

# ZH\_HANDELSGERICHT HG110230 vom 10. Juni 2016

Zh Handelsgericht, 2016-06-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG110230](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG110230)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG110230 du 10 juin 2016

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG110230 del 10 giugno 2016

## Erwägungen

### E. 1

Formelles

#### E. 1.1

Zuständigkeit

##### E. 1.1.1

Die Klägerin ist eine Sitzgesellschaft mit Domizil in Panama; die Beklagte hat ihren Sitz in der Schweiz. Bei diesem internationalen off-shore-Tatbestand richtet sich die Zuständigkeit schweizerischer Gerichte grundsätzlich nach dem IPRG (Art. 1 Abs. 1 lit. a IPRG), wobei völkerrechtliche Verträge vorbehalten sind (Art. 1 Abs. 2 IPRG). Als solcher kommt das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zi- vil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (Lugano-Übereinkommen, LugÜ) in Betracht. Das LugÜ ist sachlich und zeitlich anwendbar, zumal es sich bei der Klage, welche nach Inkrafttreten für die Schweiz am 1. Januar 2011 erhoben wurde, um eine Zivil- oder Handelssache handelt. Gemäss Art. 23 Abs. 1 LugÜ ist ein

- 9 - Gericht oder sind die Gerichte eines Staates zuständig, wenn die Parteien, von denen mindestens eine ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines durch das LugÜ gebundenen Staates hat, schriftlich vereinbart haben, dass ein Gericht oder die Gerichte eines durch das LugÜ gebundenen Staates über eine künftige aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeit entscheiden sollen. Juristische Personen haben für die Anwendung des LugÜ nach Art. 60 Abs. 1 lit. a ihren Wohnsitz an dem Ort, an dem sich ihr satzungsmässiger Sitz befindet. Vorliegend hat die Beklagte (Schweiz), nicht jedoch die Klägerin (Panama) ihren Sitz in einem Vertragsstaat, was ausreichend ist. Die Gerichtsstandsklausel ("Erfüllungsort und Gerichtsstand ist Zürich") wurde weiter im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrags vom 5. November 2004 (act. 3/6) schriftlich verfasst und betrifft eine aus diesem entspringende Rechtsstreitigkeit. Sodann besteht für diese Klage keine ausschliessliche Zuständigkeit nach Art. 22 LugÜ. Demnach sind die Gerichte in Zürich örtlich zuständig.

##### E. 1.1.2

Nachdem die geschäftliche Tätigkeit der Beklagten betroffen ist, gegen den Entscheid bei einem Streitwert von mehr als CHF 30'000.– die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht und die Beklagte im schweizerischen Handelsregister (act. 3/5) sowie die Klägerin in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen ist (act. 3/3; act. 3/4), mithin eine handelsrechtliche Streitigkeit vorliegt, ist das angerufene Handelsgericht auch in sachlicher Hinsicht zuständig (Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO i.V.m. § 44

lit. b GOG).

### **E. 1.1.3**

Die Zuständigkeit blieb denn auch zu Recht unbestritten (act. 1 S. 5 ff. Rz. 3 ff.; act. 13 S. 3).

### **E. 1.2**

Klageänderung

#### **E. 1.2.1**

Die Klägerin ergänzt die Klage replicando hinsichtlich des Rechtsbegehrens Ziffer 1 mit einem neuen Eventual- und Subeventualbegehren sowie mit einem zusätzlichen Rechtsbegehren Ziffer 5 (act. 19 S. 2 und S. 3 Rz. 5 ff.).

- 10 -

#### **E. 1.2.2**

Eine Klageänderung ist nach Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht.

#### **E. 1.2.3**

Die eventuellen sowie das neue Begehren der Klägerin beinhalten vermögensrechtliche Streitigkeiten mit Streitwerten über CHF 30'000.–, welche (ebenefalls) im ordentlichen Verfahren zu beurteilen sind (vgl. Art. 243 und Art. 248 ZPO). Die Klägerin stützt sie zudem auch auf den zwischen den Parteien bestehenden Vermögensverwaltungsvertrag, sodass der erforderliche sachliche Zusammenhang ebenso gegeben ist. Die Klageänderung ist demnach zulässig.

### **E. 1.3**

Stellungnahmen zu Noven

#### **E. 1.3.1**

Mit Verfügung vom 1. Oktober 2012 wurde die Klägerin aufgefordert, sich zu neuen Behauptungen bzw. Beilagen der Duplik zu äussern (Prot. S. 15; act. 32). Die Stellungnahme erging am 26. November 2012 (act. 38). Mit Eingabe vom 11. Februar 2013 brachte die Beklagte vor, die Klägerin nehme weitgehend nicht zu Noven Stellung, lege vielmehr eine Art "Mini-Triplik" vor. Die Beklagte stelle daher den Antrag, die entsprechend bezeichneten Ausführungen der Klägerin aus dem Recht zu weisen (act. 43 S. 1 Rz. 1). Mit Eingabe vom 14. Februar 2013 machte die Klägerin geltend, die Stellungnahme der Beklagten enthalte unzulässige Noven und beantragt Fristansetzung zur Stellungnahme, falls dies als erforderlich erachtet werde (act. 47).

#### **E. 1.3.2**

Die Ausführungen der Klägerin in der Stellungnahme zu Noven in der Duplik der Beklagten enthalten – bezogen auf die nachfolgenden Erwägungen – nichts Neues oder Ausschlaggebendes zu beklagten Noven. Es braucht daher nicht weiter darauf eingegangen zu werden und es kann offen bleiben, ob sie gesamthaft oder zumindest weitgehend aus dem Recht zu weisen wäre. Dasselbe gilt für die Stellungnahme der Beklagten, abgesehen von der Problematik der Verjährung des Anspruchs auf Herausgabe

der Retrozessionen, was nachfolgend (vgl. Erwägung 4.4.4) behandelt wird. Entsprechend erübrigt sich eine Fristansetzung zur Stellungnahme an die Klägerin.

- 11 -

## **E. 2**

Vom wirtschaftlich Berechtigten geschaffene Rechtslage

### **E. 2.1**

Zur Rechtsfrage des Wohnsitzes des wirtschaftlich Berechtigten Obwohl die Klägerin als Sitz- und Handelsgesellschaft bzw. als "Holding SA" firmiert, begründet sie ihre Klage ausschliesslich aus der Perspektive des wirtschaftlich Berechtigten als Privatanleger (vgl. bspw. act. 1 S. 55 Rz 202) und beruft sich ausdrücklich auf dessen fehlende Sach- und Fachkunde (vgl. bspw. act. 19 S. 118, Rz 498 ff.). Die Beklagte bestreitet die fehlende Sachkunde des wirtschaftlich Berechtigten; dieser sei als Geschäftsmann durchaus erfahren und informiert. Die Beklagte macht überdies geltend, der wirtschaftlich Berechtigte habe sich den Status eines "permanent travellers" zugelegt (vgl. act. 13 S. 57 ff.; act. 27 S. 78, Rz 185 ff.). Die Klägerin bestreitet diesen Umstand nicht, was sich auch aus den weiteren Akten ergibt. Anlässlich der Vorladung des wirtschaftlich Berechtigten zur Parteibefragung fehlten jegliche Angaben zu seinem Domizil. Nach Einsicht in die Aktennotiz der Handelsgerichtskanzlei vom 11. Mai 2015 (Prot. S. 38), wonach sich E.\_\_\_\_\_, geb. tt.07.1955, beim Bevölkerungsamt der Stadt Zürich am 31. Dezember 1997 ins Ausland abgemeldet hat, musste die Klägerin mit Verfügung vom 15. Mai 2015 aufgefordert werden, dem Handelsgericht den Wohnsitz von E.\_\_\_\_\_ im Hinblick auf die Vorladung zur Beweisverhandlung bekannt zu geben (Prot. S. 39). Anstelle der Angabe des Wohnsitzes des wirtschaftlich Berechtigten liess dieser am 26. Mai 2015 (act. 76) seinen Rechtsanwalt als Zustellempfänger für die Vorladung bezeichnen. Anlässlich der Parteibefragung bezeichnete sich der wirtschaftlich Berechtigte schliesslich selber als permanent traveller, was bedeute, dass er "einmal da und einmal dort", somit andauernd unterwegs sei (act. 78 S. 3). Wenn er bspw. in Bangkok sei, logiere er in einem Service-Appartement, ein Steuerdomizil habe er dort aber nicht (act. 78 S. 4 oben). Er habe kein Steuerdomizil (act. 78 S. 4 unten). Auf die Rechtsfrage, wie das Verhalten des wirtschaftlich Berechtigten zu qualifizieren ist, wird nach der Erörterung der Klägerin als Sitzgesellschaft zurück zu kommen sein.

- 12 -

### **E. 2.2**

Zur Rechtsfrage der Klägerin als Sitzgesellschaft Der wirtschaftlich Berechtigte ist Eigentümer der Klägerin, die als "A.\_\_\_\_\_ Holding SA" firmiert. Den Gesellschaftssitz hat die Klägerin seit ihrer Gründung 2004 in Panama. Als Organe, welche die Sitzgesellschaft vertreten, firmieren drei Verwaltungsräte namens AJ.\_\_\_\_\_ (Präsident), AK.\_\_\_\_\_ (Schatzmeister) und AL.\_\_\_\_\_ (Sekretär). Der vorliegend hauptsächlich interessierende Auftrag zur Vermögensverwaltung unterzeichneten diese drei Organe der Klägerin am 5. November 2004 (vgl. act. 3/6, zweite Seite mit deren Unterschriften rechts). Obwohl dieser Vertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten vereinbart wurde, war der wirtschaftlich Berechtigte in der Parteibefragung nur in der Lage, einen der Namen der Verwaltungsräte seiner Gesellschaft zu nennen (AK.\_\_\_\_\_); er habe denn auch nicht regelmässig "Kontakt zu diesen Leuten" (vgl. act. 78 S. 2-3).

### **E. 2.3**

Zur Qualifikation der geschaffenen Rechtsstruktur Im vorliegenden Verfahren ist aufgrund der gegebenen Sachlage grundsätzlich zu prüfen, welche Rechtsfolgen die vom wirtschaftlich Berechtigten geschaffene Rechtsstruktur zeitigt. Es geht um die Rechtsfrage, wie die singuläre Konstruktion des transnationalen Sachverhaltes mit einer natürlichen Person ohne zivilrechtlichen Wohnsitz und ohne Steuerdomizil, kombiniert mit deren Eigentum an einer im Ausland domizilierten Sitzgesellschaft zu qualifizieren ist. Im Rahmen der Einheit der Rechtsordnung sind die folgenden Erwägungen anzustellen, wobei insbesondere die Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend Rechtsmissbrauch heranzuziehen ist. Im "Weltenbummler-Entscheidung" vom 4. Mai 2011 hat das Bundesgericht entschieden (BGE 138 II 300), dass die Aufgabe des Schweizer Wohnsitzes und Steuerdomizils ohne Neubegründung eines ausländischen Wohnsitzes nach Art. 24 Abs. 1 ZGB zu beurteilen ist. Damit qualifiziert das Bundesgericht den Status des "Weltenbummlers" per se als rechtsmissbräuchlich und stellt nicht einfach auf die von der natürlichen Person geschaffenen Fakten ab. Auch wenn diese Qualifikation dem öffentlichen Recht zuzurechnen ist, dessen Voraussetzungen vorliegend nicht weiter zu beurteilen sind, kann sie auch vom Zivilrichter berück-

- 13 - sichtigt werden. Dies gilt umso mehr, als der wirtschaftlich Berechtigte als natürliche Person überdies formell Eigentümer einer Sitzgesellschaft mit Domizil im Ausland ist. Der Tatbestand des per se Rechtsmissbrauchs wird durch den fiktiven Auftritt der Sitzgesellschaft potenziert. Das zeigt sich insbesondere im Verhalten des wirtschaftlich Berechtigten. Formell lässt er seine ausländische Sitzgesellschaft als Klägerin im Prozess auftreten, knüpft aber trotzdem durchwegs und stets an seinen Status als natürliche Person an. Die Klägerin zeigt sich auf diese Weise ausschliesslich als leere Hülse, derer sich der wirtschaftlich Berechtigte bedient. Die gesamte klägerische Argumentation in den Rechtsschriften erfolgt damit auf der Grundlage eines impliziten Durchgriffs durch die juristische auf die natürliche Person des wirtschaftlich Berechtigten. Dem Zivilrichter stellt sich daher die Frage, wie die solcherart geschaffene Sachlage rechtlich zu beurteilen ist. Die Klägerin ist dabei zu behaften, dass sie es ist, die klagt, und nicht die natürliche Person des wirtschaftlich Berechtigten. Darauf ist bei der Beurteilung des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien unter Berücksichtigung von Art. 2 Abs. 2 ZGB (Rechtsmissbrauch) zurück zu kommen.

### **E. 2.4**

Kollisionsrecht und anwendbares materielles Recht Die Bestimmung des anwendbaren Rechts richtet sich im internationalen Verhältnis nach dem IPRG (Art. 1 Abs. 1 lit. b IPRG). Nach Art. 116 Abs. 1 IPRG untersteht der Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht, wobei die Rechtswahl ausdrücklich sein und sich eindeutig aus dem Vertrag ergeben muss (Art. 116 Abs. 2 IPRG). Die Parteien trafen in Ziffer 11 des Vermögensverwaltungsvertrages vom 5. November 2004 (act. 3/6) eine ausdrückliche und eindeutige Wahl des Schweizerischen Rechts: "Alle Rechtsbeziehungen zwischen beiden Parteien unterstehen schweizerischem Recht". Der streitgegenständliche Vermögensverwaltungsvertrag und damit das Verhalten der Klägerin und der Beklagten bei der Abwicklung dieses Vertrages unterstehen somit dem Schweizer Recht. Die Parteien gehen denn auch von diesem aus.

### **E. 3**

#### Vermögensverwaltungsvertrag

### **E. 3.1**

#### Unbestrittener Sachverhalt

### **E. 3.1.1**

Das Vermögen, das die Klägerin durch die Beklagte verwalten liess, stammt ursprünglich aus einer anderen Vermögensmasse: Die Rechtsvorgängerin der heutigen Klägerin war die "F. \_\_\_\_\_ Familienstiftung" mit Sitz in Vaduz (Fürstentum Liechtenstein). Sie wurde im Dezember 1993 gegründet (Gründungsurkunde der F. \_\_\_\_\_ Familienstiftung, act. 3/7). Erster Begünstigter und damit (alleiniger) wirtschaftlich Berechtigter der F. \_\_\_\_\_ Familienstiftung war E. \_\_\_\_\_ (Reglement der F. \_\_\_\_\_ Familienstiftung, Ziffer I, act. 3/8). Im Reglement der F. \_\_\_\_\_ Familienstiftung wurde festgelegt, dass der Beklagten ein Verwaltungsmandat erteilt werden und diesbezüglich der erste Begünstigte (E. \_\_\_\_\_) gegenüber der F. \_\_\_\_\_ Familienstiftung die volle Verantwortung übernehmen soll (Reglement, Ziffer VI, act. 3/8). Entsprechend kam zwischen der F. \_\_\_\_\_ Familienstiftung und der Beklagten der Verwaltungs-Auftrag vom 8. Dezember 1993 (nachstehend "VV-Vertrag Nr. 1") zustande (act. 3/9). Depotbank war die C. \_\_\_\_\_ (C. \_\_\_\_\_; VV-Vertrag Nr. 1, Ingress, act. 3/8). Als die G. \_\_\_\_\_ (damals Bank G. \_\_\_\_\_) als neue Depotbank bestimmt und die Vermögenswerte der F. \_\_\_\_\_ Familienstiftung auf ein dortiges Depot übertragen wurde, war dies der Anlass, um einen neuen Verwaltungsvertrag aufzusetzen. So wurde der zweite Vermögensverwaltungsvertrag vom 16. April 2004 unterzeichnet (nachstehend "VV-Vertrag Nr. 2", act. 3/11).

### **E. 3.1.2**

Da die F. \_\_\_\_\_ Familienstiftung in der Folge indes zu Problemen formeller Art führte, wurde beschlossen, die Klägerin mit Sitz in Panama zu gründen und das von der Beklagten verwaltete Depot auf diese neue Sitzgesellschaft zu übertragen. Diese neue Sach- und Rechtslage hinsichtlich der (juristischen) Person des Auftraggebers bzw. (heutigen) Anspruchsberechtigten (Klägerin) nach erfolgter Übertragung des Vermögens wurde alsdann mit Verwaltungs-Auftrag vom

### **E. 3.1.3**

Mit Einschreiben vom 31. August 2011 wurde dieser VV-Vertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten gegenüber der Beklagten mit sofortiger Wirkung

- 15 - widerrufen (act. 3/12). Die sofortige Kündigung wurde der Beklagten am 1. September 2011 zugestellt (act. 3/13). Somit wurde das Vertragsverhältnis betreffend Vermögensverwaltung zwischen den Parteien per 1. September 2011 beendet (vgl. zum Ganzen act. 1 S. 8 ff. Rz. 19 ff.; act. 13 S. 6 f. Rz. 4 ff.).

### **E. 3.2**

#### Parteivorbringen

### **E. 3.2.1**

Die Klägerin führt insbesondere aus, die Beklagte habe mehrfach und wiederholt einerseits gegen die vertraglich vereinbarte (ausgewogene) Anlagestrategie (mit konservativer Ausrichtung) verstossen, indem sie das Depot einer zu hohen Risikoexposition in Aktien und ähnliche Anlagen und in die Fremdwährung USD

ausgesetzt habe, sowie andererseits durch das Eingehen zahlreicher Klumpenrisiken (Anlagen in Vietnam, Spezialwerte, Rohstoff- und Minenanlagen), durch die Investition eines beträchtlichen Teils des Vermögens in illiquide Titel sowie durch die Hintanstellung der Interessen der Klägerin die auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflichten verletzt (act. 1 S. 49 Rz. 176; act. 19 S. 10 ff. Rz. 40 ff.). Entgegen einer Weisung des wirtschaftlich Berechtigten, E.\_\_\_\_\_, habe die Beklagte das Risiko nicht durch Umschichtung in kapitalgarantierte Produkte reduziert (act. 1 S. 37 ff. Rz. 136 ff.; act. 19 S. 80 ff. Rz. 326 ff.). Es liege weiter keine Genehmigung der pflicht- und weisungswidrigen Vermögensverwaltung der Beklagten durch die Klägerin vor (act. 1 S. 50 ff. Rz. 180 ff.; act. 19 S. 101 ff. Rz. 422 ff.). Die damit einhergehende, mehrfache und wiederholte Verletzung des Vermögensverwaltungsvertrages und der zugrunde liegenden Sorgfalts- und Treuepflichten hätten alsdann in der Zeitperiode 30. Juni 2007 bis 1. September 2011 einen erheblichen Schaden im Depot der Klägerin verursacht (act. 1 S. 8 Rz. 18 und S. 72 ff. Rz. 249 ff.; act. 19 S. 124 Rz. 522). Der eingeklagte Schaden wäre bei pflichtgemässer Verwaltung des klägerischen Vermögens nicht entstanden (act. 1 S. 77 f. Rz. 273 ff.; act. 19 S. 148 ff. Rz. 622 ff.). Die Beklagte habe das Risiko im Depot der Klägerin derart überhöht, dass sie damit einen erheblichen Schaden in Kauf genommen, mithin eventualvorsätzlich gehandelt, habe (act. 1 S. 78 f. Rz. 279 ff.; act. 19 S. 150 f. Rz. 632 ff. ).

### **E. 3.2.2**

Die Beklagte bringt hingegen vor, es sei nie eine ausgewogene Anlagestrategie vereinbart worden. Man habe die im Anhang zum Vertrag festgehaltene

- 16 - Asset-Allocation abgemacht. Es seien weder vertragswidrige Risikopositionen noch unter den gegebenen Umständen unzulässige Klumpenrisiken eingegangen worden. Auch seien der Beklagten keine Interessenkollisionen vorzuwerfen. Sie habe weder den Vermögensverwaltungsvertrag noch Sorgfalts- und Treuepflichten verletzt (act. 13 S. 6 ff. Rz. 4 ff.; act. 27 S. 5 und S. 12 ff. Rz. 12 ff. und S. 98 f.). Die Beklagte verfolge einen unternehmerischen Anlagestil, d.h. sie investiere schwergewichtig in Werte, bezüglich derer sie aufgrund eigenem Research, Reisen und Einsitz in Gremien besondere Kenntnisse und Erfahrungen besitze. Der Klägerin sei dieser Ansatz von vornherein bekannt und mit ein Grund gewesen, weshalb sie der Beklagten einen Teil ihres Vermögens zur Verwaltung anvertraut habe (act. 13 S. 24 ff. Rz. 51 ff. und S. 69; act. 27 S. 36 ff. Rz. 71 ff.). Eine verbindliche Weisung zur Umschichtung in kapitalgeschützte Produkte habe nie bestanden (act. 13 S. 17 Rz. 5, S. 32 ff. Rz. 65 ff. und S. 70; act. 27 S. 6 und S. 48 ff. Rz. 107 ff. und S. 99). Die Anlagepolitik der Beklagten sei nicht sorgfaltswidrig gewesen (act. 13 S. 47 Rz. 101; act. 27 S. 27 ff. Rz. 44 ff.). Die Klägerin sei über die Anlagepolitik der Beklagten zu jedem Zeitpunkt orientiert gewesen (act. 13 S. 61 Rz. 138; act. 27 S. 50 ff. Rz. 115 ff.). Schliesslich macht die Beklagte geltend, selbst wenn ein Schaden angenommen würde, so träfe die Klägerin ein erhebliches Selbstverschulden, das sich daraus ableite, dass sie zu jedem Zeitpunkt über die Anlagestrategie informiert gewesen sei und nie dagegen opponiert habe (act. 27 S. 100).

### **E. 3.3**

Rechtliche Qualifikation

#### **E. 3.3.1**

Vermögensverwaltungsvertrag Vermögensverwaltung bedeutet die Betreuung von Anlagen durch einen mit dieser Aufgabe betrauten Verwalter (häufig Banken, aber auch andere – so

ge-nannte "unabhängige" bzw. "externe" – Vermögensverwalter). Die zu diesem Zweck abgeschlossene Vereinbarung bzw. die entsprechenden Standardverträge werden etwa als Verwaltungsauftrag, Vermögensverwaltungsvereinbarung, Anlagevollmacht o.ä., bezeichnet. Der Vermögensverwalter übernimmt die umfassende Fürsorge für das anvertraute Vermögen, trifft selbständig Anlageentscheidungen für den Kunden und ist verpflichtet, dessen Vermögen dauernd zu überwachen

- 17 - (THOMAS GROSS, Fehlerhafte Vermögensverwaltung – Klage des Anlegers auf Schadenersatz, AJP 2006 S. 161 ff., S. 162). Gegenüber der Depotbank erhält er eine (beschränkte) Verwaltungsvollmacht, damit er die notwendigen Dispositionen veranlassen und benötigte Informationen erhalten kann (vgl. GUTZWILLER, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, 2008, S. 12 f.).

### **E. 3.3.2**

Schadenersatz aus Vertragsverletzung Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung untersteht die Vermögensverwaltung den auftragsrechtlichen Regeln (Art. 394 ff. OR; Urteil des Bundesgerichts 4A\_336/2014 vom 18. Dezember 2014, E. 4.1; 4C.18/2004 vom 3. Dezember 2004, E.1.1). Wer Schadenersatzforderungen infolge Verletzung der Pflichten aus einem Auftragsverhältnis geltend macht, hat vorab Bestand und Inhalt des Auftragsverhältnisses nachzuweisen. Anspruchsgrundlagen der Haftung bilden sodann eine Vertragsverletzung, das Vorliegen eines Schadens, ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden sowie ein Verschulden. Der Auftraggeber muss grundsätzlich die Vertragsverletzung, den Schaden und den Kausalzusammenhang beweisen; dem Beauftragten steht der Exkulpationsbeweis offen (Art. 97 Abs. 1 OR). Wie sich nachfolgender Würdigung zeigen wird, stellt sich die Frage der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs wegen des per se rechtsmissbräuchlichen Verhaltens des wirtschaftlich Berechtigten (vorstehend Erw. 2) und dem gesellschaftsrechtlichen Verhalten der Organe der Klägerin als Sitzgesellschaft (nachfolgend Erw. 3.4). Ist eigenes sorgfaltswidriges (Selbstverschulden) und rechtsmissbräuchliches Verhalten auf Klägersseite gegeben, erübrigt sich die Prüfung der weiteren Voraussetzungen der Sorgfaltspflichtverletzung der Beklagten und eine Erörterung des Schadens. Die beklagte Partei erhebt denn auch im Prozess ausdrücklich die Einrede des Selbstverschuldens (vgl. act. 27 S.100).

### **E. 3.3.3**

Kausalzusammenhang Zwischen der pflichtwidrigen Handlung und dem eingetretenen Schaden muss ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Die natürliche Kausalität ist gegeben, wenn ein Handeln Ursache im Sinn einer *conditio sine*

- 18 - *qua non* für den Eintritt des Schadens ist (Urteil des Bundesgerichts 4C.68/2007 vom 13. Juni 2008, E.8.1). Ein Ereignis hat als adäquate Ursache eines Erfolges zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (Urteil des Bundesgerichts 4C.18/2004 vom 3. Dezember 2004, E.3.1). Eine an sich adäquate Schadensursache verliert ihre Bedeutung, wenn sie durch eine andere Ursache abgelöst wird. Bei Hinzutreten einer anderen adäquaten Ursache, welche einen derart hohen Wirkungsgrad (Intensität) erreicht, dass die an sich adäquate Ursache nach wertender Betrachtungsweise als rechtlich nicht mehr beachtlich erscheint, wird der an sich adäquate

Kausalzusammenhangs unterbrochen (REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl. 2008, N 551 f.).

#### **E. 3.3.4**

Selbstverschulden Einen möglichen Unterbrechungsgrund stellt das Selbstverschulden des Geschädigten dar, wenn es eine derart grosse Intensität aufweist, dass der Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des potentiell Haftpflichtigen und dem Schaden bei wertender Betrachtung nicht mehr adäquat bzw. als derart nebensächlich erscheint, dass es sich nicht rechtfertigt, ihm eine rechtliche Wirkung beizumessen. Diese Voraussetzung ist nur erfüllt, wenn das Verschulden grob ist. Der Geschädigte muss jene elementarsten Vorsichtsgebote unbeachtet gelassen haben, die jeder verständige Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen befolgt hätte. Sein Verhalten muss also schlechthin unverständlich sein (FELLMANN / KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 2012, N 462; REY, a.a.O., N 560; HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl. 2005, § 3 N 41). Selbstverschulden liegt auch vor, wenn der Geschädigte es unterlässt, zumutbare Vorsichtsmassnahmen zu ergreifen, die geeignet wären, der Entstehung oder Verschlimmerung eines Schadens entgegenzuwirken. Eine gebotene Vorsichtsmassnahme kann auch im Hinweis auf bestimmte Umstände lie-

- 19 - gen (HEIERLI / SCHNYDER, in: HONSELL / VOGT / WIEGAND, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N 7 zu Art. 44 OR). Ein Selbstverschulden ist insbesondere bei mangelhafter Aufsicht oder Instruktion anzurechnen (vgl. HONSELL, a.a.O., § 13 N 44). Generell darf, wer einen Schadenersatzanspruch erhebt, nicht selbst zum Schaden beigetragen haben. Die Folgen der eigenen Nachlässigkeit muss jeder selber tragen. Es wäre treuwidrig, den vollen Ersatz von einem Dritten zu verlangen. Dies würde gegen das Gebot des eigenen Interesses, das Prinzip von Treu und Glauben und das Verbot des venire contra factum proprium verstossen (HONSELL, a.a.O., § 9 N 10).

#### **E. 3.4**

Würdigung der vom wirtschaftlich Berechtigten geschaffenen Rechtslage Im Folgenden ist zu prüfen, ob auf der klägerischen Seite ein derart gewichtiges (Selbst-) Verschulden am geltend gemachten Vermögensschaden vorliegt, dass eine Haftung der Beklagten wegen Sorgfaltspflichtverletzungen im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrags – selbst wenn eine Sorgfaltspflichtverletzung ihrerseits zu bejahen wäre – abzulehnen ist. Einen allfälligen Schaden trägt diesfalls die Klägerin.

##### **E. 3.4.1**

Vertragsparteien Grundlage des klägerischen Anspruchs bildet der VV-Vertrag Nr. 3 vom

##### **E. 3.4.2**

Durchgriff Geht eine Sitzgesellschaft - wie vorliegend die Klägerin - konstant vom Verhalten des wirtschaftlich Berechtigten (E. \_\_\_\_\_) anstelle desjenigen der Klägerin bzw. deren rechtlicher Vertretung als massgebend aus, macht sie faktisch einen Durchgriff geltend. Zum Wesen einer juristischen Person gehört ihre rechtliche Selbständigkeit. Dieser Grundsatz der rechtlichen Selbständigkeit ist im schweizerischen Gesellschaftsrecht fest verankert und es wird von der klaren und vollständigen rechtlichen und tatsächlichen Trennung der Gesellschaft von ihren Gesellschaftern ausgegangen. Besteht jedoch zwischen einer juristischen Person und ihrem Eigentümer wirtschaftliche Identität, kann

deren formalrechtliche Selbständigkeit dann keine Beachtung finden, wenn die Diskrepanz zwischen juristischer Formgebung und wirtschaftlicher Realität missbräuchlich ausgenutzt wird. Diesfalls kann das Gericht die Rechtsform der juristischen Person ignorieren und durch sie hindurch auf den wirtschaftlich mit ihr identischen Eigentümer greifen (klassischer Durchgriff auf die natürliche Person). Die Rechtsfolgen eines Durchgriffes können nicht generell umschrieben werden. Allgemein ausgedrückt wird das Trennungsprinzip durchbrochen (vgl. dazu bspw. ZR 1998 [1999] Nr. 52 S. 225 ff., Urteil A, E.3.1.2, S. 235). Es ist kaum möglich, allgemeingültige Regeln zum Durchgriff aufzustellen. Ob ein solcher erfolgen soll, kann nur auf Grund der Umstände des Einzelfalls beurteilt werden. Dabei ist eine Interessenabwägung vorzunehmen zwischen der Einhaltung des Grundsatzes der Selbständigkeit juristischer Personen und dem Rechtsmissbrauchsverbot im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht die erste Voraussetzung des Durchgriffs in der wirtschaftlichen Identität von juristischer Person und einer hinter ihr stehenden Person. Sie beinhaltet die Möglichkeit der Beherrschung und bedingt ein Abhängigkeitsverhältnis, das irgendwie geartet sein kann, und damit die Identität der

- 21 - wirtschaftlichen Interessen der juristischen und der sie beherrschenden Person. Die zweite Voraussetzung des Durchgriffs besteht in der rechtsmissbräuchlichen Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person, welche dazu führt, dass Gesetzesvorschriften umgangen, Verträge nicht erfüllt oder sonst wie berechnete Drittinteressen offensichtlich verletzt werden. Die Frage der Zulässigkeit beurteilt sich stets unter den Gesichtspunkten von Treu und Glauben und des Rechtsmissbrauchs, wobei auf eine objektive Betrachtungsweise abzustellen ist. Beim Entscheid, ob sich ein Durchgriff rechtfertigt, sind auch allfällige Drittinteressen in Betracht zu ziehen. Da der Durchgriff eine ausnahmsweise Nichtbeachtung der Selbständigkeit der juristischen Person darstellt und somit eine gewisse "ultima ratio Funktion" aufweist, sollte er im Interesse der Rechtssicherheit eher eine Ausnahme bleiben (Urteil des Bundesgerichts 5A\_587/2007 vom 28. Februar 2008, E.2.1, und Urteil des Bundesgerichts 5C.209/2001 vom 12. Februar 2002, E.3.4, je mit weiteren Hinweisen; ZR 1990 [1991] Nr. 85 S. 276 ff., S. 279 f.; ZR 1998 [1999] Nr. 52 S. 225 ff., Urteil A, E.3.2.3, S. 236; FORSTMOSER / MAYER-HAYOZ / NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 62 N 47 ff.). Beim Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB handelt es sich um eine Generalklausel, welche die Gerichte zu gerechten Einzelfallentscheidungen ermutigt und eine richterliche Rechtsfortbildung ermöglicht. Die Bestimmung verhindert die Durchsetzung bloss formaler Rechte, wenn diese in offensichtlichem Widerspruch stehen zu elementaren ethischen Anforderungen. Auch bei materiell begründeten Klagen ist der Einwand des Rechtsmissbrauchs nicht ausgeschlossen (vgl. HONSELL, in: HONSELL / VOGT / GEISER, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 4. Aufl. 2010, N 3, N 24 und N 64 zu Art. 2 ZGB). Wie einleitend dargelegt, macht nun die Klägerin selbst sinngemäss einen Durchgriff geltend, wenn sie ausschliesslich und konstant auf das Verhalten des wirtschaftlich Berechtigten anstatt der Klägerin bzw. deren Organe abstellt. Die natürliche Person (wirtschaftlich Berechtigter) verbirgt sich vorliegend nicht hinter der Rechtsform der juristischen Person, sondern übergeht ihre selbständige Existenz. Damit verlangt die Klägerin vom Gericht nichts weniger als die Anerkennung der vom wirtschaftlich Berechtigten geschaffenen rechtsmissbräuchlichen Fakten-

- 22 - lage (vorstehend Erw. 2). Der ohne Wohnsitz und Steuerdomizil und damit im Nichts operierende wirtschaftlich Berechtigte behandelt auch seine eigene ausländische Sitzgesellschaft als Nichts. In den umfangreichen Akten des Verfahrens finden sich keinerlei Hinweise auf das Handeln der Klägerin als solche und ihrer Organe in Panama. Der wirtschaftlich Berechtigte verwendet zwar die Formen des Gesellschafts- und Handelsrechts, will aber trotzdem ausschliesslich als Privatperson beurteilt werden. Ein solches Verhalten ist rechtsmissbräuchlich und nicht schützenswert. Der Richter kann nach dem Gesagten nicht gutheissen, dass eine natürliche Person ohne Wohnsitz und Steuerdomizil, die ihr Vermögen – zu welchem Zweck auch immer – off shore in eine juristische Person einbringt, sich nach eigenem Gutdünken, je nachdem, welche Konstellation für sie gerade von Vorteil zu sein scheint, hinter dieser juristischen Person verbirgt oder sich darauf beruft, sie sei die wirtschaftlich berechtigte und damit die massgebliche (natürliche) Person. Die vom wirtschaftlich Berechtigten geschaffene Rechtslage ist nach Art. 2 Abs. 2 ZGB per se rechtsmissbräuchlich. Solchem Vorgehen darf kein Vor-schub geleistet werden und die gerichtliche Unterstützung muss versagt bleiben. Am Gesagten ändert nichts, dass faktisch ein reger Kontakt, vorwiegend per E-Mail, zwischen E.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_, Verwaltungsratsmitglied der Beklagten mit Einzelzeichnungsberechtigung (act. 3/5), betreffend das "Depot ..." bestand (vgl. act. 3/83-94) und stets der wirtschaftlich Berechtigte die einzige Ansprechperson der Klägerin war (act. 1 S. 50 Rz. 182; act. 13 S. 48 Rz. 102). Nachdem die Klägerin dieses Verhalten des wirtschaftlich Berechtigten duldete und dagegen nicht einschritt, und auch keine der Parteien behauptet, dass dessen Handeln nicht der Klägerin zuzurechnen wäre, ist von einer stillschweigenden Vertretungsmacht des wirtschaftlich Berechtigten für die Klägerin auszugehen. Der von der Klägerin vom Gericht verlangte Durchgriff ausschliesslich auf die natürliche Person des wirtschaftlich Berechtigten ist abzulehnen. Die Klägerin als juristische Person und Partei eines Zivilverfahrens hat keinen Anspruch, als formelles Nichts qualifiziert zu werden. Es ist an ihrer rechtlichen Selbstständigkeit mit entsprechenden vertragsrechtlichen Folgen festzuhalten.

- 23 -

### **E. 3.4.3**

(Selbst-)Verschulden der Klägerin Die Klägerin bringt wiederholt vor, E.\_\_\_\_\_ sei ein Laie, der nicht über die erforderlichen Fachkenntnisse in Börsenanlagen und Märkten verfüge (act. 1 S. 62 Rz. 228 f. und S. 63 Rz. 235 f.; act. 19 S. 39 Rz. 170, S. 66 Rz. 281, S. 73 Rz. 297, S. 75 Rz. 304, S. 37 Rz. 161, S. 39 Rz. 170, S. 53 Rz. 235, S. 66 Rz. 281, S. 109 Rz. 460, S. 118 Rz. 498 ff. und S. 121 f. Rz. 514 ff.). Entgegen den klägerischen Ausführungen ist vorliegend jedoch nach dem Gesagten der Kenntnis- und Erfahrungsstand der Klägerin als Vertragspartnerin der Beklagten massgeblich und nicht derjenige des wirtschaftlich Berechtigten. Wie eingangs festgehalten, wurde der massgebliche VV-Vertrag Nr. 3 vom

### **E. 3.4.4**

Fazit Zusammenfassend ergibt sich, dass ein adäquat kausaler Zusammenhang zwischen der behaupteten Sorgfaltspflichtverletzung der Beklagten durch das Verhalten der Klägerin, welches ihr als grobes Selbstverschulden anzulasten ist, unterbrochen wird. Die Folgen ihrer eigenen Nachlässigkeit hat die Klägerin selbst zu tragen. Es wäre treuwidrig, von der Beklagten Ersatz zu verlangen. Das Verhalten der Beklagten erscheint daneben nach

wertender Betrachtungsweise als rechtlich nicht mehr beachtlich. Selbst im Falle einer Bejahung einer Sorgfaltspflicht der Beklagten, wäre es nicht gerechtfertigt, ihr eine Ersatzpflicht für einen allfälligen Schaden der Klägerin aufzuerlegen. Entsprechend sind die Rechtsbegehren Ziffer 1 und 5 der Klage auf Bezahlung von Schadenersatz wegen Sorgfaltspflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Vermögensverwaltung durch die Beklagte abzuweisen. 4. Retrozessionen C.\_\_\_\_\_ (C.\_\_\_\_\_) und G.\_\_\_\_\_ 4.1.

Unbestrittener Sachverhalt 4.1.1. Die Parteien vereinbarten in Ziffer 8 des VV-Vertrags Nr. 3 vom 5. November 2004: "Die Auftraggeberin entrichtet der B.\_\_\_\_\_ für die Vermögensverwaltung halbjährlich ein Honorar, welches in beiliegendem Anhang, welcher einen integrierenden Bestandteil dieses Verwaltungs-Auftrags bildet, festgelegt ist. Sie ermächtigt die B.\_\_\_\_\_, das Honorar sowie allfällige Auslagen direkt ihrem Guthaben bei der Bank zu belasten." (act. 3/6). 4.1.2. Im Anhang zu Ziffer 8 des VV-Vertrags Nr. 3 vom 5. November 2004 ist das "Verwaltungshonorar der B.\_\_\_\_\_" geregelt. Nach Ziffer 1 betreffend Umfang, Ziffer 2 betreffend Berechnung und Ziffer 3 betreffend Fälligkeit ist festgehalten: "PS. Die der B.\_\_\_\_\_ von Banken oder anderen Geschäftspartnern im Zusammenhang

- 27 - mit der Vermögensverwaltung für einzelne oder mehrere Kunden ausgerichteten Kommissionen etc. stehen ausschliesslich der B.\_\_\_\_\_ zu." (act. 3/131). 4.2.

Parteivorbringen 4.2.1. Die Klägerin bringt zum Rechtsbegehren Ziff. 4 vor, weder sie noch ihre Rechtsvorgängerin, die F.\_\_\_\_\_ Familienstiftung, habe auf die Herausgabe der Retrozessionen der C.\_\_\_\_\_ (C.\_\_\_\_\_) im weitesten Sinne, umfassend Retrozessionen im engeren Sinne, Bestandespflegekommissionen, Finder's Fees, Kick-Backs, Vertriebsentschädigungen o.ä., irgendwann oder irgendwie (rechtswirksam) verzichtet (act. 1 S. 8 Rz. 290 f.). Der VV-Vertrag Nr. 1 vom 8. Dezember 1993 beinhalte überhaupt keine Verzichtsklausel. Selbiges gelte für das zugehörige Beiblatt "Verwaltungshonorar der B.\_\_\_\_\_" als Anhang zu Ziff. 7 dieses VV-Vertrages Nr. 1 ("Beiblatt Nr. 1"); auch dort sei keine Verzichtsklausel vorhanden. Somit seien bereits sämtliche, unter diesem (früheren) Vertrag von der Beklagten vereinnahmten und bis anhin weder an die Rechtsvorgängerin der Klägerin (F.\_\_\_\_\_ Familienstiftung) noch an die Klägerin selbst vergüteten Retrozessionen ohne weiteres an die Klägerin abzuliefern. Hierunter fielen einerseits sämtliche seitens der (vormaligen) Depotbank C.\_\_\_\_\_ in der Zeitperiode 30. Juni 2001 bis und mit dem 2. Quartal 2004 entrichteten Retrozessionen in Höhe von insgesamt CHF 14'354.55. Diese Summe errechne sich aus sämtlichen Beträgen, welche auf der Aufstellung der C.\_\_\_\_\_ in den jeweiligen Zeilen "F.\_\_\_\_\_ Familienstiftung" einerseits, in Verbindung mit den Spalten "Retro-Zahlung" und "Courtage" andererseits aufgeführt seien (act. 1 S. 9 Rz. 23 f. und S. 81 Rz. 293). Wie sich dieser Darstellung zweifelsohne entnehmen lasse, werde indessen keine Auskunft erteilt über seitens der Beklagten vereinnahmte Retrozessionen im weitesten Sinne, welche ihr von der C.\_\_\_\_\_ aufgrund deren Geschäftsbeziehung mit der Rechtsvorgängerin der Klägerin, der F.\_\_\_\_\_ Familienstiftung, in der Zeitperiode vor 30. Juni 2001, d.h. ab Beginn der Laufzeit des VV-Vertrags Nr. 1 ab 8. Dezember 1993 bis zum 30. Juni 2001 ausbezahlt worden seien. Die Klägerin habe aber ein Recht auf eine Auskunft hierüber sowie auf anschliessende Her-

- 28 - ausgabe der in dieser Zeitperiode vereinnahmten Retrozessionen. Weder sei der Auskunfts- noch der Ablieferungsanspruch bereits verjährt; die Verjährungsfrist von 10 Jahren beginne erst mit Beendigung des VV-Mandates zu laufen. Dieses Recht habe die Klägerin gegenüber der Beklagten bereits in einem entsprechenden (Ein-)Schreiben vom

10. Oktober 2011 geltend gemacht. Das Schreiben sei indessen unbeantwortet geblieben. Daher sei die Beklagte zu entsprechender Auskunftserteilung über sowie Ablieferung der vereinnahmten Retrozessionen im Sinne der Rechtsbegehren Ziff. 4. a) und 4. b) zu verpflichten, eventualiter (d.h. bei nicht erfolgter und/oder nicht hinreichend erfolgter Auskunftserteilung seitens der Beklagten) zu einer nach richterlichem Ermessen festzusetzenden Summe Geldes für die besagte Zeitperiode 8. Dezember 1993 bis 30. Juni 2001 (act. 1 S. 81 f. Rz. 294 f.). Die Beklagte schulde sämtliche geltend gemachten Retrozessionen (vgl. Rechtsbegehren Ziff. 2-4b) sowie teilweise ergänzend noch Auskunft (vgl. Rechtsbegehren Ziff. 4a), sei doch (zu Recht) der Übergang bzw. die Übertragung des gesamten streitgegenständlichen Depots von der früheren F.\_\_\_\_\_ Stiftung auf die heutige Klägerin unbestritten geblieben. Die Ausführungen der Beklagten liefen daher ins Leere (act. 19 S. 153 Rz. 647). Zusätzlich seien alsdann diejenigen Retrozessionen im weitesten Sinne an die Klägerin abzuliefern, welche unter der Geltung der VV-Verträge Nr. 2 vom 16. April 2004 und Nr. 3 vom 5. November 2004 von der Beklagten vereinnahmt worden seien. Die in den zu den VV-Verträgen Nr. 2 und Nr. 3 zugehörigen Beilblätter (nachstehend "Beiblatt Nr. 2" bzw. "Nr. 3") im Gegensatz zum vorstehenden Beiblatt Nr. 1 enthaltene "post scriptum"-Bemerkung halte den Anforderungen an einen rechtswirksamen Verzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen aus mehreren Gründen nicht stand. Die Klausel sei unklar formuliert: es werde überhaupt nicht klar, was mit "Kommissionen etc." gemeint sei, d.h. ob überhaupt und wenn ja, welche Arten von Retrozessionen hiervon umfasst sein sollten. Die Klägerin bestreite vorsorglich, dass die mit vorliegender Klage verlangten Retrozessionen darunter fallen würden. Die Platzierung einer Klausel, mit welcher der Vermögensverwalter beabsichtige, den Kunden auf sämtliche Retrozessionen verzichten zu lassen, am Ende eines Beiblatts zu einem Vertrag sei unter AGB-Gesichtspunkten ungewöhnlich und damit ungültig. Ein Anleger müsse sich

- 29 - auch angesichts der Tragweite einer solchen Verzichtserklärung, wäre sie denn gültig – nicht eine Klausel entgegen halten lassen, welche sich weder im eigentlichen Vertragstext noch im (Haupt-)Text des angehängten Beiblatts befinde, sondern erst an deren Ende, zumal noch "verniedlicht" mit einem "PS:" Mit diesem Kürzel würden Beiläufigkeiten, Nebensächlichkeiten eingeleitet, nicht jedoch eine derart gravierende Verzichtserklärung. Die gegenteilige Auffassung würde dementsprechend dem Grundsatz von Treu und Glauben zuwiderlaufen. Die Klägerin sei weiter von Seiten der Beklagten zu keinem Zeitpunkt und in keiner Weise über die ungefähre Höhe künftig zu erwartender Retrozessionen aufgeklärt worden. Vielmehr habe die Beklagte die Retrozessionen bzw. die damit einhergehenden Mechanismen und Parameter überhaupt nie thematisiert (act. 1 S. 82 f. Rz. 297 ff.). Weder habe die Klägerin Bescheid über die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten noch über die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen gewusst. Insbesondere sei ihr auch keine Prozentbandbreite indiziert worden (act. 1 S. 83 Rz. 304). Die Klägerin bestreitet, jemals von der Beklagten über die Details, insbesondere über die ungefähre Höhe der zu erwartenden Retrozessionen in Kenntnis gesetzt worden zu sein. Die gegenteilige Behauptung der Beklagten, sie habe der Klägerin bzw. E.\_\_\_\_\_ auf Nachfrage hin Schätzwerte angegeben, sei nachgeschoben und qualifiziere daher als blosser Schutzbehauptung. Auch bestreite die Klägerin, dass die Beklagte ihr die auf der Rückseite von Klageantwort-Beilage 6 (act. 14/6) handschriftlich notierten Prozentbandbreiten jemals von der Beklagten erklärt bzw. sie diese überhaupt zu Gesicht bekommen habe. Konkret habe es sich folgendermassen

verhalten: Die Beklagte habe in den (teilweise in der Tat "stundenlangen") Gesprächen weitschweifig über makroökonomische Entwicklungen doziert und so versucht, die Klägerin (bzw. E.\_\_\_\_\_) von ihrer (unzutreffenden) Risikoauffassung betreffend Investitionen in einzelne Spezialwerte, Vietnam und Rohstoff-/Minenaktien zu überzeugen. Es sei daher weder Raum noch Zeit für Erläuterungen zur Thematik von Retrozessionen im weitesten Sinne geblieben. Das Thema Retrozessionen sei von der Beklagten zu keinem Zeitpunkt angeschnitten worden, d.h. weder vor noch nach dem besagten 16. April 2004 (Vertragsschluss VV-Vertrag Nr. 2) bzw. dem 5. November 2004 (Vertragsschluss VV-30 - Vertrag Nr. 3). Insbesondere sei keine Aufklärung über die Hintergründe von Retrozessionen (etc.), Rückvergütungssätze sowie über die (wesentliche) ungefähre Bandbreite der künftig zu erwartenden Retrozessionen (etc.) erfolgt (act. 19 S. 151 f. Rz. 636 ff.). Vorläufig (Klageänderung bzw. Klageerweiterung einstweilen vorbehalten) verlange die Klägerin die Herausgabe der seitens G.\_\_\_\_ entrichteten Retrozessionen: Aus der Aufstellung der G.\_\_\_\_ ergäben sich Retrozessionszahlungen an die Beklagte in Höhe von CHF 65'937.90; CHF 60'901.65 gemäss Aufstellung Retrozahlungen G.\_\_\_\_ betreffend A.\_\_\_\_ Holding sowie CHF 5'036.25 gemäss Aufstellung Retrozahlungen der G.\_\_\_\_ betreffend F.\_\_\_\_ Familienstiftung (act. 1 S. 83 f. Rz. 306 f.). Diese Retrozessionszahlungen von der Depotbank G.\_\_\_\_ an die Beklagte seien der Klägerin mangels rechtswirksamer Verzichtserklärung vollumfänglich zu erstatten. Die Beklagte sei somit zu verpflichten, der Klägerin gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR vereinnahmte Retrozessionen in Höhe von CHF 14'354.55 (gemäss Rechtsbegehren Ziff. 2) und CHF 65'937.90 (gemäss Rechtsbegehren Ziff. 3) zu bezahlen; dazu kämen die noch festzulegenden Retrozessionen gemäss Rechtsbegehren Ziff. 4. b) im Nachgang zu einer Auskunftserteilung bzw. Rechenschaftsablage gemäss Rechtsbegehren Ziff. 4. a). Ausserdem verlange die Klägerin auf sämtlichen Retrozessions-Erträgen gestützt auf Art. 400 Abs. 2 OR einen Zins zu 5%, einstweilen entgegenkommenderweise berechnet ab Datum der Einreichung der vorliegenden Klageschrift (1. November 2011). Klageänderung in einem späteren Zeitpunkt des Verfahrens werde (auch) in diesem Punkt ausdrücklich vorbehalten (act. 1 S. 84 Rz. 308 ff.). 4.2.2. Die Beklagte entgegnet, Klägerin sei die A.\_\_\_\_ Holding AG. Grundlage des vorliegenden Rechtsstreits sei daher der Verwaltungsauftrag vom 5. November 2004 zwischen der B.\_\_\_\_ Vermögensverwaltungsgesellschaft Zürich AG und der A.\_\_\_\_ Holding AG. Beauftragter nach Art. 400 Abs. 1 OR und "schuldig auf Verlangen jederzeit über die Geschäftsführung Rechenschaft abzugeben und alles was ihm infolge derselben aus irgend einem Grund zugekommen ist, zu erstatten", sei die B.\_\_\_\_. Auftraggeberin sei nach dem genannten Ver-

- 31 - trag die A.\_\_\_\_ Holding AG. Anspruch, wenn überhaupt, habe die Klägerin nur auf Retrozessionen, die seit dem 5. November 2004 angefallen seien. Es bestehe kein Anhaltspunkt über allfällige Vereinbarungen zwischen der F.\_\_\_\_ Familienstiftung einerseits und der A.\_\_\_\_ Holding AG andererseits, dass diese Forderungen aus Art. 400 Abs. 1 gegenüber der Beklagten abgetreten worden seien (act. 13 S. 68 Rz. 150). Die Beklagte habe den bundesgerichtlichen Anforderungen soweit möglich Genüge getan. Anlässlich der Besprechung des neuen VV-Vertrags Nr. 2 am 16. April 2004 sei der neue Passus im Anhang 1 zur Sprache gekommen. H.\_\_\_\_ habe E.\_\_\_\_ erklärt, dass anhand der Börsenabrechnungen sowie Belastungen der Administrationspauschale die Retrozessionen nicht berechnet werden könnten, weil die fremden Kommissionen und

Depotgebühren nicht bekannt seien und dass die Bank G.\_\_\_\_\_ zudem die Retrozessionen nicht nach Kunden spezifiziert ausweise (bis Ende 2009). Um einen riesigen Berechnungsaufwand zu vermeiden, würde er einen Verzicht auf die Retrozessionen vorschlagen, was es ihm im Gegenzug ermögliche, an den im Branchenvergleich tiefen Fixgebühren festzuhalten. Auf Nachfrage von E.\_\_\_\_\_ sei dieser darüber informiert worden, dass typischerweise 50% der eigenen Kommissionen sowie 25% der eigenen Depotgebühren von der Bank an die Beklagte bezahlt würden, da diese der Bank verschiedene Aufgaben und Arbeiten abnehme. Aufgrund der langfristigen und strategischen Anlagepolitik und damit geringen Umschlagshäufigkeit habe H.\_\_\_\_\_ den Betrag auf 0.3 – 0.5% des Depotwertes geschätzt. Wie sich nun im Nachhinein herausgestellt habe, sei diese Schätzung sogar zu hoch gewesen, hätten die Rückvergütungen tatsächlich doch nur etwa 0.25% des Depotwertes betragen (act. 13 S. 67 f. Rz. 149; act. 27 S. 97 f.). Die Beklagte habe dem Rechtsvertreter von E.\_\_\_\_\_ Aufstellungen über die für das Depot "... vereinnahmten Retrozessionen mit Schreiben vom 30. August 2011 geliefert. Wie vorstehend dargelegt, seien Hintergrund, Rückvergütungssätze sowie voraussichtliche Höhe (da diese von der Depotgrösse und der schwankenden Depotumschlagshäufigkeit abhängen, könne kein CHF-Betrag sondern nur ein prozentualer Anteil des Depotwertes als Bandbreite geschätzt werden)

- 32 - E.\_\_\_\_\_ am 16. April 2004 erläutert worden. Entgegen der Behauptung habe dieser somit rechtswirksam auf die Herausgabe der Retrozessionen verzichtet (act. 13 S. 68 f. Rz. 150 f.). 4.3. Rechtliches In der Bankenbranche wird unter Retrozessionen der Vorgang bezeichnet, dass eine Bank gestützt auf eine entsprechende Vereinbarung einem Dritten (insbesondere einem Vermittler im Vermögensverwaltung- und Kapitalanlagegeschäft) einen Anteil einer vereinnahmten Kommission weitergibt (BGE 132 III 460, E.4., S. 463, m.w.H.). 4.3.1. Rechenschaftsablage und Herausgabepflicht des Beauftragten Auf den Vermögensverwaltungsvertrag finden wie bereits dargelegt die auftragsrechtlichen Bestimmungen Anwendung. 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 Grund zugekommen ist, zu erstatten. Die Ablieferungspflicht betrifft nicht nur diejenigen Vermögenswerte, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, sondern auch indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen. Der Beauftragte soll durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren; er muss daher alle Vermögenswerte herausgeben, welche in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung stehen; behalten darf er nur, was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten erhält. Retrozessionen werden dem Beauftragten ausgerichtet, weil er im Rahmen des Auftrags bestimmte Verwaltungshandlungen vornimmt oder veranlasst; sie fallen im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens an und unterliegen der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR (BGE 132 III 460, E.4.1, S. 464, m.w.H.).

- 33 - 4.3.2. Verzicht auf Ablieferung Art. 400 OR enthält kein ausdrückliches Verzichtsverbot und es sind auch keine Gründe erkennbar, welche gegen die dispositive Natur der Ablieferungspflicht sprechen. Die Gültigkeit einer Vereinbarung, wonach der Auftraggeber auf die Ablieferung bestimmter, auch künftig anfallender Werte verzichtet, ist daher zu bejahen. Immerhin ergeben sich Schranken aus der eigentlichen Fremdnützigkeit

des Auftrags, welche durch eine entsprechende Vereinbarung nicht aufgehoben werden kann. Der Auftraggeber muss über zu erwartende Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert sein, und sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, muss aus der Vereinbarung entsprechend klar hervorgehen (BGE 132 III 460, E.4.2, S. 465 f., m.w.H.). Die sich aus den Schranken der Fremdnutzigkeit des Auftrags ergebenden Schranken sind gewahrt, sofern der Auftraggeber den Umfang sowie die Berechnungsgrundlagen der Retrozessionen kennt, die es ihm erlauben, die Kostenstruktur des Vermögensverwaltungsmandats zu erfassen sowie die damit verbundenen Interessenkonflikte des Vermögensverwalters zu erkennen, und er im Wissen darum dem konkreten Entschädigungsmodell zustimmt. Damit ein Vorausverzicht auf die Ablieferung gültig ist, muss der Auftraggeber die Parameter kennen, die zur Berechnung des Gesamtbetrages der Retrozessionen notwendig sind und einen Vergleich mit dem vereinbarten Vermögensverwaltungshonorar erlauben. Eine genauere Bezifferung ist bei einem vorgängigen Verzicht nicht möglich, da sich der Gesamtbetrag des verwalteten Vermögens laufend verändert und die genaue Anzahl bzw. der Umfang der durchzuführenden Transaktionen im Zeitpunkt des Verzichts unbekannt ist. Damit der Kunde den Umfang der zu erwartenden Retrozessionen erfassen und dem vereinbarten Honorar gegenüberstellen kann, muss er zumindest die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen kennen. Letzterem Erfordernis wird beim Vorausverzicht genüge getan, wenn die Höhe der erwarteten Rückvergütung in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens angegeben wird (BGE 137 III 393, E.2.4. S. 398 f., m.w.H.).

- 34 - 4.3.3. Aufklärung des Auftraggebers Eine Pflicht, den Kunden im Hinblick auf eine Verzichtserklärung unaufgefordert über den Umstand der zufließenden Retrozessionen zu informieren, der für diesen angesichts der damit verbundenen Gefahr von Interessenskonflikten zweifellos von Bedeutung ist, folgt bei der Ausführung des Auftrags aus der Treuepflicht des Beauftragten, ergibt sich jedoch bereits vor Abschluss des Vertrags aus dessen vorvertraglicher Aufklärungspflicht. Inwieweit eine aktive Aufklärung erforderlich ist, damit die Kenntnis des Auftraggebers hinsichtlich der Retrozessionen für einen Verzicht ausreicht, ist im Einzelfall zu bestimmen, wobei auch der Geschäftserfahrenheit des Auftraggebers Rechnung zu tragen ist. Während ein gänzlich unerfahrener und unwissender Kunde vom Vermögensverwalter über sämtliche erwähnten Punkte aufzuklären und auf die entsprechenden Zusammenhänge im Einzelnen aufmerksam zu machen ist, aus denen sich angesichts des Empfangs von Leistungen Dritter Interessenkonflikte ergeben können, reicht beim erfahrenen und in finanziellen Angelegenheiten sachkundigen Vermögenträger ein Hinweis auf die technischen Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie auf das zu erwartende Transaktionsvolumen bzw. die Angabe der erwarteten Rückvergütungen als Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens aus. Die Aufklärung muss dabei weder im einen noch im anderen Fall in einer besonderen Form erfolgen. Hat der Auftraggeber hingegen – etwa aufgrund einer vorbestehenden Geschäftsbeziehung oder infolge Information durch Dritte – im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits Kenntnis der massgebenden Berechnungsgrundlagen, besteht kein Informationsbedarf und der erklärte Verzicht ist auch ohne besondere Aufklärung durch den Vermögensverwalter gültig. Ein bloss allgemeiner Hinweis, wonach der Vermögensverwalter möglicherweise Rückvergütungen von Dritten erhält, lässt den Auftraggeber die Tragweite des Verzichts nicht erkennen und ist daher nicht ausreichend (BGE 137 III 393, E.2.5., S. 400 f., m.w.H.).

4.3.4. Beweislast Der Beauftragte, der dem Herausgabeanspruch des Kunden dessen Verzicht auf die Ablieferung zugeflossener Rückvergütungen entgegenhalten will, hat

- 35 - nach Art. 8 ZGB zu beweisen, dass die Voraussetzung der hinreichenden Information beim Auftraggeber vorlag (BGE 137 III 393, E.2.5., S. 401). 4.3.5. Teilnichtigkeit des Vermögensverwaltungsvertrags Ohne rechtswirksamen Verzicht, ist der abgeschlossene Vertrag teilnichtig (Art. 20 Abs. 2 OR); er gilt, jedoch ohne den Herausgabeverzicht. Damit hat der Auftraggeber Anspruch auf Herausgabe der Retrozessionen, die dem Vermögensverwalter im Zusammenhang mit der vereinbarten Vermögensverwaltung zugeflossen sind (vgl. BGE 137 III 393, E.5., S. 402). 4.4. Würdigung 4.4.1. Retrozessionen vom 30. Juni 2001 bis und mit dem 2. Quartal 2004 Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Bezahlung von in der Zeitperiode vom 30. Juni 2001 bis und mit dem 2. Quartal 2004 von der Depotbank C.\_\_\_\_\_ entrichteten Retrozessionen in der Höhe von CHF 14'354.55 (Rechtsbehörden Ziffer 2). Zur Begründung verweist sie auf den VV-Vertrag Nr. 1 vom

## E. 5

November 2004 (act. 3/6) zwischen der Klägerin und der Beklagten, mithin zwei Gesellschaften, geschlossen. Der Zweck der Klägerin ergibt sich aus den zu den Akten gegebenen Handelsregisterauszügen nicht (act. 3/3+4) und wird von den Parteien auch nicht erwähnt. Die Abkürzung S.A. in der Firma der Klägerin steht für sociedad anónima, spanisch für Aktiengesellschaft (vgl. betreffend Amtssprache Spanisch in Panama <https://de.wikipedia.org/wiki/Panama> und betreffend Übersetzung [http://dict.leo.org/esde/index\\_de.html#/search=S.a.&searchLoc=0&resultOrder=basic&multiwordShowSingle=on](http://dict.leo.org/esde/index_de.html#/search=S.a.&searchLoc=0&resultOrder=basic&multiwordShowSingle=on), Abgerufen am 8. August 2013). Bei der Klägerin handelt es sich dem Namen nach weiter um eine Holding. Eine Holding(-Gesellschaft) ist eine Gesellschaft, die nicht selbst produziert, die aber Aktien anderer Gesellschaften besitzt und diese dadurch beeinflusst oder beherrscht, somit eine Beteiligungsgesellschaft (vgl. <http://www.duden.de/suchen/dudenonline/holding>, abgerufen am 8. August 2013). Gestützt auf diese unternehmerischen Voraussetzungen besteht die natürliche Vermutung im kaufmännischen Verkehr, dass es sich bei der Klägerin um ein in finanziellen Belangen versiertes Unternehmen handelt. Bei vorliegendem Vermögensverwaltungsvertrag standen sich somit zwei professionelle Unternehmen gegenüber und es ist von ausreichenden Fachkenntnissen auszugehen, andernfalls die Klägerin beim Abschluss des VV-Vertrages einen klaren Vorbehalt hätte anbringen müssen. Vorliegend ist die Klägerin nicht als Nichts zu qualifizieren, sondern als ein in der Gesellschaftsform inkorporiertes Unternehmen zu behandeln. Zieht die Gesellschaft eine Hilfsperson bei, hat sie die nötige Sorgfalt walten zu lassen. Wie erwähnt, ist bei mangelhafter Aufsicht oder Instruktion ein Selbstverschulden anzurechnen. Die Sorgfalt in der Auswahl der Hilfsperson (cura in eligendo) beinhaltet insb. die Überprüfung der Ausbildung und Erfahrung der Hilfsperson. Instruktionen (cura in instruendo) sind insbesondere erforderlich, wenn die Hilfsperson mit der ihr übertragenen Arbeit nicht oder nur wenig vertraut ist. Es bedarf ausserdem einer Überwachung (cura in custodiendo), deren Intensität von der jeweiligen Arbeit und den Eigenschaften der Hilfsperson abhängt (vgl. SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2012, N 23.23; HEIERLI / SCHNYDER, a.a.O., N 18 ff. zu Art. 55 OR). Der wirtschaftlich Berechtigte ist kein Organ der Klägerin und zu deren Vertretung nicht ohne Weiteres berechtigt. Akzeptiert die Klägerin aber stillschweigend eine faktische "Vertretung" bezüglich des Vermögensverwaltungsvertrags gegenüber der

Beklagten durch eine natürliche Person, hat sie bei deren Auswahl, Instruktion und Überwachung gehörige Sorgfalt walten zu lassen. Lässt sich die Klägerin also faktisch gegenüber der Beklagten vom wirtschaftlich Berechtigten "vertreten" und verfügt dieser – im Gegensatz zur Klägerin als Unternehmen – nicht über das dazu nötige Fachwissen, hat sie dies selbst zu verantworten. Aus den Akten und den Vorbringen der Parteien ist weiter zu schliessen, dass sich die Verantwortlichen der Klägerin, AJ.\_\_\_\_\_, Präsident, dem die rechtliche Vertretung der Klägerin obliegt, sowie AK.\_\_\_\_\_, Rechnungsführer, und AL.\_\_\_\_\_, Sekretär (act. 3/3+4), in keiner Weise jemals um die Belange der Klägerin gekümmert haben. Etwas anderes ist denn auch weder behauptet noch bestritten. So scheinen die klägerischen Organe weder mit dem geduldeten Vertreter E.\_\_\_\_\_ noch mit der Beklagten auf irgendeine Weise in Kontakt gestanden zu haben. Nicht einmal als es zum Prozess kam, schienen sie sich für die streitgegenständliche Vermögensverwaltung auch nur im geringsten zu interessieren. Jedenfalls treten sie in sämtlichen Prozessakten nie in Erscheinung, es ist – abgesehen von einer im Hinblick auf den Prozess ausgestellten Generalvollmacht vom 2. August 2011 (act. 3/2) – kein einziges Dokument enthalten, das auf die Klägerin bzw. deren Organe zurückzuführen wäre. Bei der Verwaltung des doch namhaften Vermögens der Klägerin, welches rechtlich gesehen ihr gehört, wäre es indes mehr als

- 25 - angezeigt gewesen, nicht alles einem Vertreter – der nach eigenem Bekunden dazu noch ein Laie war – zu überlassen, dem das Vermögen rechtlich gesehen nicht gehört. Vielmehr hätte sich die Klägerin als juristische Person zumindest sporadisch selbst darum zu kümmern und so auch den Vertreter zu beaufsichtigen und zu überwachen. Wer sich in den Formen des Gesellschaftsrecht inkorporiert, hat sich nach diesen Grundsätzen beurteilen zu lassen. Eine allenfalls davon abweichende Praxis bei ausländischen Sitzgesellschaften kann dabei nicht massgebend sein. Auch bei ausländischen Sitzgesellschaften gilt Recht und Gesetz. Es ist nicht auszumachen, aus welchen Gründen die Verantwortung der Organe solcher Gesellschaften im Aussenverhältnis nicht gelten soll. Im Gegenteil gebietet dies die grundlegende Vorsicht, die jede verständige Person in der gleichen Lage und unter den gleichem Umständen wahrnehmen würde. Die Klägerin hat nun aber vorliegend - durchaus zumutbare - Vorsichtsmassnahmen wie das Studium der Halbjahresberichte und der Kontoauszüge offensichtlich unterlassen, andernfalls wären ihr allfällige Unstimmigkeiten in diesen Unterlagen aufgefallen. Im durchgeführten Beweisverfahren (vgl. Prot. S. 40 und act. 78-81) wurden der wirtschaftlich Berechtigte der Klägerin und der Geschäftsführer der Beklagten befragt und konfrontiert. Letzterer erklärte dabei glaubhaft, dass dem wirtschaftlich Berechtigten regelmässig Depotauszüge und Rechenschaftsberichte vorgelegt worden seien, was dieser nicht konkret bestritten hat. Es würde denn auch keinerlei Sinn ergeben anzunehmen, solche Informationen seien nie erfolgt. Was indessen unbestrittenermassen fest steht, ist die Tatsache, dass die Geschäftsorgane der Klägerin dabei völlig passiv geblieben sind. Dieses Verhalten der Klägerin ist unverständlich. Ihre ungenügende Sorgfalt bei der Auswahl einer fachlich geeigneten Person, deren angemessene Instruktion und die fehlende Überwachung gereicht der Klägerin zum Verschulden. Indem die Klägerin den Kontakt mit der Beklagten ihrem Vertreter E.\_\_\_\_\_ überliess, der als Laie - nach eigener Behauptung - nicht über das notwendige Finanzwissen verfügte, und sie diesen weder in der deshalb erforderlichen Weise instruierte noch überwachte, unterliess sie jegliche Vorsichtsmassnahmen, um einen möglichen Schaden - wie den vorliegend behaupteten - zu verhindern. Die

- 26 - Konsequenzen dieses nachlässigen Verhaltens hat die Klägerin selbst zu tragen. Letzteres gereicht ihr zu einem schweren (Selbst-) Verschulden.

### **E. 5.1**

Die Rechtsbegehren Ziffer 1 und 5 der Klage betreffend Bezahlung von Schadenersatz wegen Sorgfaltspflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Vermögensverwaltung durch die Beklagte sind abzuweisen.

### **E. 5.2**

Die Rechtsbegehren Ziffer 2 sowie 4 a) und b) betreffend Retrozessionen und diesbezüglicher Auskunftserteilung sind ebenfalls abzuweisen. In teilweiser Gutheissung des Rechtsbegehrens Ziffer 3 ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die ihr zugeflossenen Retrozessionen aus dem VV-Vertrag Nr. 3 vom 5. November 2004 im Betrag von CHF 60'901.65 gemäss Aufstellung Retrozahlungen G.\_\_\_\_\_ betreffend A.\_\_\_\_\_ Holding (act. 3/13) zuzüglich Zins von 5% seit 11. November 2011 zu bezahlen. Im Übrigen ist das Rechtsbegehren Ziffer 3 abzuweisen.

### **E. 5.3**

Insgesamt ist demnach in teilweiser Gutheissung der Klage die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 60'901.65 zuzüglich Zins von 5% seit 11. November 2011 zu bezahlen. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen. 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen 6.1. Streitwert 6.1.1. Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Demzufolge beträgt der für die Bemessung der Gerichtsgebühr und der Parteientschädigung massgebende Streitwert der vorliegenden Klage CHF 2'184'651.38 (act. 1 S. 2; act. 19 S. 3). 6.1.2. Der für die Zulässigkeit von Rechtsmitteln entscheidende Streitwert beträgt ebenfalls CHF 2'184'651.38 (Art. 91 Abs. 2 ZPO; Art. 51 Abs. 1 lit. a und Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG). 6.2. Gerichtsgebühr und Parteientschädigung 6.2.1. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind grundsätzlich nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess festzulegen (Art. 106 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO).

- 42 - 6.2.2. Die Klage wird im Umfang von CHF 60'901.65 gutgeheissen, was einem Anteil von knapp 3% entspricht. Somit obsiegt die Klägerin im Umfang von 3% und unterliegt zu 97%. Entsprechend hat sie 97% der Kosten zu tragen. Die Beklagte hat 3% zu übernehmen. Weiter hat die Klägerin der Beklagten eine leicht reduzierte Parteientschädigung von 94% zu bezahlen. Die Klägerin leistete in Anwendung von Art. 98 ZPO einen Vorschuss für die Gerichtskosten (Prot. S. 2 f.; act. 5). Die Kosten werden aus diesem Vorschuss gedeckt. Für den der Beklagten auferlegten Anteil der Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt. 6.2.3. Die Höhe der Gerichtsgebühr (Urteil gemäss Minderheitsvotum) bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf eine volle Grundgebühr festzusetzen. 6.2.4. Die Parteientschädigung wird nach Ermessen festgesetzt (SUTTER / VON HOLZEN, in SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, a.a.O., N 30 zu Art. 95 ZPO). Die Grundgebühr ist mit der Beantwortung der Klage verdient; für jede weitere Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Zur Berechnung der reduzierten Parteientschädigung ist daher von 150% der Grundgebühr auszugehen. Urteil der Minderheit des Handelsgerichts:

## E. 8

Dezember 1993 bis zum 30. Juni 2001 ausbezahlt wurden sowie die Ablieferung derselben, eventualiter einer nach richterlichem Ermessen festzusetzenden Summe. Wie in vorstehender Erwägung 4.4.1 ausgeführt, legt die Klägerin ihre Berechtigung an der Geltendmachung allfälliger Ansprüche der F.\_\_\_\_\_ Familienstiftung auf Entrichtung von Retrozessionen oder Auskunft diesbezüglich in keiner Weise dar, weshalb diese nicht beurteilt werden können. Mangels entsprechender Ausführungen ist die klägerische Berechtigung nicht dargetan. Dementsprechend sind die Rechtsbegehren Ziffer 4 a) und b) der Klägerin ebenfalls abzuweisen. 4.4.4. Verjährung Die Beklagte macht die teilweise Verjährung der klägerischen Forderung geltend (act. 43 S. 18). Nach Art. 142 OR darf das Gericht die Verjährung nicht von Amtes wegen berücksichtigen. Der Schuldner muss sie also im Prozess durch Erhebung einer Einrede geltend machen (BGE 80 III 41, E.2, S. 52). Die Verjährungseinrede muss im Rahmen der zivilprozessualen Eventualmaxime während des Schriftenwechsels vor erster Instanz erhoben werden, ansonsten sie vom Gericht wegen Verspätung unberücksichtigt bleiben darf (DÄPPEN, in: HONSELL / VOGT / WIEGAND, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N 4 zu Art. 142 OR). Nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels können neue Tatsachen und Beweismittel, d.h. Noven, nur noch beschränkt vorgebracht werden; grundsätzlich besteht in diesem Zeitpunkt Aktenschluss (Art. 229 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO; LEUEN-

- 40 - BERGER, in: SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, a.a.O., N 4 zu Art. 229 ZPO). Der Schriftenwechsel war im vorliegenden Verfahren mit den ersten vier Rechtsschriften grundsätzlich geschlossen (act. 1; act. 13; act. 19; act. 27). Die Parteien reichten im Anschluss noch je eine weitere (Noven-)Stellungnahme ein (act. 38; act. 43). Die Beklagte machte die teilweise Verjährung der klägerischen Forderung erst in der Stellungnahme zur Stellungnahme der Klägerin zu den Duplikatnoven geltend (act. 43 S. 18). Dies obwohl die Verjährung von der Klägerin bereits in der Klageschrift angesprochen wurde (act. 1 S. 81 Rz. 294). Die Beklagte machte auch nicht geltend weshalb und inwiefern es sich bei der vorgebrachten Einrede der Verjährung um ein Novum handeln sollte. Die Einrede der Verjährung wurde demnach von der Beklagten verspätet vorgebracht, weshalb darauf nicht einzugehen ist. 4.4.5. Zins Die Klägerin verlangt auf sämtlichen Retrozessions-Erträgen einen Zins zu 5% ab 1. November 2011. Die diesbezüglich vorbehaltene Klageänderung nahm sie nicht vor (act. 1 S. 84 Rz. 310). Die Beklagte äussert sich nicht zur Zinsforderung (act. 13 S. 69 Rz. 151). Der Beauftragte, der sich mit der Ablieferung von Geldern im Rückstand befindet, hat diese zu verzinsen (Art. 400 Abs. 2 OR). Gemäss Art. 104 Abs. 1 OR beträgt der Verzugszins 5%. Da der Schuldner erst mit der Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt wird (Art. 102 Abs. 1 OR), als Mahnung auch die Erhebung einer Leistungsklage gilt (WIEGAND, in: HONSELL / VOGT / WIEGAND, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N 9 zu Art. 102 OR) und die Klägerin die Zinsleistung ab dem Datum der Klageeinleitung am 11. November 2011 verlangt, ist dagegen nichts einzuwenden. Der Klägerin ist somit auf der ausgewiesenen Forderung ein Zins von 5% seit

## E. 11

November 2011 zuzusprechen.

- 41 - 5. Ergebnis

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.