

Dr. Beat Mathys / Prof. Dr. Vito Roberto

## Wann verjähren Bestandespflegekommissionen?

Nachtrag zu BGE 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012

---

Vor Kurzem hat das Bundesgericht einen weiteren Entscheid im Bereich der Bestandespflegekommissionen veröffentlicht, welcher auch in den Medien grosse Aufmerksamkeit erlangt hat. Bestandespflegekommissionen fallen in aller Regel jährlich an. Als periodische Zahlungen unterliegen sie der fünfjährigen Verjährungsfrist von Art. 128 OR. Da es sich bei den Bestandespflegekommissionen nicht um Vermögenswerte handelt, die zur Vertragserfüllung benötigt werden, wird der Kundenanspruch mit deren periodischen Überweisung an den Vermögensverwalter fällig. Aufgrund von Art. 130 Abs. 1 OR fällt der Beginn der Verjährung für die etwaigen Herausgabeansprüche auf diesen Zeitpunkt.

---

Rechtsgebiet(e): Obligationenrecht; Bankrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Beat Mathys / Vito Roberto, Wann verjähren Bestandespflegekommissionen?, in: Jusletter 19. November 2012

## Inhaltsübersicht

1. Fragestellung bei Bestandespflegekommissionen
2. Funktion, Dauer und Arten der Verjährung
  - a. Funktion der Verjährung
  - b. Dauer der Verjährungsfristen
  - c. Arten der Verjährungsfristen
3. Verjährungsdauer bei Bestandespflegekommissionen
  - a. Bestandespflegekommissionen als periodische Leistungen
  - b. Ausnahme bei nicht offengelegten Kommissionen?
4. Verjährungsbeginn
  - a. Im Allgemeinen
  - b. Verjährungsbeginn bei zur Vertragserfüllung übergebenen und notwendigen Vermögenswerten
  - c. Verjährungsbeginn bei Bestandespflegekommissionen
5. Fazit

## 1. Fragestellung bei Bestandespflegekommissionen

[Rz 1] Vor Kurzem hat das Bundesgericht mit BGE 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012 einen weiteren Entscheid<sup>1</sup> im Bereich der Bestandespflegekommissionen veröffentlicht, welcher nicht bloss in Juristenkreisen, sondern auch in den Medien grosse Aufmerksamkeit erlangt hat. Beachtung findet insbesondere die Frage nach den Auswirkungen des Urteils, d.h. welche Ansprüche Kunden gegenüber Vermögensverwaltern (im Urteil handelte es sich um eine Bank) gestützt auf diese Entscheidung geltend machen können. Die Verjährung ist ein wesentlicher Aspekt für die Beantwortung dieser Frage.

[Rz 2] In allgemeiner Hinsicht ist festzustellen, dass es sich beim Anspruch auf Herausgabe der Bestandespflegekommissionen um einen vertraglichen Anspruch handelt, welcher der vertragsrechtlichen Verjährung unterliegt. In Bezug auf die Verjährung stellen sich zwei Fragen:

- Die erste Frage betrifft die Dauer der Verjährung, d.h. die anwendbare Verjährungsfrist.
- Die zweite Frage richtet sich auf den Fristbeginn, d.h. auf den Zeitpunkt, mit dem die Verjährungsfrist beginnt.

[Rz 3] Im konkreten Fall geht das Bundesgericht auf diese Verjährungsfragen nicht ein. In der Praxis ist die Verjährung indes bedeutsam, da Vermögensverwaltungs- und Bankbeziehungen regelmässig während längerer Zeiträume bestehen und nicht selten auch über Generationen hinweg weitergeführt werden.

## 2. Funktion, Dauer und Arten der Verjährung

### a. Funktion der Verjährung

[Rz 4] Die Verjährung dient der Erhaltung der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens<sup>2</sup>. Sie schützt vor Ansprüchen aus lange zurückliegender Zeit und verringert das Risiko einer ungerechtfertigten Inanspruchnahme aufgrund der mit dem Verstreichen der Zeit zunehmend schwierigeren Beweisführung<sup>3</sup>. Grundsätzlich sind daher alle Forderungen der Verjährung unterworfen. Der Gläubiger, der einen Anspruch während Jahren nicht ausübt, verliert zwar nicht die Forderung; er kann diese aber gegen den Willen des Schuldners nicht mehr durchsetzen.

