

ZH_HANDELSGERICHT HG190234 vom 5. Oktober 2021

Zh Handelsgericht, 2021-10-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG190234

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG190234 du 5 octobre 2021

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG190234 del 5 ottobre 2021

Erwägungen

E. 1

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Herausgabe von Retrozessionen, welche die Beklagte im Zeitraum vom 1. November 2008 bis 31. Oktober 2018 aus oder im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung - zur Klägerin (CHF 723'145.-) und - zur Pensionskasse II der A1. _____ (CHF 72'238.-) erhalten hat, je zuzüglich 5 % Zins ab 12. Juni 2019. 2.a. Die Klägerin verlangt von der Beklagten Auskunft über Retrozessionen, die sie aus oder im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung zur Klägerin erhalten hat, und zwar für die Zeiträume - von 1. Januar 2001 bis 31. Oktober 2008 und - seit 1. November 2018.

- 10 - 2.b. Nach erfolgter Auskunftserteilung verlangt die Klägerin von der Beklagten die Herausgabe dieser Retrozessionen, und zwar für die Zeiträume - von 1. Januar 2001 bis 31. Oktober 2008 und - seit 1. November 2018 je zuzüglich 5 % Zins seit 16. Dezember 2019. Für den Fall, dass das Gericht darauf erkennen sollte, dass die Retrozessionen im Zeitpunkt des Zuflusses bei der Beklagten fällig geworden sind, verlangt die Klägerin von der Beklagten: 3.a. Auskunft über die Daten des Erhalts der Retrozessionen für die Zeiträume - von 1. Januar 2001 bis 31. Oktober 2008, - von 1. November 2008 bis 31. Oktober 2018 (auch für die Pensionskasse II der A1. _____) und - seit 1. November 2018 3.b. Bezahlung von 5 % Zins ab Eingang der Retrozessionen bei der Beklagten - bis 11. Juni 2019 betreffend Retrozessionen von 1. November 2008 bis 31. Oktober 2018 (auch für die Pensionskasse II der A1. _____) sowie - bis 15. Dezember 2019 betreffend Retrozessionen von 1. Januar 2001 bis 31. Oktober 2008 und seit 1. November 2018.

E. 1.1

Übersicht Rechtsbegehren Die Klägerin macht gegen die Beklagte verschiedene Ansprüche über unterschiedliche Zeiträume geltend. Zwecks besserer Übersicht ist im Folgenden aufzuzeigen, was die Klägerin unter welcher Ziffer der Rechtsbegehren der Klage (act. 1 S. 2) begehrt:

E. 1.2

Objektive Klagenhäufung / Streitwert Die Klägerin kombiniert eine Leistungsklage (Ziff. 1) mit zwei Stufenklagen, bestehend aus Auskunftsbegehren (Ziff. 2.a. resp. 3.a.) und unbezifferten Forderungsklagen (Ziff. 2.b. resp. 3.b.), wobei die zweite Stufenklage (Ziff. 3.a. und 3.b.) nur für den Fall gestellt wird, dass das Gericht auf einen früheren Fälligkeitszeitpunkt der Retrozessionen abstellt. Eine objektive Klagenhäufung ist gemäss Art. 90 ZPO zulässig, wenn für die einzelnen Ansprüche das gleiche Gericht sachlich zuständig und dieselbe Ver-

- 11 - fahrensart anwendbar ist. Unterschieden wird zwischen kumulativer und eventueller Häufung: Bei Erster werden mehrere Ansprüche nebeneinandergestellt, und das Gericht hat

alle zu beurteilen, während bei Zweiter ein Anspruch (Eventualananspruch) nur für den Fall gestellt wird, dass der andere Anspruch (Hauptanspruch) nicht durchdringt (BGE 142 III 683 E. 5.3.2 m.w.H.). Die sachliche Zuständigkeit des hiesigen Handelsgerichts und die Anwendung des ordentlichen Verfahrens hängen massgeblich vom Streitwert ab (Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO i.V.m. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG; Art. 243 Abs. 1 ZPO e contrario; BGE 139 III 67 E. 1.2). Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung des hiesigen Handelsgerichts sowie des Bundesgerichts ist, soweit die sachliche Zuständigkeit bzw. die Verfahrensart für die einzelnen Ansprüche alleine aufgrund des Streitwerts unterschiedlich wäre, für die Frage der Zulässigkeit der Klagenhäufung auf den zusammengerechneten Streitwert abzustellen, soweit sich die Ansprüche nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 93 Abs. 1 ZPO; BGE 142 III 788 E. 4.2 m.w.H.). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Lautet das Rechtsbegehren auf die Bezahlung einer Geldsumme, richtet sich der Streitwert nach dieser. Lautet ein Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Die Klägerin gibt in ihrer Klage einen Mindeststreitwert von CHF 825'383.– an (act. 1 Rz. 5). Mit Verfügung vom 16. Dezember 2019 wurde der Streitwert einstweilen auf CHF 1'000'000.– geschätzt, da die Stufenklage gemäss Ziffer 2 der Rechtsbegehren einen Zeitraum von insgesamt rund acht Jahren umfasst und sich deshalb der von der Klägerin geltend gemachte Mindeststreitwert dieses Rechtsbegehrens in Höhe von CHF 30'000.– als zu niedrig erwies (act. 4). Im Rahmen des Eventualanbegehrens auf Schadenersatz schätzt die Beklagte in ihrer Duplik den Schaden – und damit die nicht herausgegebenen Retrozessionen zwischen 2001 und Oktober 2008 – auf CHF 874'576.– (act. 25 Rz. 172). Es rechtfertigt sich daher ohne Weiteres, diesen Betrag als Streitwert für die Stufen-

- 12 - klage gemäss Ziffer 2 des Rechtsbegehrens einzusetzen, zumal die Beklagte diesen Betrag in seiner Höhe nicht (substantiiert) bestreitet (act. 32 Rz. 173). Da sich Ziffer 1 und 2 der Rechtsbegehren nicht gegenseitig ausschliessen – betreffen sie doch unterschiedliche Zeiträume – sind sie für die Streitwertberechnung zusammenzuzählen. Ziffer 3 der Rechtsbegehren bleibt für die Höhe des Streitwerts hingegen unbeachtlich, wird damit doch lediglich ein Eventualanbegehren zum Verzugszins gestellt und werden Verzugszinse gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung (Art. 91 Abs. 1 ZPO) zum Streitwert nicht hinzugerechnet. Somit ist insgesamt von einem Streitwert von CHF 1'669'959.– (Ziff. 1 Klage-rechtsbegehren: CHF 795'383.–; Ziff. 2 Klagerechtsbegehren: CHF 874'576.–) auszugehen. Im Ergebnis ist somit die örtliche und sachliche Zuständigkeit des hiesigen Handelsgerichts für die Klage gegeben (Art. 31 ZPO sowie Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO i.V.m. § 44 GOG), was auch unbestritten geblieben ist (act. 1 Rz. 4 ff.; act. 14 Rz. 61).

E. 1.3

Klagerückzug Die Klägerin zog mit der Replik Ziffer 1 der Rechtsbegehren der Klage zurück, soweit es Retrozessionsansprüche der Pensionskasse II der A1. _____ betraf. Dies entspricht einem Betrag von CHF 72'238.– (act. 25 Rz. 5). Das Verfahren ist in diesem Umfang ohne Weiteres als durch Klagerückzug erledigt abzuschreiben (Art. 241 ZPO). Die Klägerin erwähnt in ihrem Klagerückzug das dazugehörige Eventualanbegehren nicht (act. 25 Rz. 5), weshalb dieses angesichts der für den Klagerückzug geltenden Formvorschriften (Art. 241 Abs. 1 ZPO) nicht von Amtes wegen infolge Rückzugs abgeschrieben werden kann. Da die Klägerin mit diesem Eventualanbegehren Verzugszins verlangt, und die

Forderung, auf die der Verzugszins geschuldet sein soll, zurückgezogen wurde, fehlt es der Beklagten offensichtlich an jeglichem schutzwürdigen Interesse (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Auf Ziffer 3.b. der Rechtsbe-

- 13 - gehen der Klage ist daher, soweit sie sich auf die Forderung der Pensionskasse II der A1._____ bezieht, nicht einzutreten.

E. 1.4

Gegenstandslosigkeit Mit Valuta vom 25. März 2020 überwies die Beklagte der Klägerin CHF 617'162.– für Vergütungen, welche die Beklagte aus oder im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung zur Klägerin im Zeitraum von November 2008 bis 17. Februar 2014 erhalten hat, sowie Verzugszins von 5 % auf diesen Betrag in Höhe von CHF 264'798.–. Weiter erteilte die Beklagte Auskunft über die eingenommenen Vergütungen im gleichen Zeitraum und erklärte zudem, seit 1. November 2018 keine Vergütungen mehr im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung zur Klägerin eingenommen zu haben (act. 14 Rz. 7 und 9; act. 25 Rz. 2). Die Parteien beantragten in der Folge übereinstimmend, Rechtsbegehren Ziff. 1 im Umfang von CHF 617'162.– sowie die Rechtsbegehren Ziffer 2.a. und 3.a. im Umfang der Auskunftserteilung durch die Beklagte sowie Ziffer 3.b. im Umfang von CHF 240'450.– als gegenstandslos geworden abzuschreiben (act. 14 Rz. 11 ff.; act. 25 Rz. 2 und 216). Die Gegenstandslosigkeit ist von Amtes wegen festzustellen, wobei ein allfälliger Antrag der Parteien weder eine Klageanerkennung noch ein Klagerückzug darstellt (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, § 23 N 32 ff.). Auch das blosses Bezahlen der eingeklagten Forderung stellt schon mangels Erfüllung der gesetzlichen Formvorschriften keine Klageanerkennung im Sinne von Art. 241 ZPO der Beklagten dar (GSCHWEND/STECK, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung,

E. 1.5

Bestimmtheit der Rechtsbegehren

E. 1.5.1

Ausgangslage Die Klägerin beantragt im Eventualstandpunkt gemäss Ziffer 3 der Rechtsbegehren in der Klage (act. 1 S. 2), ihr seien u.a. zusätzlich die Verzugszinsen ab Eingang der Retrozessionen bei der Beklagten bis zum 11. Juni 2019 zu bezahlen (lit. b), wobei die Bezifferung nach Auskunftserteilung der Beklagten über die Daten der Eingänge der Retrozessionen erfolge (lit. a). In der Replik erklärt die Klägerin, Rechtsbegehren Ziffer 3.a. sei betreffend den Zeitraum November 2008 bis Oktober 2018 infolge Auskunft der Beklagten als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Gleichzeitig verlangt sie in Rechtsbegehren Ziffer 3.b. weiterhin (eventualiter) die Verzugszinse für diesen Zeitraum, soweit diese von der Beklagten nicht bereits geleistet wurden (act. 25 S. 2 f.). Mit hin umfasst das Rechtsbegehren weiterhin auch die Zinsforderungen für die Restanz von Ziffer 1 der Rechtsbegehren in Höhe von CHF 105'983.–.

E. 1.5.2

Rechtliche Grundlagen Ein Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben werden kann (BGE 142 III 102 E. 5.3.1; BGE 137 III 617 E. 4.3). Unklare Rechtsbegehren sind nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung des Wortlauts des Begehrens und der Klagebegründung auszulegen. Bleibt es unklar oder unbestimmt, ist auf das Begehren nicht einzutreten (BGE

137 III 617 E. 6.2). Für Leistungsklagen bedeutet das Bestimmtheitsgebot, dass das Rechtsbegehren die begehrte Leistung nach Art und Umfang so genau bezeichnen muss, dass keine Ungewissheit über das Geforderte besteht; erforderlich ist eine genaue Be-

- 15 - zifferung der eingeklagten Forderung (Art. 84 Abs. 2 ZPO). Für den Fall, dass es der klagenden Partei unmöglich oder unzumutbar sein sollte, ihre Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern, sieht Art. 85 ZPO die Möglichkeit vor, eine unbezifferte Forderungsklage zu erheben. Die Bezifferung des Rechtsbegehrens ist insbesondere dann als unmöglich anzusehen, wenn die klagende Partei die Höhe ihres Anspruchs nicht kennen kann, weil diese von Informationen abhängig ist, über die sie nicht verfügt. Die Forderung ist zu beziffern, sobald die klagende Partei nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Auskunftserteilung durch die beklagte Partei dazu in der Lage ist (Art. 85 Abs. 2 ZPO). Der Nachweis, dass und inwieweit eine Bezifferung unmöglich oder unzumutbar ist, obliegt den Klägern (BGE 140 III 409 E. 4.3.2; ZR 115 [2016] S. 197 E. 3.4.1). Wird ein Rechtsbegehren nicht beziffert, ohne dass darauf wegen Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit ausnahmsweise verzichtet werden könnte, ist auf die Klage nicht einzutreten (BGE 140 III 409 E. 4.4; ZR 115 [2016] S. 197 E. 3.7.1).

