, die der A. AG zugekommen sind. Sie haben ihre Grundlage nicht im Auftragsverhältnis zwischen dem Verein Z. und der A. AG. Vielmehr knüpft die Ablieferungspflicht an der schlichten Tatsache an, dass die A. AG solche Vorteile von Dritten erhalten hat. Die Qualifikation der Retrozessionen im Verhältnis zwischen Beauftragtem und Drittem spielt keine Rolle. Der Anspruch auf Ablieferung der Retrozessionen verjährt nach zehn Jahren (E. 5.2.2).

### C. Beginn der Verjährung

Weiter prüft das Bundesgericht, ob die Verjährungsfrist mit Erhalt jeder einzelnen Retrozessionszahlung separat oder einheitlich am Ende des Vertrags (vorliegend am 19. August 2005) zu laufen begann.

In früheren Urteilen hatte das Bundesgericht die Rechenschaftsablegung als Voraussetzung und Grundlage der Ablieferungspflicht bezeichnet. Wie das Bundesgericht nun präzisiert, meinte es damit aber nicht, dass die Ablieferungspflicht erst im Moment der Rechenschaftsablegung oder gar am Ende des Vertrags entstehe. Anders als beim Delikts- (Art. 60 Abs. 1 OR) oder Bereicherungsanspruch (Art. 67 Abs. 1 OR) spielt bei der Verjährung nach Art. 127 OR die Kenntnis oder das Kennenmüssen der Forderung und ihrer Höhe keine Rolle (E. 5.3.1).

Der Beginn der Verjährung richtet sich nach der allgemeinen Regel von Art. 130 Abs. 1 OR. Demnach beginnt die Verjährung mit der Fälligkeit der Forderung zu laufen. Mit dem Erhalt der Retrozessionszahlung entsteht die Pflicht zur Rechenschaftsablegung und zur Ablieferung. Dementsprechend beginnt die Verjährung im Zeitpunkt des Erhalts der Retrozessionen und nicht am Ende des Vertrags zu laufen (E. 5.3.2).

Im vorliegenden Fall begann die zehnjährige Verjährungsfrist für jeden Ablieferungsanspruch einzeln mit Erhalt der entsprechenden Retrozessionen zu laufen.

### D. Kein Rechtsmissbrauch

Die Berufung auf die Verjährung ist nicht nur dann rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB), wenn der Schuldner

den Gläubiger arglistig dazu bewegt, nicht rechtzeitig zu handeln, sondern auch dann, wenn er ohne böse Absicht den Gläubiger dazu bewegt, rechtliche Schritte während der Verjährungsfrist zu unterlassen und die Säumnis des Gläubigers (Unterlassen verjährungsunterbrechender Massnahmen) auch bei objektiver Betrachtung verständlich erscheint. Demgegenüber ist das blosses Ablaufen-Lassen der Verjährungsfrist weder als Verzicht auf die Verjährungseinde noch als Rechtsmissbrauch zu interpretieren (E. 5.5.1).

Im vorliegenden Fall war die A. AG ihrer Pflicht zur Rechenschaftsablegung nicht nachgekommen. Der Verein Z. hatte daher keine Kenntnis von seinem Anspruch auf Herausgabe der Retrozessionen. Darin allein liegt jedoch kein Missbrauch. Die Berufung auf die Verjährung war daher zulässig (E. 5.5.2).

### E. Fazit

Der Ablieferungsanspruch verjährt mit Ablauf von zehn Jahren ab dem Zeitpunkt des Erhalts der Retrozessionen, und zwar für jede Retrozessionszahlung separat. Da der genaue Umfang der unverjährten Forderungen nicht feststand, wies das Bundesgericht die Sache an die Vorinstanz zurück.