### b. Dauer der Verjährungsfristen

[Rz 5] Es gibt eine Vielzahl von Verjährungsfristen. Sie können von sechs Monaten (Art. 315 OR) bis dreissig Jahre (Art. 210 Abs. 1<sup>bis</sup> OR) dauern. Für die vorliegende Thematik sind freilich die allgemeinen vertraglichen Verjährungsfristen von Interesse. Das Obligationenrecht sieht diesbezüglich im Allgemeinen Teil für vertragliche Ansprüche zwei unterschiedlich lange Verjährungsfristen vor: Art. 127 OR enthält eine allgemeine zehnjährige Frist und Art. 128 Ziff. 1–3 OR für gewisse Vertragsforderungen eine fünfjährige Frist.

### c. Arten der Verjährungsfristen

[Rz 6] Sodann kennt das Gesetz zwei Arten der Verjährungsfristen: die absolute und die relative Verjährungsfrist.

[Rz 7] Bei den absoluten Verjährungsfristen ist die Kenntnis des Anspruchs nicht notwendig. Eine Forderung kann daher auch verjähren, bevor der Geschädigte die zur Geltendmachung seines Anspruchs erforderlichen Tatsachen kennt<sup>4</sup>. So beginnt etwa im Bereicherungsrecht die zehnjährige Verjährungsfrist mit der Entstehung des Anspruchs (Art. 67 Abs. 1 OR), d.h. mit dem Eintritt der Bereicherung<sup>5</sup>. Und auch bei der ausservertraglichen Haftung läuft die zehnjährige Verjährungsfrist ab der schädigenden Handlung (Art. 60 Abs. 1 OR), weshalb der Anspruch verjähren kann, bevor die finanziellen Folgen einer Schädigung endgültig abschätzbar sind und sogar bevor sich die schädigende Handlung überhaupt ausgewirkt hat. Letzteres mag in Einzelfällen unbillig erscheinen. Dies ist vom Gesetzgeber jedoch im Hinblick darauf,

<sup>1</sup> BGE 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012.

<sup>2</sup> VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, Zürich 1974, 211; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, N 83.06; ZK/BERTI Vorb. OR 127–142 N 7; CR/PICHONNAZ OR 127 N 1.

<sup>3</sup> SCHWENZER (Fn. 2) N 83.06.

<sup>4</sup> Vgl. BGE 137 III 16, 23 E. 2.5; 136 II 187, 198 f. E. 7.4.4.; 126 II 145, 151 E. 2. Vgl. auch ZK/BERTI OR 130 N 8; kritisch CR/PICHONNAZ OR 130 N 4c.

<sup>5</sup> VON TUHR/ESCHER (Fn. 2) 218.

dass nach einem gewissen Zeitablauf Rechtssicherheit und Rechtsfrieden gewährleistet werden sollen, gewollt<sup>6</sup>. Aus rechtsstaatlichen Gründen ist es im Übrigen auch unbefriedigend, wenn jedermann damit rechnen muss, mit Forderungen aus weit zurückliegenden Sachverhalten konfrontiert zu werden.

[Rz 8] Im Bereicherungs- und Haftpflichtrecht sieht das Obligationenrecht sodann eine kürzere relative Verjährungsfrist von einem Jahr vor. Bei den relativen Verjährungsfristen ist die Kenntnis des Anspruchs notwendig, d.h. der Anspruch muss dem Grundsatz und Umfang nach soweit überblickbar sein, dass die gerichtliche Geltendmachung möglich und zumutbar ist<sup>7</sup>. Der Anspruchsberechtigte muss folglich Kenntnis von seinem Bereicherungsanspruch bzw. vom Schaden und vom Ersatzpflichtigen haben.

### 3. Verjährungsdauer bei Bestandespflegekommissionen

#### a. Bestandespflegekommissionen als periodische Leistungen

[Rz 9] Bestandespflegekommissionen werden in regelmässigen Abständen (in der Regel jährlich) vom Anbieter des Anlageproduktes an den Vermögensverwalter überwiesen; diese Vergütung ist gemäss dem Bundesgericht ein Teil der von den Anbietern des Anlageproduktes (z.B. einer Fondsleitung) «periodisch, meist jährlich» belasteten Management Fee<sup>8</sup>. Es handelt sich bei Bestandespflegekommissionen infolgedessen um periodische Leistungen im Sinne von Art. 128 Ziff. 1 OR. Es besteht kein Unterschied zwischen der jährlichen Ausrichtung der Bestandespflegekommission an den Vermögensverwalter und den anderen in Rechtsprechung und Lehre anerkannten periodischen Leistungen, wie Dividenden und andere periodische Gewinnanteile, Lizenzgebühren, Rentenforderungen oder Unterhaltsansprüchen<sup>9</sup>. Die Definition der periodischen Leistung setzt insbesondere nicht voraus, dass die Höhe der periodisch wiederkehrenden

Einzelleistungen gleich ist<sup>10</sup>. Auch in der Lehre geht man in Bezug auf Bestandespflegekommissionen von periodischen Leistungen aus<sup>11</sup>.

#### b. Ausnahme bei nicht offengelegten Kommissionen?

[Rz 10] Teilweise wird vertreten, die fünfjährige Verjährungsfrist verlängere sich auf zehn Jahre, wenn der Rückgabeananspruch gegenüber dem Kunden nicht offengelegt wird<sup>12</sup>. Worauf sich diese Auffassung stützt, wird nicht dargelegt. Sie vermischt jedenfalls das Zusammenspiel der im Bereicherungs- und Haftpflichtrecht bestehenden relativen und absoluten Fristen einerseits und die beiden absoluten Verjährungsfristen in Art. 127 f. OR andererseits:

[Rz 11] Art. 127 OR und Art. 128 OR stehen nicht im Verhältnis einer absoluten zu einer relativen Verjährungsfrist. Bei beiden Fristen handelt es sich um absolute Verjährungsfristen. Man mag mit der Lehre die fünfjährige Verjährungsfrist als zu kurz bemessen erachten und eine einschränkende Auslegung oder rechtspolitisch gar deren Aufhebung fordern<sup>13</sup>. Nicht zulässig ist es dagegen, Sachverhalte, die unter Art. 128 OR fallen, der längeren Verjährungsfrist der Bestimmung in Art. 127 OR zu unterstellen, bloss weil der Anspruch nicht bekannt ist. Dies liefe – wie erwähnt – darauf hinaus, die absolute Verjährungsfrist in Art. 128 OR aus Billigkeitsgründen in Einzelfällen zu einer relativen Verjährungsfrist zu machen. Sowohl die bekannten als auch die nicht bekannten Ansprüche unterliegen somit der absoluten Verjährungsfrist von Art. 128 OR.

### 4. Verjährungsbeginn

#### a. Im Allgemeinen

[Rz 12] Die zweite Frage betrifft den Beginn der Verjährungsfrist. Gemäss Art. 130 Abs. 1 OR beginnt die Verjährung mit der Fälligkeit der Forderung. Fällig ist eine Forderung in dem Zeitpunkt, in dem der Anspruch eingefordert werden kann<sup>14</sup>. Eine Forderung kann gemäss Art. 75 OR sogleich nach deren Entstehung eingefordert werden, soweit sich weder aus

<sup>6</sup> BaK/KOLLER OR 475 N 12; SCHWENZER (Fn. 2) N 83.06; CR/PICHONNAZ OR 130 N 4c; vgl. BGE 137 III 16, 18 E. 2.1. Seit einigen Jahren bestehen Bestrebungen, die Verjährung bei körperlichen Spätschäden zu verlängern, vgl. Bericht des Bundesamtes für Justiz zum Vorentwurf über die Revision des Verjährungsrechts, August 2011, 9; siehe auch Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens zur Revision des Verjährungsrechts, August 2012.

