

Corinne Zellweger-Gutknecht

Retrozessionen: Verjährung, Rechtsmissbrauch und Schadenersatz

**Besprechung des Urteils des Bundesgerichts
4A_508/2016 samt kritischer Anmerkung zu BGE 136 V
73**

Das Bundesgericht klärt weitere Fragen in Bezug auf Drittvergütungen: Der Herausgabeanspruch auf Retrozessionen verjährt nach zehn Jahren; die Regelfrist beginnt für jede Zahlung an den Beauftragten einzeln. Der Kommentar thematisiert u.a. den ungewohnten Umgang des Bundesgerichts mit der einschlägigen Lehre. Schwergewichtig wird der – verneinte – Rechtsmissbrauch punkto Verjährungseinrede erörtert. Es wird dargelegt, warum das dazu angeführte Präjudiz (zu Art. 41 Abs. 2 BVG) und die daraus gezogenen Schlüsse nochmals überdacht werden sollten. Schliesslich wird als Alternative der Weg über eine Schadenersatzforderung skizziert.

Beitragsarten: Urteilsbesprechungen
Rechtsgebiete: Obligationenrecht

Zitiervorschlag: Corinne Zellweger-Gutknecht, Retrozessionen: Verjährung, Rechtsmissbrauch und Schadenersatz, in: Jusletter 25. September 2017

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen
 - 1. Ratio und Rechtsgrundlagen im Umgang mit Drittvergütungen
 - 2. Verjährungsfrist
 - 3. Verjährungsbeginn
 - 4. Rechtsmissbräuchliche Verjährungseinrede
- III. Bemerkungen
 - 1. Anwendungsbereich
 - 2. Auseinandersetzung mit der Lehre
 - 3. Rechtsmissbrauch bei Erhebung der Verjährungseinrede
 - a. Präjudiz
 - b. Inkonsistenzen
 - c. Bezug zum besprochenen Entscheid
 - 4. Schadenersatz
 - 5. Schluss

I. Sachverhalt

[Rz 1] Der Kläger ist ein Verein schweizerischen Rechts (Art. 60 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]) mit Sitz in Genf. Er wurde 1948 gegründet, fungiert heute als Weltdachverband der Strassentransportwirtschaft und verwaltet im Auftrag der UNO das Zollabkommen über den internationalen Warentransport mit Carnet TIR (TIR-Konvention). In diesem Rahmen verantwortet er ein internationales Bürgschaftssystem zur Sicherung von Zöllen und weiteren Abgaben, die bei Ein- oder Ausfuhr von Waren erhoben werden: Treten Unregelmässigkeiten auf, haften die Mitgliederverbände des Vereins in gewissem Umfang solidarisch mit den Abgabeschuldnern; subsidiär bürgt der Verein selbst.

[Rz 2] Im Hinblick auf das beschriebene System beauftragte der Verein (nachfolgend: Auftraggeber) 1994 eine Aktiengesellschaft für Versicherungsbrokerage und -beratung mit Sitz in Zürich mit der Entwicklung und Organisation eines Versicherungskonzepts. Die operative Umsetzung erfolgte ab September 1995 und honorierte die Gesellschaft mit CHF 0.30 pro Prämie, welche jeweils für die Ausstellung und Nutzung einer TIR Bürgschaft fällig wurde. Bis zur Vertragsauflösung am 19. August 2005 summierte sich das so vereinbarte Honorar auf rund CHF 6.5 Mio. Am 22. März 1999 ging der Vertrag durch unlimitierte Übernahme auf eine Nachfolgerin über, die am 6. September 2011 (und auch später noch mehrfach) umfirmierte und am 10. Juli 2015 durch Fusion in der schliesslich Beklagten aufging (nachfolgend je: Beauftragte).

[Rz 3] In Umsetzung des Versicherungskonzeptes schloss der Auftraggeber – vermittelt durch die Beauftragte – Verträge mit verschiedenen Versicherungsgesellschaften ab. Letztere zahlten der Beauftragten in der Folge gewisse Prozentsätze der vereinnahmten Prämien (sog. Retrozessionen). Von diesen Umständen erfuhr der Auftraggeber erst am 4. März 2005. Er beanstandete sie umgehend und löste, als keine Einigung erzielt werden konnte, das Mandat am 19. August 2005 mit sofortiger Wirkung auf. Ab dem 26. Mai 2006 und bis 2007 erhob der Auftraggeber rund 15 Betreibungen auf Rückerstattung der Retrozessionen samt der aufgelaufenen Zinsen. Schliesslich klagte er auf Herausgabe von rund CHF 46 Mio. und USD 3 Mio., woraufhin die erste Instanz (Tribunal de première instance de Genève) am 2. Dezember 2014 die Klage in der Höhe von umgerechnet mehr als CHF 30 Mio. guthiess.

[Rz 4] Die Beauftragte stellte sich auch vor der zweiten Instanz (Chambre civile de la Cour de justice de Genève) auf den Standpunkt, dass der Herausgabeanspruch des Auftraggebers einer Verjährungsfrist von nur fünf Jahren im Sinne von Art. 128 des Obligationenrechts (OR; SR 220) unterliege und damit für die vor 2001 erhaltenen Zahlungen verjährt sei. Am 24. Juni 2016 entschied das Genfer Obergericht, dass die Verjährungsfrist zehn Jahre betrage und erst bei Beendigung des Auftrages zu laufen beginne. Die dagegen erhobene Beschwerde der Beauftragten hiess das Bundesgericht nun teilweise gut.