## III. Bemerkungen

### A. Allgemein

Nachdem das Bundesgericht in BGE 132 III 460 ff. entschieden hatte, dass Retrozessionen und *Finder's Fees* grundsätzlich an den Auftraggeber abzuliefern sind, und nachdem es in BGE 138 III 755 ff. klargestellt hatte, dass auch Bestandspflegekommissionen der Ablieferungspflicht unterliegen, brauchte es keine hellseherischen Fähigkeiten um vorherzusagen, dass sich das Bundesgericht demnächst zur Verjährung würde äussern müssen. Da die bezahlten Retrozessionen in die Milliarden gehen<sup>2</sup> – allein im hier besprochenen Urteil ging es um einen zweistelligen Millionenbetrag – fällt es stark ins Gewicht, ob die Verjährungsfrist fünf oder zehn Jahre beträgt und ob die Verjährung mit Erhalt der Zahlung oder erst am Ende des Vertragsverhältnisses zu laufen beginnt. In der Lehre wurde die Verjährung heiss diskutiert. Zahlreiche Publikationen sind erschienen,<sup>3</sup> ein Teil davon im (mehr oder

<sup>2</sup> Vgl. WERNER GRUNDLEHNER/MICHAEL FERBER, Banken spielen bei Retrozessionen auf Zeit, NZZ vom 24.10.2013, 35.

<sup>3</sup> Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: SABRINA BÄNNINGER, Die Verjährung von Bestandspflegekommissionen: Wann beginnt sie und wie lange dauert sie?, Jusletter vom 10.6.2013; BEAT DENZLER/URSULA GEILINGER, Klage des Kunden gegen den Vermögensverwalter, in: Fischer/Theus Simoni/Gessler, Kommentierte Musterklagen zum Vertrags- und zum Haftpflichtrecht, Zürich 2016, Bd. I, 285 ff.; SUSAN EMMENEGGER, Anlagekosten: Retrozessionen im

weniger transparent gemachten<sup>4)</sup> Auftrag von Finanzinstituten.

Das Bundesgericht geht im Urteil 4A\_508/2016 nicht auf diese Lehrmeinungen ein. Vielmehr nimmt es einzig auf GAUCH (und an einer Stelle auf TERCIER) Bezug und schliesst sich ihm an. Das Bundesgericht stellt auch keine entstehungsgeschichtlichen, rechtsvergleichenden oder sonst grundsätzlichen Überlegungen an. Die relevante Begründung ist wie in früheren Zeiten (und entgegen einer jüngeren Tendenz zu längeren Urteilen) kurz, klar, auf den Punkt gebracht und mit Mut zur Lücke. Das oberste Gericht sagt, wie es ist, ohne sich über alle möglichen Details auszulassen.

## B. Verjährungsfrist

Die *Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève* als Vorinstanz war von einer zehnjährigen Verjährungsfrist ausgegangen.<sup>5</sup> Zum gleichen Ergebnis war das Obergericht des Kantons Zürich 2012 in jenem Entscheid gelangt, der später zu BGE 138 III 755 ff. führte.<sup>6</sup> Die Lehre war gespalten.<sup>7</sup>

Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Anlagerecht*, Basel 2007, 59 ff.; DANIELE GALLIANO/GIOVANNI MOLO, *Les rétrocessions dans le domaine de la gestion patrimoniale*, AJP 2012, 1766 ff.; GAUCH (FN 1), 285 ff.; ROLF KUHN/NINA LUGINBÜHL, *Zur Verjährung des Rechenschafts- und Herausgabenspruchs gemäss Art. 400 Abs. 1 OR beim Vermögensverwaltungsvertrag*, AJP 2014, 977 ff.; BEAT MATHYS/VITO ROBERTO, *Wann verjähren Bestandespflegekommissionen?*, Jusletter vom 19.11.2012; NATALIA NEUMAN/HANS CASPAR VON DER CRONE, *Herausgabepflicht für Bestandespflegekommissionen im Auftragsrecht*, SZW 2013, 101 ff.; PETER NOBEL, *Das Bundesgericht zu den Bestandespflegekommissionen*, Jusletter vom 19.11.2012; PASCAL PICHONNAZ/Franz WERRO/BÉATRICE HURNI, *La prescription de la créance en restitution des commissions d'état (art. 400 al. 1 CO) après l'ATF 138 III 755*, AJP 2013, 887 ff.; FLAVIO ROMERIO/CLAUDIO BAZZANI, *Verjährung des Anspruchs auf Herausgabe von Bestandespflegekommissionen*, GesKR 2013, 49 ff.; JEAN-MARC SCHALLER, *Retrozessionen: Nochmals zur Verjährungsfrage*, Jusletter vom 3.12.2012; CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, *Zur Annahme und Herausgabe von Retrozessionen und anderen Drittvergütungen*, Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht, Bd. 108, *Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert*, Zürich 2013, 213 ff.