<sup>7</sup> BaK/DÄPPEN OR 60 N 6; ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, N 570.

<sup>8</sup> BGE 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 4.1.

<sup>9</sup> S. etwa BaK/DÄPPEN OR 128 N 3; ZK/BERTI OR 128 N 17-25; CR/PICHONNAZ OR 128 N 5-9. Hinsichtlich der Lizenzgebühren siehe BGE 124 III 370, 373 E. 3b bb, c; Gewinnanteile siehe BGE 124 III 449, 451 E. 3 b sowie BGE 31 I 441, 457 E. 3).

<sup>10</sup> Vgl. etwa BGE 124 III 370, 374; BaK/DÄPPEN OR 128 N 2.

<sup>11</sup> EMMENEGGER, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: EMMENEGGER [Hrsg.], Anlagerecht, Basel 2007, 70, 87; SCHMID, Retrozessionen an externe Vermögensverwalter: Privatrechtliche Fragen, Bern 2009, 168; ebenso FISCHER /CAPUTO, Tickende Zeitbombe Retrozessionen, in: Finanz und Wirtschaft vom 30. Juni 2007, 30.

<sup>12</sup> So EMMENEGGER (Fn. 11) 87 f.; SCHMID (Fn. 11) 168.

<sup>13</sup> Vgl. etwa GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, N 1286; BRÄNDLI, Art. 127 und 128 Ziff. 3 OR – Gemischter Vertrag oder zwei selbständige Verträge?, AJP 2004 1555, 1557 (beide Autoren allerdings in Bezug auf den Werkvertrag).

<sup>14</sup> BaK/WIEGAND OR 102 N 4; BaK/DÄPPEN OR 130 N 6; ZK/BERTI OR 130 N 8.

dem Vertrag noch der Natur des Rechtsverhältnisses etwas anderes ergibt.

[Rz 13] Bei Auftrags- und Hinterlegungsverhältnissen ist in Bezug auf den Verjährungsbeginn zu unterscheiden, ob die Rückgabe die vom Auftraggeber übergebenen bzw. sonstigen zur Vertragserfüllung notwendigen Vermögenswerte (nachfolgend Ziff. 4 b) oder aber die während der Vertragsdauer durch den Beauftragten erworbenen und dem Auftraggeber bzw. Hinterleger herauszugebenden Vermögenswerte (nachfolgend Ziff. 4 c) betrifft.

## b. Verjährungsbeginn bei zur Vertragserfüllung übergebenen und notwendigen Vermögenswerten

[Rz 14] Bei Vermögenswerten, welche der Beauftragte zur Vertragserfüllung vom Auftraggeber erhält, ist umstritten, ob die Verjährungsfrist bereits mit der Übergabe der Sache (bzw. des Vermögenswertes) oder erst mit deren Rückforderung bzw. mit Kündigung des Vertrages beginnt. Gleiches gilt in Bezug auf den Hinterlegungsvertrag.

[Rz 15] Die heute vorherrschende Auffassung macht in der Regel ohne nähere Begründung geltend, die Verjährungsfrist beginne erst mit der Beendigung des Auftrags<sup>15</sup>. Meist wird gleichzeitig ausgeführt, der Beauftragte habe die während des Vertragsverhältnisses erlangten Vermögenswerte, soweit nichts anderes vorgesehen ist, sofort herauszugeben<sup>16</sup>. Dies gilt nicht nur für die erlangten, sondern auch für die dem Beauftragten übergebenen Vermögenswerte: beim Auftrag aufgrund des zwingenden jederzeitigen Widerrufsrecht (Art. 404 Abs. 1 OR) und der verjährungsrechtlichen Bestimmung, wonach die Verjährung mit dem Tag beginnt, auf den die Kündigung zulässig ist (Art. 130 Abs. 2 OR); bei der Hinterlegung aufgrund des zwingenden jederzeitigen Rückforderungsrechts hinsichtlich der hinterlegten Sache (Art. 475 Abs. 1 OR). Der Widerspruch zwischen der Ansicht, die Verjährung beginne erst bei Beendigung des Auftrags bzw. Hinterlegungsvertrages, und der zeitlich bereits früheren Fälligkeit der Forderungen wird von der vorherrschenden Auffassung nicht thematisiert. Die Gegenmeinung hält sich zu Recht an den Gesetzestext, welcher besagt, die Verjährung beginne mit der Fälligkeit (Art. 130 Abs. 1 OR), d.h. mit der Übergabe bzw. Erlangung der Vermögenswerte<sup>17</sup>. Die

Gefahr, dass der Herausgabeanspruch während der laufenden Vertragsbeziehung verjährt, wird als gering angesehen, da bei Darlehen mit jeder Zinszahlung bzw. bei Hinterlegungen mit jeder Geltendmachung der Aufbewahrungsgebühr die Verjährung unterbrochen wird<sup>18</sup>.

[Rz 16] Die Rechtsprechung ist ebenfalls von Unsicherheiten geprägt: Während nach der älteren Rechtsprechung die Verjährung ab dem Zeitpunkt der Hinterlegung beginnt<sup>19</sup>, hat das Bundesgericht in späteren Entscheidungen für den Fristenbeginn auf die Beendigung des Vertragsverhältnisses abgestellt<sup>20</sup>. Diese Rechtsprechung gerät jedoch in jenen Fällen in Schwierigkeiten, in denen der Beauftragte bzw. Aufbewahrer geltend macht, die hinterlegten Vermögenswerte vor mehr als zehn Jahren zurückerstattet zu haben<sup>21</sup>. SPIRO führte diesbezüglich schon vor bald vier Jahrzehnten überzeugend aus:

«Wie soll denn die klagende Partei [Auftraggeber bzw. Hinterleger] die Behauptung der Rückgabe [der übergebenen Vermögenswerte] widerlegen? Wie anders, als dass vom Beklagten [d.h. vom Beauftragten] Behauptungen über die Umstände der Rückgabe verlangt werden, die er oft nicht mehr liefern kann? Will man aber die abstrakte Behauptung des [Beauftragten], es sei zurückgegeben worden, oder gar die Versicherung des Erben, er könne überhaupt nichts Bestimmtes mehr sagen, genügen lassen: wie soll dann der Kläger beweisen, dass nie zurückgegeben wurde? (...) Man kann in solchen Fällen über die «gerechte» Lösung gewiss zweierlei Meinung sein, nicht aber darüber, welche der schweizerische Gesetzgeber gewählt hat.»<sup>22</sup>

[Rz 17] In der neueren Rechtsprechung hat das Bundesgericht daher seine Auffassung wieder relativiert<sup>23</sup>. Die Lehrmeinungen, die sich vertieft mit der sich wandelnden Rechtsprechung zu dieser Frage befassen, gehen davon aus, dass die Rechtsprechung im Ergebnis wieder zu ihrer früheren Auffassung zurückgekehrt ist<sup>24</sup>. Für treuhänderische Vertragsverhältnisse hält die Rechtsprechung jedoch mit nicht überzeugender dogmatischer Begründung am Verjährungsbeginn bei Beendigung des Vertrages fest. Das Gericht beruft sich dabei auf den Grundsatz, dass «einem befriedigten

<sup>15</sup> So etwa BK/FELLMANN OR 400 N 169; gl.M. BAERLOCHER, Der Hinterlegungsvertrag, in: SPR, Bd. VII/1, Basel 1977, 704.

<sup>16</sup> BK/FELLMANN OR 400 N 160; HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: SPR, Bd. VII/2, 2. Aufl. Basel 2000, 121; BK/GAUTSCHI OR 400 N 45 d (anders aber wohl BK/GAUTSCHI OR 400 N 20 b).

<sup>17</sup> BaK/KOLLER OR 475 N 12; KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009, § 68 N 20; grundlegend bereits SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bd. I, Bern 1975, 54 ff. Zu den verschiedenen Meinungen auch ZK/BERTI OR 130 N 15. Vgl. zu Art. 130 OR auch GAUCH, Verjährungsunsicherheit, Ein Beitrag zur Verjährung privatrechtlicher Forderungen,

in: Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, 239, 243.

<sup>18</sup> KOLLER, Verjährt oder nicht verjährt? Drei höchstrichterliche Antworten, AJP 2000, 243, 245; BaK/KOLLER OR 475 N 9.

<sup>19</sup> BGE 90 II 428, 434 f.; 78 II 243, 257.

<sup>20</sup> BGE 91 II 442, 449 ff.; 133 III 37, 41 f.; vgl. hierzu BaK/KOLLER OR 475 N 11.

<sup>21</sup> SPIRO (Fn. 17) 58; BaK/ KOLLER OR 475 N 12.

<sup>22</sup> SPIRO (Fn. 17) 59.

<sup>23</sup> Ausführlich zu dieser Frage KOLLER (Fn. 18) 246; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. Zürich 2000, § 39 N 23 f.; BaK/DÄPPEN OR 130 N 15. Siehe zur Frage der Relativierung von BGE 122 III 10 aber BGE 133 III 37, 42.

<sup>24</sup> KOLLER (Fn. 18) 246; BaK/KOLLER OR 475 N 12.

Anspruch keine Verjährung läuft»<sup>25</sup>. Dieser Grundsatz lasse sich «zwanglos auf die treuhänderische Vermögensverwaltung anwenden, wo der nach Vertrag vorgeschriebene Zustand besteht, solange das Vermögen vertragskonform fremdverwahrt und fremdverwaltet wird. Deshalb unterliegt der Rückerstattungsanspruch während der Dauer dieses Zustandes keiner Verjährung»<sup>26</sup>.

[Rz 18] Diese Argumentation betrifft jedenfalls bloss die Verjährung des Anspruchs auf Herausgabe der vom Auftraggeber dem Beauftragten (also vom Kunden dem Vermögensverwalter) übergebenen Werte, nicht die von Dritten an den Beauftragten übergebenen und für die Erfüllung des Auftrages nicht notwendigen Werte. Denn in Bezug auf Bestandespflegekommissionen, die nach der Rechtsprechung dem Kunden herauszugeben sind, lässt sich jedenfalls nicht vertreten, es handle sich um einen «befriedigten Anspruch», weshalb die Verjährung nicht zu laufen beginne.

[Rz 19] Für die Rückgabeverpflichtung der Vermögenswerte, die der Beauftragte bzw. Aufbewahrer für die Vertragserfüllung erhält bzw. erlangt (also etwa die hinterlegten bzw. dem Beauftragten ausgehändigten Vermögenswerte), dürfte die praktische Bedeutung der Frage des Verjährungsbeginns geringer sein, als das Bundesgericht und die Lehre befürchtet. Periodische Zinszahlungen, Rechnungslegungen oder Geltendmachung eines Entgelts für die Aufbewahrungsdienste unterbrechen – wie bereits erwähnt – die Verjährung.

[Rz 20] Die in Widerspruch zur Gesetzeslage geänderte Rechtsprechung, die für den Verjährungsbeginn gleichwohl auf die Beendigung des Vertrages abstellt, beruht offenkundig auf der Befürchtung, dass der Hinterleger während längerer Zeit daran gehindert ist, Abrechnungen entgegenzunehmen und auch keinen Treuhänder bestellt hat, der diese stellvertretend für ihn entgegennehmen kann<sup>27</sup>. Solche Fälle dürfte es zum einen kaum je geben; sollte es in einem Einzelfall gleichwohl dazu kommen, wäre bei der Einrede der Verjährung der Rechtsmissbrauch zu prüfen<sup>28</sup>.

### c. Verjährungsbeginn bei Bestandespflegekommissionen

[Rz 21] Die bisherigen Ausführungen betreffen die Frage, wann die Rückforderung für übergebene bzw. zur Vertragserfüllung notwendige Vermögenswerte zu verjähren beginnt. Hiervon zu unterscheiden ist die Herausgabe von Vermögenswerten, die zur Vertragserfüllung nicht notwendig sind, wie eben die Bestandespflegekommissionen.

[Rz 22] Da weder die vertragliche Vereinbarung noch die

Natur des Rechtsverhältnisses der unmittelbaren Fälligkeit entgegenstehen, ist die Ablieferung mit dem Erwerb der Entschädigung durch den Beauftragten fällig<sup>29</sup>.

[Rz 23] Diese Entschädigungen sind nicht erst nach der Kündigung bzw. Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer herauszugeben, sondern – nach allgemeiner Auffassung<sup>30</sup> – sofort, d.h. im Zeitpunkt, in dem der Beauftragte diese Entschädigungen erlangt<sup>31</sup>. Dies bestätigt auch das Bundesgericht in seiner ersten bekannt gewordenen Entscheidung zur Herausgabepflicht von Provisionen aus dem Jahre 2002:

«Nach Art. 400 OR ist der Beauftragte verpflichtet, alles, was ihm infolge der Geschäftsführung für den Auftraggeber aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, dem Auftraggeber zu erstatten. (...). Was den Zeitpunkt der Rückerstattung betrifft, so hat der Beauftragte Vermögenswerte, die er während der Auftragsausführung erlangt und für die Vertragserfüllung nicht benötigt, mangels anderer vertraglicher Abmachung dem Auftraggeber sofort nach ihrem Erwerb herauszugeben»<sup>32</sup>.

[Rz 24] Bestandespflegekommissionen stellen nach Ansicht der Rechtsprechung Vermögenswerte dar, welche die Vermögensverwalter während und infolge der Auftragsausführung erlangt haben. In Bezug auf das Kundenverhältnis werden diese Vermögenswerte für die Vertragserfüllung nicht benötigt, weshalb sie sofort herauszugeben sind. «Entstehen aus einem Schuldverhältnis mehrere Forderungen mit besonderen Fälligkeitsterminen, so beginnt für jede dieser Forderungen mit ihrer Fälligkeit eine besondere Verjährung»<sup>33</sup>. Infolgedessen beginnt die Verjährung eines etwaigen Herausgabeanspruches mit der periodischen Überweisung der Entschädigung vom Anbieter eines Anlageprodukts an den Vermögensverwalter.

## 5. Fazit

[Rz 25] Bestandespflegekommissionen fallen in aller Regel jährlich an. Als periodische Zahlungen unterliegen sie der fünfjährigen Verjährungsfrist von Art. 128 OR. Da es sich bei den Bestandespflegekommissionen nicht um Vermögenswerte handelt, die zur Vertragserfüllung benötigt werden, ist der Anspruch des Kunden mit der periodischen Überweisung der Bestandespflegekommission an den Vermögensverwalter fällig. Aufgrund von Art. 130 Abs. 1 OR fällt der Beginn der Verjährung für die etwaigen Herausgabeansprüche auf diesen Zeitpunkt.

<sup>25</sup> BGE 122 III 10, 18.

<sup>26</sup> Ebenda.

<sup>27</sup> Vgl. BaK/KOLLER OR 475 N 13. Dies war auch die Konstellation in BGE 133 III 37 ff.

<sup>28</sup> BaK/KOLLER OR 475 N 13.

<sup>29</sup> HOFSTETTER (Fn. 16) 121.

<sup>30</sup> Siehe Fn. 16.

<sup>31</sup> Vgl. BK/FELLMANN OR 400 N 128 und 131.

<sup>32</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.125/2002 E. 3.1 vom 27. September 2002.

<sup>33</sup> VON TUHR/ESCHER (Fn. 2) 218.

---

Dr. Beat Mathys ist Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen und Rechtsanwalt in Zürich.

Prof. Dr. Vito Roberto ist Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen.

---

\* \* \*