II. Erwägungen

1. Ratio und Rechtsgrundlagen im Umgang mit Drittvergütungen

[Rz 5] In den hier interessierenden Erwägungen erinnert das Bundesgericht zunächst an seine bislang ergangene Rechtsprechung zu Ratio und Rechtsgrundlagen im Umgang mit Drittvergütungen.¹ Im Zentrum steht der Grundsatz, dass der Beauftragte – abgesehen von einem allfälligen Honorar – aus dem Auftrag weder Vor- noch Nachteile ziehen soll.² Vielmehr muss er getreu der altruistischen Natur dieses Rechtsgeschäftes primär die Interessen des Auftraggebers wahren und entsprechend loyal und sorgfältig handeln.³

[Rz 6] Die zuletzt genannte Treuepflicht (Art. 398 Abs. 2 OR) konkretisiert sich namentlich in der dispositiven Herausgabepflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR. Sie erfasst zum einen Vermögenswerte, welche der Beauftragte als direkte Folge der Ausführung vom Auftraggeber oder von Dritten erlangt oder selbst erzeugt; zum andern aber auch solche, die ihm als Reflex, d.h. lediglich infolge dieser Auftragsausführung von dritter Seite zukommen.⁴ Letztere Variante liegt schon vor, wenn der Beauftragte wegen der Annahme einer Drittvergütung objektiv gesehen nur riskiert, die Interessen des Auftraggebers nicht mehr ausreichend zu wahren.⁵ Das wurde namentlich bejaht im Hinblick auf Rabatte, Provisionen, Schmiergelder, Rückvergütungen bzw. Retrozessionen und Bestandspflegekommissionen⁶ und verneint für Trinkgelder und die unter Geschäftsleuten üblichen Geschenke.⁷ Die Herausgabe verhindert von vornherein vergütungsinduzierte Interessenkonflikte zwischen Auftraggeber und Beauftragtem und sichert so in präventiver Weise die Treuepflicht.⁸

[Rz 7] Dem gleichen Zweck dient die ebenfalls in Art. 400 Abs. 1 OR verankerte Pflicht des Beauftragten, auf Verlangen des Auftraggebers jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft

¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.1.

² Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.1.1 m.H.a. BGE 138 III 755 E. 4.2 und Urteil des Bundesgerichts 4C.125/2002 vom 27. September 2002 E. 3.1.

³ Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.1.1 m.H.a. BGE 139 III 49 E. 4.1.2 und BGE 138 III 755 E. 5.3.

⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.1.2 m.H.a. BGE 132 III 460 E. 4.1.

⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.1.2 m.H.a. BGE 138 III 755 E. 5.3.

⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.1.2 m.H.a. BGE 132 III 460 E. 4.1; BGE 137 III 393 E. 2.1 und BGE 138 III 755 E. 4.2.

⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.1.2 m.H.a. BGE 138 III 755 E. 4.2 und BGE 137 III 393 E. 2.1.

⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.1.1 m.H.a. BGE 139 III 49 E. 4.1.2 und BGE 138 III 755 E. 5.3.

abzulegen. Sie ermöglicht dem Auftraggeber erst die Kontrolle über die Aktivitäten des Beauftragten und bildet dergestalt die Basis und Voraussetzung der Herausgabepflicht.⁹

2. Verjährungsfrist

[Rz 8] In einem zweiten Schritt untersucht das Bundesgericht die Verjährungsfrist.¹⁰ In enger Anlehnung an PETER GAUCH¹¹ und die eigene Rechtsprechung kommt es zum Schluss, dass die Verjährungsfrist von fünf Jahren gemäss Art. 128 Ziff. 1 OR nur für Leistungen gilt, die auf einem einheitlichen Schuldgrund beruhen. Er wird wahlweise als Stammforderung, Grundforderung oder Forderungsrecht im Ganzen bezeichnet¹² und entspringt einem Dauerschuldverhältnis. Die fraglichen Einzelforderungen müssen zudem periodisch, d.h. zeitlich regelmässig wiederkehrend anfallen und hernach ein von der Stammforderung unabhängiges Dasein führen.¹³ Namentlich reduziert sich die Stammschuld nicht nach Massgabe der schon erfolgten Einzelleistungen.

[Rz 9] Diese Voraussetzungen erfüllen vorliegend die Retrozessionen nicht: Ihre Entstehung gründet in Rechtsverhältnissen zwischen der Beauftragten und Dritten. Selbst wenn es sich dort um eine periodische Leistung i.S.v. Art. 128 OR handeln sollte, hat diese Qualifikation keinen Einfluss auf die Qualifikation im Verhältnis zwischen Beauftragter und Auftraggeber als indirekte Vorteile, die der Beauftragten infolge der Vertragsausführung zufließen.¹⁴

3. Verjährungsbeginn

[Rz 10] Der dritte Schritt ist dem Verjährungsbeginn gewidmet.¹⁵ Art. 130 Abs. 1 OR legt ihn auf den Zeitpunkt, in dem die Forderung fällig wird. Die Fälligkeit tritt nach Art. 75 OR unmittelbar mit der Forderungsentstehung ein, sofern nicht eine Abrede oder die Natur des Rechtsverhältnisses etwas anderes bestimmt.¹⁶ Letztere beiden Varianten wären höchstens für Leistungen denkbar, die der Beauftragte direkt, d.h. durch die Ausführung des Auftrages erwirbt und die er nicht herauszugeben hat, solange er sie für die Ausführung benötigt.¹⁷ Was der Beauftragte hingegen indirekt, infolge der Ausführung erlangt, ist sofort zur Herausgabe fällig. Entsprechend lässt jede Retrozessionszahlung eine eigene Herausgabeforderung entstehen und sogleich fällig werden.¹⁸

[Rz 11] Vorliegend hatte die Beauftragte die Verjährungseinrede gemäss Art. 142 OR erhoben. Sie war daher prinzipiell nur noch zur Herausgabe jener Zahlungen samt Zins verpflichtet, für

⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.1.1 m.H.a. BGE 139 III 49 E. 4.1.2.