<sup>4</sup> Vgl. MICHAEL FERBER, *Erhitzte Gemüter wegen «Retros»*, NZZ vom 26.10.2013, 31.

<sup>5</sup> BGer, 4A\_508/2016, 16.6.2017, Sachverhalt B.

<sup>6</sup> OGer ZH, II. Zivilkammer, LB090076, 13.1.2012, E. III.3.D; das HGer ZH liess die Frage drei Jahre später offen (HG110135, 27.5.2015, E. 2.8.4.c).

<sup>7</sup> Für eine zehnjährige Verjährungsfrist u.a. DENZLER/GEILINGER (FN 3), § 18 N 6; GAUCH (FN 1), 290 ff.; KUHN/LUGINBÜHL (FN 3), 982; SCHALLER (FN 3), N 4 ff. und N 16; für eine fünfjährige Frist u.a. GALLIANO/MOLO (FN 3), 1774; MATHYS/ROBERTO (FN 3), N 9 f.; NOBEL (FN 3), N 14; PICHONNAZ/WERRO/HURNI (FN 3), 895 ff.; ROMERIO/BAZZANI (FN 3), 51 ff.

Auf den ersten Blick spricht einiges dafür, Retrozessionen, die einmal jährlich oder sonst in regelmässigen Intervallen ausgerichtet werden, als periodische Leistungen anzusehen. Setzt man mit dem Bundesgericht und GAUCH aber voraus, dass periodische Leistungen auf demselben Schuldgrund beruhen, so kommt man zu einem anderen Schluss.

Mit den Worten von GAUCH, der dies noch etwas einlässlicher beschreibt als das Bundesgericht: «[D]ie *Schuldpflichten des Beauftragten, die von dritter Seite erlangten Vorteile abzuliefern, und die entsprechenden Forderungen des Auftraggebers auf Herausgabe der Vorteile beruhen nicht auf einer Dauerschuld/Dauerforderung, die sie (stossweise) hervorbringt. Vielmehr haben sie ihren jeweiligen Entstehungsgrund in der Tatsache, dass der Beauftragte infolge der Auftragsausführung vermögensmässige oder andere Vorteile von Dritten erlangt hat.*»<sup>8</sup> Den einzelnen Retrozessionszahlungen liegt auch kein «Forderungsrecht im Ganzen» (Grundforderung) zugrunde, wie es in Art. 131 OR beschrieben wird. Jede Herausgabepflicht beruht vielmehr auf einem separaten, wenn auch gleichartigen Entstehungsgrund.<sup>9</sup>

Das überzeugt: Das Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten und jenes zwischen dem Beauftragten und dem Dritten sind auseinander zu halten. Jeden Vorteil, den der Beauftragte vom Dritten erhält, muss er abliefern. Der Ablieferungsanspruch des Auftraggebers hängt von einem Rechtsverhältnis ab, an dem er nicht beteiligt ist, und davon, dass in diesem Verhältnis eine Zahlung geleistet wird. Die Ablieferungspflicht ist nicht als periodische Leistungspflicht ausgestaltet.<sup>10</sup> Ihr liegt auch keine Dauerforderung im Auftragsverhältnis zugrunde.

