

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB190002-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. N. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 16. August 2019

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X._____

gegen

B._____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der 10. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich
vom 27. November 2018; Proz. CG150028**

Rechtsbegehren:

" 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger umfassend und detailliert Rechenschaft über die von ihr im Zusammenhang mit dem Vermögensverwaltungsvertrag mit C._____, geb. C'._____ vom 21. September 1995 vereinnahmten Retrozessionen, Kommissionen, Entschädigungen und sonstigen Zuwendungen Dritter für den gesamten Zeitraum seit Abschluss des vorerwähnten Vermögensverwaltungsvertrages bis zum Zeitpunkt der Rechenschaftsablage zu erstatten;

2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger folgende Beträge samt Zins für die Jahre von 1997 bis 2014 zu bezahlen:

CHF 917 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 1998;

CHF 1'819 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 1999;

CHF 3'943 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2000;

CHF 4'389 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2001;

CHF 4'001 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2002;

CHF 7'593 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2003;

CHF 7'917 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2004;

CHF 8'461 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2005;

CHF 9'131 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2006;

CHF 7'945 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2007;

CHF 12'115 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2008;

CHF 12'800 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2009;

CHF 10'773 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2010;

CHF 5'302 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2011;

CHF 3'141 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2012;

CHF 3'064 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2013;

CHF 3'075.80 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2014;

CHF 3'126 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2015;

unter Vorbehalt der Neubezifferung nach Rechenschaftsablage gemäss Ziff. 1;

3. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 850 für den geschätzten Betrag von Retrozessionen, Kommissionen und sonsti-

gen Zuwendungen Dritter, plus Zinsen zu 5 % p.a. ab Abschluss eines jeden Jahres für die jeweiligen Jahreseinnahmen solcher Zahlungen, für die Jahre 1995 und 1996 zu bezahlen, unter Vorbehalt der Neubezifferung nach Rechenschaftsablage gemäss Ziff. 1;

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Mit der Replik angepasstes Rechtsbegehren

(act. 42, S. 2)

"Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger folgende Beträge zu bezahlen:

CHF 135 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 1996;

CHF 704 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 1997;

CHF 917 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 1998;

CHF 1'819 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 1999;

CHF 3'943 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2000;

CHF 4'389 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2001;

CHF 4'001 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2002;

CHF 7'593 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2003;

CHF 7'917 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2004;

CHF 8'461 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2005;

CHF 9'131 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2006;

CHF 7'945 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2007;

CHF 12'115 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2008;

CHF 12'800 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2009;

CHF 10'773 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2010;

CHF 5'302 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2011;

CHF 3'141 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2012;

CHF 3'064 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2013;

CHF 3'075.80 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2014;

CHF 3'126 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2015;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 27. November 2018:

1. Das Auskunftsbegehren des Klägers wird infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger jeweils
CHF 917 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 1998,
CHF 1'819 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 1999,
CHF 3'943 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2000,
CHF 4'389 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2001,
CHF 4'001 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2002,
CHF 7'593 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2003,
CHF 7'917 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2004,
CHF 8'461 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2005,
CHF 9'131 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2006,
CHF 7'945 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2007,
CHF 12'115 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2008,
CHF 12'800 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2009
zu bezahlen.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 18'300.00 ; die Barauslagen betragen:
Fr. 692.50 Dolmetscherkosten.
4. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei zu CHF 5'490.- und der beklagten Partei zu CHF 12'810.- auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss des Klägers verrechnet. Der Fehlbetrag von CHF 9'150.- wird von der beklagten Partei nachgefordert.
5. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 10'406.- (inklusive Kosten des Schlichtungsverfahrens) zu bezahlen. Zudem hat sie der klagenden Partei den Kostenvorschuss im Umfang von CHF 3'660.- zu ersetzen.

6. Der Vorschuss des Klägers für die Parteientschädigung im Betrag von CHF 11'520.– ist dem Kläger auszubezahlen.

7./8. (Mitteilungen und Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 118 S. 2 f.):

1. Es sei Dispositiv-Ziff. 2 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 27. November 2018 (Geschäftsnummer CG150028-L/U) in Sachen B._____ gegen A._____ AG
 - Zeile 1 nach Einleitungszeile (Verpflichtung der Berufungsklägerin zur Zahlung von CHF 917 plus Zins zu 5% p.a. ab 1. Januar 1998),
 - Zeile 2 nach Einleitungszeile (Verpflichtung der Berufungsklägerin zur Zahlung von CHF 1'819 plus Zins zu 5% p.a. ab 1. Januar 1999),
 - Zeile 3 nach Einleitungszeile (Verpflichtung der Berufungsklägerin zur Zahlung von CHF 3'943 plus Zins zu 5% p.a. ab 1. Januar 2000),
 - Zeile 4 nach Einleitungszeile (Verpflichtung der Berufungsklägerin zur Zahlung von CHF 4'389 plus Zins zu 5% p.a. ab 1. Januar 2001),
 - Zeile 5 nach Einleitungszeile (Verpflichtung der Berufungsklägerin zur Zahlung von CHF 4'001 plus Zins zu 5% p.a. ab 1. Januar 2002),
 - Zeile 6 nach Einleitungszeile (Verpflichtung der Berufungsklägerin zur Zahlung von CHF 7'593 plus Zins zu 5% p.a. ab 1. Januar 2003)aufzuheben, und die Klage sei in diesem Umfang abzuweisen.
2. Eventualiter zu 1. sei Dispositiv-Ziff. 2 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 27. November 2018, Zeilen 1 - 12 nach Einleitungszeile, jeweils insofern aufzuheben, als dem Berufungsbeklagten Verzugszins zugesprochen wird, und es sei dem Berufungsbeklagten auf allen in Dispositiv-Ziff-2 zugesprochenen Forderungen Verzugszins zu 5% p.a. erst ab 30. April 2016 zuzusprechen.
3. Es seien Dispositiv-Ziff. 3 - 6 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 27. November 2018 aufzuheben, und es habe die Rechtsmittelinstanz über Kosten und Parteientschädigung des

vorinstanzlichen Verfahrens neu zu entscheiden sowie diese nach Obsiegen und Unterliegen aufzuerlegen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Berufungsbeklagten.

des Klägers und Berufungsbeklagten (act. 128 S. 2):

Es sei die Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsklägerin abzuweisen.

Erwägungen:

I.

1. Die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) ist die Schweizer Tochtergesellschaft einer britischen Bank und hat ihren Sitz in Zürich. Der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) ist der Alleinerbe der im mm.2009 verstorbenen C._____ (fortan Erblasserin), die Kundin der Beklagten war.
2. Hintergrund des Streits ist ein Vermögensverwaltungsauftrag, den die Erblasserin im Jahr 1995 mit der Beklagten abgeschlossen hatte. Mit seiner Klage verlangt der Kläger gestützt auf Art. 400 OR die Herausgabe von Retrozessionen, welche die Beklagte in den Jahren von 1995 bis 2014 im Zusammenhang mit diesem Vermögensverwaltungsauftrag erhalten hatte.
3. Mit Einreichung der Klagebewilligung vom 5. November 2014 (act. 1) und Klageschrift vom 23. Februar 2015 (act. 2) machte der Kläger beim Bezirksgericht Zürich (fortan Vorinstanz) die eingangs genannte Klage anhängig. Mit Eingabe vom 1. Juli 2015 (act. 24) beantwortete die Beklagte die Klage. Nach Durchführung einer Instruktionsverhandlung am 24. November 2015 (Prot. VI S. 11 ff.) und einem zweiten Schriftenwechsel (act. 42 und act. 55) sowie je einer weiteren schriftlichen Stellungnahme (act. 60 und 64) und dem beiderseitigen Verzicht auf die Parteivorträge an der Hauptverhandlung (act. 61 und 62) erliess die Vorinstanz am 15. Mai 2017 den Beweisbeschluss und nahm an der Hauptverhandlung vom 25. Oktober 2017 (Prot. VI S. 19 ff.) die Parteibefragung des Klägers ab. Bei-

de Parteien reichten die Schlussvorträge mit Datum vom 11. Dezember 2017 ein (act. 85 und 86). Auf Antrag der Beklagten (act. 86) und mit dem Einverständnis des Klägers (act. 88) wurde mit Verfügung vom 7. März 2018 (act. 93) das Protokoll der Parteibefragung des Klägers berichtigt. Mit Eingaben vom 31. August 2018 (act. 104 und 105) erstatteten die Parteien die zweiten Schlussvorträge, die ihnen gegenseitig zugestellt wurden, worauf die Vorinstanz am 27. November 2018 das oben wiedergegebene Urteil fällte, mit dem sie die Klage teilweise gut hiess (act. 108 = 121). Mit Beschluss vom 19. Dezember 2018 (act. 113 = 122) wurde ein Begehren der Beklagten vom 13. Dezember 2018 um eine Berichtigung oder Erläuterung abgewiesen bzw. abgeschrieben.

4. Gegen das Urteil vom 27. November 2018, das ihrer Vertreterin am 29. November 2018 zugestellt worden war (act. 110), erhob die Beklagte mit Eingabe vom 14. Januar 2019 (act. 118) - unter Berücksichtigung der Gerichtsferien (Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO) - rechtzeitig Berufung mit den eingangs genannten Anträgen. Der Kläger beantwortete die Berufung mit Eingabe vom 8. März 2019 (act. 128) und dem Antrag auf Abweisung der Berufung.

6. Das Berufungsverfahren ist spruchreif. Die Berufung ist aus den nachstehenden Gründen gutzuheissen. Der Beklagten ist mit diesem Entscheid ein Doppel der Berufungsantwort zuzustellen.

II.

1. Mit seinem in der Replik angepassten Rechtsbegehren verlangte der Kläger die Bezahlung von 20 Beträgen zuzüglich Verzugszins jeweils ab Beginn des auf den Erhalt dieser Beträge durch die Beklagte folgenden Jahres (vgl. act. 42 S. 2). Die Vorinstanz hiess die Klage mit Bezug auf zwölf Beträge (vom dritten bis und mit dem vierzehnten) gut. Mit Bezug auf die übrigen Beträge (die ersten zwei und die letzten sechs) wurde die Klage abgewiesen (vgl. act. 122).

2. Im Hauptstandpunkt verlangt die Beklagte mit der Berufung die Abweisung der Klage mit Bezug auf die ältesten sechs Betreffnisse, die von der Vorinstanz zugesprochen wurden. Im Eventualstandpunkt anerkennt sie alle von der Vorin-

stanz zugesprochenen Teilbeträge, verlangt aber, dass der Verzugszins für alle erst ab 30. April 2016 zugesprochen werde (vgl. act. 2 S. 2 f.).

3. Nicht angefochten und damit in Rechtskraft erwachsen ist die Guttheissung der Klage mit Bezug auf die weiteren sechs Beträge, die von der Vorinstanz zugesprochen wurden, allerdings mit Verzugszins erst ab 30. April 2016 (wegen des Eventualantrags). Da der Kläger mit der Berufungsantwort keine Anschlussberufung erhob, wurde die teilweise Abweisung der Klage ebenfalls nicht angefochten.

4. Das vorinstanzliche Urteil wurde damit nicht vollumfänglich angefochten und ist somit teilweise in Rechtskraft erwachsen. Einer entsprechenden förmlichen Feststellung stehen allerdings zwei Hindernisse entgegen, so dass davon abzu-
sehen ist.

a) Mit Bezug auf die nicht angefochtene Guttheissung würde eine solche Feststellung mehr Fragen aufwerfen als klären, weil der Verzugszinsenlauf im Eventualstandpunkt nur teilweise anerkannt wurde, was bei einer Guttheissung des Hauptantrags aber nicht zum Tragen kommt. Dies mit einem Rechtskraftbeschluss in Kombination mit einem Erkenntnis über die Sache nachzuvollziehen, würde sehr unübersichtlich. Einfacher ist es, bei einer Guttheissung der Berufung Dispositiv-Ziffer 2 des vorinstanzlichen Entscheides gesamthaft aufzuheben und unter Berücksichtigung des Berufungsentscheides und der nicht angefochtenen Punkte neu zu formulieren.

b) Daneben verunmöglicht auch der Umstand, dass es die Vorinstanz unterliess, die teilweise Abweisung der Klage im Dispositiv zu erwähnen, nun eine entsprechende Feststellung unter Verweis auf das vorinstanzliche Urteil zu treffen. Ein entsprechendes Berichtigungs- oder Erläuterungsbegehren der Beklagten hatte die Vorinstanz abgewiesen (bzw. abgeschrieben, soweit es auf eine Erläuterung zielte) (act. 122).

Das Dispositiv hat sich über sämtliche Anträge zu äussern. Daraus, dass einige Anträge ausdrücklich gutgeheissen werden, folgt nicht ohne Weiteres, dass alle übrigen Anträge abgewiesen werden. Die Vorinstanz erwähnt auch in der Begrün-

dung ihres Entscheides nur, welche Teile der Klage gutzuheissen sind (act. 122 S. 45 Ziff. 125 und S. 47 Ziff. 137), ohne irgendwo festzuhalten, dass die Klage im Übrigen abzuweisen ist. Andernfalls läge ein Widerspruch zwischen Begründung und Dispositiv vor, welcher der Berichtigung zugänglich wäre.

Der Umstand, dass sich beide Parteien über ihr Verständnis einig sind, wie die Vorinstanz in ihrem Beschluss vom 19. Dezember 2019 erwähnt (act. 122 S. 2), dürfte bei solchen Sachverhalten die Regel sein und macht eine Berichtigung nicht überflüssig. Die Vorinstanz hätte daher ihren Entscheid entsprechend ergänzen müssen.

5. Das ändert nichts daran, dass über die Punkte, die nicht angefochten wurden, nicht mehr zu entscheiden ist, so dass in den nachfolgenden Erwägungen darauf nicht einzugehen ist.

III.