¹⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.2.

¹¹ PETER GAUCH, Periodisch geschuldete Leistungen: Gedanken zur Verjährungsbestimmung des Art. 128 Ziff. 1 OR, in AJP 3/2014, 285.

¹² Vgl. GAUCH (Fn. 11) 287.

¹³ Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.2.1 m.H.a. BGE 139 III 263 E. 1.1; BGE 124 III 370 E. 3c und Urteil des Bundesgerichts 4C.207/2006 vom 27. September 2006 E. 2.2.1.

¹⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.2.2 *in fine*.

¹⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.3.

¹⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.3.2.

¹⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.2.2.

¹⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.3.2.

welche der Auftraggeber die Verjährung rechtzeitig (hier durch Einleitung der Betreuung i.S.v. Art. 135 Ziff. 2 OR) unterbrochen hatte.¹⁹

4. Rechtsmissbräuchliche Verjährungseinrede

[Rz 12] Im Übrigen war streitig, ob die Berufung auf die Verjährung allenfalls rechtsmissbräuchlich sein könnte, wie es die Vorinstanz angenommen hatte.²⁰ Das Bundesgericht hingegen verneinte einen Rechtsmissbrauch unter Hinweis auf Art. 127 OR: Die Norm kennt für Forderungen aus Vertrag – anders als die Art. 60 Abs. 1 und 67 Abs. 1 OR – keinen von der Kenntnis abhängigen relativen Verjährungsbeginn.²¹ Daraus wird gefolgert, dass die Verletzung der Rechenschaftspflicht ohne Belang sei.²²

[Rz 13] Vielmehr läge ein Rechtsmissbrauch wegen *venire contra factum proprium* nur vor, wenn der Schuldner sich auf Verjährung beruft, nachdem er den um die laufende Verjährung wissenden Gläubiger mit seinem Verhalten kausal und aktiv davon abgehalten hat, unterbrechende Handlungen vorzunehmen – nicht aber, wenn er bloss untätig geblieben ist.²³ Ein solches Abhalten fehle *in casu* angesichts der Unkenntnis des Gläubigers.²⁴ Zur genauen Berechnung der verjährten Beträge weist das Bundesgericht die Sache schliesslich an die Vorinstanz zurück.²⁵

III. Bemerkungen

1. Anwendungsbereich

[Rz 14] Das Urteil gibt Anlass zu mehreren Bemerkungen. Erstens ist mit Blick auf den Anwendungsbereich kurz zu fragen, ob der Entscheid auch ausserhalb des Versicherungsbereiches sowie für Drittvergütungen in Form von Bestandespflejekommissionen einschlägig ist. Beides ist zu bejahen. Ersteres ergibt sich vorab aus dem Aufbau des Entscheides, der in ganz allgemeiner Form auf das Wesen von Retrozessionen und dessen Folgen eingeht und soweit ersichtlich an keiner Stelle auf allfällige Besonderheiten des Versicherungs-(Brokerage- und -Beratungs-)Geschäfts eingeht. Zudem unterstrich das Bundesgericht auch mit der eigens verfassten Pressemitteilung vom 3. Juli 2017 die Trag- und Geltungsweite des Entscheides. Bestandespflejekommissionen dürften sodann zwar in besonderem Masse als periodische Leistungen im Sinne von Art. 128 Ziff. 1 OR qualifizieren – allerdings wiederum nur in der Beziehung zwischen Drittem und Beauftragtem. Da diese Qualifikation aber wie erwähnt für die Qualifikation der Zahlungen im Verhältnis zwischen Beauftragtem und Auftraggeber ausdrücklich unbeachtlich bleibt,²⁶ ist das vorliegende Urteil auch auf solche Formen der Drittvergütung unmittelbar anwendbar.

¹⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.4.

²⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.5 und Sachverhalt B.

²¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.3.1 m.H.a. BGE 136 V 73 E. 4.1 m.w.H.

²² Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.5.2.

²³ Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.5.1.

²⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.5.2.

²⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 7.

²⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.2.2 in fine.