Gegen eine periodische Leistung spricht auch der Sinn und Zweck von Art. 128 Ziff. 1 OR. Für die kürzere Verjährungsfrist werden vor allem zwei Gründe angeführt: zum einen dass der Schuldner durch die (unbemerkte) Ansammlung unverjährter Forderungen überrascht werden könnte und zum andern dass das Schweigen des Gläubigers rascher als sonst als Verzicht interpretiert werden darf, da der Gläubiger wiederkehrende Ansprüche weniger leicht vergisst.<sup>11</sup> Das Urteil des Bundesgerichts steht mit diesen Zielen im Einklang. Die A. AG, die ihrer Pflicht zur Rechenschaftsablegung nicht nachgekommen war, wurde nicht überrascht. Und der Verein Z., der nicht wusste, dass die AG Retrozessionen erhalten hat, muss sich sein Schweigen nicht als Ver-

<sup>8</sup> GAUCH (FN 1), 291.

<sup>9</sup> GAUCH (FN 1), 290 und 291.

<sup>10</sup> So auch SCHALLER (FN 3), N 6.

<sup>11</sup> KARL SPIRO, *Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen*, Bd. I, Bern 1975, 622 f.

zicht entgegenhalten lassen. In diesem Sinn überzeugt das Urteil.

Allerdings ist das Urteil nur schwer vereinbar mit dem Urteil 4C.207/2006 vom 27. September 2006. Dort ging es um drei Häuser, welche die Hauswartung gemeinsam besorgen liessen. Der Eigentümer der einen Liegenschaft bezahlte die Rechnung des Hauswirts und verlangte von einem anderen Eigentümer Auslagenersatz. Das Bundesgericht nahm eine einfache Gesellschaft an, der Auslagenersatz richtete sich nach Art. 537 Abs. 1 OR (E. 2). Das Bundesgericht entschied, dass der Anspruch auf Ersatz der Auslagen für die Hauswartung nach Art. 128 Ziff. 1 OR in fünf Jahren verjähre (E. 2.2). Die Verjährung beginne nach Art. 130 Abs. 1 OR mit der Fälligkeit der Forderung zu laufen, was nach dem Willen der Gesellschafter am 31. Dezember eines jeden Jahres der Fall sei (E. 2.1). Wörtlich führte das Bundesgericht aus: «Diese Ansprüche beruhen auf dem Hauswartungsvertrag, gestützt auf welchen der Klägerin [...] Auslagen erwachsen sind. Offensichtlich beruhen die wiederkehrenden Leistungen auf einem einheitlichen Schuldgrund. Auch der Umstand, dass die Auslagen für die Hauswartung von Jahr zu Jahr in der Höhe möglicherweise leicht variierten und die Auslagen nicht in identischen – aber immerhin regelmässigen – Zeitabständen anfielen, verbietet es nicht, vom Vorliegen einer periodischen Leistung im Sinn von Art. 128 Ziff. 1 OR auszugehen» (E. 2.2.2).

Mit dem Urteil 4C.207/2006 setzt sich das Bundesgericht im besprochenen Entscheid nicht auseinander, auch nicht mit ROMERIO/BAZZANI, die auf dieses Urteil hinweisen.<sup>12</sup> Die Fälle 4A\_508/2016 und 4C.207/2006 sind vergleichbar: In beiden Fällen basiert die zu beurteilende Forderung auf dem Verhältnis der einen Partei zu einem Dritten. Wie der Erhalt der Retrozessionen den Ablieferungsanspruch begründet, so führt die Bezahlung des Hauswirts zum Ersatzanspruch des Gesellschafters. Wenn man annehmen wollte, dass der Auslagenersatz auf einem einheitlichen Schuldgrund beruht, wie es das Bundesgericht im Urteil 4C.207/2006 tat, dann müsste für den Ablieferungsanspruch dasselbe gelten. Jedenfalls sind die beiden Fälle nicht deshalb ungleich zu behandeln, weil im einen Fall der Gläubiger und im anderen Fall der Schuldner mit dem Dritten in Kontakt stand. Ein Unterschied besteht insofern, als der belangte Eigentümer im Urteil 4C.207/2006 wusste, dass Auslagen für die Hauswartung anfielen, während der Verein Z. keine Kenntnis von den Retrozessionen hatte. Nach der Formel des Bundesgerichts (II.B. und II.C.) spielt das Kennen oder Kennenmüssen der Forderung aber gerade keine Rolle bei der Beurteilung, ob eine periodische