1. Während sich die Beklagte ursprünglich auf eine fünfjährige Verjährungsfrist berufen hatte und mit Bezug auf sämtliche Herausgabeansprüche für die Zeit vor dem Jahr 2008 die Verjährung geltend machte (act. 24 S. 73 ff. Rz. 162 ff.), beschränkte sie ihre Verjährungseinrede später auf Ansprüche aus der Zeit vor dem Jahr 2003. Damit folgte sie einem neuen Leitentscheid des Bundesgerichts, gemäss dem für die Herausgabe von Retrozessionen eine Verjährungsfrist von zehn Jahren gilt (act. 86 S. 5 Rz. 5 und S. 30 ff. Rz. 66 ff. m.H. auf BGE 143 III 348).

2. Die Vorinstanz verwarf die beklagtische Verjährungseinrede. Sie ging davon aus, dass die zehnjährige Verjährungsfrist beginnt, wenn Rechenschaft abgelegt wurde, was erstmals im Juni 2013 geschehen sei, und wich damit von der von der Beklagten angerufenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ab.

Als Begründung führte die Vorinstanz an, dass der bundesgerichtliche Entscheid einen Versicherungsberater betreffe und daher nicht unbesehen auf den vorliegenden Fall übertragen werden könne, der eine Vermögensverwalterin mit weitreichenden Kompetenzen betreffe, was eine ganz andere Konstellation sei. Die

Erblasserin bzw. der Kläger habe keinen Anlass gehabt, aktiv die Rechenschaftsablage bezüglich weiterer Einnahmequellen einzufordern. Eine solche Pflicht widerspreche der Vertrauensstellung und Kompetenz eines Vermögensverwalters. Damit würde im Ergebnis die Rechenschaftspflicht der Beklagten von einer Bringschuld in eine Holschuld umgewandelt, was der gesetzlichen Konzeption widerspreche. Das Bundesgericht habe sich mit diesen Punkten nicht vertieft auseinandergesetzt, weshalb sein Entscheid für die Vermögensverwaltung nicht einschlägig sei (act. 121 S. 13 ff. Rz. 33 ff.)

Im Sinne einer Eventualbegründung bejahte die Vorinstanz einen Rechtsmissbrauch, was das Bundesgericht vorbehalten hatte, weil sich die Beklagte spätestens seit dem im Jahr 2006 ergangenen Entscheid BGE 132 III 460 wissentlich und willentlich einer möglichen Ablieferungspflicht mittels pflichtwidriger Unterlassung der Rechenschaft entzog, was ihr - im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung - als kausales Verhalten anzurechnen sei, das den Eintritt der Verjährung herbeigeführt habe, so dass ihrer Verjährungseinrede wegen Rechtsmissbrauchs der Schutz zu versagen sei (act. 121 S. 16 Rz. 45 i.V.m. S. 15 Rz. 40 f.).

3. Mit ihrer Berufung hält die Beklagte an ihrer Verjährungseinrede für die Herausgabeansprüche für die Zeit vor dem Jahr 2003 fest. Sie stützt sich massgeblich auf BGE 143 III 348, gemäss dem Herausgabeansprüche nach Art. 400 OR sofort, d.h. im Zeitpunkt des Empfangs der Retrozessionen durch den Beauftragten fällig werden und in diesem Zeitpunkt auch die massgebliche zehnjährige Verjährungsfrist zu laufen beginnt. Sie hält der Vorinstanz vor, sie tue diesen Entscheid mit haltlosen Argumenten als nicht einschlägig ab und verhalte sich widersprüchlich, indem sie dem Kläger entgegen ihrer Auffassung, dass die fraglichen Herausgabeforderungen erst ab 2013 fällig geworden seien, Verzugszins für einen bis ins Jahr 1998 zurückreichenden Zeitraum zuspreche (act. 118 S. 8 f. Rz. 11 und S. 15 ff. Rz. 26 ff.).

Mit ihrer Eventualbegründung gehe die Vorinstanz zu Unrecht davon aus, dass die Verjährungseinrede rechtsmissbräuchlich sei. BGE 143 III 348 halte unmissverständlich fest, dass der Umstand, dass der Gläubiger mangels Erfüllung der Rechenschaftsablagepflicht durch den Schuldner keine Kenntnis von seiner For-

derung habe, die Verjährungseinrede des Schuldners nicht rechtsmissbräuchlich mache. Die unbelegte Behauptung der Vorinstanz, dass die Erblasserin bzw. der Kläger keine Anhaltspunkte für den Empfang von Retrozessionen durch die Beklagte gehabt habe, sei nicht aufrechtzuerhalten (act. 118 S. 9 ff. Rz. 12 und S. 24 ff. Rz. 49 ff.).

4. Der Kläger ist in der Berufungsantwort der Meinung, dass die Vorinstanz BGE 143 III 348 zurecht nicht auf den vorliegenden Fall anwandte (act. 128 S. 3 ff. Ziff. 4 ff.). Auch einen Rechtsmissbrauch habe die Vorinstanz zurecht bejaht (act. 128 S. 7 ff. Ziff. 18 ff.).