2. Auseinandersetzung mit der Lehre

[Rz 15] Die zweite Bemerkung betrifft den für hiesige Verhältnisse ungewohnten Umstand, dass Hinweise auf die Lehre i.S.v. Art. 1 Abs. 3 ZGB fast gänzlich fehlen.²⁷ Eine Ausnahme bilden nur der bereits angesprochene Beitrag von GAUCH sowie zwei Referenzen auf PIERRE TERCIER et al.²⁸ Schon GAUCH hatte sich – sogar ausdrücklich – dieses Vorgehens bedient. Er wollte damit «weder für noch gegen jemanden schreiben, sondern schlicht und einfach zum Ausdruck bringen, was es nach meiner Ansicht für das Verständnis des Art. 128 Ziff. 1 OR auch zu beachten gilt».²⁹ Er hielt es sogar gleichermassen mit Rücksicht (oder eben nicht) auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts: Auch hier sah er davon ab, «die zu Art. 128 Ziff. 1 OR entschiedenen (konkreten) Fälle dahin zu prüfen, ob sich die Falljudikatur des Bundesgerichts mit meinen Gedanken deckt oder nicht.» Das wäre seiner Ansicht nach nur erforderlich für eine Prognose, wie das Bundesgericht in künftigen Fällen entscheiden wird – was er dem «Metier von Anwälten, die ihre Klienten in einem Streitfall beraten» überlassen wollte.³⁰ Ein solches Vorgehen ersetzt indes die argumentative Auseinandersetzung und Schlussfolgerung durch eine Art Proklamation *ex cathedra*. Gerichte sollten sich diese Methode in aller Regel nicht zum Vorbild nehmen.

[Rz 16] *In casu* freilich beruhte der gewählte *modus operandi* eventuell auf Gründen, die auch im letzten Zitat GAUCHS angedeutet sind: Ein massgeblicher und nicht scharf eingrenzbarer Teil der zu den Retrozessionen ergangenen Literatur stammte vermutlich aus der Feder einer in der Sache mandatierten oder auf Mandate hoffenden Autorenschaft, die unter diesen Umständen vielleicht aus Sicht des Bundesgerichts (zu) einseitig Stellung bezogen hat.³¹ Wäre dem so, erschiene das Urteil als eigentlicher Weckruf an die «Lehre», ihre Publikationen nach Zahl und Güte – vor allem punkto Ausgewogenheit – nicht auf den Stand gewisser Rechts- und Akquisitionsschriften herabsinken zu lassen, sofern sie ihre Positionen auch künftig in Urteilen erwohnen finden will.

[Rz 17] Doch letztlich bleibt es reine Spekulation, was das Bundesgericht veranlasst haben mag, gerade in einem Fall mit der vorliegenden Tragweite und Fülle von Lehrmeinungen trotz Art. 1 Abs. 3 ZGB³² praktisch nur sich selbst zu zitieren. Ein Versehen oder purer Zufall scheinen abwegig und (*horribile dictu*) Gleichgültigkeit soll gar nicht erst in Betracht gezogen werden. Schon eher denkbar wäre eine Art «neue Effizienz» angesichts der wachsenden Arbeitslast. Wie dem auch sein mag, schliesst diese Bemerkung mit dem Wunsch an unser höchstes Gericht, in seinen Entscheiden den traditionell sichtbaren Diskurs mit der Lehre auch künftig nicht abreißen zu lassen.

²⁷ Vgl. in grundsätzlicher Weise und mit zahlreichen Hinweisen zum Umgang der Gerichte mit der Lehre SUSAN EMMENEGGER/AXEL TSCHENTSCHER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I, 1. Abteilung, Einleitung und Personenrecht, Bern 2012, Art. 1 ZGB Rz. 472 ff.

²⁸ PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, *Les contrats spéciaux*, 5. Aufl. Zürich 2016.

²⁹ Zit. GAUCH (Fn. 11), 286.

³⁰ Zit. GAUCH (Fn. 11), 292.

³¹ Quasi als Gegenreaktion auf die bei EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (Fn. 27) Rz. 479 geäusserte Kritik am Umgang mit einer «Publikation von zwei Bankanwältinnen» im Zusammenhang mit Drittvergütungen.

³² Die Bestimmung ist nicht etwa nur bei der Lückenfüllung einschlägig, sondern bei der Auslegung generell zu berücksichtigen: EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (Fn. 27) Rz. 473 f. m.w.H.

3. Rechtsmissbrauch bei Erhebung der Verjährungseinrede

[Rz 18] Die dritte (und eingehendere) Bemerkung betrifft die Frage des Rechtsmissbrauches bei der Erhebung der Verjährungseinrede. Der nun beschrittene Weg scheint vorgezeichnet durch BGE 136 V 73 E. 4, auf den sich das Bundesgericht vorliegend bezieht. Er wird daher kurz skizziert, auf seine Konsistenz geprüft und schliesslich in Bezug zum hier kommentierten Urteil gesetzt.

a. Präjudiz

[Rz 19] Der Entscheid erging in einer sozialrechtlichen Angelegenheit und betraf die Frage, wann wiederkehrende Beitragsforderungen aus einem Vorsorgeverhältnis fällig werden und verjähren, wenn die Vorsorgeeinrichtung wegen einer unentschuldbaren Meldepflichtverletzung des Arbeitgebers keine Kenntnis vom Bestand einer versicherungspflichtigen Anstellung hat. Hierzu bestimmt Art. 41 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40) Folgendes: «Forderungen auf periodische Beiträge und Leistungen verjähren nach fünf, andere nach zehn Jahren. Die Artikel 129–142 des Obligationenrechts sind anwendbar.»