Leistung vorliegt; es ist daher kein Grund, die Fälle ungleich zu behandeln. Man hätte im besprochenen Urteil gerne erfahren, ob das Bundesgericht doch einen Unterschied zwischen den beiden Fällen gesehen hat oder ob es vom Urteil 4C.207/2006 abgekehrt ist. Aktuell erscheint jedenfalls offen, ob das Bundesgericht weiter die fünfjährige Verjährungsfrist anwenden wird, wenn es das nächste Mal mit dem Ersatz wiederkehrender Auslagen nach Art. 537 Abs. 1 OR befasst ist. Konsequenterweise (und meines Erachtens richtigerweise) müsste das Bundesgericht den Auslagenersatz künftig ebenfalls der Regelverjährung von Art. 127 OR unterstellen.

### C. Beginn der Verjährung

Die *Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève* als Vorinstanz hatte entschieden, dass die Verjährungsfrist erst am Ende des Auftragsverhältnisses zu laufen beginnt.<sup>13</sup> Gleich hatte das Obergericht des Kantons Zürich 2012 entschieden.<sup>14</sup> Die Lehre war auch in dieser Frage gespalten.<sup>15</sup>

Den Beginn der Verjährung auf den Zeitpunkt des Erhalts der Retrozessionen zurückzubeziehen, ist folgerichtig. Mit dem Erhalt der Retrozession kann der Auftraggeber die Ablieferung verlangen.<sup>16</sup> Der Ablieferungsanspruch ist damit fällig, womit nach Art. 130 Abs. 1 OR die Verjährung zu laufen beginnt.

Dass die Vermögensverwaltung in aller Regel thesaurierend erfolgt,<sup>17</sup> ändert nichts daran, dass der Kunde die Ablieferung verlangen könnte. Und den Ablieferungsanspruch mit der Rechenschaftsablegung zu verknüpfen und die Verjährung des ersteren nicht laufen zu lassen, bevor letztere nicht erfolgt ist,<sup>18</sup> kann dazu führen, dass noch nach Jahrzehnten (klagbare) Ablieferungsansprüche bestehen, was Sinn und Zweck der Verjährung (Rechtsfrieden schaffen, die mit der Zeit zunehmenden Beweisprobleme vermeiden) widerspräche. Da die Rechenschaftsablegung jederzeit – und damit auch schon im Zeitpunkt des Erhalts der Retrozessionen – verlangt werden kann und da der Ablieferungs-

<sup>13</sup> BGer, 4A\_508/2016, 16.6.2017, Sachverhalt, B.

<sup>14</sup> OGer ZH, II. Zivilkammer, LB090076, 13.1.2012, E. III.3.D.

<sup>15</sup> Für Beginn der Verjährung mit Erhalt der Retrozession u.a. DENZLER/GELINGER (FN 3), § 18 N 6; GALLIANO/MOLO (FN 3), 1774; MATHYS/ROBERTO (FN 3), N 21 ff.; PICHONNAZ/WERRO/HURNI (FN 3), 899 ff.; ROMERIO/BAZZANI (FN 3), 55 ff.; für Beginn der Verjährung am Ende des Auftrags u.a. SCHALLER (FN 3), N 9 ff. und N 16 und für Beginn der Verjährung erst mit der Rechenschaftsablegung KUHN/LUGNBÜHL (FN 3), 980 f.

<sup>16</sup> So auch BGer, 4C.125/2002, 27.9.2002, E. 3.1.

<sup>17</sup> Vgl. SCHALLER (FN 3), N 10.

<sup>18</sup> Vgl. KUHN/LUGNBÜHL (FN 3), 979 f.

<sup>12</sup> ROMERIO/BAZZANI (FN 3), 53.

anspruch im Rahmen einer Stufenklage<sup>19</sup> erhoben werden kann, wird die Durchsetzung des Ablieferungsanspruchs auch nicht übermässig erschwert, wenn die Verjährung bereits mit dem Erhalt der Retrozessionszahlung zu laufen beginnt.