E. 1.5.3

Würdigung Die Parteien stimmen darin überein, dass die Beklagte ihrer Auskunftspflichten bezüglich des Zeitraums von November 2008 bis Oktober 2018 vollumfänglich nachgekommen ist, weshalb dieses klägerische Begehren auch als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist (vgl. dazu hiervor Ziff. 1.2). Mithin wäre es der Klägerin ab der Auskunftserteilung der Beklagten – jedenfalls mit der Replik – ohne Weiteres möglich und zumutbar gewesen, die Zinsforderung genauer zu beziffern und insbesondere zu erklären, auf welche Beträge ab welchem Datum Zins geschuldet sei. Dies unterliess die Klägerin genauso wie einen Nachweis, dass ihr die Bezifferung weiterhin nicht möglich wäre. Zudem lassen sich die Beträge, auf welche Verzugszinse zu bezahlen sind, sowie die Fälligkeitszeitpunkte weder den Ausführungen der Parteien noch den im Recht liegenden Urkunden (act. 15/3), in denen die erhaltenen Retrozessionen nur jahrweise ausgewiesen werden, entnehmen, sodass auf Ziffer 3.b. der Rechtsbegehren nicht einzutreten ist, soweit sie sich auf den Zeitraum von 17. Februar 2014 bis Oktober 2018 bezieht.

- 16 -

E. 1.6

Weitere Prozessvoraussetzungen Die übrigen Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 Abs. 2 ZPO sind hinsichtlich der verbleibenden Rechtsbegehren unbestrittenermassen erfüllt. In diesem Umfang ist auf die Klage einzutreten.

E. 1.7

Noveneingabe Am 29. Januar 2021 reichte die Klägerin eine Noveneingabe samt Ergänzungsgutachten ins Recht (act. 38). Nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels können neue Tatsachen nur unter den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO ins Verfahren eingebracht werden. Dabei wird vorausgesetzt, dass die Noven ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 229 Abs. 1 ZPO). Ausserdem dürfen die Tatsachen und Beweismittel erst nach dem letzten Schriftenwechsel entstanden oder gefunden worden sein (echte Noven, lit. a) oder trotz zumutbarer Sorgfalt nicht früher vorgebracht worden sein können (unechte Noven, lit. b). Im vorliegenden Verfahren ist der Aktenschluss mit dem Abschluss des

zweiten Schriftenwechsels, also mit der Duplik der Beklagten vom 12. Januar 2021 (act. 32), eingetreten (BGE 140 III 312 E. 6). Mit Zustellung der Duplik an die Klägerin wurde der Aktenschluss zudem ausdrücklich verfügt (act. 34). Auf Seiten der Klägerin war dagegen der zweite Schriftenwechsel bereits mit der Erstattung der Replik am 1. Oktober 2020 (act. 25) abgeschlossen, sodass ab diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen von Art. 229 ZPO zu beachten waren. Die Klägerin äussert sich in der Noveneingabe in tatsächlicher Hinsicht zur Frage, ob sie Teil der A2.____-Gruppe sei und einen eigenen Rechtsdienst habe (act. 38 Rz. 11 ff.). Ferner macht die Klägerin Ausführungen zur Laufbahn von E.____ (act. 38 Rz. 17 ff.), zu Bestätigungen betreffend die Weiterleitung von Retrozessionen anderer Finanzdienstleistern, und zur von der Beklagten behaupteten Rechtsberatung durch die F.____ AG (act. 38 Rz. 20 ff.). Überdies macht die Klägerin geltend, ihre Kenntnis von der Rechtslage betreffend Retrozessionen lasse sich nicht aus Erklärungen und Rechenschaftsablagen anderer Finanzdienstleistern im Rahmen von Vermögensverwaltungsmandaten herleiten (act. 38

- 17 - Rz. 30 ff.). Schliesslich bestreitet die Klägerin, vor der Mandatierung ihres Rechtsvertreters Kenntnis von der Sach- und Rechtslage betreffend Retrozessionen gehabt zu haben (act. 38 Rz. 41 ff.). Zudem reicht sie ein von ihr eingeholtes Ergänzungsgutachten vom 25. Januar 2021 ein (act. 39) wie nachfolgend zu zeigen sein wird, ändern all diese (tatsächlichen) Ausführungen der Klägerin und das Ergänzungsgutachten nichts am Ausgang des Verfahrens. Die Frage, ob die vorgebrachten Noven zulässig sind, kann daher offen gelassen werden.

2. Herausgabeanspruch bei Execution Only

2.1. Unbestrittener Sachverhalt Die Klägerin und die Beklagte führen seit 2001 eine Geschäftsbeziehung. Unbestritten ist ausserdem, dass die Beklagte Vergütungen, die sie im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung zur Klägerin von Dritten erhielt, nicht an die Klägerin weiterleitete (act. 1 Rz. 8; act. 14 Rz. 12 f.; act. 25 Rz. 11; act. 32 Rz. 10). Auch inhaltlich sind sich die Parteien einig, dass es sich bei der Geschäftsbeziehung um eine reine Konto-/Depotbeziehung (sog. Execution Only), bei der die Beklagte lediglich die Anweisungen der Klägerin ausgeführt hatte, handelte, und nicht etwa um eine Vermögensverwaltung oder Anlageberatung (act. 1 Rz. 3 f., 8, 9, 11, 18 ff. 23 und 100; act. 25 Rz. 14 ff.; act. 14 Rz. 24 f. und 60). Es ist daher zunächst zu klären, ob überhaupt ein Anspruch auf Herausgabe von Retrozessionen bei Execution Only besteht, andernfalls die Klage vollumfänglich abzuweisen wäre.

2.2. Standpunkte der Parteien Die Klägerin macht in rechtlicher Hinsicht geltend, dass beim Vertragsverhältnis zwischen den Parteien Auftragsrecht zur Anwendung komme, weshalb sich die Auskunfts- und Herausgabeansprüche auf Art. 400 Abs. 1 OR stützen. Weiter habe das Bundesgericht bereits mit Urteil 4C.125/2002 im Jahr 2002 die Herausgabepflicht in einem reinen Auftragsverhältnis bejaht, wobei sich dieser Meinung auch das hiesige Handelsgericht im Jahr 2017 angeschlossen habe, gelte doch

- 18 - der Grundsatz, dass sich ein Auftraggeber nicht auf Kosten seines Kunden bereichern dürfe (act. 1 Rz. 19 ff.). Die Beklagte beschränkt sich betreffend den Herausgabeanspruch im Wesentlichen auf den Hinweis, dass bei Execution Only-Transaktionen das bundesgerichtliche Argument des Interessenskonflikts beim Auftraggeber nicht bestehe, weshalb auch keine Herausgabe von erlangten Vermögensvorteilen geschuldet sei (act. 32 Rz. 32).

2.3. Rechtliche Grundlagen Eine Konto-/Depotbeziehung ist ein gemischter Vertrag aus Hinterlegungsvertrag und Auftrag, wobei die auftragsrechtlichen Elemente überwiegen, weshalb Auftragsrecht anzuwenden ist (BGE 133 III 37 E. 2.1 = Pra 96

[2007] Nr. 91; BGE 101 II 117 E. 5; BGE 96 II 145 E. 2; BGE 94 II 167 E. 2). Nach 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; 137 III 393 E. 2.1 je m.w.H.). Die Pflicht zur Ablieferung ist – wie die Rechenschaftspflicht – ein zentrales Element der Fremdnützigkeit des Auftrags. Die Herausgabepflicht lässt sich als Konkretisierung der Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR verstehen. Sie garantiert deren Einhaltung und stellt insofern eine präventive Massnahme zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers dar, indem sie der Gefahr vorbeugt, der Beauftragte könnte sich aufgrund der Zuwendung eines Dritten veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen (BGE 138 III 755 E. 5.3; 137 III 393 E. 2.3; 132 III 460 E. 4.2). Wann von einem inneren Zusammenhang der Zuwendung eines Dritten zur Auftragsausführung auszugehen ist, kann nicht für alle Auftragsverhältnisse ein für alle Mal umschrieben werden. Die mit der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR angestrebte Vorbeugung von Interessenkonflikten zur Sicherung der Fremdnützigkeit ist – neben dem damit verbundenen Grundsatz, dass der Beauftragte (abgesehen vom Honorar) durch den Auftrag weder gewinnen noch verlieren soll – der massgebende Gesichtspunkt bei der Beurteilung, ob der Vermögensvorteil dem Beauftragten infolge der Auftragsausübung oder lediglich bei Gelegenheit der Auftragserfüllung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten zugekommen ist. Bei Zuwendungen Dritter ist ein innerer Zusammenhang schon dann zu bejahen, wenn die Gefahr besteht, der Beauftragte könnte sich dadurch veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen (BGE 138 III 755 E. 5.3). Die Funktion von Art. 400 OR erschöpft sich jedoch nicht darin, als Sicherungsnorm gegen Interessenkonflikte zu dienen. Sie nimmt vielmehr unabhängig von allfälligen Interessenkonflikten eine Zuordnung der vermögenswerten Positionen von Auftraggeber und Beauftragtem vor. Der innere Zusammenhang ist nicht nur dann zu bejahen, wenn ein Interessenkonflikt besteht, sondern auch, wenn sie einzig deshalb erfolgt, weil der Empfänger vom Kunden und dank seiner Investition eine Position eingeräumt bekam, die den Zufluss der Zahlung ermöglichte. Die beiden Kriterien des inneren Zusammenhangs und des Interessenkonflikts sind eng miteinander verknüpft, aber nicht gleichzusetzen. Herausgabepflichtig sind neben den Vermögenswerten, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, vielmehr allgemein indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen. Die Bestim-

- 20 - mung ist auf sämtliche Auftragsverhältnisse anwendbar, da sich der Beauftragte nicht ohne die informierte Zustimmung des Auftraggebers auf dessen Kosten bereichern darf (HG150054 E. 3.2.3 m.w.H.; zustimmend EMMENEGGER/DÖBELI, Bankgeschäfte nach der Krise: Safer, simpler, fairer?, SZW 2018 S. 649; a.A. O-SER/WEBER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 400 N 14a). 2.4. Würdigung/Fazit Die Parteien führen unbestrittenermassen eine Konto-/Depotbeziehung, die den Bestimmungen des Auftragsrechts unterliegt. Die Beklagte ist daher grundsätzlich und unabhängig von einem allfälligen Interessenkonflikt dazu verpflichtet, über von Dritten erhaltene Vorteile, die einen inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung haben, Rechenschaft abzulegen und sie der Klägerin herauszugeben.

E. 3

Verzicht auf Herausgabe

E. 3.1

Unbestrittener Sachverhalt Beide Parteien anerkennen, dass sich die Vergütungen, die die Beklagte aus oder im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung zur Klägerin von 17. Februar 2014 bis Oktober 2018 einnahm, auf CHF 105'983.– belaufen und die Beklagte diese nicht an die Klägerin weitergeleitet hat, mit der Begründung, die Klägerin habe mit Wirkung ab dem 17. Februar 2014 rechtsgültig auf die Herausgabe verzichtet (act. 14 Rz. 12 f., act. 25 Rz. 11, act. 32 Rz. 10).

E. 3.2

Grundsätzliches zur Verzichtsfrage Die Herausgabepflicht des Beauftragten ist dispositiver Natur. Der Auftraggeber kann sowohl im Nachhinein als auch vorab darauf verzichten. Bei einem Verzicht auf künftig anfallende Vorteile muss der Auftraggeber wahrheitsgemäss und vollständig informiert sein, und sein Wille muss aus der Verzichtsvereinbarung deutlich hervorgehen (BGE 137 III 393 E. 2.2; BGE 132 III 460 E. 4.5 je m.w.H.). Ein gültiger Verzicht setzt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung voraus, dass der Auftraggeber den Umfang sowie die Berechnungsgrundlagen der Retrozessi-

- 21 - onen kennt. Da eine genaue Bezifferung bei einem vorgängigen Verzicht nicht möglich ist, muss der Auftraggeber zumindest die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen kennen, wobei es ausreicht, wenn die Höhe der erwarteten Rückvergütungen in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens angegeben wird (BGE 137 III 393 E. 2.4 m.w.H.). Inwiefern der Pflicht des Beauftragten, den Auftraggeber vorgängig über die Retrozessionen zu informieren, Genüge getan wird, hängt vom Einzelfall ab. So ist ein gänzlich unerfahrener und unwissender Kunde vom Auftraggeber über sämtliche Punkte und Zusammenhänge aufzuklären. Handelt es sich beim Auftraggeber hingegen um einen in finanziellen Belangen sachkundigen Vermögensträger, genügt ein Hinweis auf die technischen Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarung mit Dritten sowie auf das zu erwartende Transaktionsvolumen bzw. die Angabe der erwarteten Rückvergütungen als Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens (BGE 137 III 393 E. 2.5). Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Herausgabeverzicht bei Retrozessionen lagen jeweils Vermögensverwaltungsverträge zu Grunde (BGE 132 III 420; BGE 137 III 393). Dabei betonte das Bundesgericht, dass ein pauschaler Verzicht gerade wegen der Gefahr eines Interessenskonflikts des Beauftragten nicht möglich sei und stellte auch vor diesem Hintergrund die vorgenannten strengen

Kriterien für einen wirksamen Verzicht auf. Wie zuvor gesehen (vgl. Ziff. 2.3) erschöpfen sich Sinn und Zweck der Rechenschaft- und Herausgabepflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR nicht ausschliesslich in der Vermeidung von Interessenskonflikten, sondern nehmen vielmehr eine Vermögenszuweisung zwischen Auftraggeber und Beauftragtem vor. Gerade bei Execution Only-Transaktionen steht Letzteres im Vordergrund. Entscheidend für die Anforderungen an den Herausgeberverzicht ist daher nicht die Beurteilung eines möglichen Interessenskonflikts, sondern die Möglichkeit für den Auftraggeber, sich ein Bild über die gesamte Entschädigung des Beauftragten machen zu können. Bei reinen Konto-/Depotbeziehungen, bei welchen ein Beauftragter lediglich die Anweisungen des Auftraggebers ausführt, ist es Erstem aus sachlogischen Grün-

- 22 - den nicht möglich, im Voraus abzuschätzen, wann sich der Auftraggeber in welchem Umfang zu welchen Transaktionen entschliessen wird. Eine ähnliche Problematik stellt sich aber auch im Rahmen von Vermögensverwaltungsverträgen, wo eine genaue Bezifferung bei einem vorgängigen Verzicht nicht möglich ist, 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 (BGE 138 III E. 2.4). Allein der Umstand, dass bei Execution Only-Beziehungen der Auftraggeber allein über sämtliche Parameter der Transaktionen entscheidet, kann deshalb nicht dazu führen, dass ein Vorausverzicht nicht mehr möglich ist. Im Gegenteil stellt sich vielmehr die Frage, ob gar weniger strenge Voraussetzungen für einen Verzicht genügen könnten. Letztlich entscheidend ist, ob die Auftraggeberin abschätzen kann, wie viel der Beauftragte verdient resp. wie viel sie dessen Dienste kosten. Dies ist letztlich im Einzelfall zu prüfen (vgl. BGE 137 III 393 E. 2.5). Ohne rechtswirksamen Verzicht ist der abgeschlossene Vertrag teilnichtig (Art. 20 Abs. 2 OR); er gilt, jedoch ohne den Herausgeberverzicht. 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). Beweispflichtig für die hinreichende Information des Auftraggebers ist der Beauftragte (BGE 137 III 393 E. 2.5). Gleiches gilt gemäss Art. 8 ZGB auch für die übrigen Umstände des Verzichts.

E. 3.3

Verzicht durch geänderte Allgemeinen Geschäftsbedingungen

E. 3.3.1

Standpunkte der Parteien Die Beklagte weigert sich, der Klägerin die Retrozessionen herauszugeben, da die Klägerin gemäss den geltenden AGB rechtsgültig auf die Herausgabe verzichtet habe. Konkret sei der Klägerin von der Beklagten im Dezember 2013 eine überarbeitete Fassung der AGB und des Depotreglements zugestellt worden, welche ohne Widerspruch der Klägerin innert 30-tägiger Frist per 17. Februar

- 23 - 2014 in Kraft getreten seien (act. 14 Rz. 20 act. 32 Rz. 22). Ebenfalls im Dezember 2013 habe die Beklagte der Klägerin ein Schreiben mit dem Betreff "Bestätigung betreffend Integrität und Loyalität für Kunden mit Global Custody- oder Depotbeziehungen" zugestellt, in welchem die Beklagte darauf hingewiesen habe, dass im Anhang zum Schreiben die Bandbreiten aufgeführt seien, innerhalb derer die Beklagte allfällige Retrozessionen und weitere Entschädigungen erhalten könne (act. 14 Rz. 24; act. 32 Rz. 23). Ferner habe die Beklagte der Klägerin im Dezember 2015 und 2017 jeweils neuerlich überarbeitete Fassungen der AGB und des Depotreglements zugestellt, gegen

welche die Klägerin wiederum keine Einsprache erhoben habe (act. 14 Rz. 26 f.; act. 32 Rz. 27 und 30). Die Klägerin macht in Bezug auf die Änderung der AGB geltend, sie habe der Beklagten mit Schreiben vom 26. März 2015 erklärt, dass sie einen allfällig in der Vergangenheit erklärten Vorausverzicht als nicht wirksam erachtet. Dies habe zur Folge, dass bezüglich der darauffolgenden Fassungen der AGB bzw. des Depotreglements ein vorgängiger Widerspruch vorgelegen habe (act. 25 Rz. 30 f.). Weiter bestreitet die Klägerin, dass ihr die neuen Fassungen der AGB und des Depotreglements im Jahr 2013 oder später zugestellt worden seien. Die Beklagte berufe sich nun im vorliegenden Verfahren zum ersten Mal auf das Depotreglement, nachdem sie dies weder vorprozessual noch in anderen Verfahren, in welchen der Rechtsvertreter der Klägerin involviert gewesen sei, getan habe. In diesen anderen, dem Rechtsvertreter der Klägerin bekannten Fällen habe die Beklagte denn auch nie den Verzichtseinwand erhoben (act. 25 Rz. 32 und 218 ff.). Das Schreiben "Bestätigung betreffend Integrität und Loyalität für Kunden mit Global Custody- oder Depotbeziehungen" habe die Klägerin erhalten. Dieses stelle jedoch eine bloss einseitige Mitteilung der Beklagten dar, in der denn auch nirgends erwähnt werde, dass Schweigen die Rechtsfolge eines Verzichts darstelle (act. 25 Rz. 224).

E. 3.3.2

Rechtliche Grundlagen Die spätere einseitige Änderung von AGB ist nur durch eine entsprechende Änderungsklausel in den ursprünglichen AGB oder im Vertrag möglich. Fehlt es in den ursprünglichen AGB an einer solchen Änderungsklausel, muss die Abänderung

- 24 - der AGB die Voraussetzungen der Konsenskontrolle erfüllen (MÜLLER, in: Berner Kommentar, Art. 1-18 OR, mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018, Art. 1 N 340 f.). Da der Vertragsschluss in dieser Konsultation bereits stattfand, sind die AGB im Rahmen der Konsenskontrolle als nachgeschoben zu behandeln. Für nachgeschobene AGB gilt, dass sie lediglich eine Offerte zur Vertragsänderung darstellen, die danach von der Gegenpartei akzeptiert werden kann oder eben nicht. Stillschweigen der Gegenpartei darf dabei nicht als Zustimmung im Sinne von Art. 6 OR gewertet werden (KRAMER/PROBST/PERRIG, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, N 121 m.w.H.; BGE 98 Ia 314 E. 5.b). Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Grundsätzlich ist das Verhältnis der anwendbaren materiellen Normen für die Beweislastverteilung massgebend. Dieses bestimmt im Einzelfall, ob eine rechtsbegründende, rechtsaufhebende bzw. rechtsvernichtende oder rechtshindernde Tatsache zu beweisen ist. Wer einen Anspruch geltend macht, hat die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen. Demgegenüber liegt die Beweislast für die rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei, welche den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet (BGE 128 III 271 E. 2a/aa). Die beweisbelastete Partei hat die zu beweisenden Tatsachen zu behaupten, weshalb mit der Beweislast die Behauptungslast einhergeht. Die beweisfreie Partei trifft hingegen die Bestreitungslast. Ein Aspekt der Behauptungslast ist die Substantiierungslast: Die konkreten Anforderungen an die Substantiierung der anspruchsbegründenden Tatsachen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Tatsachenbehauptungen sind so konkret zu halten, dass sie einerseits ohne Weiteres als Beweissatz formuliert und in

eine allfällige Beweisverfügung aufgenommen werden können, und andererseits ein gezieltes Bestreiten möglich ist sowie der Gegenbeweis angetreten werden kann. Bestreitet der Prozessgegner das Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei schlüssig und widerspruchsfrei, muss diese die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so

- 25 - umfassend und klar darlegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann. Nur hinreichend substantiierte Sachvorbringen begründen einen Beweisanspruch (WALTER, in: Berner Kommentar, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012, Art. 8 N 199 f.; LARDELLI/VETTER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl., Basel 2018, Art. 8 N 29 und 33; BGE 127 III 365 E. 2b m.w.H.). Der Behauptungsgegner hat demgegenüber im Einzelnen darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der Gegenpartei er anerkennt und welche er bestreitet. Pauschale Bestreitungen reichen zwar nicht aus, doch dürfen die Anforderungen an die Bestreitung nicht so hoch angesetzt werden, dass im Ergebnis die Beweislast gewendet wird (WALTER, a.a.O., Art. 8 N 191 ff.). Für den Hauptbeweis im Zivilprozess gilt das Regelbeweismass des strikten Beweises. Dieser ist erbracht, wenn das Sachgericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Wahrheit einer Behauptung und damit vom Vorliegen einer Tatsache voll überzeugt ist. Dabei hat eine Tatsache nicht mit Sicherheit festzustehen, sondern genügt die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit, selbst wenn eine abweichende Möglichkeit nicht völlig auszuschliessen ist (WALTER, a.a.O., Art. 8 N 134 ff.).

E. 3.3.3

Würdigung Die Beklagte stellt keinerlei Behauptungen dazu auf, was in den ursprünglichen AGB resp. im Vertrag zwischen den Parteien hinsichtlich der einseitigen Änderungsmöglichkeit vereinbart wurde. Mithin ist unklar, ob eine solche einseitige Möglichkeit überhaupt besteht. Weiter fehlen Beweisofferten – insbesondere die ursprünglichen AGB –, sodass auch keine Beweise dazu abgenommen werden könnten. Die AGB konnten daher mangels Änderungsklausel nicht einseitig von der Beklagten abgeändert werden. Eine nachträgliche konsensuale Änderung ist sodann auch nicht ersichtlich. Die Beklagte behauptet nicht, die Klägerin habe den nachgeschobenen AGB ausdrücklich zugestimmt, sondern vielmehr begründet sie die Übernahme der AGB einzig mit dem Umstand, dass die Klägerin dagegen keine (fristgerechte) Einsprache erhoben habe. Da – wie vorstehend erläutert – im Falle nachgeschobener AGB Stillschweigen nicht als Zustimmung gewertet werden darf, ist den Behauptungen der Beklagten nichts zu entnehmen, was eine ausdrückliche Zustim-

- 26 - mung der Klägerin zu den geänderten AGB begründen könnte (zum Global Custody Solution Vertrag siehe nachfolgende Ziff. 3.4). Die Klägerin hat damit nicht durch eine Zustellung geänderter Fassungen der AGB im Jahr 2013, 2015 oder 2017 auf ihren Herausgabeanspruch verzichtet. Nur der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass vor diesem Hintergrund die Beklagte aus ihrem Schreiben betreffend "Bestätigung betreffend Integrität und Loyalität für Kunden mit Global Custody- oder Depotbeziehungen" offenkundig auch nichts zu ihren Gunsten ableiten kann.

E. 3.4

Herausgabeverzicht durch Global Custody Solutions-Vertrag

E. 3.4.1

Standpunkte der Parteien Die Beklagte bringt zudem vor, die Parteien hätten am 18. Februar/12. März 2014 eine als "Global Custody Solutions-Vertrag" (fortan GCS-Vertrag) bezeichnete Vereinbarung geschlossen, mit welcher die Klägerin die Beklagte mit der Erbringung umfassender Dienstleistungen im Bereich der Verwahrung und Administration von Vermögenswerten beauftragt habe. Dabei seien gemäss Art. 1.2 des GCS-Vertrags die AGB sowie das Depotreglement in der Fassung von Dezember 2013 als integraler Bestandteil der Vereinbarung übernommen worden. Der Vertrag sei am 12. März 2014 in Kraft getreten (act. 14 Rz. 25; act. 32 Rz. 24 und 145). Demgegenüber bestreitet die Klägerin, dass sie der Beklagten mit der Unterzeichnung des GCS-Vertrags willentlich ein Zusatzentgelt habe verschaffen wollen, das massgeblich über die zwischen den Parteien vereinbarte Custody Gebühr hinausgehe. Weiter habe der GCS-Vertrag ohnehin nur Dienstleistungen der Beklagten im Bereich der Verwahrung und Administration umfasst, mithin sei es in keiner Weise um den Vertrieb retrozessionsträchtiger Fonds, strukturierter Produkte oder andere Finanzinstrumente der Klägerin – geschweige denn um Entschädigungen in diesem Zusammenhang – gegangen (act. 25 Rz. 34 ff.).

- 27 - In der Duplik bestreitet die Beklagte die Vorbringen der Klägerin, diese seien unsubstantiiert. Das Depotreglement sei ausdrücklich ein integrierter Bestandteil des GCS-Vertrags. Die Klägerin müsse sich die Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag als institutionelle Anlegerin entgegenhalten lassen, ein fehlendes Bewusstsein resp. ein fehlender Bindungswille werde bestritten. Das Depotreglement sei klar formuliert und banküblich (act. 32 Rz. 148 f.).

E. 3.4.2

Rechtliche Grundlagen Haben die Parteien unterschiedliche Auffassungen über den massgeblichen Inhalt eines Vertrages, ist das Gericht aufgerufen, durch Vertragsauslegung das Vereinbarte zu ermitteln (SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, § 33 N 33.01). Ziel der Vertragsauslegung ist es dabei, in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann höchstens – im Rahmen der Beweiswürdigung – auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 133 III 61 E. 2.2.1; 132 III 626 E. 3.1; 129 III 675 E. 2.3; BGER 4A_615/2015 E. 5.1).

E. 3.4.3

Würdigung Die Beklagte bringt vor, die AGB sowie das Depotreglement in der Fassung von 2013 seien durch die Unterzeichnung des GCS-Vertrags Bestandteil der gesamten Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien geworden (act. 14 Rz. 25). Unklar bleibt aufgrund der Ausführungen der Beklagten in der Klageantwort jedoch, ob ihrer Ansicht nach das gesamte Geschäftsverhältnis zwischen den Parteien neu auf dem GCS-Vertrag beruht haben oder ob dieser das Geschäftsverhältnis ergänzt haben soll, so dass zwischen den Parteien mehrere unterschiedliche Ver-

- 28 - träge bestanden haben. Die Klägerin bestreitet sodann in ihrer Replik, dass der GCS-Vertrag den Vertrieb retrozessionspflichtiger Fonds umfasst habe (act. 25 Rz. 37). Angesichts der knappen und nicht eindeutigen Ausführungen der Beklagten erweisen sich die Bestreitungen der Klägerin, wonach retrozessionsbetroffene Finanzprodukte gar nicht Vertragsbestandteil des GCS-Vertrags gewesen seien, als ausreichend, um die umfassende Substantiierungspflicht der Beklagten auszulösen. Es wäre in der Folge an der Beklagten gewesen, umfassend, detailliert und schlüssig darzulegen, was der Vertragsinhalt des GCS-Vertrags war, ob es zwischen den Parteien einen tatsächlich übereinstimmenden Willen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gab und falls ja, was dessen Inhalt war. Sollte es an einem solchen gefehlt haben, wäre es wiederum Sache der Beklagten substantiiert darzulegen, wie eine Auslegung des Vertrags nach dem Vertrauensprinzips zu der von ihr gewünschten Rechtsfolge – die AGB und das Depotreglement je in der Fassung 2013 wurden Teil des Vertragsverhältnisses, in dessen Rahmen die Beklagte die retrozessionsbetroffenen Geschäfte tätigte – führt. Diesen Anforderungen genügen die Ausführungen der Beklagten in der Duplik klarerweise nicht. Sie bringt abermals nur pauschal und damit unsubstantiiert vor, dass die AGB und das Depotreglement integraler Bestandteil des GCS-Vertrags gewesen und daher Bestandteil der gesamten Geschäftsbeziehung der Parteien geworden seien. Dabei geht sie mit keinem Wort auf die Bestreitungen der Klägerin, wonach die streitbetroffenen Retrozessionen gerade nicht aus diesem GCS-Vertrag herrühren, ein. Die Ausführungen der Beklagten erhellen insgesamt nicht, was resp. welche Verträge der Geschäftsbeziehung der Parteien zugrunde liegen. Wie zuvor gesehen (vgl. Ziffer 3.3.3), fehlt es zudem an rechtsgenügenden Behauptungen der Beklagten zur Möglichkeit der einseitigen AGB-Änderung, da keine Behauptungen zu den ursprünglich geltenden AGB aufgestellt wurden. Damit kann auch nicht – soweit die Vorbringen der Beklagten überhaupt darauf abzielten – von einer einseitigen AGB-Änderung durch Zustellen der neuen AGB zusammen mit dem GCS-Vertrag ausgegangen werden.

- 29 -

E. 3.5

Fazit Auf die Herausgabe von Retrozessionen kann auch bei einer reinen Depot-/Kontobeziehung rechtsgültig verzichtet werden, wobei vorliegend offen gelassen werden kann, ob die AGB resp. das Depotreglement der Beklagten inhaltlich die Voraussetzungen erfüllen. Ein gültiger Verzicht setzt voraus, dass die Auftraggeberin wahrheitsgemäss und vollständig informiert ist und ihr Wille aus der Verzichtsvereinbarung deutlich hervorgeht. Beweispflichtig dafür ist die Beauftragte. Die Behauptungen der Beklagten sind jedoch sowohl bezüglich des Verzichts durch die neuen AGB resp. Depotreglemente in den Jahren 2013, 2015 und 2017 als auch durch die Unterzeichnung des GCS-Vertrags im Jahr 2014 ungenügend. Einerseits fehlt es an rechtsgenügenden Behauptungen der Beklagten zu den ursprünglichen AGB resp. zum ursprünglichen Vertrag, welche vorsehen müssten, dass die AGB einseitig geändert werden können, und andererseits wird von der Beklagten auch keine ausdrückliche Zustimmung der Klägerin behauptet, was jedoch die Voraussetzung für eine konsensuale Vertragsanpassung ist. Im Zusammenhang mit dem GCS-Vertrag bleibt sodann unklar, ob dieser die Grundlage für die gesamte Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien war, was jedenfalls von der Klägerin bestritten wird und mangels substantiierter Behauptungen der Beklagten dazu auch keine Beweise abgenommen werden könnten, womit die betreffenden Behauptungen beweislos bleiben. Somit liegt

kein rechtsgültiger Verzicht auf die Herausgabe der Retrozessionen ab 17. Februar 2014 (oder später) vor, weshalb die Beklagte zu verpflichten ist, der Klägerin CHF 105'983.– zu bezahlen.

E. 4

Verzugszinsen

E. 4.1

Ausgangslage Die Klägerin begehrt im Hauptstandpunkt mit Ziffer 1 der Rechtsbegehren, dass ihr auf die Retrozessionen zwischen November 2008 und Oktober 2018 Verzugszins von 5 % ab 12. Juni 2019 zu bezahlen sei. Als Begründung führt die Klägerin an, die Forderungen würden erst auf Verlangen der Auftraggeberin fällig, und von

- 30 - diesem Zeitpunkt an seien gemäss Art. 400 Abs. 2 OR Verzugszinsen geschuldet. Die Fälligkeit sei daher mit der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs im Schreiben des Rechtsvertreters der Klägerin vom 12. Juni 2019 eingetreten. Auf den Eventualantrag der Klägerin, wonach die Verzugszinsen ab dem Zeitpunkt des Eingangs der Retrozessionen bei der Beklagten zu bezahlen seien (act. 1 Rz. 41 ff.), wurde nicht eingetreten (vgl. Ziff. 1.5). Die Beklagte stellt sich in rechtlicher Hinsicht auf den Standpunkt, dass die Verzugszinsen gemäss Art. 400 Abs. 2 OR ab Fälligkeit geschuldet seien, wobei diese im Zeitpunkt des Zugangs beim Beauftragen eintrete (act. 14 Rz. 70). Soweit Verzugszinsen angefallen seien, habe die Beklagte diese bezahlt (act. 14 Rz. 8 und 72 ff.).

E. 4.2

Rechtliche Grundlagen Erhält die Beauftragte Gelder, die der Herausgabepflicht unterliegen, sind diese auch ohne Mahnung gemäss der ausdrücklichen Anordnung in Art. 400 Abs. 2 OR ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit zinspflichtig, wobei sich die Höhe des geschuldeten Zinses nach Art. 104 OR richtet und daher 5 % beträgt (OSER/WEBER, a.a.O., Art. 400 N 16; FELLMANN, in: Berner Kommentar, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992, Art. 400 N 162 und 166 f. m.w.H.). Wie noch darzulegen sein wird, werden Herausgabeansprüche im Zeitpunkt des Zugangs bei der Beauftragten fällig (vgl. nachstehende Ziff. 5). Somit ist die Beauftragte grundsätzlich verpflichtet, auf Retrozessionsforderungen Verzugszins in der Höhe von 5 % ab dem Zeitpunkt des Zugangs bei ihr zu bezahlen.

E. 4.3

Würdigung/Fazit Die Klägerin begehrt den Verzugszins erst ab 12. Juni 2019. Da die Herausgabeansprüche im Moment des Zugangs bei der Beklagten, mithin spätestens Ende Oktober 2018, fällig wurden, waren sämtliche Forderungen am 12. Juni 2019 fällig, und damit Verzugszins geschuldet. Die Beklagte ist daher zu verpflichten, der Klägerin Verzugszins in Höhe von 5 % seit 12. Juni 2019 auf CHF 105'983.– zu bezahlen.

- 31 -

E. 5

Verjährung

E. 5.1

Unbestrittener Sachverhalt Wie bereits dargelegt, bestand seit 2001 zwischen den Parteien eine Konto-/Depotbeziehung (hiervor Ziff. 2.1). Die Beklagte erklärte am 4. Dezember

2018 gegenüber der Klägerin, auf die Verjährungseinrede zu verzichten, soweit allfällige Ansprüche der Klägerin in diesem Zeitpunkt noch nicht verjährt waren (act. 3/5a), und verlängerte diesen Verzicht bis letztmals 31. Dezember 2019 (act. 3/5b und 3/5c), wobei die Klägerin die gegenständliche Klage am 16. Dezember 2019 erhob (act. 1). Für Forderungen aus dem Zeitraum Januar 2001 bis Oktober 2008 erhebt die Beklagte die Einrede der Verjährung (act. 14 Rz. 4).

E. 5.2

Standpunkte der Parteien Die Klägerin verlangt die Auskunft über und die Herausgabe von Retrozessionen seit 2001 und bringt vor, dass der Auskunftsanspruch nach dem klaren Gesetzeswortlaut erst "auf Verlangen" fällig werde, weshalb die Verjährungsfrist auch erst mit dessen Geltendmachung beginne, spätestens jedoch zehn Jahre nach Beendigung des Auftrags (act. 1 Rz. 48 ff.). Die Klägerin habe mit Schreiben vom

E. 5.3

Rechtliche Grundlagen Mit Leitentscheid vom 16. Juni 2017 (BGE 143 III 348 = Pra 107 [2018] Nr. 131) hat sich das Bundesgericht zur Verjährung von Herausgabeansprüchen des Auftraggebers geäußert. Zunächst erläuterte das Bundesgericht die Grundsätze der Rechenschafts- und Herausgabepflicht (BGE 143 III 348 E. 5.1, vgl. hiervor Ziff. 2.3) und stellte klar, dass die Herausgabeansprüche der Regelverjährung von zehn Jahren unterstellt seien, da es sich nicht um ein Dauerschuldverhältnis handle, sondern der Beauftragte schlicht deshalb herausgabepflichtig werde, weil er diese Vorteile erlangt habe. Jede Erstattungsschuld entstehe auf einer gesonderten Grundlage (BGE 143 III 348 E. 5.2.1). Hinsichtlich des Beginns der Verjährungsfrist erwog das Bundesgericht, dass die Rechenschaftspflicht "Voraussetzung" und Grundlage der Erstattungspflicht sei, was jedoch nicht so zu verstehen sei, dass es für die Entstehung der Forderung auf den Zeitpunkt der Rechenschaftsablage ankomme. Anders als bei Verjährungsfristen aus unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung sei nicht massgeblich, wann der Gläubiger Kenntnis von der Existenz oder Höhe seiner Forderung erlangt habe (BGE 143 III 348 E. 5.3.1 m.w.H.). Die Verjährung beginne mit der Fälligkeit der Forderung (Art. 130 Abs. 1 OR), und dieser Zeitpunkt, ab dem der Gläubiger seine Forderung geltend machen könne, trete mit der Entstehung der Forderung ein, sofern nicht eine andere Frist vereinbart worden sei oder sich aus der Natur des Rechtsverhältnisses ergebe (Art. 75 OR;

- 34 - BGE 143 III 348 E. 5.3.2 m.w.H.). Das Bundesgericht folgert deshalb, dass der Erhalt der Rückvergütungen die Pflicht zur Information des Auftraggebers und auf Herausgabe dieser Vorteile entstehen lasse und sie sogleich fällig würden. Es wäre sodann auch nicht mit dem System der Verjährung vereinbar, wenn die Möglichkeit, diese Forderungen geltend zu machen, unbeschränkt aufgeschoben werden könnte. Die Verjährung sei sowohl durch öffentliche Interessen (Rechtssicherheit, Rechtsklarheit und Rechtsfrieden) gerechtfertigt als auch durch den Schutz des Schuldners, der nicht dauerhaft in der Ungewissheit belassen werden soll, ob die Forderung doch noch geltend gemacht werde und er deshalb Belege unbeschränkt aufbewahren müsse (BGE 143 III 348 E. 5.3.2).

E. 5.4

Würdigung Der Leitentscheid des Bundesgerichts ist klar und erging im Rahmen der auch vorliegend aufgeworfenen Frage nach dem Verjährungsbeginn von Herausgabeansprüche gemäss Art. 400 Abs. 1 OR (vgl. BGE 143 III 348 Regeste: "Die Verjährungsfrist beginnt für jeden Herausgabeanspruch an dem Tag zu laufen, an dem der Beauftragte den

herauszugebenden Betrag erhalten hat"). Es gibt entgegen der Ansicht der Klägerin keinen Hinweis darauf, dass das Bundesgericht demnächst von dieser erst jüngst etablierten Praxis abweichen wird. Wie von der Beklagten zudem richtigerweise festgehalten wurde, besteht hinsichtlich der Fälligkeit des Herausgabeanspruchs weitestgehend Einigkeit in der Lehre (so u.a. OSER/WEBER, a.a.O., Art. 400 N 15; FELLMANN, a.a.O., Art. 400 N 160; BÜHLER, in: Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 400 N 5; GEHRER CORDEY/GIGER, in: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319-529 OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 400 N 15; GRAHAM-SIEGENTHALER, in: Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 400 OR N 21). Auch aus einem Rechtsvergleich mit dem deutschen Recht kann die Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Im Ergebnis besteht keinerlei Anlass, um von der neuen und eindeutigen Rechtsprechung des Bundesgerichts abzuweichen, weshalb sämtliche Herausgabean-

- 35 - sprüche der Klägerin gegen die Beklagte, die vor dem 4. Dezember 2008 entstanden sind, verjährt sind. Gleiches hat aber auch für die Ansprüche der Klägerin auf Auskunft resp. Rechenschaftsablage zu gelten. Entscheidend für den Verjährungsbeginn ist auch hier der Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung gemäss Art. 75 OR. Dieser muss auch für den Auskunftsanspruch im Zeitpunkt der Zugangs der Vorteile bei der Beauftragten entstehen, da der Auftraggeber seinen Auskunftsanspruch ab diesem Moment fordern kann. Dementsprechend erwog auch das Bundesgericht (BGE 143 III 348 E. 5.3.2): "La réception des rétrocessions [...] par le mandataire fait naître son obligation d'informer le mandant et de lui restituer ces avantages [...]". Eine Gleichbehandlung der Fälligkeitszeitpunkte der Auskunfts- und Herausgabepflicht ergibt sich auch bei der Betrachtung der italienischen und französischen Fassung des Gesetzes, bei denen sich "auf Verlangen" ohne jeden Zweifel sowohl auf den Auskunfts- als auch auf den Herausgabeanspruch bezieht (so auch die Klägerin in act. 1 Rz. 78): Der Beauftragte ist schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten. Le mandataire est tenu, à la demande du mandant, de lui rendre en tout temps compte de sa gestion et de lui restituer tout ce qu'il a reçu de ce chef, à quelque titre que ce soit. Il mandatario, ad ogni richiesta del mandante, è obbligato a render conto del suo operato ed a restituire tutto ciò che per qualsiasi titolo ha ricevuto in forza del mandato. Weiter spricht für einen gleichzeitigen Beginn der Verjährungsfrist des Herausgabe- und Auskunftsanspruch sodann der Umstand, dass der Auskunftsanspruch die Voraussetzung einer späteren Herausgabe darstellt. Dies lässt klar erkennen, dass der Auskunftsanspruch im Zeitpunkt der Fälligkeit des Herausgabeanspruchs ebenfalls bereits fällig sein muss und jedenfalls nicht später fällig werden kann. In diesem Zusammenhang einleuchtend erweist sich das Argument, dass die absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren gerade auch für die Auskunfts-

- 36 - pflicht gelten muss. Es ist jedenfalls nicht erkennbar, weshalb diese – unbeschränkt oder wie vorliegend im Rahmen jahrzehntelanger Geschäftsbeziehungen auch nur bis zum Ende des Auftrags – sollte aufgeschoben werden können. In Nachachtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist dem hohen Stellenwert des Instituts der Verjährung auch im Falle der Auskunftspflicht Rechnung zu tragen. Vor diesem Hintergrund hat

sodann die bisherige Rechtsprechung (BGer 5C.305/2005 E. 2.2; ZR 80 (1981) S. 77), auf die in der Literatur jeweils verwiesen wird (vgl. OSER/WEBER, a.a.O., Art. 400 N 23, FELLMANN, a.a.O., Art. 400 N 99), als überholt zu gelten. Dies umso mehr, als hinsichtlich des Verjährungsbeginns der Auskunftspflicht im Wesentlichen mit der Einheitlichkeit des Auftrags argumentiert wurde. Demnach könne für ein akzessorisches Nebenrecht (Auskunftspflicht) keine andere Verjährungsfrist als für den Hauptanspruch gelten (ZR 80 [1981] S. 77). Mit der neuen und eindeutigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Herausgabeanspruch wurde dieses Argument verworfen. Allerdings ist insoweit weiterhin Einheitlichkeit zu fordern, als der Herausgabeanspruch und der Auskunftsanspruch der gleichen Verjährungsbestimmungen unterliegen müssen. Die Auskunftsansprüche der Klägerin gegen die Beklagte, die vor dem 4. Dezember 2008 entstanden sind, sind demnach verjährt.

E. 5.5

Fazit Die Beklagte erklärte am 4. Dezember 2018 gegenüber der Klägerin, auf die Verjährungseinrede zu verzichten, soweit allfällige Ansprüche der Klägerin in diesem Zeitpunkt noch nicht verjährt waren. Die 10-jährige Verjährungsfrist sowohl der Herausgabe- als auch der Auskunftspflicht begann im Moment des Zuflusses der Retrozessionen bei der Beklagten, weshalb angesichts der Verjährungseinrede der Beklagten die Herausgabe- und Auskunftsansprüche der Klägerin, die vor dem 4. Dezember 2008 entstanden sind, verjährt sind.

- 37 - 6. Rechtsmissbräuchlichkeit der Verjährungseinrede 6.1. Unbestrittener Sachverhalt Die Klägerin macht weiter geltend, die Verjährungseinrede der Beklagten sei rechtsmissbräuchlich. Unbestritten und durch Urkunden belegt ist nachfolgende Kommunikation zwischen den Parteien: - 21. März 2012: Die Klägerin erkundigte sich bei der Beklagten betreffend Retrozessionen im Zeitraum von 2000 bis 2011 (vgl. act. 27/2 und act. 27/3). - 27. März 2012: Die Beklagte erklärte in ihrem Antwortschreiben zum Begriff der Retrozessionen und deren Herausgabe folgendes (act. 27/2): "Bei Retrozessionen im Sinne des Schweizerischen Bundesgerichts handelt es sich um Entschädigungen, welche dem Beauftragten entrichtet werden, weil er im Rahmen des Auftrags bestimmte Verwaltungshandlungen vornimmt oder veranlasst (BGE 132 III 460 ff.). Retrozessionen in diesem Sinn sind von Vergütungen, welche die Bank von Dritten erhält (sog. Vertriebsentschädigungen) zu unterscheiden. Bestandespflegekommissionen werden der Depotbank nicht aufgrund des Auftragsverhältnisses zwischen Kunde und Depotbank entrichtet, sondern für Dienstleistungen, welche die Depotbank gegenüber dem Produkteanbieter erbringt. [...] Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 6B_223/2010) besteht keine rechtlich relevante Verknüpfung (innerer Zusammenhang) zwischen dem Auftrag des Kunden und den eingenommenen Vertriebsentschädigungen der Bank, weshalb solche Bestandespflegekommissionen der Depotbank zustehen und nicht unter die Herausgabepflicht nach Art. 400 OR bzw. Art. 48k BVV2 fallen. Mit diesem Schreiben bestätigt die B2._____ AG, im vergangenen Kalenderjahr sämtliche Vermögensvorteile, die in einem inneren Zusammenhang mit der Ausübung ihrer Tätigkeit als Vermögensverwalterin für die Vorsorgeeinrichtung stehen und somit einer Ablieferungspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR und Art. 48k BVV2 unterstehen («Retrozessionen»), an diese abgeliefert zu haben." - 26. April 2012: Die Beklagte antwortete der Klägerin erneut auf deren Anfrage vom 21. März 2012, wobei dieses Schreiben jenes vom 27. März 2012 ersetzen sollte (act. 27/3):

- 38 - "Mit diesem Schreiben bestätigt die B2._____ AG, im Zeitraum von 2002 - 2011 sämtliche Vermögensvorteile, die einer Ablieferungspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR unterstehen ("Retrozessionen"), abgeliefert zu haben. Bei Retrozessionen im Sinne des Schweizerischen Bundesgerichts handelt es sich um Entschädigungen, welche dem Beauftragten entrichtet werden, weil er im Rahmen des Auftrags bestimmte Verwaltungshandlungen vornimmt oder veranlasst (BGE 132 III 460 ff.). Retrozessionen in diesem Sinn sind von Vergütungen, welche die Bank von Dritten erhält und nicht direkt im Zusammenhang mit einem Kundenauftrag stehen, zu unterscheiden. Solche Vergütungen erhält die Bank üblicherweise als Entschädigung für die von der Bank an jene Dritten erbrachten Dienstleistungen. Dazu gehören unter anderem das Zugänglichmachen und Aktualisieren von Produktdokumentationen, das Erfüllen von delegierten Sorgfaltspflichten wie die Bekämpfung der Geldwäscherei, die Prüfung von Verkaufsrestriktionen oder das Einrichten von Zeichnungsprozessen. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 6B 223_2010) stehen auch Vertriebsentschädigungen nicht im inneren Zusammenhang zum Vermögensverwaltungsmandat und fallen daher nicht unter die Herausgabepflicht nach Art. 400 OR bzw. Art. 48k BVV2." - 10. Mai 2012: Mit E-Mail wandte sich die Klägerin abermals an die Beklagte und erkundigt sich, ob sich die Erklärungen der Beklagten auch auf deren Funktion als Depotbank der Klägerin beziehen würden (act. 27/6). - 11. Mai 2012: Daraufhin bestätigte die Beklagte per E-Mail, dass dieser Umstand bereits durch das Schreiben vom 26. April 2012 abgedeckt sei (act. 27/6). - 26. März 2015: Die Klägerin erkundigte sich bei der Beklagten über allfällige Retrozessionen im Jahr 2014 (act. 3/7). - 7. Mai 2015: Die Beklagte beantwortete die Anfrage der Klägerin, indem sie zunächst erklärte (act. 3/8a): "Die in diesem Schreiben aufgezeigten Entschädigungen stehen nach der Rechtsauffassung der B2._____ AG – bei Bankdienstleistungen ausserhalb von Vermögensverwaltungsaufträgen, wie dies bei Depotbeziehungen der Fall ist – nicht im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in einem relevanten inneren Zusammenhang mit der Ausübung der Tätigkeit

- 39 - für die Vorsorgeeinrichtung und unterliegen nach dieser Einschätzung keiner Ablieferungspflicht." Nichtsdestotrotz teilte die Beklagte in der Folge die in den Jahren 2010 bis 2014 vereinnahmten Retrozessionen mit (act. 3/8a). - 6. September 2017 und 28. Februar 2018: Auf entsprechende Anfragen der Klägerin wies die Beklagte jeweils Entschädigungen in der Höhe von CHF 0.– aus und erklärte, dass ihrer Rechtsauffassung zufolge bei Depotbeziehungen ein relevanter innerer Zusammenhang der beklagten Tätigkeit fehle, weshalb allfällige Entschädigungen keiner Ablieferungspflicht unterlägen (act. 27/4; act. 27/5). 6.2. Standpunkte der Parteien Die Klägerin bringt zunächst vor, die Verjährungseinrede der Beklagten sei rechtsmissbräuchlich. So habe die Beklagte im Jahr 2015 fälschlicherweise behauptet, für Execution Only-Beziehungen bestehe keine Ablieferungspflicht, und der Klägerin verschwiegen, dass das Bundesgericht im Urteil 4C.125/2002 bereits entschieden habe, dass die Herausgabepflicht auch bei einem normalen Auftragsverhältnis bestehe. Die Beklagte habe sich ebenfalls im Jahr 2015 auf den Standpunkt gestellt, die Verjährungsfrist bei Retrozessionen betrage fünf Jahre, wobei diese Position damals nur von der banknahen Lehre vertreten worden sei und sich das Bundesgericht im Jahr 2017 dann auch für die 10-jährige Verjährungsfrist ausgesprochen habe. Weiter habe die Beklagte ein Urteil des hiesigen Handelsgerichts aus dem Jahr 2017 (HG150054), in welchem die Herausgabepflicht auch für Execution Only bejaht worden sei, verschwiegen (act. 1 Rz. 100). Die Beklagte wendet in ihrer Klageantwort dagegen ein, dass das Bundesgerichtsurteil 4C.125/2002 die Herausgabe von Gratisaktien betreffen

habe und für das Thema Vergütungen nicht einschlägig sei. Die Frage der Verjährung sei bis zur Klärung in BGE 143 III 348 offen gewesen und kontrovers diskutiert worden, wobei das Regionalgericht Bern-Mittelland im Urteil CIV 13 7496 NEA vom 15. September 2014 die fünfjährige Verjährungsfrist angewandt habe. Zudem sei

- 40 - eine Verjährungseinrede nur dann rechtsmissbräuchlich, wenn sie gegen erwecktes Vertrauen verstosse, was ohne unlautere Absichten des Schuldners nur dann der Fall sei, wenn das Verhalten des Schuldners den Gläubiger dazu bewege, während der Verjährungsfrist keine rechtlichen Schritte einzuleiten und dies bei objektiver Betrachtung verständlich sei. Ferner bestehe kein Kausalzusammenhang zwischen dem Unterlassen verjährungsunterbrechender Handlungen durch die Klägerin vor der Einholung der Verjährungsverzichtserklärung vom 4. Dezember 2018 und dem Verhalten der Beklagten. Es werde insbesondere bestritten, dass die Schreiben der Beklagten bei der Klägerin, die eine professionelle Kundin sei, zum Unterlassen von verjährungsunterbrechenden Schritten geführt hätten (act. 14 Rz. 83 ff.). Die Klägerin wiederholt replicando unter Hinweis auf weitere Korrespondenz zwischen den Parteien ihre Ansichten, wonach sich die Beklagte durch falsche Auskünfte zur Herausgabe- und Rechenschaftspflicht und ihre Weigerung, Retrozessionen herauszugeben, rechtsmissbräuchlich verhalten habe (act. 25 Rz. 63 ff.). Zudem sei das Verhalten der Beklagten auch bezüglich der Dauer der Verjährungsfrist falsch und widersprüchlich gewesen (act. 25 Rz. 98 ff.) und sie habe einen von der Klägerin verlangten Verjährungsverzicht nicht ausgestellt (act. 25 Rz. 112 ff.). Die Beklagte erklärt duplicando im Wesentlichen, dass die Klägerin – als Teil einer global tätigen Versicherungsgruppe – resp. ihre Führungskräfte die Rechtslage betreffend Retrozessionen selbst hätten beurteilen können und die Klägerin in dieser Hinsicht zusätzlich von der F. _____ AG beraten worden sei (act. 32 Rz. 33 ff.). Aus den Jahresrechnungen der Klägerin ergebe sich ferner, dass die Klägerin auch von anderen Finanzinstituten Bestätigungen über Retrozessionen eingeholt und ihr auch Retrozessionen herausgegeben worden seien, weshalb sie sich keineswegs allein auf die Auskünfte der Beklagten habe verlassen müssen (act. 32 Rz. 41 ff.).

- 41 - 6.3. Rechtliche Grundlagen Gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der offenbare Missbrauch eines Rechtes keinen Rechtsschutz. Diese Bestimmung stellt eine Art Notausgang dar (Botschaft zum Zivilgesetzbuch, BBl 1904 IV 1, S. 14), der dann benutzt werden soll, wenn in einer konkreten Situation die Art einer Rechtsausübung oder die Rechtsausübung an sich dem Gerechtigkeitsgedanken krass resp. auf das Gröblichste zuwiderläuft (HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, in: Berner Kommentar, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012, Art. 2 N 46). Demnach soll Art. 2 Abs. 2 ZGB nur in Ausnahmefällen angewendet werden, während ansonsten das Gesetz durchzusetzen ist, auch wenn es für den Betroffenen hart sein kann (dura lex, sed lex). Demensprechend ist ein strenger Beurteilungsmassstab anzusetzen. Soweit neben privaten auch öffentliche Interessen betroffen sind, wird zudem das Vorliegen weiterer besonderer Umstände verlangt. Die Offenkundigkeit beurteilt sich nach objektiven Gesichtspunkten, so dass ein Verhalten dann rechtsmissbräuchlich ist, wenn die normgetreue Rechtsanwendung zu einem Ergebnis führen würde, das innerhalb der Rechtsgemeinschaft keinerlei Anerkennung finden würde, wobei dieser Schluss aus objektiver Warte unmittelbar ins Auge springen muss. Im Zweifel ist Rechtsmissbrauch zu verneinen (HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, a.a.O., N 198 ff. m.w.H.). In der Lehre und Rechtsprechung haben sich zwecks Konkretisierung des Rechtsmissbrauchs verschiedene Fallgruppen gebildet (vgl.

HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, a.a.O., N 206 ff.; ähnlich HONSELL, in: Basler Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Art. 2 N 37 ff.). Vorliegend ist näher auf die Fallgruppe des widersprüchlichen Verhaltens einzugehen, worauf sich die Klägerin ausschliesslich be-ruft (vgl. act. 25 Rz. 126 ff.). Widersprüchliches Verhalten (sog. venire contra factum proprium) ist an sich nicht verboten. Gerade wenn die Rechtslage unklar ist, ist es zwecks optimaler Wahrnehmung seiner Rechtsstandpunkte gestattet, widersprüchliche Positionen einzunehmen. Unstatthaft ist dagegen, wenn durch das frühere Verhalten bei der Gegenpartei schutzwürdiges Vertrauen begründet worden ist, das durch die neue Handlung enttäuscht wird (BGE 115 II 331 E. 5.a). Es ist demnach nicht erlaubt, jemanden durch das eigene Verhalten zu veranlassen, auf einen bestimmten Tat-

- 42 - bestand zu vertrauen, und danach dieses Vertrauen zu enttäuschen. Von schutzwürdigem Vertrauen ist insbesondere dann auszugehen, wenn der Vertrauende aufgrund des erweckten Vertrauens Dispositionen getroffen hat. Ebenfalls unzulässig ist, wenn eine Rechtsausübung offenkundig einer früheren Verhaltensweise zuwiderläuft, sofern die Gegenpartei ein schutzwürdiges Interesse daran hat, wobei unerheblich ist, ob das ursprüngliche Verhalten berechnete Erwartungen geweckt hat. Schliesslich kann ein Rechtsanspruch gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB auch untergehen, wenn er zu spät ausgeübt wird, wobei die Verzögerung missbräuchlich sein muss, was allein langes Zuwarten nicht erfüllt (HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, a.a.O., N 271 ff. m.w.H.). Der Schuldner verhält sich bei Erhebung der Verjährungseinrede rechtsmissbräuchlich, wenn er den Gläubiger arglistig dazu bringt, nicht innert nützlicher Frist zu handeln, oder, falls er ohne böse Absicht ein Verhalten an den Tag legt, welches den Gläubiger dazu bewegt, von rechtlichen Schritten innert der Verjährungsfrist abzusehen, und diese Säumnis bei objektiver Betrachtungsweise verständlich erscheint. So verhält sich der Schuldner rechtsmissbräuchlich, wenn er den Gläubiger – bei noch offener Verjährungsfrist – dazu veranlasst zuzuwarten, um ihm sodann diese Untätigkeit entgegenzuhalten (143 III 348 E. 5.5.1 m.w.H.). Rechtsmissbrauch ist nicht im Verhalten des Schuldners zu sehen, welches den Gläubiger veranlasst, keine rechtlichen Schritte zu unternehmen, sondern darin, dass sich der so verhaltende Schuldner auf die Verjährung beruft (BGE 83 II 93 ff.; KOLLER, Verjährung von Versicherungsansprüchen, in: Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1993, St. Gallen 1993, N 114). Der schlichte Zeitablauf bis zum Verfall der Verjährungsfrist vermag weder als Verzicht auf die Forderung noch als missbräuchliche Rechtsausübung gewertet zu werden (BGE 143 III 348 E. 5.5.1 m.w.H.). Dabei ist unerheblich, wenn der Auftraggeber von der Existenz der Forderung keine Kenntnis hatte oder haben konnte, weil sein Beauftragter seine Rechenschafts- und Erstattungspflicht verletzt hatte (BGE 143 III 348 E. 5.5.2). Um einen Rechtsmissbrauch der Schuldnerin durch das Anrufen der Verjährung bejahen zu können, ist erforderlich, dass diese sich auf eine Weise verhielt, die

- 43 - dazu geeignet war, den Gläubiger von der Unterbrechung der Verjährung abzuhalten (BGE 143 III 348 E. 5.5.2). Das Verhalten des Schuldners muss dabei in einem Kausalzusammenhang mit der Säumnis des Gläubigers stehen (BGE 143 III 348 E. 5.5.1 m.w.H.). Die Partei, die den anderen Rechtsmissbrauch vorwirft, hat die besonderen Umstände nachzuweisen, auf Grund derer anzunehmen ist, dass Rechtsmissbrauch vorliegt (BGE 133 III 61 E. 4.1). 6.4. Würdigung Soweit die Klägerin geltend macht, die Beklagte habe durch ein Unterlassen die Rechtsmissbräuchlichkeit der Verjährungseinrede herbeigeführt, verkennt sie, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung selbst ein

(neben-) pflichtwidriges Unterlassen per se dazu nicht geeignet ist. Dabei ist es vollkommen unerheblich, welche vertragliche Nebenpflicht verletzt wurde. Die Beklagte war im Rahmen ihrer Treuepflicht als Beauftragte nicht dazu verpflichtet, die Klägerin über den Stand – und die voraussichtliche zukünftige Entwicklung – der Rechtsprechung aufzuklären. Selbst wenn eine solche Aufklärungspflicht bestanden hätte, wäre eine allfällige Unterlassung nicht relevant. Massgebend ist nämlich einzig, ob die Rechtsmissbräuchlichkeit aus dem aktiven Verhalten der Beklagten abgeleitet werden kann. Unbehilflich sind zunächst sämtliche Ausführungen der Klägerin dazu, wie sich die Beklagte gegenüber anderen Pensionskassen verhalten habe. Einerseits ist im Rahmen der Rechtsmissbräuchlichkeit der konkrete Einzelfall zu betrachten, soll doch für einen spezifischen Fall ein Notausgang gefunden werden. Andererseits kann das von der Klägerin behauptete Verhalten der Beklagten gegenüber Dritten ohnehin nicht kausal für das Zuwarten der Klägerin sein, denn die Klägerin erfuhr erst nach der Mandatierung ihres Rechtsvertreters davon. Verjährungsunterbrechende Massnahmen hätte sie aber lange davor unternehmen müssen. Nach der Mandatierung ihres Rechtsvertreters erwirkte die Klägerin zudem innert kurzer Zeit einen Verjährungseinredeverzicht bei der Beklagten.

- 44 - Inwiefern der Streit in der Lehre um die Dauer der Verjährungsfrist zuungunsten der Beklagten im Rahmen der Rechtsmissbräuchlichkeit der Verjährungseinrede gewirkt haben soll, ist schleierhaft. Dies erscheint schon von vornherein nicht geeignet, bei der Klägerin irgendwie auf ihren Entschluss, verjährungsunterbrechende Massnahmen einzuleiten, zu wirken. In beiden möglichen Varianten vergeht mit dem Zuwarten gleichviel Zeit, mithin verjähren bspw. während eines Jahres die Forderungen für ein Jahr. Insofern sind sämtliche Äusserungen der Beklagten dazu nicht stichhaltig und damit unbeachtlich. Nur der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass die Auffassung, es bestehe eine 5-jährige Verjährungsfrist, jedenfalls nicht vollkommen abwegig gewesen sein dürfte, was allein schon das Urteil des Regionalgerichts Bern-Mittelland zeigt. Die umstrittenen Auskünfte der Beklagten standen ab dem 7. Mai 2015 unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, dass es sich dabei um die Rechtsauffassung der Beklagten handelt. Daraus ergibt sich offenkundig, dass auch andere Ansichten dazu bestehen – bezüglich welchen man sich denn auch informieren könnte. Zudem versteht sich von selbst, dass sich die von der Beklagten geäusserte Rechtsauffassung als falsch erweisen könnte. Insofern sind diese Auskünfte der Beklagten – unter dem Gesichtspunkt der Rechtsmissbräuchlichkeit – nicht zu beanstanden. Entscheidend ist vorliegend jedoch, dass das (aktive) Verhalten der Beklagten über die gesamte Zeit konstant und in sich widerspruchsfrei war, indem sie sich stets (und noch) auf den Standpunkt stellte, dass sie bei Execution Only-Beziehung grundsätzlich keine Retrozessionen herauszugeben habe. Dass sich die Beklagte nun auf die Verjährung beruft, steht offensichtlich nicht im Widerspruch dazu, womit auch kein venire contra factum proprium vorliegen kann. Stellt sich eine Partei auf den Standpunkt, der anderen nichts zu schulden, und beruft sich nach Ablauf der absoluten Verjährungsfrist auf die Verjährung, ist darin somit auch kein Rechtsmissbrauch zu erblicken. Beachtenswert ist zudem, dass das Institut der Verjährung andernfalls jegliche Wirksamkeit verlöre, da ein Schuldner, der die Ansprüche des Gläubigers fortwährend bestreitet, gar nie die Verjährungseinrede vorbringen könnte. Somit spielt es auch keine Rolle, ob von der Beklagten diese Auskünfte und die Verweigerung der Herausgabe der Retrozessio-

- 45 - nen in vertragswidriger Art und Weise erfolgten. Wenn sich wie vorliegend eine Partei auf den Standpunkt stellt, sie treffe überhaupt keine Rechtspflicht, und her-

auch nicht von diesem Standpunkt abweicht, ist daran grundsätzlich nichts Aussergewöhnliches zu erblicken. Vielmehr muss die Gegenseite aus einem solchen Verhalten ableiten, dass das Beschreiten des Rechtswegs resp. das Ergreifen eines verjährungsunterbrechenden Mittels die einzige Möglichkeit darstellt, die Forderung durchzusetzen und die Verjährung zu unterbrechen. Wenn die Klägerin in der Folge untätig bleibt, führt dies nicht dazu, dass eine spätere Verjährungseinrede der Beklagten zu einem stossenden Ergebnis führt, was angesichts des absoluten Ausnahmecharakters von Art. 2 Abs. 2 ZGB und dem Umstand, dass im Zweifelsfall nicht von der Rechtsmissbräuchlichkeit auszugehen ist, umso mehr zu gelten hat.

6.5. Fazit Die Verjährungseinrede der Beklagten erweist sich nicht als rechtmisbräuchlich. Sämtliche Herausgabe- und Auskunftsansprüche der Klägerin, die vor dem 4. Dezember 2008 entstanden sind, sind verjährt. Die Klage ist in diesem Punkt abzuweisen.

E. 7

Schadenersatz

E. 7.1

Streitpunkte Die Klägerin verweist betreffend die behauptete Vertragsverletzung im Wesentlichen auf das (unbestrittene) Verhalten der Beklagten, welches sich auch der hier vor dargestellten Korrespondenz der Parteien (vgl. Ziff. 6.1) ergibt. Dieses Verhalten der Beklagten stelle eine Verletzung ihrer Herausgabe- und Rechenschaftspflicht gemäss Art. 400 Abs.1 OR dar (act. 25 Rz. 143 ff.). Auf den von der Klägerin behaupteten Schaden (act. 25 Rz. 156 ff.), den Kausalzusammenhang (act. 25 Rz 186 ff.) sowie das Verschulden der Beklagten (act. 25 Rz. 195 ff.) ist, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, mangels Relevanz nicht weiter einzugehen. Hinsichtlich die von der Beklagten in der Klageantwort erhobene Verjährungseinrede beruft sich die Klägerin angelehnt an BGE 146 III 14 und BGE 92 II 1 auf das Vor-

- 46 - liegen einer Dauerverletzung. Eine solche liege vor, wenn sich das wiederholte und andauernde schädigende Verhalten über einen grösseren Zeitraum erstrecke. In diesem Falle beginne der Fristenlauf der Schadenersatzansprüche erst am Tag, an dem dieses Verhalten aufhöre (act. 25 Rz. 199 ff.). Die Beklagte habe die streitigen Vergütungen systematisch einbehalten. Es liege zudem ein einheitlicher Willensentschluss vor, habe die Beklagte doch die Herausgabepflicht immer aufs Neue regelmässig oder unregelmässig verletzt. Das Verhalten der Beklagten lasse nur den Schluss zu, dass sie dieses bewusst gewählt und es zu ihrem Geschäftsmodell gehört habe (act. 25 Rz. 206). Gleiches gelte zudem auch für die Rechenschaftspflicht der Beklagten, die mit jedem Schreiben der Beklagten zwischen 2012 und 2018 verletzt worden sei, wobei keines dieser Schreiben im Zeitpunkt der Klageeinleitung mehr als zehn Jahre zurückgelegen habe (act. 25 Rz. 208). Die Beklagte beruft sich hingegen auf die Verjährung und bringt vor, die Primär- und Sekundäransprüche verjährt zeitgleich, was bereits geschehen sei (act. 32 Rz. 99 ff.). Weiter bestreitet die Beklagte, dass ein Dauerdelikt vorliege (act. 32 Rz. 107 ff.).

E. 7.2

Rechtliche Grundlagen Die Verjährung beginnt bei Forderungen auf Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung im Zeitpunkt der Vertragsverletzung. Unter den Begriff der positiven Vertragsverletzung fallen dabei alle Tatbestände der Nichterfüllung, die nicht Unmöglichkeit oder Verzugsfolgen betreffen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht All-

gemeiner Teil - Band I und Band II, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 270 f.; DÄPPEN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 130 N 11 f.). Bei wiederholtem oder andauerndem schädigendem Verhalten ist der Tag der letzten widerrechtlichen Handlung bzw. der Tag, an dem dieses Verhalten aufhört, für den Beginn des Fristenlaufs massgebend (DÄPPEN, a.a.O., N 11; REY/WILDHABER, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, S. 326).

- 47 - In BGE 92 II 1 (= Pra 55 [1966] Nr. 132) wird im Wesentlichen der Frage nach dem Beginn der (früher) einjährigen Verjährungsfrist für die ausservertragliche Haftung nach Art. 60 Abs. 1 aOR nachgegangen (vgl. BGE 92 II 1 E. 1 Satz 1). Dabei klagte eine Grossistenfirma gegen den Verband der schweizerischen Zigarettenfabrikanten, dessen Mitglieder mit Verbandsbeschluss der Grossistenfirma die Gewährung gewisser Rabatte verweigert hatten. Das Bundesgericht stellte fest, dass die unerlaubte Handlung im Verbandsbeschluss zu erblicken sei, der ein einmaliges Ereignis darstelle, das in einem bestimmten Augenblick eingetreten sei. Die Schadensfolgen aus diesem Ereignis seien gleichartig und hätten sich mit jeder Rechnungsstellung durch eines der Verbandsmitglieder wiederholt. Es stelle sich daher die Frage, ob es sich um einen Gesamtschaden handle, bei dem die Verjährung mit dem Tage, an dem der widerrechtliche Beschluss keine Wirkung mehr entfalte und der gesamte Schaden vorliege, beginne. Weiter unterstrich das Bundesgericht, dass es sich vorliegend um eine Klage gegen den Verband handle, wobei der Verband nur eine einzige rechtswidrige Handlung begangen habe. Dass hinsichtlich der (solidarischen) Haftung der Verbandsmitglieder der Begriff des Schadens anders gesehen werden könne, sei in diesem Fall unerheblich (BGE 92 II 14 E. 2; nicht publiziert in Pra 55 [1966] Nr. 132). Der Schaden sei erst in dem Zeitpunkt, in welchem er gesamthaft in Erscheinung getreten sei, als vollständig zu betrachten. Daher seien Schadensposten, die derselben unerlaubten Handlung entsprängen als ein einziger Schaden zu betrachten. Dieser sei erst dann verwirklicht, wenn sein letzter Teil eingetreten sei (BGE 92 II 14 E. 3). Dieser weitgefaste Schadensbegriff finde sodann auch Anwendung in Fällen, in denen die unerlaubte Handlung nicht in einem bestimmten Ereignis bestehe, denn die notwendige Folge der Einheitlichkeit des Schadens sei die Einheitlichkeit der Handlung. Eine solche liege vor, wenn das schädigende Verhalten auf einem einmaligen Willensentschluss beruhe und andauere oder sich wiederhole (BGE 92 II 14 E. 4). Das Bundesgericht erwähnt sodann die absolute Frist von zehn Jahren lediglich in einem Absatz. Dabei erwägt es unter Hinweis auf BGE 81 II 445, dass die Verjährung mit der letzten schädigenden Handlung beginne; denn es könne nicht sein, dass die relative Verjährungsfrist, ausgelöst von der Kenntnis des Schadens, ab-

- 48 - gelaufen sei, bevor die absolute Verjährungsfrist überhaupt begonnen habe (BGE 92 II 14 E. 5.b). Die Beklagte bezieht sich hinsichtlich des Vorliegens eines Dauerdelikts zudem auf BGE 146 III 14. Dabei klagten die Erben eines Asbestopfers gegen dessen ehemalige Arbeitgeberin auf Schadenersatz und Genugtuung. Sie stützten sich sowohl auf ausservertragliche als auch auf vertragliche Ansprüche (BGE 146 III 14 E. 5). Das Bundesgericht erinnerte zunächst daran, dass für den Beginn der zehnjährigen Verjährungsfrist sowohl bei vertraglichen sowie bei ausservertraglichen Ansprüche der Zeitpunkt des schädigenden Verhaltens massgeblich sei. Dieses sei in der Regel ein kurzes, einmaliges und mit ihrem Eintritt abgeschlossenes Ereignis, das sich aber auch über einen grösseren Zeitraum erstrecken könne. Bei wiederholtem oder andauerndem schädigendem Verhalten sei der Tag, an dem dieses Verhalten aufhöre, für den Beginn des Fristenlaufs

massgebend (BGE 146 III 14 E. 6.1.2 m.w.H.). Weiter betonte das Bundesgericht, dass das Institut der Verjährung durch das gemeinsame Interesse aller Rechtssubjekte an Rechtssicherheit gerechtfertigt sei. Ab einem bestimmten oder jedenfalls objektiv bestimmbareren Zeitpunkt seien die Individualinteressen des Schuldners höher zu gewichten als diejenigen des Geschädigten, was aber bedinge, dass der Beginn der absoluten Frist an einen bestimmten bzw. objektiv bestimmbareren Zeitpunkt geknüpft werde. Im zu beurteilenden Fall sei der Arbeitnehmer während seines gesamten Arbeitsverhältnisses Asbest ausgesetzt gewesen, mithin habe während dieser gesamten Zeit die Möglichkeit einer Schädigung bestanden, und es könne nicht festgestellt werden, wann die Krankheit ausgelöst worden sei (BGE 146 III 14 E. 6.1.4 m.w.H.). Aus diesem Grund entspreche das schädigende Verhalten im Hinblick auf die Verjährung der Asbestexposition, die eine andauernde Handlung darstelle, weshalb die Verjährung in dem Moment beginne, als der Arbeitnehmer dem Asbest nicht mehr ausgesetzt gewesen sei, was dem Ende des Arbeitsverhältnisses entspreche (BGE 146 III 14 E. 6.1.5 m.w.H.).

E. 7.3

Würdigung Die Pflicht auf Herausgabe und Information des Auftraggebers entsteht im Moment, indem der Beauftragte Vorteile von Dritten zufließen (BGE 143 III 348 E.

- 49 - 5.3.2), was nichts anderes bedeutet, als dass die Beauftragte in ebendiesem Moment ihre vertraglichen Pflichten verletzt, wenn sie den Auftraggeber nicht informiert und ihm das Erhaltene nicht herausgibt (vgl. BGE 137 III 16 E. 2.3). Entscheidend ist deshalb, ob das von der Klägerin behauptete Dauerdelikt angenommen werden kann, da andernfalls die Schadenersatzansprüche zeitgleich mit den Auskunfts- und Herausgabeansprüche verjähren würden, mithin alle Ansprüche vor dem 4. Dezember 2008 bereits verjährt wären. Der vorliegende Sachverhalt unterscheidet sich erheblich von jenem in BGE 146 II 14. Der Zufluss der Retrozessionen bei der Beklagten lässt sich zeitlich exakt bestimmen. Eine Unmöglichkeit oder nur schon eine Schwierigkeit, den Zeitpunkt der schädigenden Handlung resp. des Unterlassens zu definieren, bestand daher nicht. Aus dem Blickwinkel der geforderten Sicherheit des Fristenlaufs der absoluten Verjährungsfrist drängt sich die Annahme eines Dauerdelikts demnach nicht auf. Inwiefern BGE 92 II 1 vorliegend einschlägig ist, kann zwar angesichts des Nachfolgenden offen bleiben, ist aber mindestens zweifelhaft. So nahm das Bundesgericht gerade keine Stellung dazu, wie es sich bezüglich der Verjährung der Schadenersatzansprüche gegenüber den einzelnen Verbandsmitglieder verhält. Im betreffenden Fall hatte der Verband mit dem Beschluss eine (einzige) schädigende Handlung vorgenommen, die später in verschiedenen Schadensposten mündete – nota bene nicht durch vom Verband gestellte Rechnungen. Demgegenüber soll es im vorliegenden Fall zu diversen Vertragsverletzungen durch die Beklagte gekommen sein. Demnach liegen verschiedene Sachverhalte vor. Kommt hinzu, dass sich das Bundesgericht im zitierten Entscheid nicht konkret zur absoluten Verjährungsfrist äussern musste, da diese nicht im Streit lag. Immerhin stellte das Bundesgericht (obiter) fest, dass es sich dann um ein Dauerdelikt handle, wenn das schädigende Verhalten auf einem einmaligen Willensentschluss beruhe und andauere oder sich wiederhole. Eine substantiierte Behauptung der Klägerin zum einmaligen Willensentschluss der Beklagten wurde nicht aufgestellt. Der Hinweis darauf, es sei aufgrund der bisher gegen die Banken geführten Gerichtsprozessen gerichtsnotorisch, genügt

- 50 - jedenfalls nicht. Aus dem von der Klägerin behaupteten Verhalten der Beklagten gegenüber Dritten kann Erste nichts zu ihren Gunsten ableiten, ist doch vollkommen unklar, ob und inwiefern sich diese Fälle überhaupt vergleichen liessen. Zudem brachte die Klägerin in diesem Zusammenhang ja gerade vor, die Beklagte habe Dritte anders resp. besser behandelt als die Klägerin, weshalb sich nicht erschliesst, worin dabei ein einheitlicher Willensentschluss zu erblicken wäre. Das unter der Rechtsmissbräuchlichkeit aufgeführte resp. dokumentierte Verhalten der Beklagten, lässt ebenfalls nicht eindeutig auf einen einheitlichen Willensentschluss schliessen. Dieser müsste denklogisch vor der ersten schädigenden Handlung – also vor 2001 – liegen. Dazu fehlen hinreichende Behauptungen der Klägerin. Zusätzlich gilt zu bedenken, dass wie von den Parteien ausführlich dargestellt, die Rechtsprechung bezüglich Retrozessionen sich im Laufe der Geschäftsbeziehung der Parteien wesentlich veränderte und konkretisierte. Dies spricht zusätzlich dagegen, dass die Beklagte schon vor diesen Entwicklungen in der Rechtsprechung einen einheitlichen Willensentschluss zum Vertragsbruch gefällt hat. Es ist folglich bereits mangels eines einheitlichen Willensentschlusses nicht von einem Dauerdelikt auszugehen. Im Übrigen gebietet aber auch das Institut der Verjährung, nicht von einem Dauerdelikt auszugehen. Einerseits bestehen wie bereits erwähnt (und im Unterschied zu BGE 146 II 14) keinerlei Schwierigkeiten, den Schädigungszeitpunkt zu bestimmen. Andererseits dient die Verjährung in erster Linie der öffentlichen Ordnung – der Rechtssicherheit und dem gesellschaftlichen Frieden. Diese verlangen, dass Forderungen nach einer gewissen Zeit nicht mehr durchgesetzt werden können, wenn sie zuvor auch nie geltend gemacht wurden. Mit anderen Worten ist es dem Gläubiger nicht zu gestatten, mit der Geltendmachung der Forderung beliebig zuzuwarten, ohne deswegen einen Rechtsnachteil zu erleiden (BGE 137 III 16 E. 2.1 m.w.H.). Genau dies würde bei der Annahme eines Dauerdelikts jedoch geschehen: Der Gläubiger könnte beliebig mit der Geltendmachung seiner Forderung zuwarten, denn die Verjährung begänne solange nicht zu laufen, bis das schädigende Verhalten aufhörte, was aber regelmässig erst dann der Fall wäre, wenn der Schuldner den Forderungen des Gläubigers nachkommt. Die Annahme eines Dauerdelikts als Grundlage für den Sekundäranspruch würde somit

- 51 - die Verjährung des Primäranspruchs vollständig aushöhlen und dem Schuldner die Möglichkeit nehmen, einer Forderung nicht nachzukommen, weil er dann Gefahr läuft, dass die strittige Forderung gar nie verjährt. Das erscheint insbesondere in der gegenwärtigen Konstellation, in der der Sekundäranspruch einen betragsmässig identischen, finanziellen Primäranspruch ersetzt, als keinesfalls sachgerecht, da faktisch der Primäranspruch unverjährbar würde; zudem entspricht es auch nicht dem Grundgedanken des Rechtsinstituts der Verjährung, da der Gläubiger so keinerlei Ansporn dazu hätte, seine Forderung innert vernünftiger Frist geltend zu machen.

- 52 -

E. 7.4

Fazit Die Verjährungsfristen des Primär- und Sekundäranspruchs beginnen grundsätzlich im gleichen Zeitpunkt, da die Fälligkeit der Rechenschafts- und Herausgabepflicht und deren Verletzung zusammenfallen. Die Fristen würden nur dann nicht parallel laufen, wenn eine Dauerverletzung, die auf einem einheitlichen Willensentschluss beruht, vorläge. Von einer solchen ist vorliegend nicht auszugehen. Zudem würde deren Annahme auch zur Aushöhlung der Verjährung des Primäranspruchs führen, weshalb die Schadenersatzansprüche aus Verletzung der vertraglichen Pflichten gemäss Art. 400 Abs. 1

OR, die vor dem 4. Dezember 2008 begangen wurden, verjährt sind. Die Klage ist daher in diesem Punkt abzuweisen.

E. 8

Zusammenfassung Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass sie eine Konto-/Depotbeziehung führen, bei der die Beklagte nur auf entsprechende Anweisung der Klägerin handelt (Ziff. 2.1). Bei Konto-/Depotbeziehungen ist Auftragsrecht anwendbar und der Beauftragte ist auch bei Execution Only-Beziehungen verpflichtet, Zuwendungen Dritter, die in einem inneren Zusammenhang zum Auftrag stehen, herauszugeben. Der Beklagten gelingt der Nachweis nicht, dass die Klägerin ab 17. Februar 2014 rechtsgültig auf die Herausgabe der Retrozessionen verzichtet hat. Die Beklagte ist daher zu verpflichten, der Klägerin CHF 105'983.– zu bezahlen. Da auf das Eventualbegehren zum Verzugszins (Ziffer 3.b. der Rechtsbegehren) mangels Bezifferung nicht einzutreten ist, ist der Verzugszins von 5 % erst ab 12. Juni 2019 geschuldet. Die weiteren Herausgabeansprüche, die vor dem 4. Dezember 2008 entstanden sind, sind hingegen verjährt; die Verjährungseinrede der Beklagten erweist sich auch nicht als rechtsmissbräuchlich. Schliesslich sind auch die von der Klägerin geltend gemachten Schadenersatzansprüche aus der Verletzung der Auskunftspflicht und Herausgabepflicht vor dem

- 53 - 4. Dezember 2008 verjährt, da die Verjährungsfrist dieser Sekundäransprüche gleichzeitig mit jener der Primäransprüche beginnt.

E. 9

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 9.1

Verteilung Die Prozesskosten, welche die Gerichtskosten und die Parteientschädigung umfassen (Art. 95 Abs. 1 ZPO), werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Obsiegt keine Partei vollständig, werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Zudem kann das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird und das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Dabei ist je nach Lage des Einzelfalls zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre, bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Prozesses geführt haben und welche Partei unnötigerweise Kosten verursacht hat (RÜEGG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N 8 zu Art. 107 ZPO; JENNY, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 107 ZPO N. 16). Vorliegend obsiegt die Klägerin durch Gutheissung der Klage zu rund 6/100. Im Umfang des Klagerückzugs von rund 4/100 unterliegt sie genauso wie im Umfang der Abweisung der Klage für die verjährten Forderungen von 53/100. Die verbleibenden 37/100 der Klage wurden durch Bezahlung der Beklagten während laufender Frist zur Erstattung der Klageantwort gegenstandslos. Die Gegenstandslosigkeit wurde somit durch die Beklagte verursacht. Da zudem – wie vorstehend ausgeführt – die Herausgabepflicht auch bei Execution Only-Beziehungen bejaht wird, muss davon ausgegangen werden, dass die Beklagte unterlegen wäre. Es erweist sich somit insgesamt als angemessen, der Beklagten den entsprechenden Anteil

der Kosten aufzuerlegen. Im Ergebnis hat die Klägerin damit die Kosten im Umfang von 57/100 und die Beklagte im Umfang von 43/100 zu tragen.

- 54 -

E. 9.2

Gerichtskosten Die ordentliche Gerichtsgebühr beträgt CHF 37'500.–. Angesichts des Aufwandes des Gerichts – Durchführung einer Vergleichsverhandlung, Beurteilung komplexer Rechtsfragen, Anzahl der Rechtsschriften und Beilagen – erscheint es gerechtfertigt, die ordentliche Gerichtsgebühr um einen Drittel, mithin auf CHF 50'000.–, zu erhöhen. Davon sind der Klägerin CHF 28'500.– (57/100) und der Beklagten CHF 21'500.– (43/100) aufzuerlegen. Die Kosten sind – soweit möglich – aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss (CHF 31'000.–) zu decken. Der Mehrbetrag (CHF 19'000.–) ist von der Beklagten einzufordern. Im Umfang von CHF 2'500.– ist der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

E. 9.3

Parteientschädigungen Stellt man die – vorerst abstrakt bestimmten – gegenseitigen Ansprüche auf Parteientschädigungen einander gegenüber (Anspruch der Klägerin von 43/100 sowie Anspruch der Beklagten von 57/100), ist der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung im Umfang von 14/100 zuzusprechen (ZR 72 [1973] Nr. 18; in diesem Sinne auch RÜEGG, a.a.O., Art. 106 N 8). Die Höhe der Parteientschädigung wird nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) bestimmt. Sie setzt sich aus der Gebühr und den notwendigen Auslagen zusammen (§ 1 Abs. 2 AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung oder Beantwortung der Klage verdient, wobei auch der Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung abgedeckt wird; für jede weitere Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Die Grundgebühr beträgt CHF 38'100.–. Für die Teilnahme an der Vergleichsverhandlung und die Erstattung der zweiten Rechtsschrift ist die Grundgebühr um 40 % auf CHF 53'400.– zu erhöhen (§§ 2, 4 und 8 AnwGebV). Davon kommt der Beklagten ein Anteil von 14/100, mithin gerundet CHF 7'500.–, zu. Die Beklagte beantragt die Parteientschädigung unter Zuzug einer Mehrwertsteuer von 5.45 % (act. 14 S. 2 und S. 29). Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei

- 55 - eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei aufgrund aussergewöhnlicher Umstände nicht im vollen Umfange zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (BGer 4A_552/2015, E. 4.5; ZR 104 [2005] S. 291 ff.; SJZ 101 [2005] S. 531 ff.). Die Beklagte hat dargelegt, dass sie im Jahr 2019 lediglich zu 29.21 % vorsteuerabzugsberechtigt war und dies vermutungsweise auch für das Jahr 2020 gilt (act. 14 Rz. 92 f., act. 15/15), was die Klägerin nicht bestritten hat (act. 25 Rz. 285). Sie hat demnach Anspruch auf einen reduzierten Mehrwertsteuerzuschlag von 5.45 % (70.79 % von 7.7 %). Das Handelsgericht beschliesst:

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