[Rz 20] Nun wäre es aber, so die II. sozialrechtliche Abteilung, aus «Sicht der Vorsorgeeinrichtung ... stossend, wenn der Lauf der Verjährung auch dann in Gang gesetzt wird, wenn ihr eine – zwar objektiv einklagbare – Forderung nicht bekannt ist und auch nicht bekannt sein kann».³³ Weil die Verjährung vor allem den Schuldner schützen soll, verdiene dieser den Schutz nicht, wenn eine bösgläubige, d.h. «qualifizierte Meldepflichtverletzung im Sinne einer unentschuldbaren Unterlassung» allein für die Unkenntnis des Gläubigers verantwortlich ist.³⁴ In diesem Fall, so das Urteil weiter, wäre die Berufung auf «einen Eintritt der Fälligkeit vor erfolgter Kenntnisnahme ... rechtsmissbräuchlich».³⁵ Darum erfolge ein «Aufschub der Fälligkeit der einzelnen periodischen Beitragsforderung bis zu dem Zeitpunkt, in welchem die Beitragsgläubigerin davon anrechenbare Kenntnis erlangt».³⁶

[Rz 21] Indes existieren mehrere absolute Verjährungsfristen von je zehn Jahren, welche kenntnisunabhängig mit dem schädigenden Verhalten beginnen. Würde nun durch die Rechtsmissbrauchseinrede die Durchsetzbarkeit einer Forderung rückwirkend unbegrenzt möglich, «könnte dies mit der Verjährungsordnung insgesamt nicht vereinbart werden».³⁷ Darum, so das Fazit, sei «die insofern relative Verjährungsfrist von fünf Jahren nach (zumutbarer) Kenntnisnahme im Wege der Lückenfüllung ... um eine absolute Befristung zu ergänzen».³⁸ Trotz Unkenntnis des Gläubigers verjähre die Beitragsforderung mithin zehn Jahre nach Entstehung absolut.³⁹

³³ Zit. BGE 136 V 73 E. 4.2.

³⁴ Zit. BGE 136 V 73 E. 4.2.

³⁵ Zit. BGE 136 V 73 E. 4.2 m.w.H.

³⁶ Zit. BGE 136 V 73 E. 4.3.

³⁷ Zit. BGE 136 V 73 E. 4.3 m.w.H.

³⁸ Zit. BGE 136 V 73 E. 4.3 m.w.H.

³⁹ Zit. BGE 136 V 73 E. 4.3 in fine.

b. Inkonsistenzen

[Rz 22] Das Urteil ist in mehrerer Hinsicht inkonsistent.⁴⁰ **Erstens** bleibt unklar, wie eine Forderung, mit Ablauf der absoluten Frist plötzlich verjähren kann, ohne zuvor überhaupt fällig geworden zu sein. Denn nach der Argumentation des Gerichts hängt im Falle der böswillig und pflichtwidrig bewirkten Unkenntnis eines Gläubigers «der Eintritt der Fälligkeit» gerade von dessen «Wissen um die Grundlagen der Forderung ab»⁴¹ – Wissen, das freilich über den Ablauf der absoluten Frist hinaus fehlt. Mit der angerufenen «Verjährungsordnung insgesamt» lässt sich das Resultat, d.h. eine Verjährung ohne Fälligkeit, jedenfalls nicht in Einklang bringen.

[Rz 23] **Zweitens** ist Art. 41 Abs. 2 BVG erkennbar dem Art. 128 OR nachgebildet. Letztere Bestimmung beinhaltet aber (wie Art. 127 OR) einzig eine absolute Verjährungsfrist, für welche das Wissen des Gläubigers gerade keine Rolle spielt. Art. 41 Abs. 2 BVG erwähnt die Kenntnis des Gläubigers ebenfalls nicht. Doch auch davon abgesehen fehlen Hinweise dafür, dass der Gesetzgeber hier eine relative Frist setzen wollte.⁴² Trotzdem legt das Gericht sie als solche aus – und ergänzt sie sodann um eine neue absolute Frist von zehn Jahren.⁴³

[Rz 24] Auch dieses Vorgehen steht im Widerspruch zur angerufenen «Verjährungsordnung insgesamt» – selbst wenn das Gericht diese Lesart von Art. 41 Abs. 2 BVG auf Rechtsmissbrauchsfälle wie den obigen beschränken wollte. Denn für die ersten fünf Jahre wäre die Umdeutung in eine relative Frist gar nicht erforderlich, da bei einer absoluten Verjährungsfrist auch Kennenmüssen dem Gläubiger nicht schadet bzw. die Verjährung nicht rascher eintreten lässt. Für die weiteren fünf Jahre erfährt der Gläubiger zwar einen Schutz vor Rechtsmissbrauch. Das wäre indes auch zu erreichen, ohne Art. 41 Abs. 2 BVG in Einzelfällen zu einer relativen Frist uminterpretieren zu müssen.

[Rz 25] Denn – und darin liegt die **dritte** Inkonsistenz – unsere Verjährungsordnung kennt schon heute Ausnahmefälle, in denen die Gegeneinrede der rechtsmissbräuchlich erhobenen Verjährungseinrede selbst nach Ablauf der absoluten Frist noch geschützt wird: Weiss der Gläubiger um die laufende Verjährung, ist Art. 2 Abs. 2 ZGB nicht nur verletzt, wenn der Schuldner den Gläubiger kausal und «arglistig dazu verleitet, nicht innert nützlicher Frist zu handeln, sondern auch dann, wenn er – ohne [sic] Arglist – ein Verhalten gezeigt hat, das einerseits den Gläubiger bewogen hat, rechtliche Schritte während der Verjährungsfrist zu unterlassen, und das andererseits die Säumnis des Gläubigers auch bei objektiver Betrachtungsweise als verständlich erscheinen lässt».⁴⁴ Diese Ausnahme gilt wie gesagt über den Zeitpunkt der absoluten Verjährung hinaus und erklärt sich mit der fehlenden Schutzwürdigkeit des Schuldners, der die mit der Verjährung intendierte Schonung nicht verdient.