#### D. Kein Rechtsmissbrauch

Die Erwägungen des Bundesgerichts zum Rechtsmissbrauch überzeugen. Im Einzelfall ist durchaus denkbar, dass der Auftraggeber vom Beauftragten dazu bewegt wurde, rechtliche Schritte während der Verjährungsfrist zu unterlassen, und die Berufung auf die Verjährung deshalb rechtsmissbräuchlich wäre. Häufiger aber dürfte die Verjährung einfach (ab)laufen, ohne dass der Beauftragte aktiv auf den Auftraggeber Einfluss nimmt. Freilich kann sich die Frage stellen – und wird die Gerichte möglicherweise noch beschäftigen –, wie es sich verhält, wenn ein Finanzinstitut die vom Kunden geltend gemachte Forderung mit Berufung auf die fünfjährige Verjährungsfrist ablehnte und der Kunde gestützt auf diese Auskunft verjährungsunterbrechende Massnahmen unterlassen hat.

#### E. Ausblick

Das Urteil des Bundesgerichts schafft Klarheit in Bezug auf die Verjährung der Retrozessionen. Das lässt hoffen, dass die hängigen Verfahren auf Herausgabe der Retrozessionen nun vorwärts kommen. Das Ergebnis ist meiner Ansicht nach überzeugend. Dem Urteil wird über die Retrozessionen und den Finanzsektor hinaus Bedeutung zukommen, wenn es um die Frage geht, ob eine periodische Leistung vorliegt oder nicht.

#### 2.7.1. Obligationenrecht – Allgemeiner Teil – allgemein/Droit des obligations – Partie générale – en général

##### 2.7.1.1. Entstehung/Formation

##### (2) BGer 4A\_45/2017: Aktionärbindungsvertrag: Übermässige Bindung, Qualifikation

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_45/2017 vom 27.6.2017, A. gegen B., Aktionärbindungsvertrag, übermässige Bindung (zur Publikation bestimmt)



MARKUS VISCHER\*

*Übermässige Bindung durch Aktionärbindungsvertrag infolge Einschränkung der freien Nachfolgeregelung, Qualifikation des Aktionärbindungsvertrags: Sind jetzt viele Aktionärbindungsverträge infolge darin enthaltener Einschränkungen der freien Nachfolgeregelung einer Partei ungültig?*

#### I. Sachverhalt und Rechtsweg

1985 gründeten A., B. und C. die D. AG und schlossen einen Aktionärbindungsvertrag (ABV). Dieser beinhaltete unter anderem ein Vorkaufsrecht, den Anspruch der Gründeraktionäre auf Einsitz im Verwaltungsrat (VR) und auf Ausschüttungen der D. AG an sie, unter anderem mittels folgender Klausel (Ziff. 8 lit. a/cc ABV): «Sobald der Lohn von A. \_\_\_\_\_ real um mehr als Fr. 10'000.– ansteigt, bzw. teuerungsbereinigt Fr. 110'000.– pro Jahr übersteigt, hat die AG Herrn B. \_\_\_\_\_ 64 (recte: 34)% des diesen Betrag übersteigenden Anteils ausbezahlen. Die Auszahlung erfolgt jährlich am Ende des jeweiligen Jahres.» Der ABV wurde «unkündbar auf unbestimmte Dauer» abgeschlossen. Änderungen waren nur mit dem schriftlichen Einverständnis aller drei Gründeraktionäre möglich. Für die Verletzung des ABV durch eine Vertragspartei wurde eine Konventionalstrafe von CHF 40'000 pro Widerhandlungsfall statuiert.

Im Dezember 1986 schied B. aus dem VR aus. Im Jahre 1998 scheiterten Gespräche über eine Anpassung des ABV, weshalb A. am 28. April 1999 den ABV kündigte. B. widersetzte sich dieser Kündigung und hielt am ABV fest. An der Generalversammlung (GV) vom 1. Januar 1999 beantragte er seine Wahl als Verwaltungsrat, wurde jedoch nicht ge-

<sup>19</sup> Vgl. DENZLER/GEILINGER (FN 3), § 18 N 6.

\* MARKUS VISCHER, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich.