

Bereich der Energieerzeugung und Energiespeicherung oftmals an den Rahmenbedingungen der Raumplanung und des Natur- und Heimatschutzes scheitern, mag zwar unbefriedigend erscheinen, ist im Endeffekt aber der konsequenten Anwendung des normierten Rechts geschuldet. Dies scheint mittlerweile auch auf politischer Ebene erkannt worden zu sein: Erst kürzlich wurden im Rahmen der Verabschiedung des Bundesgesetzes über dringliche Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter (Änderung des Energiegesetzes) auf Gesetzesebene unter anderem vereinfachte Voraussetzungen für Photovoltaik-Grossanlagen verankert.<sup>13</sup> So gelten nach Art. 71a EnG gewisse Grossprojekte von Gesetzes wegen als standortgebunden und profitieren noch von weiteren Erleichterungen. Ungeachtet der berechtigten verfassungsrechtlichen Bedenken hierzu<sup>14</sup> erscheint eine Diskussion über die Anpassung der materiell-rechtlichen Vorschriften als transparent wie auch als dringend angezeigt. In diesem Rahmen wird der Kern der Problematik, namentlich die vielseitigen und sich entgegenstehenden Interessen, einer Kontroverse zugeführt werden. Im Gegensatz hierzu entzieht sich die Diskussion über die Anpassung von verfahrensrechtlichen Vorschriften weitestgehend dem vorgenannten Thema.<sup>15</sup> Scheitern für die heimische Energieproduktion durchaus notwendige Bauvorhaben wiederholt an den Rahmenbedingungen des Raumplanungs- bzw. Natur- und Heimatschutzrechts, so ist eine vertiefte Auseinandersetzung mit den diesbezüglichen Rahmenbedingungen – namentlich in materieller, und nicht etwa nur in verfahrensrechtlicher Hinsicht – unumgänglich. Diese Auseinandersetzung hat jedoch zwingend in einem verfassungskonformen Gesetzgebungsverfahren zu erfolgen.

## 2. Privatrecht/Droit privé

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

#### 2.7.2. Obligationenrecht – Besonderer Teil – allgemein/Droit des obligations – Partie spéciale – en général

##### 2.7.2.9. Auftragsrecht/Mandat

##### Execution only: Retrozessionen, Auskunft, Verjährung

##### Besprechung von BGer, 4A\_601/2021, 8.9.2022

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_601/2021 vom 8. September 2022, Pensionskasse der A. gegen Bank Ba. AG, Retrozessionen.



MARTINA REBER\*

*Den Kern des Entscheids bilden die verschiedenen Verjährungsfragen im Zusammenhang mit Retrozessionen im Execution-Only-Verhältnis. Das Bundesgericht bestätigt seine (überzeugende) Rechtsprechung, wonach die Herausgabeforderung der Auftraggeberin innert zehn Jahren ab Zufluss der Retrozessionen verjährt. Vor diesem Hintergrund kann es die Frage nach der Herausgabepflicht von Retrozessionen im Execution-Only-Verhältnis offenlassen. Abzulehnen ist hingegen der vom Bundesgericht befürwortete Gleichlauf der Verjährung von Auskunfts- und Herausgabepflicht, da er der einhelligen Lehre und der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung widerspricht. Zuzustimmen ist dem Bundesgericht darin, dass es die Verletzung der Auskunfts- und Herausgabepflicht hinsichtlich Retrozessionen nicht als Dauerdelikt qualifiziert. Indessen übersieht es, dass vorliegend nur die Sekundäransprüche der Kundin wegen Verletzung der unaufgeforderten Benachrichtigungspflicht und der Herausgabepflicht, nicht aber diejenigen wegen Verletzung der Auskunftspflicht verjährt sind.*

## I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Zwischen der Pensionskasse der A. (fortan: Kundin) und der Bank Ba. AG (fortan: Bank) besteht seit dem Jahr 2001 eine Konto-/Depotbeziehung (Execution Only). Die Partei-

<sup>13</sup> Art. 71a EnG; eingefügt durch Ziff. I des Bundesgesetzes vom 30. September 2022 (Dringliche Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter), in Kraft vom 1. Oktober 2022 bis zum 31. Dezember 2025 (AS 2022 543; BBl 2022 1536, 1540).

<sup>14</sup> Vgl. dazu KURT FLURI, Leichtfertiger Umgang von Bundesrat und Parlament mit der Verfassung, NZZ vom 20.10.2022, 18.

<sup>15</sup> So etwa die Vorlage zur Beschleunigung von Verfahren für Wasserkraft- und Windenergieanlagen (vgl. dazu Vorentwurf vom 2. Februar 2022 zur Änderung des EnG, Internet: <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/70143.pdf> [Abruf 22.10.2022]).

\* MARTINA REBER, MLaw, Rechtsanwältin, wissenschaftliche Assistentin an der Universität Bern. Die Autorin dankt stud. iur. Philipp Bürgi für seine wertvolle Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrages.

en streiten über die Retrozessionen, die der Bank im Zusammenhang mit dieser Geschäftsbeziehung ausgerichtet wurden. Für die rechtliche Beurteilung lassen sich vier Perioden unterscheiden: die Periode I (1. Januar 2001 bis 31. Oktober 2008), die Periode II (1. November 2008 bis 17. Februar 2014), die Periode III (17. Februar 2014 bis 31. Oktober 2018) und die Periode IV (ab 1. November 2018). Gegenstand des Verfahrens vor Bundesgericht ist einzig die Periode I. Für die Periode II hatte die Bank der Kundin drei Monate nach der Klageeinreichung die Retrozessionen herausgegeben, weshalb das Handelsgericht die Klage in diesem Umfang als gegenstandslos abschrieb. Für die Periode III lautete das Urteil des Handelsgerichts auf Herausgabe der Retrozessionen, was von der Bank nicht angefochten wurde. Für die Periode IV erklärte die Bank, keine Retrozessionen erhalten zu haben.

Für die Periode I hingegen entschied das Handelsgericht, die Auskunfts- und Herausgabeansprüche der Kundin seien verjährt. Die Kundin erhebt Beschwerde an das Bundesgericht. Sie beantragt im Wesentlichen, die Bank habe ihr Auskunft und Rechenschaft über die in Periode I erhaltenen Retrozessionen zu erteilen und ihr diese Retrozessionen herauszugeben. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

## II. Wesentliche Erwägungen des Bundesgerichts

Die wesentlichen Erwägungen des Bundesgerichts lassen sich wie folgt zusammenfassen:

### A. Herausgabepflicht von Retrozessionen im Execution-Only-Verhältnis

Die Bank bestreitet vor Bundesgericht eine Herausgabepflicht von Retrozessionen im Execution-Only-Verhältnis, da es hier an einem potenziellen Interessenkonflikt fehle.<sup>1</sup> Das Bundesgericht verweist auf die diesbezüglich divergierenden Lehrmeinungen, lässt die Frage aber letztlich offen mit der Begründung, dass die noch strittigen Ansprüche der Kundin verjährt seien.<sup>2</sup>

### B. Verjährungsbeginn des Herausgabeanspruchs

Das Bundesgericht bestätigt seine Rechtsprechung in BGE 143 III 348, wonach Herausgabeansprüche betreffend Retrozessionen innert zehn Jahren ab Zufluss an den Beauftragten verjähren, und verwirft die Ansicht der Kundin, wonach für den Beginn der Verjährungsfrist auf die

Geltendmachung des Herausgabeanspruchs, spätestens aber auf die Beendigung des Auftragsverhältnisses, abzustellen sei. Nach Ansicht des Bundesgerichts hätte ein Verjährungsbeginn erst mit Geltendmachung des Anspruchs überlange Verjährungsfristen zur Folge. Dies liefe dem Sinn und Zweck der Verjährung, Rechtsfrieden zu schaffen und die mit der Zeit zunehmenden Beweisprobleme zu vermeiden, zuwider.<sup>3</sup>

### C. Verjährungsbeginn des Auskunftsanspruchs

Das Bundesgericht bestätigt die Ansicht der Vorinstanz, wonach der auftragsrechtliche Auskunfts- und Rechenschaftsanspruch hinsichtlich bestimmter Vorteile ab dem Zeitpunkt des Zugangs dieser Vorteile beim Beauftragten zu verjähren beginnt. Es führt aus, dass nicht ersichtlich sei, welches Interesse die Kundin an der Durchsetzung der Auskunftsansprüche noch haben könne, wenn die entsprechenden Herausgabeansprüche bereits verjährt seien.<sup>4</sup>

### D. Rechtsmissbrauch

Das Bundesgericht erachtet die Verjährungseinrede der Bank nicht als rechtsmissbräuchlich: Ein Rechtsmissbrauch sei restriktiv anzunehmen. Eine rechtsmissbräuchliche Erhebung der Verjährungseinrede würde voraussetzen, dass sich die Bank auf eine Weise verhalten hätte, die objektiv betrachtet dazu geeignet war, die Kundin von der Unterbrechung der Verjährung abzuhalten. Ein solches Verhalten sei vorliegend nicht nachgewiesen: Vielmehr habe sich die Bank in ihren Schreiben jeweils auf den Standpunkt gestellt, dass sie keine Herausgabepflicht hinsichtlich der erhaltenen Vergütungen treffe, weil es an einem relevanten inneren Zusammenhang zwischen den Vergütungen und dem Auftrag fehle. Daraus hätte die Kundin ableiten müssen, dass die Bank nicht zur Herausgabe der Retrozessionen bereit und daher die Einleitung verjährungsunterbrechender Schritte angezeigt gewesen sei.<sup>5</sup>

### E. Verjährungsbeginn der Sekundäransprüche

Die Kundin macht weiter geltend, dass die Verletzung der Auskunfts- und Herausgabepflicht durch die Bank eine positive Vertragsverletzung darstelle, und fordert Schadenersatz. Wie zuvor das Handelsgericht beschränkt auch das Bundesgericht die Anspruchsprüfung auf die Frage der

<sup>1</sup> BGer, 4A\_601/2021, 8.9.2022, E. 7.1.

<sup>2</sup> BGer, 4A\_601/2021, 8.9.2022, E. 7.2, m.w.H.

<sup>3</sup> BGer, 4A\_601/2021, 8.9.2022, E. 8.1.3.

<sup>4</sup> BGer, 4A\_601/2021, 8.9.2022, E. 8.2.2.

<sup>5</sup> BGer, 4A\_601/2021, 8.9.2022, E. 8.3.

Verjährung und kommt zum Schluss, dass allfällige Sekundäransprüche der Kundin bereits verjährt seien. Es verneint ein Dauerdelikt.<sup>6</sup>

### III. Bemerkungen

#### A. Herausgabepflicht von Retrozessionen im Execution-Only-Verhältnis

##### 1. Bisherige Lehre und Rechtsprechung

Für die Vermögensverwaltung bejaht das Bundesgericht die Herausgabepflicht bei Retrozessionen mit der Begründung, der Beauftragte solle «*durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren*»,<sup>7</sup> weshalb er der Auftraggeberin alle Vermögenswerte herauszugeben habe, «*die in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung stehen*». Bislang nicht zu beurteilen hatte das Bundesgericht, ob Retrozessionen auch im Execution-Only-Verhältnis herauszugeben sind.<sup>9</sup>

In der Lehre ist die Frage umstritten.<sup>10</sup> Die Gegner einer Herausgabepflicht machen geltend, dass es bei Exe-

cution-Only-Verhältnissen an einem potenziellen Interessenkonflikt des Beauftragten und daher auch an einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung fehle.<sup>11</sup> Demgegenüber weisen die Befürworterinnen einer Herausgabepflicht im Execution-Only-Verhältnis insbesondere darauf hin, dass Art. 400 Abs. 1 OR eine «*Zuordnung der vermögenswerten Positionen von Auftraggeber und Beauftragtem*» vornehme: Der Beauftragte habe nach dem Wortlaut des Gesetzes «*alles, was ihm infolge des Auftrags aus irgendeinem Grund zugekommen ist*», herauszugeben, so dass er im Ergebnis *durch* den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinne noch verliere. Der «*innere Zusammenhang*», also der Nexus zwischen dem Auftrag und dem Vermögenszufluss an den Beauftragten, sei allgemeiner Natur. Namentlich erschöpfe er sich nicht darin, dass sich der Beauftragte durch den Vermögenszufluss einem potenziellen Interessenkonflikt aussetze. Im Fall von Retrozessionen sei der innere Zusammenhang zu bejahen: Nur dank der Auftraggeberin und ihrer Investition befinde sich der Beauftragte in einer Position, die den Vermögenszufluss in Gestalt von Retrozessionen überhaupt erst ermögliche.<sup>12</sup>

Das Handelsgericht des Kantons Zürich schloss sich bereits in einem Entscheid aus dem Jahr 2017 der Argumentation der Befürworterinnen an und bejahte eine grundsätzliche Herausgabepflicht von Retrozessionen im Execution-Only-Verhältnis.<sup>13</sup> Ebenso entschied es im hier besprochenen Fall.<sup>14</sup>

##### 2. Verzicht auf ein höchstrichterliches Machtwort

Nachdem das Handelsgericht Zürich bereits zum zweiten Mal entschieden hat, dass Retrozessionen im Execution-Only-Verhältnis der Herausgabepflicht unterliegen, hätte man erwarten können, dass das Bundesgericht die Gelegenheit zur höchstrichterlichen Klärung dieser Frage nutzt. Die Weisen vom Mon-Repos sind demgegenüber dem Grundsatz treu geblieben, dass sie ihre Urteilsfindung auf die entscheidungsrelevanten Fragen beschränken. Die Heraus-

<sup>6</sup> BGer, 4A\_601/2021, 8.9.2022, E. 9.4.3; HGer ZH, HG190234, 5.10.2021, E. 7.3.