⁴⁰ In der Lehre setzte sich soweit ersichtlich bislang nur PICHONNAZ mit dem Urteil auseinander: Er spricht sich indes einzig (kurz) gegen die rückwirkend einsetzende Fälligkeit aus. Vgl. PASCAL PICHONNAZ, Le point sur la partie générale du droit des obligations, SJZ 107/2011, 181, 187 m.w.H. sowie (auch mit Grundsatzhinweisen zum Verjährungsbeginn) DERS., La révision du droit de la prescription-Réflexions sur l'avant-projet de modification du Code des obligations, in: Franz Werro/Thomas Probst (Hrsg.), Journées du droit de la circulation routière, Bern 2012, 145, 151 ff.

⁴¹ Zit. BGE 136 V 73 E. 4.2.

⁴² So erwähnen etwa SCHNEIDER/FICK noch zur Vorläuferbestimmung Art. 147 aOR nur den Umstand, dass ein Eid über die erfolgte Zahlung weder für die Regel- noch für die Kurzverjährung gefordert werden durfte: ALBERT SCHNEIDER/HEINRICH FICK, Das Schweizerische Obligationenrecht, 2. Aufl. Zürich 1896: «... von der Bundesversammlung ... die fünfjährige Verjährung ganz auf gleiche Linie mit der zehnjährigen gestellt.»

⁴³ Vgl. nun auch Urteil des Bundesgerichts 9C_640/2013 vom 23. April 2014 E. 6.

⁴⁴ Zit. Urteil des Bundesgerichts 4A_532/2009 vom 5. März 2010 E. 3.1 m.w.H.

c. Bezug zum besprochenen Entscheid

[Rz 26] Wird das Gesagte nun in Bezug gesetzt zum jüngsten Retro-Entscheid des Bundesgerichts, erscheint es widersprüchlich, wenn dort unter Hinweis auf das «*système de la prescription dans son ensemble*»⁴⁵ die Verjährungseinrede *ohne* jede Ausnahme zugelassen wird, weil der Schutz des Schuldners und das öffentliche Interesse an Klarheit und Rechtsfrieden es nicht erlauben würden, dass Forderungen ewig zurückgefordert werden könnten.

[Rz 27] Denn damit bleibt unberücksichtigt, dass *in casu* ein *qualifiziertes* Unterlassen bzw. die *passive* Nichterfüllung einer wesentlichen Informationspflicht der Schuldnerin den Gläubiger kausal davon abhielt, die Verjährung zu unterbrechen. Demgegenüber erlaubt die «Verjährungsordnung insgesamt» zulasten des *aktiv* schuldhaft handelnden Schuldners wie gezeigt durchaus die rückwirkend unbegrenzte Durchsetzung von Forderungen.

[Rz 28] Zwar ist nicht jeder Schuldner verpflichtet, seinen Gläubiger über eine bestehende Forderung zu informieren. Für einen Beauftragten gehört diese Pflicht indessen zum Kern seiner Treuepflicht: Wie gezeigt ist die Herausgabe von Retrozessionen gerade deshalb geschuldet, weil der Beauftragte durch eine Annahme objektiv gesehen riskiert, die Interessen des Auftraggebers nicht mehr ausreichend zu wahren und damit die Essenz des – altruistischen – Verhältnisses zu verletzen.⁴⁶ Gleichenorts wurde dargelegt, dass der Auftraggeber die Einhaltung dieser Pflicht nur kontrollieren kann, wenn er von den Zahlungen Kenntnis hat. Mit anderen Worten riskiert der Auftraggeber bei Unkenntnis, dass der Beauftragte seiner Herausgabepflicht nicht nachkommt und damit die Interessen des Auftraggebers per se objektiv gefährdet. In Bezug auf Retrozessionen entsteht die Informationspflicht mit der Zahlung an den Beauftragten⁴⁷ und gründet direkt in Art. 398 Abs. 2 OR⁴⁸.⁴⁹ Unterlässt nun ein Beauftragter bösgläubig diese Information, erscheint er m.E. nicht schutzwürdiger als ein Schuldner, der aktiv (und *notabene* allenfalls bloss fahrlässig) den Gläubiger von einer Verjährungsunterbrechung abhält.

[Rz 29] Rechtsvergleichend sei zudem erwähnt, dass der Bundesgerichtshof wie das Bundessozialgericht in Deutschland eine unzulässige Rechtsausübung schon länger auch dann bejahen, wenn ein Schuldner sich auf Verjährung beruft, obwohl er den Gläubiger zuvor veranlasst hat, verjährungsunterbrechende Schritte zu unterlassen und «sei es auch nur, weil ihm infolge eines solchen Tuns Ansprüche unbekannt geblieben sind».⁵⁰

[Rz 30] Mit anderen Worten sollte m.E. nicht nur die aktive Verursachung des Fristversäumnisses durch den Schuldner die Gegeneinrede des Rechtsmissbrauchs rechtfertigen, sondern auch die passiv-qualifizierte. Sie besteht in der bösgläubigen Unterlassung einer besonderen, d.h. ge-

⁴⁵ Zit. Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.3.2.

⁴⁶ Vgl. oben Ziff. II.1.

⁴⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.3.2.

⁴⁸ Vgl. WALTER FELLMANN, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Bern 1992, Art. 398 OR Rz. 171: «Während der Laufzeit des Auftrages ist der Beauftragte gehalten, dem Auftraggeber ständig zur Sicherung des Auftragszweckes notwendige Informationen zukommen zu lassen. Nur so ist gewährleistet, dass der Auftraggeber reagieren kann, wenn seine Interessen in Gefahr sind.» Wie gesehen gefährden Retrozessionen die Interessen des Auftraggebers schon ihrer Natur nach per se.

⁴⁹ Vgl. eingehend zu diesem Aspekt auch CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Drittvergütungen im Finanzanlagegeschäft – ein systematischer Leitfaden, in: Leander D. Loacker/Corinne Zellweger-Gutknecht (Hrsg.), Differenzierung als Legitimationsfrage, Zürich etc. 2012, 247, 289 ff. m.w.H.

⁵⁰ Zit. Urteil des Bundessozialgerichts B 5 R 88/11 R vom 27. Juni 2012, Rz 19 m.w.H. unter anderem auf BGH NJW 2002, 3110 zum Abhalten von der Klageerhebung durch – selbst unabsichtliches – Verschweigen relevanter Tatsachen betreffend die Person des Schuldners.

willkürten oder gesetzlichen Informationspflicht und muss im Sinne der hypothetischen Kausalität den Gläubiger vom aufklärungsgemässen Verhalten, d.h. der rechtzeitigen Verjährungsunterbrechung abhalten.

[Rz 31] Gerade mit Rücksicht auf Drittvergütungen wäre selbst dann ein Ausufern von Klagen über lange zurückliegende Forderungen nicht zu befürchten. Denn Bösgläubigkeit wäre den Beauftragten nicht unlimitiert zu unterstellen. Vielmehr handelten sie erst dann zumindest eventualvorsätzlich, als sie Retrozessionszahlungen auch noch einbehielten und verschwiegen, nachdem das Bundesgericht in einem *obiter dictum* in Urteil des Bundesgerichts 4C.125/2002 vom 27. September 2002⁵¹ seine spätere Rechtsprechung angekündigt hatte und der Entscheid auch in der einschlägigen Literatur aufgegriffen worden war.⁵² Zudem endete diese Phase bereits mit BGE 132 III 460 wieder. Denn dieser Leitentscheid erlangte breite Publizität in der Tages- und Sonntagspresse. Ab diesem Zeitpunkt erwuchs m.E. den Auftraggebern eine Frageobliegenheit: Erkundigten sie sich in der Folge nicht umgehend nach allfälligen Drittvergütungen, musste ihnen fortan auch die Gegeneinrede des Rechtsmissbrauches verwehrt bleiben.

4. Schadenersatz

[Rz 32] Die vierte und letzte Bemerkung gilt der Möglichkeit des Gläubigers, von seinem Schuldner Schadenersatz für die verjährten Herausgabeforderungen zu verlangen.⁵³ Gemeint ist nicht etwa Schadenersatz wegen Nichterfüllung der Herausgabepflicht (dessen Verjährungsbeginn fielle mit jenem der Primärforderung zusammen⁵⁴). Vielmehr ist die Rede von Schadenersatz aus Nichterfüllung einer Informationspflicht. Doch selbst diese Sekundärforderung beginnt prinzipiell mit der Pflichtverletzung zu verjähren.⁵⁵ Da in den vorliegend interessierenden Fällen Herausgabe- und Informationspflicht wie gesehen gleichzeitig entstehen, wäre damit nichts gewonnen: Die Sekundärforderung verjährt exakt im Moment der Schadensentstehung (Verjährung der Primärforderung), ohne dass der Gläubiger davon überhaupt Kenntnis erlangt.

[Rz 33] Diese Praxis erachtet indes der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) als einen Verstoß gegen Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).⁵⁶ Wenn die systematische Anwendung von Verjährungsbestimmungen es einer Person gänzlich verunmöglicht, ihren Anspruch prozessual geltend zu machen, ist ihr Recht auf freien Zugang zu einem Gericht verletzt. Das trifft laut EGMR namentlich bei Schäd-

⁵¹ E. 3.1.

⁵² Vgl. nur WOLFGANG WIEGAND/CORINNE ZELLWEGE-GUTKNECHT, *Privatrechtliche Probleme der Vermögensverwaltung*, in: *Vermögensverwaltung und Nachlassplanung*, Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Bern 2005, 44.

⁵³ In diesem Sinne summarisch auch BGE 136 V 73 E. 5.3.

⁵⁴ BGE 87 II 155 E. 3.a.

⁵⁵ Vgl. jüngst BGE 137 III 16 E. 2; BGE 140 II 7 E. 3.3.

⁵⁶ Urteil des EGMR *Howald Moor und andere gegen die Schweiz* vom 11. März 2014; vgl. dazu nur THIERRY DÉCAILLET, *Le droit suisse prive-t-il vraiment les victimes de dommages différés de la possibilité de faire valoir leurs prétentions en justice?*, HAVE 2014, 145; DAVID HUSMANN, «Affaire Howald Moor et Autres c. Suisse» – eine Odyssee durch Gerichte und Politik, AJP 2016, 487; DERS., *Ein Tumor, der sich nicht an Fristen hält*, plädoyer 2/2014, 13; FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, *EMRK-widriges Verjährungsrecht! – Die Schweiz muss die Verjährung im Schadensrecht überdenken*, in: Jusletter 24. März 2014; CHRISTOPH MÜLLER, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verurteilt die Schweiz wegen der absoluten Verjährung der Ansprüche von Asbestopfern*, in: Jusletter 24. März 2014; CORINNE WIDMER LÜCHINGER, *Die Verjährung bei Asbestschäden*, ZBJV 2014, 460; zur EMRK-Konformität zuvor etwa schon FELIX SCHÖBI, *Lex dura sed lex? Zur Vereinbarkeit der (absoluten) Verjährung mit der EMRK*, Liber amicorum Brehm, Bern 2012, 417.

den mit langer Latenzzeit zu. Naturgemäss ist hier die Kenntnisnahme vor Verjährungsablauf unmöglich.

[Rz 34] Gleiches muss m.E. gelten, wenn gerade die (angeblich verjährungsauslösende) Pflichtverletzung für die Unkenntnis des Schuldners unmittelbar *kausal* ist. Das dürfte im Sinne eines hypothetischen Kausalzusammenhangs auf Fälle wie den vorliegenden zutreffen. Denn rechtzeitige Erfüllung der mindestens bis zum Vertragsende andauernden Pflicht zur Information hätte das Versäumnis verjährungsunterbrechender Handlungen und damit den Schadenseintritt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit verhindert. Entsprechend dürfte die Verjährung erst beginnen, wenn der Gläubiger zumutbare Kenntnismöglichkeit vom Schaden (d.h. von der Verjährung der Primärforderung) hat.⁵⁷

[Rz 35] Der soeben skizzierte Weg bietet sich m.E. als Alternative an, falls mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse an Klarheit und Rechtsfrieden keine weitere Fallgruppe missbräuchlicher Verjährungseinreden *unlimitiert* über die absolute Frist hinaus zugelassen werden soll. Stattdessen schliesst sich an die Verjährungsfrist der Primärforderung die *limitierte* Verjährung der Sekundärforderung an.⁵⁸

[Rz 36] Auch diese Lösung führt im Hinblick auf Retrozessionen nicht zu einem unlimitierten Aufschub der Verjährung: Aus den schon erwähnten Gründen erwuchs den Kunden mit BGE 132 III 460 eine Frageobliegenheit. Dabei ist ohne gegenteilige Hinweise zu unterstellen, dass die mit zumutbarem Nachdruck erfragte Antwort in den Folgemonaten die erforderliche Kenntnis verschafft hätte. Die (verjährungsauslösende) Kenntnismöglichkeit lag mithin spätestens bis Ende 2006 vor. Also müssen Schadenersatzansprüche aus Nichterfüllung einer Informationspflicht (über die bis Ende 2006 verjährten Herausgabeforderungen) noch vor 2017 eine Verjährungsunterbrechung im Sinne von Art. 135 OR erfahren haben. Andernfalls sind auch sie absolut verjährt.

[Rz 37] Da die Auftraggeberin am 1. Juni 2007 unter anderem auch Klage auf Schadenersatz erhoben hat,⁵⁹ unterbrach sie die Verjährung erneut – ebenso wie durch jede weitere Prozesshandlung in der gleichen Sache. Wie der Anspruch im Einzelnen lautete und von den Vorinstanzen beurteilt wurde, ist dem besprochenen Entscheid nicht zu entnehmen. Allenfalls bietet sich für die Gläubigerin nun aber die Möglichkeit, die subsidiäre Ersatzforderung im weiteren Verfahrensverlauf doch noch durchsetzen zu können.

5. Schluss

[Rz 38] GAUCH⁶⁰ schloss seinen Beitrag mit den Worten: «Ob sich andere, allenfalls sogar ein Gericht, von meinen Gedanken überzeugen lassen, liegt nicht in meiner Hand.» Treffender lässt es sich nicht formulieren. Sowieso aber wäre es begrüssenswert, wenn unser höchstes Gericht bei sich bietender Gelegenheit auf seine Rechtsprechung zur rechtsmissbräuchlichen Verjährungs-

⁵⁷ Vgl. zur EMRK-konformen Auslegung PETER GAUCH/WALTER RENÉ SCHLUEP/ SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl. Zürich etc. 2014, Rz. 3322b und Fn. 74 m.w.H.

⁵⁸ Einer EMRK-konformen Auslegung sollte auch das zu Moor (vgl. Fn. 56) inzwischen ergangene Revisionsurteil nicht entgegenstehen: Der Vorbehalt im Urteil des Bundesgerichts 4F_15/2014 vom 11. November 2015 E. 3, es dürfe «die Verjährung . . . in diesem Einzelfall nicht berücksichtigt werden» (Hervorhebung hinzugefügt) wurde in BGE 142 I 42 zu Recht nicht veröffentlicht. Kritisch schon HUSMANN (Fn. 56) 494 f.

⁵⁹ Sachverhalt B.

⁶⁰ Zit. GAUCH (Fn. 11), 292.

einrede generell und besonders im Hinblick auf Art. 41 Abs. 2 BVG zurückkommen würde – und sei es nur, um die hier vorgetragenen Gedanken zu widerlegen. So würde auch klarer, inwiefern ein aktiv, aber bloss fahrlässig eine Verjährungsunterbrechung vereitelnder Schuldner weniger schutzwürdiger erscheint als ein passiver, der damit bösgläubig eine ausnahmsweise bestehende Meldepflicht verletzt.

Prof. Dr. iur. CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Professorin FH an der Kalaidos Law School und Privatdozentin an der Universität Zürich.