5. Das Bundesgericht äusserte sich in BGE 143 III 348 zum *dies a quo* der Herausgabeansprüche des Auftraggebers und hielt fest, dass die Verjährungsfrist für jeden Herausgabeanspruch an dem Tag zu laufen beginnt, an dem der Beauftragte den herauszugebenden Betrag erhalten hat (BGE 143 III 348 Regeste und E. 5.3).

Im Sinne einer Klarstellung hielt das Bundesgericht fest, dass die Rechenschaftspflicht als Bedingung und Grundlage des Herausgabeanspruchs bezeichnet werde, bedeute nicht, dass der Herausgabeanspruch erst bei der Rechenschaftslegung entstehe oder sogar erst bei Beendigung des Auftrags, und erinnerte daran, dass die Kenntnis oder das Kennenmüssen der Höhe der Forderung anders als im Delikts- und im Bereicherungsrecht nicht entscheidend für die Entstehung und Fälligkeit von vertraglichen Forderungen ist (BGE 143 III 348 E. 5.3.1).

Die Pflicht des Beauftragten, den Auftraggeber zu informieren und ihm diese Vorteile herauszugeben, entsteht mit der Entgegennahme der Retrozessionen. Würde der Herausgabeanspruch erst bei Beendigung des Mandats entstehen und fällig werden, könnte der Gläubiger die Herausgabe nicht verlangen, sobald die Retrozessionen an den Beauftragten bezahlt werden. Das könne nicht ernsthaft angenommen werden (BGE 143 III 348 E. 5.3.2).

Daraus, dass der Herausgabeanspruch für Retrozessionen der absoluten Verjährung von zehn Jahren unterliegt, schloss das Bundesgericht, dass die Frage der

Kenntnis der Existenz dieser Retrozessionen durch den Gläubiger keine Rolle spielt. Das Bundesgericht erinnerte daran, dass die Möglichkeit eine Forderung einzutreiben nicht unbeschränkt hinausgeschoben werden könne, bis der Gläubiger Kenntnis von ihr hat oder zumindest haben müsste, denn das widerspräche dem System der Verjährung, das eine absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren vorsieht, nach deren Ablauf der Schuldner die Durchsetzung einer Forderung hemmen kann, was sowohl durch das öffentliche Interesse als auch das Interesse des Schuldners gerechtfertigt wird. Sofern der Schaden auf eine strafbare Handlung zurückzuführen ist, bleibe aber die längere strafrechtliche Verjährungsfrist vorbehalten (BGE 143 III 348 E. 5.3.2).

6. Dem publizierten Sachverhalt ist zu entnehmen, dass der bundesgerichtliche Leitentscheid BGE 143 III 348 ein Versicherungsberatungsmandat und kein Vermögensverwaltungsverhältnis betraf. Die Erwägungen beziehen sich allerdings allgemein auf Retrozessionen und es ist nicht erkennbar und wird von der Vorinstanz auch nicht begründet, dass diese Rechtsprechung nur für dieses Vertragsverhältnis Anwendung finden sollte. Auf eine allgemeine Tragweite deutet insbesondere auch die Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung.

Die von der Vorinstanz zitierte Literatur (vgl. act. 121 S. 13 Rz. 34 m.H. auf Kuhn / Luginbühl, Zur Verjährung des Rechenschafts- und Herausgabeanspruches gemäss Art. 400 Abs. 1 OR beim Vermögensverwaltungsvertrag, AJP 2014 S. 977 ff.) ist durch diesen Entscheid genau so überholt wie die vom Kläger angerufene frühere Rechtsprechung der Kammer (act. 128 S. 4 Ziff. 9 m.H. auf OGer ZH LB090076 vom 13.01.2012), an der unter dem Eindruck der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht festgehalten werden kann.

Die Vorinstanz bleibt eine Begründung schuldig, weshalb sie die Ansicht der Autoren, dass der Herausgabeanspruch nicht fällig werden kann, solange die Rechenschaftsablage nicht erfolgt ist, dennoch nach wie vor für überzeugend hält. Mit dem Widerspruch dieser Auffassung zum System der vertraglichen Verjährung, das von Gesetzes wegen eine absolute Verjährung kennt, die von der Kenntnis des Gläubigers von seiner Forderung unabhängig ist, auf den das Bundesgericht verweist, setzt sie sich nicht auseinander.

Die von den Autoren Kuhn und Luginbühl erwähnte Stufenklage i.S. von Art. 85 ZPO bietet eine Möglichkeit, von der im Übrigen auch der Kläger Gebrauch machte (vgl. das ursprüngliche Rechtsbegehren Ziff. 1 und Ziff. 2 a.E.), Rechenschaft und Herausgabe im gleichen Verfahren geltend zu machen (AJP 2014 S. 978), was ihre Schilderung des Zusammenspiels zwischen Rechenschaft und Herausgabe als zeitliche Abfolge relativiert (AJP 2014 S. 977 unten). Die Geltendmachung der Herausgabe setzt somit nicht zwingend die vorgängige Erfüllung der Rechenschaft voraus, sondern es ist durchaus möglich, eine (vorerst unbezifferte) Klage auf Herausgabe gleichzeitig mit dem Anspruch auf Rechenschaft zu erheben. Der Einwand der Schwierigkeit der Beurteilung des Kostenrisikos (act. 128 S. 5 Ziff. 12) wird durch den Vorbehalt der Bezifferung entkräftet.

Auch in der Sache ist nicht einsichtig, weshalb die bundesgerichtliche Rechtsprechung auf eine Vermögensverwaltung nicht zur Anwendung kommen sollte. Die Vorbehalte des Rechtsmissbrauchs (vgl. dazu unten 7) und der längeren strafrechtlichen Verjährung (vgl. dazu unten 10) genügen, um im Einzelfall den Bedenken Rechnung zu tragen, welche die Vorinstanz und der Kläger angesichts der Besonderheiten der Stellung eines Vermögensverwalters im Vergleich zu einem Versicherungsmakler äussern (vgl. act. 121 S. 14 f. Rz. 39; act. 128 S. 6 f. Ziff. 16).

Der Hinweis der Beklagten, dass bei einer Versicherungsvermittlung der Auftraggeber mit den Versicherungsgesellschaften direkt Verträge eingehen und somit von diesen Informationen über allfällige Retrozessionen an den Makler erhalten könne (act. 128 S. 7 Ziff. 16), überzeugt ebenfalls nicht, da ein Versicherungsvertrag in der Regel keinen Anspruch auf Rechenschaft verleiht, so dass sich der Versicherungsnehmer mit seinem Informationsinteresse gleichwohl an den von ihm beauftragten Makler halten muss und er somit rechtlich nicht besser gestellt ist als ein Vermögensverwaltungskunde wie die Erblasserin bzw. der Kläger.

7. Gemäss dem bereits mehrfach zitierten Bundesgerichtsentscheid verhält sich ein Schuldner rechtsmissbräuchlich, wenn er sich auf die Verjährung beruft, nachdem er den Gläubiger - während die Verjährungsfrist noch lief - dazu veranlasste, mit verjährungsunterbrechenden Schritten zuzuwarten (BGE 143 III 348 E.

5.5.1). Wie das Bundesgericht in einem Entscheid, auf den an der zitierten Stelle verwiesen wird, präzisierend festhielt, besteht der Rechtsmissbrauch nicht im Verhalten, mit dem der Schuldner den Gläubiger zum Zuwarten veranlasst, sondern darin, dass er sich anschliessend auf die Verjährung beruft (BGE 128 V 236 E. 4.a m.H. auf BGE 83 II 93).

Das blossе Zuwarten bis die Verjährung eintritt, kann aber weder als Verzicht auf die Verjährung noch als rechtsmissbräuchliches Verhalten qualifiziert werden. Damit ein Rechtsmissbrauch vorliegt, muss eine Kausalbeziehung zwischen dem Verhalten des Schuldners und dem verspäteten Vorgehen des Gläubigers bestehen (BGE 143 III 348 E. 5.5.1). Der Umstand allein, dass der Kläger von seinem Herausgabeanspruch keine Kenntnis hatte und auch nicht haben konnte, weil die Beklagte sowohl ihre Rechenschaftspflicht als auch ihre Herausgabepflicht verletzte, genügt deshalb nicht, um einen Rechtsmissbrauch anzunehmen, wie das Bundesgericht ausdrücklich festhielt, sondern dafür braucht es zusätzlich ein Verhalten des Schuldners, das dazu geeignet ist, den Gläubiger davon abzuhalten, die Verjährung zu unterbrechen (BGE 143 III 348 E. 5.5.2).

8. Ein solches Verhalten kann grundsätzlich auch in einer pflichtwidrigen Unterlassung bestehen, wie sie die Vorinstanz darin erblickt, dass die Beklagte der Erblasserin bzw. dem Kläger keine Rechenschaft über die empfangenen Retrozessionen ablegte, wodurch sie sich einer möglichen Ablieferungspflicht entzogen habe (act. 121 S. 16 Ziff. 45).

Damit eine Unterlassung der Schuldnerin kausal dafür sein kann, dass der Gläubiger seinerseits verjährungsunterbrechende Schritte unterlässt und damit die Verjährung eintreten lässt, muss diese Unterlassung allerdings vom Gläubiger vor dem Hintergrund eines bestimmten Erwartungshorizonts als solche wahrgenommen werden. Das ist hier nicht der Fall: Der Kläger rechnete nicht mit Herausgabeansprüchen, so dass es keines Verhaltens der Beklagten bedurfte, um den Kläger von verjährungswahrenden Handlungen abzuhalten. Es fehlt daher an der für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs erforderlichen Kausalbeziehung.

Keine Rolle spielte in den bundesgerichtlichen Erwägungen der Umstand, dass vor Ablauf der Verjährungsfrist Rechenschaft erteilt wurde, so dass rechtzeitige verjährungswahrende Schritte möglich gewesen wären. Daraus, dass dies vorliegend anders war, kann der Kläger deshalb nichts zu seinen Gunsten ableiten (act. 128 S. 7 Ziff. 19).

9. Diese Konsequenz erscheint der Vorinstanz stossend und mit dem Gerechtigkeitsgedanken unvereinbar (vgl. act. 121 S. 15 f. Ziff. 43 ff.). Dem ist entgegen zu halten, dass das Verständnis von Retrozessionen als Teil der Vergütung nicht nur in der Branche sondern allgemein in der Lehre verbreitet war.

Diese Rechtslage hat geändert, was nicht auf eine Gesetzesänderung, sondern auf eine Klärung der Rechtsprechung zurückzuführen ist. Von der Verjährung hängt die Rückwirkung dieser neuen Rechtsprechung ab. Bei Gesetzesänderungen gibt es dafür jeweils eine Regelung und ist eine Rückwirkung die Ausnahme (vgl. Art. 1 SchIT ZGB).

Das Institut der Rechtskraft steht einer Abänderung früherer, gestützt auf die alte Praxis gefällter Entscheide zwar entgegen, aber eine neue Rechtsprechung kommt grundsätzlich umfassend zur Anwendung, d.h. auch auf Sachverhalte, die sich früher verwirklicht haben. Dem Interesse an der umfassenden Anwendung der neuen, als richtig erkannten Praxis steht allerdings das Interesse der Parteien auf einen Schutz der im Vertrauen auf die frühere Rechtslage getroffenen Entscheidungen gegenüber.

Die Verjährung vermittelt zwischen diesen Interessen und setzt der Rückwirkung einer neuen Praxis eine zeitliche Schranke. Liesse man die Verjährungseinrede wegen Rechtsmissbrauchs nicht zu, wenn über Retrozessionen keine Rechenschaft erstattet wurde (was kaum je der Fall gewesen sein wird), könnten Retrozessionen bis zurück zum Beginn einer Geschäftsbeziehung herausverlangt werden, was nicht nur wegen Beweisproblemen, sondern auch mit Blick auf den Rechtsfrieden abzulehnen ist.

10. Der Beklagte verweist in der Berufungsantwort darauf, dass das Verschweigen der Entgegennahme von Retrozessionen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine ungetreue Geschäftsbesorgung und damit eine Straftat darstelle, was dazu führe, dass nicht die zivilrechtliche Verjährungsfrist von zehn Jahren, sondern die strafrechtliche Verjährungsfrist von 15 Jahren zur Anwendung komme, so dass die Verjährungseinrede zumindest für die Jahre ab 1998 zurückzuweisen wäre, sofern sie nicht infolge Rechtsmissbrauchs gänzlich verworfen werde (act. 128 S. 8 Ziff. 22 m.H. auf BGE 144 IV 294).

Art. 60 Abs. 2 OR, wonach für eine Klage, die aus einer strafbaren Handlung hergeleitet wird, für die das Strafrecht eine längere Verjährung vorsieht, diese auch für den Zivilanspruch gilt. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung setzt voraus, dass eine Forderung aus Tatsachen abgeleitet wird, welche die objektiven und subjektiven Merkmale eines Straftatbestandes erfüllt. Grundsätzlich unterliegt nur der Anspruch gegenüber dem Täter selbst der längeren strafrechtlichen Verjährungsfrist (BSK OR I-Däppen, Art. 60 N 11).

Beklagte ist eine juristische Person, die grundsätzlich nicht als Täterin einer ungetreuen Geschäftsbesorgung in Frage kommt. Die Verantwortlichkeit von Unternehmen ist in Art. 102 StGB als Übertretung ausgestaltet, für die gemäss Art. 109 StGB eine Verjährungsfrist von drei Jahren gilt. Die Verjährungsfrist von 15 Jahren gemäss Art. 97 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 158 StGB käme zur Anwendung, wenn die Beklagte i.S. von Art. 55 Abs. 2 ZGB für die Handlungen eines Organs einstehen müsste, was nicht geltend gemacht wird. Auf die Haftung der Beklagten als Geschäftsherrin für ihre Hilfspersonen kommt die strafrechtliche Verjährungsfrist hingegen nicht zur Anwendung (BSK OR-I-Däppen, Art. 60 N 12a m.H. auf BGE 133 III 6 E. 5.1). Der Kläger kann sich daher gegenüber der Beklagten nicht auf die längere strafrechtliche Verjährungsfrist von 15 Jahren berufen.