<sup>7</sup> BGE 132 III 460 E. 4.1; 138 III 755 E. 4.2. Der Satz stammt ursprünglich von WALTER FELLMANN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992 (zit. BK-FELLMANN), Art. 400 OR N 127. Für eine französische Übersetzung siehe BGE 143 III 348 E. 5.1.1.

<sup>8</sup> BGE 132 III 460 E. 4.1; 138 III 755 E. 4.2.

<sup>9</sup> BGE 132 III 460 (Retro I), BGE 137 III 393 (Retro II) und BGE 138 III 755 (Retro III) betrafen allesamt Vermögensverwaltungsverträge. Demgegenüber betraf BGE 143 III 348 (Retro IV) einen Versicherungsvermittlungsvertrag. In diesem Entscheid waren sich die Parteien jedoch über die grundsätzliche Herausgabepflicht einig, stritten aber über deren Verjährung (vgl. E. 5.1.3). Vgl. immerhin BGE 139 III 49 E. 4.1 (Anwendung von Art. 400 Abs. 1 OR auf ein Kommissionsverhältnis). Vgl. ferner BGer, 4A\_427/2011, 29.11.2011 (punktuelle Anlageberatung; Herausgabepflicht bejaht); BGer, 4A\_355/2019, 13.5.2020 (Vermögensverwaltung; Herausgabepflicht bejaht); 4A\_263/2021, 21.10.2021 (Vermögensverwaltung, Herausgabepflicht vor BGer nicht mehr strittig).

<sup>10</sup> Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: *bejahend* z.B. SUSAN EMMENEGGER, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Anlagerecht, Basel 2007, 59 ff., 71 f.; SUSAN EMMENEGGER/THIRZA DÖBELI, Bankgeschäfte nach der Krise: Safer, simpler, fairer?, SZW 2018, 639 ff., 649; THOMAS JUTZI/KSENIA WESS, Retrozessionen und sonstige Entschädigungen, GesKR 2022, 76 ff., 86; KATHRIN M. KÜPPERS, Neuordnung der Finanzmarktaufsicht im Bereich der bankseitigen Erbringung und Vergütung von Finanzdienstleistungen, Zürich/Basel/Genf 2020, 69 ff., 79; CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Zur Annahme und Herausgabe von Retrozessionen und anderen Drittvergütungen, in: Rolf Sethe/Thorsten Hens/Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich/Basel/Genf 2013, 238 ff., 249. *Verneinend* etwa ROLF KUHN, Die Pflicht zur Herausgabe von Bestandspflegekommissio-

nen – eine Standortbestimmung nach BGE 138 III 755 (4A\_127/2012 vom 30. Oktober 2012), ZBJV 2013, 436 ff., 453; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 400 N 14a, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A. Basel 2020 (zit. BSK OR I-Verfasser); ANETTE WAYGOOD-WEINER, Rückvergütungen und Interessenkonflikte in der Finanzbranche, Zürich/St. Gallen 2014, 110 f.

<sup>11</sup> Vgl. statt vieler RAPHAEL PREISIG, Interessenwahrung und Ablieferungspflicht im Bankgeschäft, Jusletter vom 9.9.2013, N 16.

<sup>12</sup> EMMENEGGER (FN 10), 72. Weitere Argumente finden sich z.B. bei JUTZI/WESS (FN 10), GesKR 2022, 86; ZELLWEGER-GUTKNECHT (FN 10), 238.

<sup>13</sup> Vgl. HGer ZH, HG150054, 15.11.2017, E. 3.2.3 und 3.2.4.1.

<sup>14</sup> Vgl. HGer ZH, HG190234, 5.10.2021, E. 2.3 und 2.4.

gabe von Retrozessionen im Execution-Only-Verhältnis gehörte nicht dazu. Von den vier Retrozessionsperioden<sup>15</sup> stand nämlich nur noch die Periode I (2001 bis 2008) im Streit. Die Retrozessionszahlungen für die Periode II (2008 bis 2014) hatte die Bank der Kundin bereits im Anschluss an die Einleitung des Verfahrens vor dem Handelsgericht herausgegeben. Auch die Periode III (2014 bis 2018) war vor dem Bundesgericht nicht mehr strittig: Das Handelsgericht hatte die Bank zur Herausgabe der in diesem Zeitraum geflossenen Retrozessionen verpflichtet und die Bank hatte dies nicht angefochten. Für die Periode IV (ab 2018) hatte die Bank gar keine Retrozessionen mehr erhalten. Nachdem der Zeitraum, für den die Herausgabe der Retrozessionen verlangt wird, rund 20 Jahre zurückreicht, war die entscheidrelevante (Vor-)Frage diejenige der Verjährung der klägerischen Ansprüche.

### 3. Ausblick

Wenngleich das Bundesgericht die Frage der Herausgabepflicht von Retrozessionen im Execution-Only-Verhältnis offenlässt, so äussert es sich immerhin zur Präzedenzwirkung eines Entscheids, der für eine solche Herausgabepflicht zu sprechen scheint: In BGer, 4C.125/2002, 27.9.2002, bejahte das Bundesgericht die Herausgabepflicht bei Gratisaktien, die der Beauftragte aufgrund eines vom Auftraggeber mandatierten Leibrentenvertrages erhalten hatte.<sup>16</sup> Eine Präzedenzwirkung dieses Urteils für den Retrozessionskontext erachtet das Bundesgericht aber als «fraglich».<sup>17</sup>

Damit ist zwar kein abschliessendes Urteil über die Wirkung von BGer, 4C.125/2002, 27.9.2002, gefällt, aber als Speerspitze für die Klärung der Retrozessionsfrage im Execution-Only-Verhältnis wird er kaum mehr Verwendung finden können. Das ist aber auch nicht notwendig, denn das Bundesgericht hat sich in thematisch einschlägigen Entscheiden bereits für eine umfassende Herausgabepflicht ausgesprochen. So hat es in zwei Fällen, denen ein Execution-Only-Verhältnis zugrunde lag, die Herausgabepflicht für Mandatsverhältnisse insgesamt bejaht – also ohne Differenzierung zwischen Vermögensverwaltung, Anlageberatung und Execution Only:

*«L'obligation de restitution, qui est un aspect de l'obligation de fidélité de l'art. 398 al. 2 CO, tend à sauvegarder les intérêts du mandant, en prévenant d'éventuels conflits d'intérêts avec le mandataire. Elle a pour objet non seulement ce que le manda-*

*taire a reçu du mandant ou a lui-même créé, mais également ce qu'il a reçu de tiers, qu'il s'agisse de biens reçus du fait de l'exécution directe du mandat ou d'avantages indirects perçus dans le cadre de l'exécution du mandat (comme par exemple les rabais, les provisions, les pots-de-vin, les ristournes ou les rétrocessions) [...]»<sup>18</sup>*

Zwar stand in beiden Entscheiden die Herausgabe der Retrozessionen nicht im Streit, es ging konkret um den Umfang der Rechenschaftspflicht. Sie lassen aber doch den Schluss zu, dass sich bei der Retrozessionsfrage eine Differenzierung der verschiedenen Anlagegeschäfte nicht aufdrängt. Sollte sich das Bundesgericht dereinst für die Herausgabepflicht von Retrozessionen im Execution-Only-Verhältnis aussprechen, so ist der Boden dafür vorbereitet.

## B. Verjährungsbeginn des Herausgabeanspruchs auf Retrozessionen

### 1. Bisherige Lehre und Rechtsprechung

Der Lauf der Verjährung beginnt gemäss Art. 130 Abs. 1 OR mit der Fälligkeit der Forderung. Fälligkeit bedeutet, dass die Gläubigerin vom Schuldner Erfüllung fordern darf.<sup>19</sup> Gemäss Art. 75 OR darf sie dies «sogleich», sofern sich weder aus dem Vertrag noch aus der Natur des Rechtsverhältnisses etwas anderes ergibt. Das Bundesgericht hielt in BGE 143 III 348 fest, dass der Beauftragte Retrozessionen sofort nach Erhalt herauszugeben habe, und erklärte damit den Zeitpunkt des Zuflusses der Retrozessionen als massgeblich für Fälligkeit und Verjährungsbeginn des Herausgabeanspruchs.<sup>20</sup> Die Lehre war sich bis zum Entscheid uneinig.<sup>21</sup>

### 2. Keine Rechtsprechungsänderung

Im vorliegenden Fall verfolgte die Kundin mit ihrer Beschwerde an das Bundesgericht das ambitionierte Ziel, dieses zur Änderung der soeben dargelegten Rechtsprechung zu bewegen.<sup>22</sup> Das Bundesgericht lasse in BGE 143 III 348 unberücksichtigt, dass Art. 400 Abs. 1 OR in Bezug auf die Fälligkeit eine *lex specialis* darstelle. Die Auslegung dieser Bestimmung ergebe, dass der Herausgabeanspruch

<sup>15</sup> Siehe oben, I.

<sup>16</sup> Siehe BGer, 4C.125/2002, 27.9.2002, insb. E. 3.

<sup>17</sup> Vgl. BGer, 4A\_601/2021, 8.9.2021, E. 7.2.

<sup>18</sup> BGer, 4A\_599/2019, 1.3.2021, E. 5; 4A\_436/2020, 28.4.2022, E. 5 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>19</sup> Statt vieler BGE 143 III 348 E. 5.3.2.

<sup>20</sup> Vgl. zum Ganzen BGE 143 III 348 E. 5.3.2.

<sup>21</sup> Siehe die Nachweise bei BSK OR I-OSER/WEBER (FN 10), Art. 400 N 24.

<sup>22</sup> Vgl. BGer, 4A\_601/2021, 8.9.2022, E. 8.1.2: «Die Beschwerdeführerin beabsichtigt mit ihren Rügen eine Änderung dieser Rechtsprechung.»

erst zu verjähren beginne, wenn die Auftraggeberin die Herausgabe verlange, spätestens aber mit Beendigung des Auftrages.<sup>23</sup>

Das Bundesgericht lässt sich nicht überzeugen: Es hält fest, dass die herrschende Lehre seine Auffassung bezüglich des Verjährungsbeginns teile. Gegen die Position der Kundin spreche insbesondere, dass sie zu einer überlangen Dauer bis zum Verjährungseintritt führen würde, was dem Sinn und Zweck der Verjährung, Rechtsfrieden zu schaffen und die mit der Zeit zunehmenden Beweisprobleme zu vermeiden, widerspräche. Im Übrigen werde die Stellung der Auftraggeberin durch das geltende Regime nicht übermässig erschwert.<sup>24</sup>

### 3. Zustimmende Würdigung

Das Bundesgericht argumentiert vorliegend ergebnisbezogen und setzt sich nicht im Einzelnen mit den Argumenten der Kundin auseinander. Insbesondere verzichtet es darauf, Art. 400 Abs. 1 OR mit Blick auf die Frage auszulegen, ob die Norm eine *lex specialis* zu Art. 75 OR hinsichtlich der Fälligkeit des Herausgabeanspruchs darstellt. Dies soll vorliegend nachgeholt werden, wobei vorzuschicken ist, dass die Auffassung des Bundesgerichts im Ergebnis Zustimmung verdient:

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut. Das grammatikalische Auslegungselement wird durch das historische, das teleologische und das systematische Auslegungselement ergänzt.<sup>25</sup> Gemäss Art. 400 Abs. 1 OR ist der Beauftragte schuldig, «auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten». Nach Ansicht der Kundin kann diesem Wortlaut entnommen werden, dass der Herausgabeanspruch der Auftraggeberin erst mit dessen Geltendmachung fällig wird.<sup>26</sup> Dieses Verständnis ist aber nicht zwingend: Alternativ kann «auf Verlangen jederzeit» als Pflicht des Beauftragten verstanden werden, sich jederzeit für eine Rechenschaft und Ablieferung bereitzuhalten.<sup>27</sup> Ein Teil der Lehre ist gar der Ansicht, dass sich «auf Verlangen jeder-

zeit» nur auf die Rechenschaftspflicht, nicht hingegen auf die Herausgabepflicht beziehe.<sup>28</sup> Der französische und der italienische Wortlaut von Art. 400 Abs. 1 OR lassen ebenfalls für sämtliche dieser Auslegungsvarianten Raum.

Ein Blick in die Materialien liefert Aufschluss über das Fälligkeitsverständnis des historischen Gesetzgebers hinsichtlich der Ablieferungspflicht. Der Entwurf MUNZINGERS aus dem Jahr 1871 enthielt noch folgende Bestimmung: «Hat der Mandatar Gelder des Mandanten in seinen Nutzen verwendet, so ist er von dem Zeitpunkte der Verwendung an zur Verzinsung verpflichtet. Ebenso hat er die Gelder, mit deren Ablieferung er nach Bemessen der Umstände in Rückstand sich befindet, von da an zu verzinsen.»<sup>29</sup> Verzugszinsen sind bekanntlich erst geschuldet, wenn eine Forderung fällig ist.<sup>30</sup> MUNZINGER muss folglich davon ausgegangen sein, dass der Ablieferungsanspruch der Auftraggeberin im Zeitpunkt der Verwendung ihrer Gelder durch den Beauftragten fällig wird und nicht erst, wenn die Auftraggeberin die Ablieferung verlangt. Übertragen auf ablieferungspflichtige Zuwendungen Dritter bedeutet dies: Sie werden mit Zufluss an den Beauftragten zur Ablieferung fällig. Das historische Auslegungselement stützt somit die Auffassung, wonach Zuwendungen Dritter mit Zufluss an den Beauftragten fällig werden.

Sinn und Zweck der auftragsrechtlichen Herausgabepflicht ist es, eine Zuordnung der Vermögenswerte zwischen Auftraggeberin und Beauftragtem vorzunehmen<sup>31</sup> sowie die Fremdnützigkeit des Auftrages sicherzustellen<sup>32</sup>. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellt die Ablieferungspflicht «eine präventive Massnahme zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers dar, indem sie der Gefahr begegnet, der Beauftragte könnte sich aufgrund der Zuwendung eines Dritten veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen [...]».<sup>33</sup> Beiden Zwecken trägt eine sofortige Fälligkeit des Herausgabeanspruchs am besten Rechnung: Nicht nur klärt eine sofortige Fälligkeit unverzüglich die Zuordnung von Vermögenswerten. Darüber hinaus werden Interessenkonflikte am wirksamsten vermieden, wenn der Beauftragte der Auftraggeberin Zuwendungen Dritter sofort herauszugeben

<sup>23</sup> Vgl. HGer ZH, HG190234, 5.10.2021, E. 5.2; BGer, 4A\_601/2021, 8.9.2022, E. 8.1.3.

<sup>24</sup> Zum Ganzen BGer, 4A\_601/2021, 8.9.2022, E. 8.1.3.

<sup>25</sup> Statt vieler BGE 131 II 13 E. 7.1.

<sup>26</sup> Vgl. HGer ZH, HG190234, 5.10.2021, E. 5.2.

<sup>27</sup> So BSK OR I-OSER/WEBER (FN 10), Art. 400 N 15; CHK-GEHRER CORDEY/GIGER, Art. 400 N 16, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. CHK-Verfasser). Ebenso GAUTSCHI, der zu Recht darauf hinweist, dass ansonsten das Wort «jederzeit» überflüssig wäre, vgl. GEORG GAUTSCHI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, 3. A., Bern 1971.

<sup>28</sup> Z.B. BK-FELLMANN (FN 7), Art. 400 OR N 158, m.w.H.

<sup>29</sup> WALTHER MUNZINGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Entwurf 1871, Art. 478. Wörtliches Zitat unter Beibehaltung der grammatikalischen Unstimmigkeiten.

<sup>30</sup> Eine Mahnung ist demgegenüber für die Herbeiführung des Verzuges hinsichtlich der auftragsrechtlichen Herausgabepflicht nicht erforderlich, BK-FELLMANN (FN 7), Art. 400 OR N 166, m.w.H.

<sup>31</sup> BK-FELLMANN (FN 7), Art. 400 OR N 114.

<sup>32</sup> BK-FELLMANN (FN 7), Art. 400 OR N 113; BGE 137 III 393 E. 2.3, m.w.H.

<sup>33</sup> BGE 137 III 393 E. 2.3, mit Hinweisen auf die Doktrin.

hat und nicht darauf spekulieren kann, dass die Auftraggeberin auf eine Geltendmachung ihres Herausgabeanspruchs verzichtet. Auch das teleologische Auslegungselement spricht somit für eine Fälligkeit des Ablieferungsanspruchs mit Zufluss der Zuwendungen Dritter.

Nichts anderes ergibt sich aus der systematischen Auslegung: In (inner-)systematischer Hinsicht stellt die Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR das Gegenstück zum Auslagenersatzanspruch des Beauftragten nach Art. 402 OR dar.<sup>34</sup> Der Auslagenersatzanspruch wird sofort im Zeitpunkt der Aufwendung fällig.<sup>35</sup> Nur folgerichtig ist daher, wenn auch der Herausgabeanspruch sofort im Zeitpunkt des Zuflusses einer Zuwendung fällig wird.

#### 4. Fazit

Die Auslegung von Art. 400 Abs. 1 OR führt zum Schluss, dass Zuwendungen Dritter mit ihrem Zufluss an den Beauftragten zur Ablieferung an die Auftraggeberin fällig werden. Art. 400 Abs. 1 OR stellt mit anderen Worten keine *lex specialis* zu Art. 75 OR dar. Das Bundesgericht hat also zu Recht an seiner Rechtsprechung festgehalten.

### C. Verjährungsbeginn des Auskunfts- und Rechenschaftsanspruchs

#### 1. Bisherige Lehre und Rechtsprechung

Bis anhin war das Bundesgericht der Ansicht, dass der auftragsrechtliche Rechenschaftsanspruch für die gesamte Dauer des Auftragsverhältnisses gilt und innert zehn Jahren ab Beendigung des Auftragsverhältnisses verjährt.<sup>36</sup> Präzedenzfälle finden sich namentlich auch im Kontext der Bankverträge. Schon in BGE 101 II 117 hielt das Bundesgericht fest, dass die Bank gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR der überlebenden Vertragspartnerin für die ganze Dauer des Auftragsverhältnisses Rechenschaft schulde.<sup>37</sup> Auch die Lehre geht einhellig von einem Verjährungsbeginn des Rechenschaftsanspruchs ab Beendigung des Auftrags aus.<sup>38</sup>

#### 2. Änderung der Rechtsprechung?

Im vorliegenden Entscheid hält das Bundesgericht überraschend fest, die Verjährung des Auskunftsanspruchs der Auftraggeberin bezüglich erhaltener Retrozessionen beginne mit dem Zeitpunkt der Zuwendung.<sup>39</sup> Zur Begründung verweist es insbesondere auf BGE 143 III 348.<sup>40</sup> Im erwähnten Entscheid findet sich folgende Erwägung: «*La réception des rétrocessions [...] par le mandataire fait naître son obligation d'informer le mandant et de lui restituer ces avantages.*»<sup>41</sup> Das Bundesgericht begründet diese Auffassung sodann damit, dass der Auskunftsanspruch die Voraussetzung einer späteren Herausgabe darstelle, weshalb sich ein Gleichlauf der beiden Verjährungsfristen rechtfertige.<sup>42</sup> Es sei zudem nicht ersichtlich, welches Interesse an der Durchsetzung der Auskunftsansprüche noch bestehen könne, wenn die entsprechenden Herausgabeansprüche bereits verjährt seien.<sup>43</sup>

Jedenfalls bei zeitlich genau bestimmbareren Zuflüssen distanziert sich das Bundesgericht mithin deutlich von seiner bisherigen Rechtsprechung zum Verjährungsbeginn der Rechenschaftsablegung. Ob dies der besonderen Retro-Konstellation geschuldet ist oder ob dies allgemein für die Rechenschaftsablegung gelten soll, ist nicht endgültig geklärt.

#### 3. Kritische Würdigung

##### a. BGE 143 III 348 ist nicht einschlägig

Wenn sich das Bundesgericht für die Festlegung des Verjährungsbeginns von Auskunftsansprüchen über zugeflossene Retrozessionen auf BGE 143 III 348 beruft, so übersieht es, dass es in jenem Entscheid *nicht* um die generelle Rechenschaftspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR ging, sondern um die Pflicht zur unaufgeforderten Benachrichtigung gemäss Art. 398 Abs. 2 OR. Letztere beinhaltet die Pflicht, dem Auftraggeber unaufgefordert «*alle Umstände [mitzuteilen], welche die Erreichung des Auftragserfolges und damit den Entschluss des Auftraggebers, den Auftrag zu widerrufen oder wenigstens zu modifizieren, beeinflussen können*».<sup>44</sup> Wenn das Bundesgericht in BGE 143 III

<sup>34</sup> BK-FELLMANN (FN 7), Art. 400 OR N 113.

<sup>35</sup> BSK OR I-OSER/WEBER (FN 10), Art. 402 N 7.

<sup>36</sup> Siehe etwa BGer, 5A\_638/2009, 13.9.2010, E. 3.4.5; 5C.305/2005, 18.4.2006, E. 2.2.

<sup>37</sup> BGE 101 II 117 E. 5.

<sup>38</sup> Vgl. PETER DERENDINGER, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, Freiburg 1988, N 130 *in fine*; BK-FELLMANN (FN 7), Art. 400 OR N 99; CHK-GEHRER CORDEY/GIGER (FN 27), Art. 400 N 8; BSK OR I-OSER/WEBER (FN 10), Art. 400 N 24; CR CO I-WERRO, Art. 400 N 21, in: Luc Thévenoz/Franz Werro, Code des obligations I, Commentaire Romand, Art. 1–529, 3. A., Basel 2021.

<sup>39</sup> Vgl. BGer, 4A\_601/2021, 8.9.2022, E. 8.2.2. Das Bundesgericht folgt in dieser Frage vollumfänglich dem Handelsgericht, siehe HGer ZH, HG190234, 5.10.2021, E. 5.4.

<sup>40</sup> Vgl. BGer, 4A\_601/2021, 8.9.2022, E. 8.2.1 f., und bereits HGer ZH, HG190234, 5.10.2021, E. 5.4.

<sup>41</sup> BGE 143 III 348 E. 5.3.2, Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>42</sup> BGer, 4A\_601/2021, 8.9.2022, E. 8.2.1.

<sup>43</sup> BGer, 4A\_601/2021, 8.9.2022, E. 8.2.2.

<sup>44</sup> DERENDINGER (FN 38), N 131. Siehe auch ROLAND BÜHLER, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. A., Zürich 2016, Art. 400 N 3; BK-FELLMANN (FN 7), Art. 400 OR N 143 ff.; CHK-GEHRER CORDEY/GIGER (FN 27), Art. 400 N 6; BSK OR I-OSER/

348 von der «*obligation d'informer le mandant*» spricht, so kann es sich nur um die Benachrichtigungspflicht im Sinne von Art. 398 Abs. 2 OR handeln. Denn Rechenschaft im Sinne von Art. 400 OR muss der Beauftragte nur «*auf Verlangen*» ablegen und nicht unaufgefordert.

Die Rechenschaftspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR beinhaltet zweierlei: erstens die Pflicht, der Auftraggeberin sämtliche verlangten Einzelauskünfte zu erteilen, und zweitens die Pflicht, umfassend Rechenschaft über die eigene Tätigkeit abzulegen.<sup>45</sup> Der Rechenschaftsbericht hat auch eine Rechnungslegung zu beinhalten, sofern mit der Auftragsausführung die Einnahme und Ausgabe von Geld verbunden sind.<sup>46</sup> Anders als die Benachrichtigungspflicht wird die Rechenschaftspflicht nicht durch ein bestimmtes Ereignis – zum Beispiel den Zufluss von Retrozessionen – ausgelöst. Die Rechenschaftspflicht besteht vielmehr kraft Auftragsverhältnis. Sie fliesst aus der Fremdnützigkeit des Auftrages und soll der Auftraggeberin die Kontrolle der Auftragsausführung ermöglichen.<sup>47</sup>

Das Bundesgericht hat deshalb in seiner bisherigen Rechtsprechung zu Recht festgehalten, dass das Recht auf Auskunft und Rechenschaft nach Art. 400 Abs. 1 OR während der gesamten Dauer des Auftrages besteht<sup>48</sup> und innert zehn Jahren nach dessen Beendigung verjährt.<sup>49</sup> Das muss auch für den Retrozessionskontext gelten. In praktischer Hinsicht führen die zeitliche Beschränkung der Buchführungspflichten (Art. 958f OR) und die Vergütungspflicht bei übermässig aufwendigen Auskunftsgesuchen<sup>50</sup> zu einer sachgerechten Eingrenzung des zeitlichen Umfangs der Rechenschaftsablegung.

#### b. Kein zwingender Gleichlauf von Rechenschafts- und Herausgabepflicht

Auch das vom Bundesgericht herangezogene Argument des notwendigen Gleichlaufs von Herausgabeanspruch und Rechenschaftsanspruch vermag nicht zu überzeugen. Denn die Information, dass der Beauftragte Zuwendungen Dritter erhalten und diesbezüglich seine Benachrichtigungs- und Herausgabepflicht verletzt hat, ist für die Auftraggeberin nicht nur mit Blick auf die Durchsetzung des entsprechenden Herausgabeanspruchs relevant, sondern beispielsweise

auch für ihre Entscheidung, ob sie den Auftrag aufrechterhalten, zu anderen Konditionen weiterführen oder beenden möchte.<sup>51</sup> Immerhin handelt es sich bei dieser Information um das Eingeständnis einer positiven Vertragsverletzung.<sup>52</sup>

#### 4. Fazit

Das Bundesgericht distanziert sich mit seiner Feststellung, wonach der Auskunftsanspruch hinsichtlich Retrozessionen bereits mit dem entsprechenden Retrozessionszufluss an den Beauftragten zu verjähren beginnt, nicht nur von der einhelligen Lehre, sondern auch von seiner eigenen bisherigen Rechtsprechung. Es übersieht, dass nur die unaufgeforderte Benachrichtigungspflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR durch ein bestimmtes Ereignis, wie beispielsweise den Erhalt von Retrozessionen, ausgelöst werden kann. Demgegenüber besteht das Recht der Auftraggeberin nach Art. 400 Abs. 1 OR, vom Beauftragten jederzeit Auskunft zu verlangen, kraft Auftragsverhältnis. Es verjährt nach richtiger und herrschender Ansicht innert zehn Jahren ab Beendigung des Auftrages. In praktischer Hinsicht wird der zeitliche Umfang der Rechenschaftspflicht immerhin durch die Beschränkung der Buchführungspflicht auf zehn Jahre sowie die Vergütungspflicht bei übermässig aufwendigen Auskunftsbegehren eingegrenzt. Nicht zu überzeugen vermag sodann das Argument des notwendigen Gleichlaufs von Rechenschafts- und Herausgabepflicht: Entgegen der Auffassung des Bundesgerichts kann die Auftraggeberin nämlich auch dann ein schützenswertes Interesse an Auskunft über die vom Beauftragten vereinnahmten Retrozessionen haben, wenn die entsprechenden Herausgabeansprüche bereits verjährt sind. Dies etwa im Hinblick auf ihre Entscheidung hinsichtlich der Weiterführung des Mandats.

#### D. Verjährung der Sekundäransprüche

##### 1. Bisherige Lehre und Rechtsprechung

Sekundäransprüche aus positiver Vertragsverletzung beginnen grundsätzlich ab dem Zeitpunkt der jeweiligen Vertragsverletzung zu verjähren.<sup>53</sup> Folglich verjähren sie im Regelfall gleichzeitig wie die entsprechenden Primäransprüche.

WEBER (FN 10), Art. 400 N 9. Vgl. auch BGE 124 III 155 E. 3a (betreffend Anlageberatung und -vermittlung).

<sup>45</sup> Statt vieler BK-FELLMANN (FN 7), Art. 400 OR N 9.

<sup>46</sup> BK-FELLMANN (FN 7), Art. 400 OR N 8.

<sup>47</sup> BK-FELLMANN (FN 7), Art. 400 OR N 13 f.

<sup>48</sup> Vgl. nur BGE 101 II 117 E. 5: Bank schuldet der Kundin für die ganze Dauer des Auftragsverhältnisses (vorliegend von 1925 bis 1953) Rechenschaft nach Art. 400 Abs. 1 OR.

<sup>49</sup> Vgl. die Nachweise oben, FN 36.

<sup>50</sup> Vgl. BK-FELLMANN (FN 7), Art. 400 OR N 26.

<sup>51</sup> Vgl. auch CORINNE ZELLWEGER-GÜTKNECHT, Retrozessionen und Schadenersatz, Zur Verjährung des Ersatzanspruchs bei Verletzung der Herausgabe- und Rechenschaftspflicht, in: Eva Maria Belser/Pascal Pichonnaz/Hubert Stöckli (Hrsg.), *Le droit sans frontières, Recht ohne Grenzen, Law without Borders, Mélanges pour Franz Werro*, Bern 2022, 699 ff., 703.

<sup>52</sup> Vgl. ZELLWEGER-GÜTKNECHT (FN 51), 702.

<sup>53</sup> Vgl. nur BSK OR I-DÄPPEN (FN 10), Art. 130 N 11a und die dortigen Hinweise auf Doktrin und Rechtsprechung.

sprüche.<sup>54</sup> Eine Ausnahme hiervon gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, wenn das schädigende Verhalten andauert: Hier beginnt die Verjährung am Tag, an dem dieses Verhalten aufhört.<sup>55</sup>

## 2. Keine Rechtsprechungsänderung

Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung im rezensierten Entscheid bestätigt. Entgegen der Auffassung der Kundin<sup>56</sup> hat es das Vorliegen eines Dauerdelikts verneint. Es begründete dies insbesondere damit, dass sich vorliegend die einzelnen Retrozessionszuflüsse an die Bank zeitlich exakt bestimmen liessen.<sup>57</sup> Weiter habe die Kundin nicht hinreichend aufgezeigt, dass das Verhalten der Bank auf einem einheitlichen Willensentschluss beruhe.<sup>58</sup> Ohnehin sei ein Dauerdelikt nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen, da dem Gläubiger nicht ermöglicht werden solle, beliebig mit der Geltendmachung seiner Forderung zuzuwarten. Dies gelte insbesondere in Konstellationen wie der vorliegenden, in denen der Sekundäranspruch einen betragsmässig identischen, finanziellen Primäranspruch ersetzen solle.<sup>59</sup>

## 3. Kritische Würdigung: Nur teilweise Verjährung der Sekundäransprüche

Das Bundesgericht verdient hinsichtlich der Verneinung eines Dauerdelikts Zustimmung, auch wenn die Kundin bedenkenswerte Gegenargumente vorgebracht hat. Es stellt sich dennoch die Frage, ob wirklich alle Sekundäransprüche der Kundin verjährt sind.

Verjährt sind vorliegend die Sekundäransprüche der Kundin wegen Verletzung der unaufgeforderten Benachrichtigungspflicht<sup>60</sup> über die erhaltenen Retrozessionen sowie wegen Verletzung der Herausgabepflicht. Denn diese beiden Pflichten entstanden bereits mit Zufluss der Retrozessionen an die Bank.<sup>61</sup> Die Sekundäransprüche hinsicht-

lich dieser beiden Pflichten wurden somit im Zeitpunkt des Zuflusses fällig<sup>62</sup> und begannen dann zu verjähren.

Anderes gilt demgegenüber für die Sekundäransprüche hinsichtlich des Auskunftsanspruchs sowie des Rechenschaftsanspruchs im engeren Sinne nach Art. 400 Abs. 1 OR. Wie oben dargelegt wurde, hat die Auftraggeberin jederzeit das Recht, vom Beauftragten Einzelauskünfte zu verlangen.<sup>63</sup> Erteilt der Beauftragte keine Auskunft oder eine falsche oder unvollständige Auskunft, begeht er eine positive Vertragsverletzung. Der entsprechende Sekundäranspruch entsteht im Falle, dass der Beauftragte keine Auskunft erteilt, im Zeitpunkt des Auskunftsbegehrens der Kundin und in den übrigen Fällen im Zeitpunkt der falschen oder unvollständigen Auskunftserteilung. Vorliegend hat die Kundin am 7. Mai 2015 Auskunft verlangt.<sup>64</sup> Diese Auskunft wurde ihr von der Bank zumindest teilweise verweigert. Sofern ihr aufgrund dieser Verweigerung ein Sekundäranspruch entstanden sein sollte (was die Gerichte nicht geprüft haben), wäre dieser noch nicht verjährt.

## 4. Fazit

Das Bundesgericht verneint für den Retrozessionskontext zu Recht das Vorliegen eines Dauerdelikts. Es übersieht indessen, dass vorliegend nur die Sekundäransprüche der Kundin wegen Verletzung der unaufgeforderten Benachrichtigungspflicht und Verletzung der Herausgabepflicht, nicht hingegen die Sekundäransprüche wegen Verletzung der Auskunfts- und Rechenschaftspflicht verjährt sind.

## E. Zusammenfassung

Das Bundesgericht bestätigt seine bisherige (überzeugende) Rechtsprechung, wonach die Herausgabeansprüche der Auftraggeberin innert zehn Jahren ab Zufluss der Retrozessionen beim Beauftragten verjähren. Vor diesem Hintergrund kann es die Frage nach der Herausgabepflicht von Retrozessionen im Execution-Only-Verhältnis offenlassen. In zwei neuen französischsprachigen Entscheiden hat das Bundesgericht indessen den Boden für die Bejahung einer entsprechenden Herausgabepflicht bereitet.

Abzulehnen ist die Ansicht des Bundesgerichts, wonach die Verjährung des Auskunftsanspruchs mit derjenigen des Herausgabeanspruchs gleichlaufe. Der Auskunfts- und Rechenschaftsanspruch der Auftraggeberin verjährt gemäss

<sup>54</sup> Z.B. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 11. A., Zürich/Basel/Genf 2020, N 3322.

<sup>55</sup> Statt vieler BGE 146 III 14 E. 6.1.2, m.w.H.

<sup>56</sup> Vgl. BGer, 4A\_601/2021, 8.9.2022, E. 9.4. Für eine ausführlichere Begründung des Standpunkts der Kundin siehe ZELLWEGE-GUTKNECHT (FN 51), 706 ff. Diese Autorin fungierte für das vorliegende Verfahren als Parteigutachterin für die Klägerin (vgl. ebenda, 699 in der Anfangsnote).

<sup>57</sup> BGer, 4A\_601/2021, 8.9.2022, E. 9.4.2. Dies im Gegensatz zum von der Kundin herangezogenen Asbestfall BGE 146 III 14, wo medizinisch nicht genau festgestellt werden konnte, wann genau die Krankheit ausgelöst worden war.

<sup>58</sup> BGer, 4A\_601/2021, 8.9.2022, E. 9.4.3.

<sup>59</sup> BGer, 4A\_601/2021, 8.9.2022, E. 9.4.2.

<sup>60</sup> Siehe dazu BGE 143 III 348 E. 5.3.2 und die Ausführungen oben, III.C.3.

<sup>61</sup> Vgl. BGE 143 III 348 E. 5.3.2.

<sup>62</sup> So zutreffend die Vorinstanz, vgl. HGer ZH, HG190234, 5.10.2021, E. 7.3, erster Satz.

<sup>63</sup> Siehe oben, III.C.3.

<sup>64</sup> Vgl. HGer ZH, HG190234, 5.10.2021, E. 5.2.

einheitlicher Lehre und zutreffender bisheriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung innert zehn Jahren ab Beendigung des Auftrages.

Zuzustimmen ist dem Bundesgericht darin, dass die Verletzung der Rechenschafts- und Herausgabepflicht in Bezug auf Retrozessionen kein Dauerdelikt darstellt. Das Bundesgericht übersieht aber, dass vorliegend nur die Sekundäransprüche der Auftraggeberin wegen Verletzung der unaufgeforderten Benachrichtigungspflicht und Verletzung der Herausgabepflicht verjährt sind, nicht hingegen der Sekundäranspruch wegen Verletzung der Auskunftspflicht.

### 3. Wirtschaftsrecht/Droit économique

#### 3.2. Gesellschaftsrecht – allgemein/Droit des sociétés – en général

##### 3.2.7. Fusion/Fusion

###### Erleichterte Fusion bei indirekten Beteiligungsverhältnissen?

###### Besprechung von BGer, 4A\_110/2022, 16.8.2022 (zur Publikation vorgesehen)

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_110/2022 vom 16. August 2022 (zur Publikation vorgesehen), A. AG gegen Handelsregisteramt des Kantons Zug, erleichterte Fusion, indirekte Beteiligungsverhältnisse (Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG).



XAVIER GRIVEL\*

*Gemäss dem Bundesgericht sind die Bestimmungen über die erleichterte Fusion (Art. 23 f. FusG) bei indirekten Beteiligungsverhältnissen nicht anwendbar. Für solche Fälle, bei denen die Anteile nur indirekt über eine oder mehrere jeweils vollständig kontrollierte Zwischengesellschaft(en) gehalten werden, ist ein ordentliches Fusionsverfahren durchzuführen. Grund dafür sei der klare Wille des Gesetzgebers.*

#### I. Sachverhalt

Im Mai 2021 meldete der Rechtsanwalt B. beim Handelsregisteramt Zug die Fusion der A. AG mit der C. GmbH an. B. war der einzige Aktionär der A. AG und hielt auch (direkt und indirekt) sämtliche Stammanteile der C. GmbH. Die Gesellschafter der C. GmbH waren nämlich B. (mit 60% des Stammkapitals) und die D. GmbH (mit 40% des Stammkapitals). Die Stammanteile der D. GmbH wiederum wurden zu 91% von B. gehalten. Die restlichen 9% hielt die D. GmbH selbst als eigene Stammanteile (vgl. Abbildung 1). Gemäss Handelsregisteranmeldung wurde die Fusion im erleichterten Verfahren i.S.v. Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG durchgeführt.

Ende Juni 2021 verweigerte das Handelsregisteramt die Eintragung der Fusion. Es stellte sich auf den Standpunkt, dass die Voraussetzungen von Art. 23 FusG für eine erleichterte Fusion nicht erfüllt seien. Die Beschwerde der A. AG

\* XAVIER GRIVEL, Rechtsanwalt, Associate bei Lenz & Staehelin, Zürich.