11. Es ist demnach festzuhalten, dass die mit BGE 148 II 348 begründete Praxis zur Verjährung des Herausgabeanspruchs für Retrozessionen auch in diesem Fall zur Anwendung kommt. Demnach beträgt die Verjährungsfrist der Herausgabeansprüche für Retrozessionen zehn Jahre (was unumstritten war) und beginnt mit dem Empfang der Retrozessionen.

Dass die Beklagte über die Retrozessionen keine Rechenschaft ablegte und die Erblasserin bzw. den Kläger nicht oder erst mit der Änderung der AGB im Jahr 2009 über die Branchenpraxis der Zahlung von Retrozessionen informierte, macht ihre Verjährungseinrede noch nicht rechtsmissbräuchlich.

Die Herausgabeansprüche des Klägers für Retrozessionen, welche die Beklagte im Jahr 2002 und früher empfing, waren demnach bei Einleitung des Schlichtungsverfahrens am 5. November 2013 bereits verjährt. Die Verjährungseinrede der Beklagten ist somit erfolgreich.

12. Die Berufung ist demnach gutzuheissen, das Urteil der Vorinstanz ist aufzuheben und die Klage ist mit Bezug auf die Herausgabeansprüche für Retrozessionen aus den Jahren 2003 bis und mit 2008 zuzüglich Verzugszins abzuweisen (zur Formulierung des Dispositivs vgl. oben II.4.a). Auf den beklagischen Eventualantrag muss unter diesen Umständen nicht eingegangen werden.

IV.

1. Mit der Gutheissung der Berufung sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens neu zu regeln.

Nach der Korrektur mit diesem Urteil werden dem Kläger noch CHF 58'369.00 zugesprochen (ohne Zins). Bezogen auf den Streitwert von rund CHF 110'000.00 obsiegt er damit ungefähr zur Hälfte.

Demnach sind die vorinstanzlichen Kosten, die nicht beanstandet wurden und daher zu bestätigen sind, den Parteien je zur Hälfte zu auferlegen und die vorinstanzlichen Parteientschädigungen wettzuschlagen. Die Beklagte ist ferner zu verpflichten, dem Kläger die Hälfte der Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 950.00 zu ersetzen.

2. Die Beklagte obsiegt vollumfänglich mit der Berufung. Demnach ist die (ausgehend von einem Streitwert des Berufungsverfahrens von CHF 22'662.00) auf CHF 3'350.00 festzusetzende Entscheidgebühr dem Kläger zu auferlegen und der

Kläger zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 2'750.00 (ohne Mehrwertsteuerersatz, da ein solcher nicht verlangt wurde) zu bezahlen.

3. Vorliegend haben beide Parteien Vorschüsse für die Gerichtskosten geleistet (der Kläger für die erste Instanz und die Beklagte für die zweite Instanz). Ausserdem hat der Kläger eine Sicherheit für die Parteientschädigung geleistet, die von der Vorinstanz freigegeben wurde, was aufzuheben ist.

Die geleisteten Beträge reichen bei diesem Ergebnis grundsätzlich aus, um sämtliche Kosten und Entschädigungen zu liquidieren, ohne dass Nachzahlungen erforderlich sind oder Zahlungen zwischen den Parteien fliessen. Die Abwicklung der Kosten- und Entschädigungsfolgen soll der Kasse überlassen werden. Es werden daher keine entsprechenden Anordnungen getroffen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung der Beklagten wird Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 27. November 2018 aufgehoben und durch folgende Anordnung ersetzt:

"Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger jeweils

CHF 7'917 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2004,

CHF 8'461 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2005,

CHF 9'131 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2006,

CHF 7'945 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2007,

CHF 12'115 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2008,

CHF 12'800 plus Zins zu 5 % p.a. ab 1. Januar 2009

zu bezahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen."

2. Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 27. November 2018 wird bestätigt und Dispositiv-Ziffer 4-6 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 27. November 2018 werden aufgehoben.

Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 27. November 2018 von CHF 18'300.00 (Entscheidgebühr) und CHF 692.50 (Barauslagen) werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

Die Beklagte und Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Kläger und Berufungsbeklagten CHF 475.00 (an die Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 950.00) zu bezahlen.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 3'350.00 festgesetzt und dem Kläger und Berufungsbeklagten auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten und Berufungsklägerin eine Parteienschädigung von CHF 2'750.00 für das zweitinstanzliche Verfahren zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte und Berufungsklägerin unter Beilage der Berufungsantwort (act. 128), sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 22'662.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: