



Mitwirkend: die Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Dr. Daniel Schwander, die Handelsrichter Dr. Felix Graber und Christian Zuber und die Handelsrichterin Ursula Suter sowie der Gerichtsschreiber Dr. Giulio Donati

**Beschluss und Urteil vom 15. November 2017**

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.**\_\_\_\_\_ (Schweiz) AG,

Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren der Klage:**

(act. 1 S. 2)

" Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin, unter Vorbehalt der Nachklage zu bezahlen

- CHF 12'187'116.48 zuzüglich Zins zu 5 % auf den in Anlage A genannten Teilbeträgen und Verfalltagen; und
- CHF 294'719.14 zuzüglich Zins zu 5 % auf den in Anlage B genannten Teilbeträgen und Verfalltagen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuerzuschlag) zulasten der Beklagten."

**Rechtsbegehren der Klageantwort und der Widerklage:**

(act. 14 S. 2)

1. Es sei die Klage vom 19. März 2015 ("Klage") vollumfänglich abzuweisen.
2. Es sei die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten den Betrag von CHF 112'174.51 zuzüglich Zins von 5 Prozent seit dem 16. Januar 2012 zu bezahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Klägerin."

**Rechtsbegehren der Replik und Widerklageantwort:**

(act. 23 S. 2)

" Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin, unter Vorbehalt der Nachklage, zu bezahlen

- CHF 12'183'456.12 zuzüglich Zins zu 5 % auf den in Anlage A2 genannten Teilbeträgen und Verfalltagen; und
- CHF 294'719.14 zuzüglich Zins zu 5 % auf den in Anlage B genannten Teilbeträgen und Verfalltagen;

Eventualiter sei die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin, unter Vorbehalt der Nachklage, zu bezahlen

- CHF 292'125, EUR 2'281'793, USD 5'398'372, GBP 171'788, JPY 112'598'654, CNY 63'148, HKD 888'450, SGD 57'525 und AUD 9'478, jeweils zuzüglich Zins zu 5 % auf den in Anlage C genannten Teilbeträgen und Verfalltagen; und
- CHF 294'719.14 zuzüglich Zins zu 5 % auf den in Anlage B genannten Teilbeträgen und Verfalltagen;

Die Widerklage sei abzuweisen.

unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuerzuschlag) zulasten der Beklagten."

## Inhaltsverzeichnis

A.	Sachverhaltsübersicht .....	5
a.	Parteien und ihre Stellung .....	5
b.	Prozessgegenstand .....	5
B.	Prozessverlauf .....	6
1.	Formelles .....	8
1.1.	Zuständigkeit .....	8
1.2.	Klageänderung / Teilweiser Klagerückzug .....	8
1.3.	Unbedingtes Replikrecht in Bezug auf die Duplik .....	8
1.4.	Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel .....	9
2.	Anwendbares Recht .....	10
3.	Herausgabepflicht in Bezug auf Retrozessionen .....	10
3.1.	Vertragliche Grundlagen .....	10
3.1.1.	Unbestrittener Sachverhalt .....	10
3.1.2.	Vorbringen der Klägerin .....	12
3.1.3.	Vorbringen der Beklagten .....	14
3.1.4.	Würdigung .....	16
3.2.	Pflicht zur Herausgabe von zugeflossenen Mitteln .....	21
3.2.1.	Standpunkt Klägerin .....	21
3.2.2.	Standpunkt Beklagte .....	21
3.2.3.	Rechtliche Grundlagen .....	22
3.2.4.	Würdigung .....	25
3.2.4.1.	Herausgabepflichtige Retrozessionen .....	25
3.2.4.2.	Anrechnung der Belastungen durch Transfer Pricing .....	31
3.2.4.3.	Kein Verzicht .....	33
3.2.5.	Zusammenfassung .....	34
3.3.	Quantitativ .....	35
3.3.1.	Parteivorbringen .....	35
3.3.2.	Würdigung .....	38
3.3.3.	Fälligkeit, Verzug und eingeklagte Währung .....	43
3.4.	Zwischenergebnis .....	47
3.5.	C._____ Partners .....	48
3.5.1.	Parteivorbringen .....	48
3.5.2.	Würdigung .....	50
4.	Einrede der Verjährung .....	54
4.1.	Parteivorbringen .....	54
4.2.	Verzichtserklärungen auf die Einrede der Verjährung .....	55
4.3.	Zehnjährige Verjährungsfrist .....	56
4.4.	Zwischenergebnis .....	62
5.	Widerklage .....	62
5.1.	Parteivorbringen .....	62
5.2.	Würdigung .....	64
6.	Zusammenfassung .....	65
7.	Kosten- und Entschädigungsfolgen .....	65
7.1.	Streitwert .....	65
7.2.	Kosten- und Entschädigungsfolgen .....	66
7.2.1.	Verteilung .....	66
7.2.2.	Gerichtskosten .....	66
7.2.3.	Parteientschädigung .....	67

## **Sachverhalt und Verfahren**

### A. Sachverhaltsübersicht

#### a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin und Widerbeklagte (fortan "Klägerin") ist eine privatrechtliche Stiftung, welche die berufliche Vorsorge im Rahmen des BVG für das Personal des Kantons Zürich besorgt. Sie stellt die Rechtsnachfolgerin der A1.\_\_\_\_\_ für das Staatspersonal dar, bei der es sich um eine als unselbständige Anstalt des Kantons Zürich ausgestaltete Vorsorgeeinrichtung handelte. Nachdem die A1.\_\_\_\_\_ per 1. Januar 2014 auf die Klägerin überführt worden war (Gesetz über die Ver selbständigung der A1.\_\_\_\_\_ vom 10. Februar 2003, 177.201.1, und Regierungs ratsbeschluss vom 1. Februar 2013, RRB 117/2012), wurden alle ihre Aktiven und Passiven mit Fusionsvertrag vom 30. April 2014 von der Klägerin übernommen (act. 1 Rz. 3; act. 14 Rz. 250). Der Einfachheit halber soll im Folgenden der Begriff Klägerin auch für deren Rechtsvorgängerin Verwendung finden (vgl. auch act. 1 Rz. 3).

Bei der Beklagten und Widerklägerin (fortan "Beklagte") handelt es sich um eine Aktiengesellschaften mit Sitz in Zürich, die – neben der Vertretung von Anlage fonds im In- und Ausland – die Verwaltung und Abwicklung von Rechten und Pflichten im Zusammenhang mit ihrer früheren Effektenhändlerstätigkeit bezweckt. Sie übernahm mit Fusionsvertrag vom 29. Juni 2005 die Aktiven und Passiven der B1.\_\_\_\_\_ Ltd (nachfolgend "B1.\_\_\_\_\_"), bei der es sich um die ursprüngliche Ver tragspartnerin der Klägerin handelte und an deren Stelle die Beklagte trat (vgl. act. 1 Rz. 4; act. 14 Rz. 251). Die Beklagte gehört zum B'.\_\_\_\_\_ -Konzern, der im Bereich Vermögensverwaltung für institutionelle Anleger und Effektenhandel mit internationalen Wandelanleihen tätig ist (act. 14 Rz. 1 und 3; act. 23 Rz. 3).

#### b. Prozessgegenstand

Die Beklagte investierte über Jahre hinweg basierend auf einem Vermögensver waltungsvertrag vom 4. Februar 2002 ("*Terms of Business for discretionary port folio management services*"; nachfolgend "*Terms of Business*") Vermögenswerte

im Umfang von etwas über CHF 600 Mio. in Wandelanleihen (act. 1 Rz. 5; act. 14 Rz. 253). Die Vertragsbeziehung wurde am 30. September 2011 seitens der Klägerin mit sofortiger Wirkung aufgelöst (act. 14 Rz. 143; act. 23 Rz. 35). Im Rahmen der Vertragserfüllung fanden zahlreiche, von der Beklagten ausgelöste Transaktionen in Bezug auf das klägerische Vermögen statt. Die Klägerin schuldet der Beklagten nach dem Vertrag eine sog. *Management Fee*, die einem bestimmten Promillebereich des jeweils verwalteten Vermögens entsprach (act. 1 Rz. 8; act. 14 Rz. 265 ff.). Zudem fielen für die Transaktionen sog. *Brokerage Commissions* an. Auch diese hatte die Klägerin zu tragen, wobei sie bei jeder getätigten Transaktion direkt aus ihrem Vermögen bezogen bzw. in den abgerechneten Transaktionspreis eingerechnet wurden (act. 1 Rz. 9; act. 14 Rz. 270). Ein Anteil dieser Brokerage Commissions wurde durch die vereinnahmende Broker-gesellschaft der Beklagten gutgeschrieben (act. 1 Rz. 12; act. 14 Rz. 212).

Die Klägerin macht nun geltend, bei diesen der Beklagten gutgeschriebenen Geldern handle es sich um Retrozessionen im Sinne der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die an sie herauszugeben seien (act. 1 Rz. 21 und 23). Die Beklagte verwahrt sich gegen die Forderung mit der Begründung, bei den Gutschriften handle es sich um Zahlungen im Rahmen des konzerninternen *Transfer Pricing*, mit dem die konzerninterne Arbeitsteilung und erbrachte Leistungen pauschal abgegolten worden seien, und nicht um Retrozessionen, die der Herausgabepflicht unterliegen würden (act. 29 Rz. 7 f.). Eventualiter sei die Forderung zu grossen Teilen verjährt (act. 14 Rz. 219 ff.). Zudem fordert die Beklagte widerklageweise einen Teil der Management Fee, der noch ausstehe (act. 14 Rz. 235 ff.).

## B. Prozessverlauf

Am 19. März 2015 (Poststempel) reichte die Klägerin hierorts die Klage ein (act. 1). Sie wurde mit Verfügung vom 23. März 2015 verpflichtet, für die Gerichtskosten einen Vorschuss von CHF 177'500.– zu leisten (Prot. S. 2 f.), was sie in der Folge auch tat (vgl. act. 7). Die Beklagte erstattete ihre Klageantwort am 6. Juli 2015 und erhob gleichzeitig Widerklage (act. 14), worauf von ihr ein Vorschuss für die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 9'000.– eingeholt wurde

(Prot. S. 6 f.; act. 18). Mit Verfügung vom 15. Juli 2015 wurde die Leitung des Verfahrens an Oberrichter Dr. George Daetwyler als Instruktionsrichter delegiert (Prot. S. 8), der am 10. August 2015 einen zweiten Schriftenwechsel anordnete (Prot. S. 9). Die Hauptklagereplik und Widerklageantwort der Klägerin datiert vom 23. Oktober 2015 (act. 23) und die Hauptklageduplik und Widerklagereplik der Beklagten vom 15. Januar 2016 (act. 29). Bereits am 28. Dezember 2015 war die Leitung des Verfahrens ab 1. Januar 2016 an Oberrichter Dr. Daniel Schwander als Instruktionsrichter delegiert worden (Prot. S. 12), da Oberrichter Dr. George Daetwyler seit diesem Zeitpunkt als Präsident des Handelsgerichts fungiert. Auf Ansetzung einer Frist zur Einreichung einer Widerklageduplik (Prot. S. 13), reichte die Klägerin eine mit "Widerklageduplik" und "Stellungnahme zur Duplik" betitelte Eingabe vom 11. April 2016 ins Recht (act. 36). Diese wurde mit Verfügung vom 13. April 2016 der Beklagten zugestellt, und es wurde der Aktenschluss festgestellt (Prot. S. 14). Am 25. April 2016 nahm die Beklagte zur klägerischen Eingabe unaufgefordert Stellung und stellte prozessuale Anträge (act. 40). Mit Verfügung vom 3. Mai 2016 wurde den Parteien angezeigt, dass über die aufgeworfenen Fragen im Zusammenhang mit dem Endentscheid entschieden werde (Prot. S. 15).

Am 7. Oktober 2016 fand unter Mitwirkung einer Delegation des Handelsgerichts eine Vergleichsverhandlung statt, die zu keiner Einigung führte (Prot. S. 18 f.). Mit Verfügung vom 30. Juni 2017 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie auf Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung verzichteten unter der Androhung, bei Stillschweigen würde Verzicht auf eine Hauptverhandlung angenommen (act. 59). Die Beklagte und Widerklägerin zeigte mit Eingabe vom 14. Juli 2017 an, dass sie nicht auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichte (act. 61). Mit Schreiben vom 12. September 2017 zeigte das hiesige Gericht den Parteien an, dass eine Hauptverhandlung stattfinden werde und erläuterte den Parteien die Modalitäten der Hauptverhandlung, insbesondere unter Darlegung der Protokollierungsvorschriften (act. 62). Am 15. November 2017 fand eine Hauptverhandlung statt, an welcher die Parteien Plädoyernotizen zu den Akten reichten (Prot. S. 27; act. 63–64). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## Erwägungen

### 1. Formelles

#### 1.1. Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des hiesigen Handelsgerichts ist sowohl für die Klage als auch die Widerklage gegeben (Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO i.V.m. § 44 GOG sowie Art. 14, 17 und 224 ZPO) und auch unbestritten geblieben (act. 1 Rz. 1, 22 und 24; act. 14 Rz. 17 f. und 61; act. 23 Rz. 1 f.).

#### 1.2. Klageänderung / Teilweiser Klagerückzug

Die Klägerin erhebt neu mit der Replik und Widerklageantwort ein Eventualbegehren (act. 23 S. 2 und Rz. 65). Dies bedeutet eine Klageänderung in Form der Klageerweiterung (vgl. dazu BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 25), die vorliegend nach Massgabe von Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO zulässig ist.

Mit der gleichen Rechtsschrift reduziert die Klägerin ihr Hauptbegehren um CHF 3'660.36. Der zunächst geltend gemachte Betrag habe auf einem kleineren Rechenfehler beruht (act. 23 Rz. 65). Eine solche Beschränkung des Rechtsbegehrens erweist sich als zulässig. Es ist darin ohne Weiteres ein Klagerückzug im Umfang des Differenzbetrages zu erblicken (BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 50; vgl. auch act. 23 Rz. 65 FN 169, wonach ebenso der eventualiter in Fremdwährung geltend gemachte Betrag um kleinere Rechenfehler bereinigt worden sei). Das Verfahren ist daher insoweit als durch Klagerückzug erledigt abzuschreiben.

#### 1.3. Unbedingtes Replikrecht in Bezug auf die Duplik

Den Parteien steht nach der Rechtsprechung gestützt auf Art. 29 Abs. 1 und 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK (insbesondere) zur Wahrung ihres rechtlichen Gehörs ein unbedingtes Replikrecht zu (vgl. BGE 138 III 252 E. 2.2; 133 I 98 E. 2.2; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5D\_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3.1. f.). Dieses ist umgehend auszuüben, andernfalls Verzicht angenommen wird (vgl. zum Stand der Rechtsprechung auch HUNSPERGER/WICKI, Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess – eine Replik, AJP 2017 459 ff.). Zudem hat die Partei im Einzel-



nen darzulegen, inwiefern die letzte Eingabe der Gegenseite sie zu einer weiteren Stellungnahme veranlasst hat (dazu auch DAETWYLER/STALDER, Allgemeiner Verfahrensgang und Zuständigkeit des Handelsgerichts, in: BRUNNER/NOBEL (Hrsg.), Handelsgericht Zürich 1866-2016, Zuständigkeit, Verfahren und Entwicklungen, Festschrift zum 150. Jubiläum, S. 146 m.w.H.; vgl. auch Verfügung des Bundespatentgerichts O2013\_020 vom 29. Oktober 2014, E. 3).

Vor diesem Hintergrund ist auch die Eingabe der Klägerin vom 11. April 2016 (act. 36) zu beurteilen, soweit mit ihr nicht auf die Widerklage dupliziert, sondern unaufgefordert zur beklagischen Hauptklageduplik Stellung genommen wird. Letztere datiert vom 15. Januar 2016 (act. 29) und ging der Klägerin am 1. Februar 2016 zu (Prot. S. 13; act. 32/1). Auf Nachfrage und Begehren der Klägerin vom 3. Februar 2016, ihr sei zur Ausübung des Replikrechts Frist bis zum 11. April 2016 anzusetzen (act. 33), wurde sie mit Schreiben vom 5. Februar 2016 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ihr die Frist bis zum 11. April 2016 ausschliesslich für die Widerklageduplik angesetzt worden sei und dass in Bezug auf das Replikrecht im Übrigen praxismässig keine Fristansetzung erfolge bzw. die einschlägige Bundesgerichtsrechtsprechung gelte (act. 34). Die Eingabe vom 11. April 2016 ging am 13. April 2016, mithin mehr als zwei Monate, nachdem die Klägerin die Hauptklageduplik erhalten hatte, hierorts ein. Ein solch spätes Einreichen kann, auch wenn vorliegend die Hauptklageduplik fast 100 Seiten und 35 Beilagen umfasst, keineswegs mehr als umgehend bezeichnet werden. Soweit die Klägerin daher mit ihrer Eingabe vom 11. April 2016 neue, von der Beklagten in deren Hauptklageduplik vorgebrachte Behauptungen bestreitet, ist sie nicht mehr zu hören. Zudem finden sich – soweit vorliegend relevant – keine Ausführungen dazu, in welchen Vorbringen der Duplik etwaige Noven zu sehen sind, welche die klägerischen Ausführungen nach Aktenschluss als zulässig erscheinen liessen (vgl. nur generell act. 36 Rz. 1). Wo dies überhaupt eine Rolle spielen könnte, soll jeweils besonders darauf hingewiesen werden.

#### 1.4. Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel

Neue Tatsachen und Beweismittel sind "ohne Verzug" vorzubringen (Art. 229 Abs. 1 ZPO Ingress), d.h. in der Tat unverzüglich und nicht etwa erst an der

Hauptverhandlung (LEUENBERGER, a.a.O., Art. 229 N 9). Für jede einzelne neue Tatsache und jedes einzelne neue Beweismittel ist darzutun, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllt sind. Dies gilt auch für neue Tatsachen und Beweismittel, die im Rahmen des Replikrechts vorgetragen werden (LEUENBERGER, a.a.O., Art. 225 N 17).

Soweit die von der Klägerin eingereichte unaufgeforderte Stellungnahme zur Hauptklageduplik vom 11. April 2016 (act. 36) derartige Novenvorbringen enthält, wird zu prüfen sein, ob diese Voraussetzungen jeweils gegeben sind. Dies gilt auch für allfällige neue Vorbringen der Parteien anlässlich der Hauptverhandlung. Auf solche Vorbringen ist – lediglich soweit sich diese als relevant erweisen sollten – im entsprechenden Zusammenhang einzugehen.

## 2. Anwendbares Recht

Die Parteien haben in Ziff. 19 der Terms of Business Schweizer Recht für anwendbar erklärt (act. 1 Rz. 1; act. 14 Rz. 61; act. 23 Rz. 13), welche Rechtswahlklausel gültig ist (Art. 116 Abs. 2 IPRG).

## 3. Herausgabepflicht in Bezug auf Retrozessionen

### 3.1. Vertragliche Grundlagen

#### 3.1.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Klägerin überliess der Beklagten gestützt auf den Vertrag vom 4. Februar 2002 etwas über CHF 600 Mio. zur Vermögensverwaltung in Form von Investitionen in Wandelanleihen. Die Beklagte tätigte darauf in der knapp zehnjährigen Dauer der Vermögensverwaltung vereinbarungsgemäss nach freiem Ermessen und ohne vorgängige Rücksprache mit der Klägerin Investitionen, wobei sie insgesamt mehrere tausend Transaktionen veranlasste (act. 1 Rz. 5; act. 14 Rz. 253). Bei diesen Transaktionen ging es um ausserbörslich, Over-The-Counter (OTC), primär in London und in New York gehandelte Effekten (act. 14 Rz. 109; act. 23 Rz. 27-29). Die Klägerin hatte bereits im Jahr 1997 einen vergleichbaren Vertrag mit der Muttergesellschaft der Beklagten, der B.\_\_\_\_\_ International Ltd., London (nachfolgend „B2.\_\_\_\_\_“), abgeschlossen. Durch den Vertrag vom

4. Februar 2002 wurde diese Geschäftsbeziehung auf die B1.\_\_\_\_\_ als Rechtsvorgängerin der Beklagten übertragen (act. 14 Rz. 28; act. 23 Rz. 4 f.).

In den „*Terms of Business for discretionary portfolio management services*“ vom 4. Februar 2002 wird unter anderem festgehalten (act. 14 Rz. 63, 67, 74 und 79; act. 23 Rz. 13-17):

#### **„1 Our Services**

Subject to completion of the attached Portfolio Supplement we will provide for you a discretionary portfolio management service, managing your portfolio on a discretionary basis and we shall have full authority to, and will, effect transactions for investment, as your agent, without prior reference to you.

[...]

At our discretion (unless we accept specific instructions from you to the contrary on any particular transaction) we may decide whether to effect any transaction with you as principal, as agent or partly as principal and partly as agent.

We may employ agents we select on terms we think appropriate and we may sign and perform (in any capacity) any agreement we think fit with an intermediate broker.

We will endeavour to give best execution but cannot guarantee such execution.

[...]

#### **3 Fees, commissions and charges and withholding taxes**

In payment of our services under these Terms of Business, you agree to pay to us fees, brokerage commissions and any other charges set out in the Schedule of Charges (contained in Schedule 1). [...]

We may share dealing charges with our associated companies or other third parties, or receive remuneration from them in respect of transactions carried out on your behalf. Details of any such remuneration or sharing arrangements will not be set out on the relevant contract note or confirmation note but can be made available to you on request.

[...]

#### **4 Settlement of transactions and amounts due**

Commissions, charges and, if and when appropriate, taxes will be added to the cost of purchases and deducted from the proceeds of sales.“

Im ersten Teil des Schedule 1 findet sich unter dem Titel „*Schedule of Charges*“ die folgende Regelung (act. 14 Rz. 68 f.):

„1.A management fee (base fee) will be charged on the following basis:

for assets >	\$ 75m or countervalue	30 basis points
for assets >	\$ 75m - \$ 150m or countervalue	25 basis points
[...]		
for assets >	\$ 400m or countervalue	5 basis points

2. You will be responsible for payment of any tax, brokerage charge, transfer fee, registration fee, stamp duty and all other liabilities, charges, costs and expenses payable and properly incurred and upon request duly specified by us in connection with our services to you.“

Schliesslich gehört zum Schedule 1 auch ein „*Portfolio Supplement*“, das nähere Regelungen zum „*Portfolio Service*“, „*Discretionary Service*“, „*Investment Guidelines*“ und „*Custodian*“ enthält (act. 1 Rz. 1 und 21 f.; act. 14 Rz. 58).

Bis zur Beendigung der Vertragsbeziehung am 30. September 2011 modifizierten die Parteien mehrfach den Vertragsinhalt, indem sie Zusatzvereinbarungen über den Umfang der Investitionen und über die Absicherung von Währungsrisiken trafen, die Management Fee mehrmals anpassten und mit Addendum vom 15./16. Januar 2008 eine Berichterstattung über Retrozessionen vereinbarten (act. 1 Rz. 2; act. 14 Rz. 248 f.; act. 23 Rz. 54). Dieses Addendum enthielt die folgende Regelung (act. 3/6; vgl. auch act. 14 Rz. 97 und act. 23 Rz. 23 f.):

„Im Zusammenhang mit dem Vermögensverwaltungsmandat vom 1. bzw. 4. Februar 2002 zwischen A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ [B.\_\_\_\_\_ (Schweiz) AG] wird die nachfolgend aufgeführte Ergänzung beschlossen:

#### 1. Offenlegung von Retrozessionen

B.\_\_\_\_\_ legt sämtliche Retrozessionen, Ausgabe- oder Bestandespflegekommissionen, Vermittlungsgebühren u.ä. (zusammenfassend Retrozessionen), welche sie im Rahmen der Ausübung des Mandates von Dritten erhält oder an Dritte bezahlt, gegenüber dem Auftraggeber unaufgefordert mindestens einmal jährlich bis zum 28. Februar des Folgejahres offen.

Vorbehalten sind Vergütungen und konzerninterne Abrechnungen innerhalb der B'.\_\_\_\_\_ Gruppe.“

### 3.1.2. Vorbringen der Klägerin

Die Klägerin führt aus, die Beklagte habe gemäss Ziff. 3 Abs. 1 der Terms of Business in Verbindung mit Ziff. 1 des Schedule of Charges für ihre Investitionstätigkeit eine nach der Höhe des Vermögens gestufte Management Fee zwischen

0.3 % und 0.05 % zugute. Gemäss der erstgenannten Ziffer in Verbindung mit Ziff. 2 des Schedule of Charges habe die Klägerin der Beklagten ausserdem die bei der Auftragsausführung anfallenden Auslagen, wie Brokerkommissionen und andere Gebühren, zu ersetzen, wobei Ziff. 4 Abs. 1 der Terms of Business die Beklagte ermächtige, diese Auslagen direkt von den für die Klägerin getätigten Transaktionen und/oder dem Vermögen der Klägerin zu beziehen (act. 1 Rz. 8 f.).

Ein Vermögensverwaltungsmandat beschränke sich – im Unterschied zur Anlageberatung – nicht darauf, dem Kunden Transaktionen zu empfehlen. Die Beklagte habe die von ihr angestrebten Transaktionen auch umzusetzen, d.h. die entsprechenden Anleihen effektiv zu kaufen oder zu verkaufen gehabt, sei es selbst oder über einen hierzu beigezogenen Effekthändler. Für diesen Vertragsteil „Brokerage“ habe die Beklagte für die Umsetzung der Transaktionen den hierfür am besten geeigneten Broker beiziehen müssen (act. 23 Rz. 7 f.). Gemäss dem Vermögensverwaltungsvertrag vom 4. Februar 2002 sei nur die Beklagte Vertragspartnerin der Klägerin gewesen. Alle anderen in die Aufgabenerfüllung involvierten Entitäten, wie die B2.\_\_\_\_\_, seien für die Klägerin Dritte und für die Beklagte deren Erfüllungsgehilfen oder Substituten gewesen. Es sei auch allein der Beklagten überlassen gewesen, ob und wie weit sie solche Dritte für die Erfüllung ihrer Aufgaben beigezogen oder diesen die selbständige Erfüllung übertragen habe (act. 23 Rz. 26, 41 und 43).

Im Vermögensverwaltungsvertrag seien für die Beklagte nicht mehrere, sondern nur ein einziges Leistungsentgelt vorgesehen, nämlich die Management Fee. Diese decke sämtliche Leistungen der Beklagten unter dem Vertrag ab, sowohl die Anlageberatung als auch die Umsetzung der von der Beklagten angestrebten Transaktionen durch einen Broker mittels dessen Auswahl, Instruktion und Überwachung. Die vom Broker verlangten Kommissionen habe die Beklagte dann auf die Klägerin abwälzen können. Auftragsrechtlich handle es sich bei diesen Kommissionen um Auslagenersatz (Art. 402 Abs. 1 OR), um den sich die Beklagte nicht bemühen müssen, da die Broker die Kommissionen jeweils durch Verrechnung mit dem Transaktionspreis direkt der Klägerin belastet hätten (act. 23 Rz. 14 f., 22, 43 und 63).

Ob und in welchem Umfang die Beklagte Gelder, die ihr im Zusammenhang mit der Vermögensverwaltung zugekommen seien, als zusätzliches Honorar habe vereinnahmen können, hätten die Parteien nicht ausdrücklich geregelt. Aus den Terms of Business könne aber abgeleitet werden, dass die im Zusammenhang mit Transaktionen erhaltenen Gelder an die Klägerin abzuliefern gewesen wären, und zwar unabhängig davon, ob sie der Beklagten von Dritten oder von Gesellschaften des eigenen Konzerns zugekommen seien. Denn nur unter der Annahme einer Ablieferungspflicht mache die in Ziff. 3 Absatz 2 der Terms of Business vorgesehene Auskunftspflicht über solche Gelder überhaupt einen Sinn. Mit Addendum vom 15./16. Januar 2008 sei sogar eine diesbezügliche Berichterstattung vereinbart worden (act. 1 Rz. 10).

### 3.1.3. Vorbringen der Beklagten

Die Beklagte bringt vor, der Inhalt des Vermögensverwaltungsvertrages habe zwei Komponenten enthalten: einerseits die Vermögensverwaltung im Bereich Wandelanleihen und andererseits den Effektenhandel. Zur Vermögensverwaltung habe die Festlegung der Anlagestrategie, die Auswahl der Anlagen, die laufende Überwachung der getätigten Transaktionen sowie die Fällung von Entscheidungen über Käufe und Verkäufe gehört. Der Effektenhandel bestehe im Kauf und Verkauf der ausgewählten Anlagen. Diesbezüglich sei auch der Klägerin klar gewesen, dass die Beklagte keine Effekthändlerin gewesen sei, welche die hier in Frage stehenden ausserbörslich in London oder New York gehandelten Effekten hätte handeln können (die B1.\_\_\_\_\_ habe über keine Effekthändler-Lizenz verfügt und die Beklagte als ihre Rechtsnachfolgerin lediglich über eine solche der FINMA). Ausserdem sei der Klägerin klar gewesen, dass eine Arbeitsteilung zwischen Konzerngesellschaften notwendig gewesen sei (act. 14 Rz. 33, 63 und 109).

Der Effektenhandel sei wie folgt abgelaufen: Gemäss Vertrag habe die Beklagte als Gegenpartei ("principal") oder Vermittler ("agent") auftreten können und sei ermächtigt gewesen, zur Vertragserfüllung Dritte beizuziehen (act. 14 Rz. 63 f.). Letzteres habe die Beklagte getan, indem sie die Brokerage an ihre Konzerngesellschaften in London (B2.\_\_\_\_\_) und New York (B3.\_\_\_\_\_) substituiert habe

(act. 29 Rz. 2, 47, 58 und 175; act. 29 Rz. 280). Da diese Konzerngesellschaften mit der Brokerage beauftragt worden seien, sei die Abrechnung der Transaktionen direkt über sie erfolgt. Dies bedeute aber nicht, dass B2.\_\_\_\_\_ und B3.\_\_\_\_\_ die Gegenparteien der Käufe und Verkäufe gewesen seien. Die genannten Konzerngesellschaften hätten die Transaktionen als Vermittler über einen Market Maker ausgeführt, allenfalls selbst als Market Maker (act. 29 Rz. 42). Der Effektenhandel durch die beklagten Gruppengesellschaften sei auf Rechnung der Klägerin erfolgt (act. 14 Rz. 191 f.).

Als Leistungsentgelt für die Vermögensverwaltung sei eine quartalsweise anfallende Management Fee verabredet worden, die sich nach der Höhe des verwalteten Vermögens richte. Zusätzlich habe die Klägerin die Pflicht gehabt, die Effektenhandelstätigkeit durch Brokerage Commissions, die auf den ausgeführten Transaktionen gegründet hätten, zu entgelten und sämtliche im Zusammenhang mit dem Kauf und Verkauf von Effekten auf ihre Rechnung anfallenden Kosten wie Steuern etc. zu tragen. In Ziff. 4 der Terms of Business sei vorgesehen, dass die Brokerage Commissions in den Preis der jeweiligen Transaktion eingerechnet würden (act. 14 Rz. 66 ff. und 217). Die Brokerage Commissions seien bei den substituierten Konzerngesellschaften angefallen und durch sie erhoben worden (act. 29 Rz. 2, 47, 58 und 175; vgl. auch act. 14 Rz. 186 und act. 29 Rz. 222). Dem Broker stehe beim Effektenhandel eine Kommission zu und die Klägerin habe eine solche – im Preis eingerechnet – zu bezahlen gehabt. Die Transaktionen seien vom jeweiligen Broker durchgeführt worden und die Beklagte habe daran nicht teilgenommen. Die Vertragsleistung Effektenhandel sei einzig und allein durch die vertraglich vereinbarten Brokerage Commissions entschädigt worden (act. 29 Rz. 114 Ziff. 1.-3.). Die Kommissionen seien nicht von der Beklagten auf die Klägerin überwält worden, sondern letztere habe sie zahlen müssen, wie allfällige andere Spesen im Zusammenhang mit dem Handel (act. 29 Rz. 229).

Die Beklagte habe B2.\_\_\_\_\_ und B3.\_\_\_\_\_ bei deren Brokertätigkeit unterstützt, was über das Transfer Pricing entschädigt worden sei. Demgemäss habe die Beklagte eine Gutschrift für einen Anteil an den Brokerage Commissions erhalten, die bei den Konzerngesellschaften im Zusammenhang mit dem Effektenhandel für

die Vermögensverwaltungskunden der Beklagten angefallen seien (act. 14 Rz. 126 f.; act. 29 Rz. 2 und 47). Die Beklagte sei ein "Introducing Broker" für die genannten Konzerngesellschaften und in die Abwicklung der einzelnen Transaktionen eingebunden gewesen (act. 14 Rz. 37; act. 29 Rz. 62 ff.).

#### 3.1.4. Würdigung

Beide Parteien behaupten im Kern übereinstimmend, dass die Beklagte gemäss dem Vermögensverwaltungsvertrag vom 4. Februar 2002 neben der Festlegung der Anlagestrategie, der Auswahl der Anlagen, der laufenden Überwachung der getätigten Transaktionen und der Fällung von Entscheiden über Käufe und Verkäufe auch die Umsetzung dieser Transaktionen schuldete. Dazu durfte sie unstreitig Drittpersonen, auch konzerninterne Broker, beiziehen (act. 1 Rz. 6; act. 14 Rz. 64; act. 23 Rz. 4). Beides ergibt sich ebenso aus dem Vertrag, der in Ziff. 1 Abs. 1 unter dem Titel "Our Services" den zu erbringenden "discretionary portfolio management service" mit den Tätigkeiten "managing your portfolio on a discretionary basis" und "shall have full authority to, and will effect transactions for investment" umschreibt, wobei Letzteres sowohl gemäss Ziff. 1 Abs. 4 den Handel selbst ("we may decide whether to effect any transaction with you as principal, as agent or partly as principal and partly as agent") als auch nach Ziff. 1 Abs. 5 den Beizug von Dritten umfasst ("We may employ agents [...] and we may sign and perform (in any capacity) any agreement we think fit with an intermediate broker.").

Im Weiteren ist aufgrund der übereinstimmenden Vorbringen anzunehmen, dass der Effektenhandel jeweils über den Beizug einer der beiden Konzerngesellschaften B2.\_\_\_\_\_ und B3.\_\_\_\_\_ in Form deren Substituierung erfolgte, wobei diese die einzelnen von der Beklagten angestrebten Käufe und Verkäufe auf Rechnung der Klägerin ausgeführt haben. Ob dies im Einzelfall als blosser Vermittler ("agent") oder als Gegenpartei/Kontrahent ("principal" oder "market maker") erfolgte (siehe zur Verwendung der Bezeichnungen act. 14 Rz. 63 und act. 29 Rz. 222 f.), erscheint dagegen für den vorliegenden Streit nicht relevant. Entscheidend ist vielmehr, was bezüglich der Entschädigung dieser, von B2.\_\_\_\_\_



und B3.\_\_\_\_\_ ausgeführten Effektenhandelstätigkeit, welche die Beklagte in gewisser Weise unterstützt haben mag (vgl. act. 29 Rz. 2 und 47), vereinbart wurde.

Diesbezüglich gilt es, die Management Fee und die Brokerage Commissions auseinanderzuhalten. Beide werden in Ziff. 3 der Terms of Business bei den Leistungspflichten der Klägerin gegenüber der Beklagten aufgeführt. Ihnen kommt sowohl nach den Vorbringen der Parteien als auch nach den massgeblichen Vertragsbestimmungen ein rechtlich unterschiedlicher Charakter zu:

Bei der Management Fee handelt es sich zweifelsohne um die Vergütung der Beklagten für die durch sie selbst erbrachten Dienstleistungen im Bereich des Portfolio Managements. Inwieweit darunter auch (unterstützende) Tätigkeiten bei der eigentlichen Umsetzung der Transaktionen zu subsumieren sind, ist unter den Parteien umstritten, aber nicht ausschlaggebend, wie noch zu zeigen sein wird. Immerhin ist bereits hier darauf hinzuweisen, dass es keineswegs ausgeschlossen erscheint, auch allfällige eigene Tätigkeiten der Beklagten, welche den (substituierten) Effektenhandel durch Konzerngesellschaften unterstützt haben, als durch die Management Fee (Ziff. 1 Schedule of Charges) als abgegolten zu betrachten. Die von der Beklagten geschuldeten Leistungen werden nämlich gemäss Ziff. 1 Abs. 1 Terms of Business als "discretionary portfolio management service" bezeichnet, wobei in besagtem Absatz der Effektenhandel ("we shall have full authority to, and will, effect transactions for investment") neben der Leistung "managing your portfolio on a discretionary basis" genannt wird. Auch gemäss ihrem Titel regeln die Terms of Business, die unstreitig den Effektenhandel umfassen, die sog. "discretionary portfolio management services" der Beklagten. Gehört aber der Effektenhandel zum genannten Portfolio-Management-Service, können diesbezügliche Tätigkeiten der Beklagten, für die kein besonderes anderes Entgelt vereinbart wurde, auch durch die Management Fee erfasst worden sein.

Der Management Fee gegenüber stehen die Brokerage Commissions. Diese sind – auch nach dem Standpunkt der Beklagten – durch die substituierten Konzerngesellschaften erhoben worden und dort angefallen (act. 29 Rz. 2 und 47). Ebenso sind sich die Parteien darüber einig, dass diese Kommissionen in den Preis

der jeweiligen Transaktion eingerechnet und von der Klägerin "wie allfällige andere Spesen im Zusammenhang mit dem Handel" zu übernehmen waren (act. 29 Rz. 229; ferner bereits act. 1 Rz. 9 und act. 14 Rz. 70).

Dies bestätigt auch der Vertragstext: In der allgemeinen Bestimmung betreffend die Leistungen der Klägerin (Ziff. 3 Abs. 1 Terms of Business) wird für die dort genannten "fees, brokerage commissions and any other charges" auf den Schedule of Charges verwiesen. In diesem wird – nach der Regelung der Management Fee in Ziff. 1 – eine Zahlungspflicht der Klägerin in Bezug auf eine "brokerage charge" in Ziff. 2 aufgeführt und zwar neben anderen zu bezahlenden Positionen wie "any tax", "transfer fee, registration fee, stamp duty and all other liabilities, charges, costs and expenses" (Schedule of Charges Ziff. 1 und 2). Weitere Leistungspflichten der Klägerin sind im Schedule of Charges nicht geregelt. Die in Ziff. 2 aufgezählten Positionen zeichnen sich nun – gemäss dem Wortlaut der Bestimmung – dadurch aus, dass es sich um zunächst von der Beklagten zu bezahlende oder ihr angefallene Aufwendungen handelt ("payable and properly incurred and [...] specified by us in connection with our services"). Damit beschäftigt sich Ziff. 2 thematisch mit dem Ersatz von Auslagen einschliesslich der Befreiung von allfälligen Verbindlichkeiten ("and all other liabilities"). In Ziff. 1 geht es dagegen um die Vergütung der Beklagten. Eine solche Unterscheidung ist mit Blick auf die Regelung in zwei gesonderten Ziffern auch in systematischer Hinsicht stimmig.

Zudem macht die Regelung angesichts der Leistungserbringung durch die Beklagte und insbesondere des hier konkret verabredeten Vorgehens beim Effektenhandel Sinn. Die mit der Vermögensverwaltung und dem Effektenhandel betraute Beklagte soll nicht auf den Kosten und Verbindlichkeiten sitzen bleiben, die sie in Zusammenhang mit der Vertragserfüllung übernimmt. Gerade in Bezug auf die Brokerage Commissions bzw. die "brokerage charge" erscheint die Anordnung der Leistungspflicht der Klägerin vorliegend als zweckmässig, da die Kommissionen bei Brokern, vorliegend den Konzerngesellschaften B2.\_\_\_\_\_ oder B3.\_\_\_\_\_, anfallen und infolge deren Unterbeauftragung durch die Beklagte an sich von der Letzteren geschuldet werden. Dass die Kommissionen (neben ande-

ren Gebühren; "Commissions, charges and [...] taxes will be added to the cost of purchases and deducted from the proceeds of sales", Ziff. 4 Terms of Business") in den Preis der Transaktionen eingerechnet und dadurch direkt von der Klägerin zu bezahlen sind, ändert daran nichts.

Aus dem Ausgeführten ergibt sich, dass die vertraglich in Ziff. 3 Abs. 1 Terms of Business in Verbindung mit Ziff. 2 des Schedule of Charges vereinbarten Brokerage Commissions Entgelte für die Effektenhandelstätigkeit der Konzerngesellschaften B2.\_\_\_\_\_ oder B3.\_\_\_\_\_ darstellen, für welche die Beklagte infolge der Unterbeauftragung an sich einstehen muss, die aber direkt durch die Klägerin im Rahmen der Transaktionspreise beglichen werden. Dem steht nicht entgegen, dass die genannten Konzerngesellschaften als Substituten der Beklagten mit dem Effektenhandel eine von dieser im Hauptvertrag geschuldete Tätigkeit ausgeführt haben. Dadurch wird das unstreitig bei ihnen in Form der Brokerage Commissions anfallende Entgelt für den Effektenhandel noch nicht zu einem Entgelt für Leistungen der Beklagten.

Es sind ferner keine konkreten Umstände ersichtlich oder geltend gemacht worden, aus denen sich ergeben würde, dass mit den Brokerage Commissions, wie sie im Vermögensverwaltungsvertrag vorgesehen sind, gegenüber der Klägerin eine eigene Kategorie eines Leistungsentgelts für allfällige, die Transaktionen unterstützende Tätigkeiten der Beklagten vorgesehen worden wäre. Im Übrigen will auch die Beklagte die Ziff. 2 des Schedules of Charges auf die Brokerage Commissions für die Effektenhandelstätigkeit angewendet wissen (act. 14 Rz. 69 f.).

Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist also festzuhalten, dass die Management Fee eine Vergütung der Beklagten für ihre "portfolio management services" darstellt, während es sich bei den Brokerage Commissions um von den Effekthändlern B2.\_\_\_\_\_ oder B3.\_\_\_\_\_ erhobene Leistungsentgelte handelt. Diese waren zwar im Unterauftragsverhältnis von der Beklagten geschuldet, jedoch gemäss Vermögensverwaltungsvertrag von der Klägerin direkt zu bezahlen. Damit ist aber auch nicht mehr entscheidend, ob allfällige, die Transaktionen unterstützende Tätigkeiten der Beklagten unter der Management Fee abgegolten wurden oder nicht. Die Brokerage Commissions bilden jedenfalls keine derartige Vergü-

tung der Beklagten durch die Klägerin. Auch die Beklagte führt selbst aus, dass sie über das Transfer Pricing von ihren Konzerngesellschaften B2.\_\_\_\_\_ bzw. B3.\_\_\_\_\_ eine Gutschrift für die Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Effektenhandel erhalten habe (act. 29 Rz. 64 und 67). Eine derartige Gutschrift, auch wenn sie einem Anteil an den Brokerage Commissions entsprochen haben mag (act. 14 Rz. 127), stellt eine Leistung der unterbeauftragten Konzerngesellschaften an die Beklagte dar und ändert nicht den Charakter der klägerischen Leistung im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrages. Eine andere Frage ist, inwieweit allfällige Rückflüsse solcher Zahlungen an die Beklagte der Klägerin herauszugeben sind und ob diese allenfalls auf eine Herausgabe verzichtet hat, was im Ergebnis einer zusätzlichen Vergütung der Beklagten gleichkäme (siehe dazu unten Erw. 3.2.4.3. und 3.5.2.).

Der Vermögensverwaltungsvertrag untersteht grundsätzlich den Regeln über den Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR (SCHALLER, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 93 f. m.w.H.). Auch für den (substituierten) Bereich des Effektenhandels gehen beide Parteien – zu Recht – von der Anwendbarkeit von Auftragsrecht aus (vgl. act. 1 Rz. 9 und 18; act. 14 Rz. 64, 117, 188 f. und 359). Damit handelt es sich bei den von den substituierten Brokern erhobenen Brokerage Commissions um Verbindlichkeiten, von denen die substituierende Beklagte nach Art. 402 Abs. 1 OR durch die Klägerin zu befreien ist, was auch der Regelung in Ziff. 2 des Schedule of Charges entspricht. Die Befreiung kann dabei ohne Weiteres durch eine direkte Befriedigung des Substituten erfolgen (BK OR-FELLMANN, Art. 402 N 100 ff. und 120), was hier durch eine Einrechnung der Brokerage Commissions im Rahmen der Transaktionspreise vorgesehen ist (Ziff. 4 Terms of Business). Da die Kommissionen nicht zunächst von der Beklagten auszulegen waren, ist allerdings nicht von Auslagenersatz im Sinne von Art. 402 Abs. 1 OR auszugehen (vgl. die insoweit zutreffende beklagtische Bestreitung von Auslagenersatz in act. 14 Rz. 270 und act. 29 Rz. 50 und 228 f.).

## 3.2. Pflicht zur Herausgabe von zugeflossenen Mitteln

### 3.2.1. Standpunkt Klägerin

Die Klägerin geht davon aus, dass die Beklagte in Bezug auf die für sie ausgeführten Transaktionen von den unterbeauftragten Brokern bestimmte Zahlungen erhalten hat (act. 1 Rz. 12 und 22). Dies bestreitet im Übrigen auch die Beklagte nicht (act. 14 Rz. 11 und 127). Die Klägerin hält diese Zahlungen für herausgabepflichtige Retrozessionen. Deren Umfang ergebe sich aus sog. Transaktionslisten, die ihr die Beklagte auf Mahnung hin zur Verfügung gestellt habe. Auf diesen Listen sei jeweils angegeben, welche Gelder die Beklagte vom Broker für die betreffende Transaktion erhalten habe, und zwar jeweils als bestimmter Promillesatz des Volumens der entsprechenden Transaktion (act. 1 Rz. 12 f. und 16; act. 23 Rz. ). Bei den erhaltenen Geldern handle es sich um "*remunerations*" im Sinne der oben bereits wiedergegebenen Ziff. 3 Abs. 2 der Terms of Business. Bezüglich dieser "*remunerations*" sei eine Auskunftspflicht vereinbart worden, die durch das Addendum des Vermögensverwaltungsmandats vom 15./16. Januar 2008 dahingehend modifiziert worden sei, dass die Beklagte fortan ohne Aufforderung einmal jährlich Bericht über die bei ihr von Dritten aus Transaktionen eingehenden Gelder zu erstatten habe. Auch aus dieser Berichterstattungspflicht – das einschlägige Addendum spreche durchgehend von "Retrozessionen" – könne auf die Herausgabepflicht der entsprechenden Gelder geschlossen werden (act. 1 Rz. 10; act. 23 Rz. 23).

### 3.2.2. Standpunkt Beklagte

Die Beklagte verweist ebenso auf Ziff. 3 Abs. 2 der Terms of Business und führt aus, diese Ziffer trage den Gegebenheiten innerhalb des B'.\_\_\_\_\_ -Konzerns Rechnung. Im Zusammenhang mit der Vertragserfüllung würden Kosten und Erträge unter den beteiligten Konzerngesellschaften aufgeteilt, und zwar nach feststehenden Regeln über das Transfer Pricing, was auch für die Brokerage Commissions gelte (act. 14 Rz. 79 f.). Beziehe eine Konzerngesellschaft bei einer anderen Leistungen ohne Entschädigung, seien die Ergebnisse beider Gesellschaften verfälscht. Folglich seien konzernintern erbrachte Leistungen abzugelten, und zwar nach dem Grundsatz des "*Dealing at arm's length*". Diesbezüglich habe

beim B'.\_\_\_\_\_ -Konzern ein über die Jahre gewachsenes, komplexes Regelwerk über Entgelte für bzw. Kostentragung bei konzerninternen erbrachten Dienstleistungen bestanden (act. 14 Rz. 118 ff.).

Im Zuge dessen sei das (konzerninterne) Verhältnis zwischen der Beklagten und den als Brokern fungierenden Gesellschaften durch verschiedene Vereinbarungen geregelt gewesen. So habe mit B2.\_\_\_\_\_ ein "*Sub-Advisory and Outsourcing Agreement*" und ein "*Introducing Broker Agreement*", jeweils aus dem Jahre 2010, sowie ein "*Transfer Pricing Agreement*" aus dem Jahre 2007 bestanden. Ein solches habe es auch mit B3.\_\_\_\_\_ gegeben. Aus diesen Vereinbarungen ergebe sich, dass der Beklagten im Zusammenhang mit dem Effektenhandel für ihre Vermögensverwaltungskunden monatlich ein Anteil der von B2.\_\_\_\_\_ oder B3.\_\_\_\_\_ vereinnahmten Brokerage Commissions gutgeschrieben worden sei. Allerdings seien ihr im Gegenzug auch anteilige zugehörige Kosten des Handels belastet worden (act. 14 Rz. 121 ff. und 134; act. 29 Rz. 55 ff.; vgl. auch act. 14 Rz. 159).

Das anzuwendende konzerninterne Transfer Pricing sei jedes Jahr nach bestimmten Kriterien neu bestimmt worden. Massgebliche Kriterien seien gewesen: die gewöhnlicherweise für die Kunden gehandelten Wertpapiere, die Liquidität der Wertpapiere, die Markt- und Kreditrisiken, die Involvierung der betreffenden B'.\_\_\_\_\_ -Gesellschaft im Handel und in der Abwicklung der Transaktionen sowie die Natur des Handels (act. 29 Rz. 80). Die Beklagte listet die entsprechend zur Anwendung gebrachten Aufteilungen für jedes Jahr einzeln auf (act. 29 Rz. 81 ff.).

### 3.2.3. Rechtliche Grundlagen

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 allfälli-

gen 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 und 137 III 393, E. 2.1, jeweils 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 allemal 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. Nicht erforderlich ist im Hinblick auf die Heraus-

gabepflicht demgegenüber, dass er sich tatsächlich pflichtwidrig verhält oder der Auftraggeber einen konkreten Nachteil erleidet (BGE 138 III 755 E. 5.3).

Zu beachten ist jedoch auch, dass sich die Funktion von Art. 400 OR nicht darin erschöpft, 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 immer dann zu bejahen, wenn ein Interessenkonflikt besteht; er beschränkt sich aber nicht auf diese Fälle. Die Zahlung steht auch dann in einem inneren Zusammenhang mit dem Auftragsverhältnis, 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, sie sind aber nicht gleichzusetzen (EMMENEGGER, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: EMMENEGGER (Hrsg.), Anlagerecht, Schweizerische Bankrechtstagung 2007, Basel 2007, S. 71 f.). Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass Drittvergütungen die Rentabilität einer Anlage beeinträchtigen können (ZELLWEGER-GUTKNECHT, Zur Annahme und Herausgabe von Retrozessionen und anderen Drittvergütungen, in: SETHE/HENS/VON DER CRONE/WEBER (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 238).

Bei der Beurteilung, ob die Zuwendung eines Dritten von Art. 400 Abs. 1 OR erfasst wird, kommt es im Weiteren nicht darauf an, ob diese unter einen bestimmten Begriff der "Retrozession" fällt. Herausgabepflichtig sind neben den vermögenswerten, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, vielmehr allgemein indirekte Vorteile, die dem Beauftragten – unabhängig von deren Bezeichnung – infolge der Auftragsausführung von Dritten zu kommen. Dabei ist für die Anwendung von Art. 400 Abs. 1 OR nicht entscheidend, ob die Zuwendung aus einer unmittelbar beim auftragserteilenden Kunden erhobenen Gebühr fließt oder aus einer dem Sondervermögen, an dem der Kunde beteiligt ist, belasteten Verwaltungsgebühr. Auch wird die Anwendung nicht dadurch gehindert, dass die Berechnung der Zuwendung anhand des Gesamtbe-



stands der jeweiligen Produkte und nicht für jeden Kunden einzeln erfolgt. Schliesslich ist auch nicht ausschlaggebend, ob es sich beim Beauftragten um einen externen Vermögensverwalter oder eine vermögensverwaltende Bank handelt. Die Bestimmung ist auf sämtliche Auftragsverhältnisse anwendbar (BGE 138 III 755 E. 5.4 m.w.H.; vgl. auch EMMENEGGER, a.a.O., S. 72). Sie ist also nicht auf bestimmte Betriebs- oder Berufsgruppen beschränkt (ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., S. 229).

Auch der Umstand, dass es sich bei Zuwendungen um konzerninterne Vergütungen handelt, ändert an der Offenlegungs- und Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR grundsätzlich nichts. Zunächst ist jede zum Konzern gehörige Gesellschaft selbst rechtlich als unabhängig und autonom zu betrachten, und hat das Organ einer Gesellschaft von Gesetzes wegen allein deren Interessen und nicht diejenigen anderer Konzerngesellschaften zu wahren (BGE 130 III 213, E. 2.2.2, S. 219; BGE 110 Ib 127, E.3, S. 132 = Pra 73 [1984] Nr. 257, S. 708 ff.). Fungiert etwa eine Bank als Vermögensverwalterin und erhält sie Retrozessionen von einer konzerneigenen Gesellschaft, ist die zahlende Gesellschaft formell eine "Dritte". Die Vermögensverwaltung gegenüber dem Kunden ist in gleicher Weise von Fremdnützigkeit geprägt wie bei anderen Anbietern von Finanzdienstleistungen. Der Kunde muss auch hier die Kostenstruktur der Vermögensverwaltung kontrollieren können und hat einen Anspruch darauf, dass ihm Vergütungen weitergeleitet werden. Das zusätzliche Element des Interessenkonflikts stellt sich im Konzernverbund sogar noch verschärft, indem ein besonderer Anreiz der Bank besteht, mit der Wahl eines konzerneigenen Produkts nicht nur selbst eine Zuwendung zu erhalten, sondern gleichzeitig einer anderen Konzerngesellschaft zu ermöglichen, mit dem Produkt verbundene Gebühren zu vereinnahmen (BGE 138 III 755 E. 8.5 sowie EMMENEGGER, a.a.O., S. 73 f.; vgl. auch ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., S. 230).

### 3.2.4. Würdigung

#### 3.2.4.1. Herausgabepflichtige Retrozessionen

Es wurde bereits dargelegt, dass in Bezug auf die Vermögensverwaltung und den Effektenhandel zwischen der Klägerin und der Beklagten Auftragsrecht zur An-

wendung kommt (oben Erw. 3.1.4. in fine). Es stellt sich die Frage, ob die Zahlungen, welche die Beklagte aus den von den Brokern B2.\_\_\_\_\_ und B3.\_\_\_\_\_ erhobenen Brokerage Commissions erhalten hat, Vorteile darstellen, die ihr infolge der Auftragsausführung von einem Dritten zugekommen sind. In diesem Fall wären sie in Anwendung von Art. 400 Abs. 1 OR und vor dem Hintergrund der dargestellten, einschlägigen Bundesgerichtsrechtsprechung sowie Lehre an die Klägerin herauszugeben.

Zunächst ist nicht weiter fraglich, dass die erfolgten Gutschriften Vorteile im Sinne der auftragsrechtlichen Herausgabepflicht darstellen (siehe zur Frage, ob allfällige Abzüge zu berücksichtigen sind hinten Erw. 3.2.4.2.). Ebenso wurde ausgeführt, dass auch konzerninterne Gruppengesellschaften, die Zuwendungen vornehmen, dem Auftraggeber gegenüber als Dritte zu gelten haben. Dies trifft vorliegend für die substituierten, konzerninternen Broker B2.\_\_\_\_\_ und B3.\_\_\_\_\_ zu, mit denen die Klägerin in Bezug auf die Besorgung des Effektenhandels kein Vertragsverhältnis verbindet (siehe oben Erw. 3.1.4.). Im Weiteren kamen der Beklagten die Zahlungen auch infolge der Auftragsausführung zu:

Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Zahlungen einzig deshalb erfolgten, weil die Beklagte über die Broker B2.\_\_\_\_\_ und B3.\_\_\_\_\_, die sie befugterweise einsetzte, Transaktionen für die Klägerin abwickeln liess. Wie bereits dargestellt, handelte es sich bei den Zahlungen um Gutschriften für einen Anteil an den Brokerage Commissions, die im Zusammenhang mit dem Effektenhandel für die Vermögensverwaltungskunden der Beklagten anfielen (vgl. auch act. 14 Rz. 127). Hätte die Beklagte die Transaktionen nicht über B2.\_\_\_\_\_ und B3.\_\_\_\_\_ ausgeführt, wären ihr die im Streit stehenden Zuwendungen nicht zugekommen.

Hier ist aber auch die von der Rechtsprechung betonte Gefahr einer Interessenkollision vorhanden. Die Beklagte war vertraglich berechtigt, die Vertragserfüllung betreffend Effektenhandel ganz oder teilweise auf Dritte auszulagern, wozu es – gemäss der Beklagten selbst – gehörte, die Dritten gehörig auszuwählen. Darüber hinaus hat die Beklagte bei der Wahl der Dritten keine Pflichten gehabt. Auch im Rahmen der beklagischen Pflicht, hinsichtlich der Transaktionen jeweils die "best execution" anzustreben, musste sie – nach eigenem Vorbringen – eine sorgfältige

und vertretbare Auswahl des Brokers treffen (Ziff. 1 Abs. 5 und 6 Terms of Business; act. 14 Rz. 63-65 und 189; act. 29 Rz. 119 ff. und 131 Ziff. 3). Nach dem Ausgeführten bestand zumindest die Gefahr, dass die Beklagte versucht sein könnte, bei dieser Auswahl die jeweils fließenden Zuwendungen einzubeziehen bzw. die Broker B2.\_\_\_\_\_ und B3.\_\_\_\_\_ vor diesem Hintergrund einzusetzen. Diese Gefahr war zudem durch das Konzernverhältnis zugespitzt, da bei einer Substituierung an konzerninterne Broker der durch den Effektenhandel zu erwirtschaftende Ertrag ebenfalls im Konzern verblieb. Dass die Beklagte allerdings in Bezug auf eine konkrete Transaktion den Broker pflichtwidrig ausgesucht hätte bzw. durch die fortwährende Substitution an B2.\_\_\_\_\_ oder B3.\_\_\_\_\_ dem Ziel des "best execution" nicht nachgekommen wäre (siehe dazu etwa act. 1 Rz. 11, act. 14 Rz. 115 f., 211 und 261 f., act. 23 Rz. 9, 13, 27 ff, 42, 52, 55 und 64 sowie act. 29 Rz. 17 f., 21, 41 und 93 f.), ist hier nicht erforderlich.

Die von der Beklagten gegen das Vorliegen einer Herausgabepflicht vorgebrachten Einwände erweisen sich als nicht stichhaltig: So bringt sie vor, es habe von Anfang an dem Verständnis der Parteien entsprochen, dass die Effektenhandelsaktivitäten durch die Konzerngesellschaften B2.\_\_\_\_\_ und B3.\_\_\_\_\_ ausgeführt werden sollten, weshalb von vornherein keine Interessenkonfliktsituation durch Auslagerung des Effektenhandels bestanden habe (act. 14 Rz. 192; act. 29 Rz. 114 Ziff. 2). Wie ausgeführt, ist die Gefahr eines Interessenkonflikts nicht alleine massgebend. Überdies vermag auch ein blosses Einverständnis der Klägerin mit der Substituierung des Effektenhandels an die Broker B2.\_\_\_\_\_ und B3.\_\_\_\_\_ die Gefahr der Interessenkollision nicht auszuschalten, da das Einverständnis die Beklagte nicht von ihrer Pflicht entbindet, die – nach wie vor ihr obliegende – Auswahl des Brokers nach den Interessen der Klägerin vorzunehmen. Keine der Parteien hat im Übrigen vorgebracht, der Klägerin sei selbst die Höhe allfälliger Rückflüsse der verwendeten Broker im Vergleich zu anderen Brokern bekannt gewesen. Eine Relativierung der möglichen Interessenkollision wäre hier lediglich anzunehmen, wenn von vornherein vereinbart worden wäre, dass der Effektenhandel einzig und allein über die verwendeten, konzerninternen Broker zu geschehen habe, mithin der Beklagten eine andere Vergabe gar nicht gestattet gewesen wäre.

Ein solches Verständnis der vereinbarten Möglichkeit zur Substitution weist die Klägerin jedoch von sich (act. 23 Rz. 41), und es ergibt sich auch in keiner Weise aus den Terms of Business. Vielmehr geht aus deren Ziff. 1 Abs. 5 klar hervor, dass die Beklagte beim Beizug Dritter nicht eingeschränkt war (vgl. act. 3/1 S. 2). Im Weiteren ist auch nicht ersichtlich, wie aus dem Verhalten der Klägerin geschlossen werden könnte, die Auslagerung der Effektenhandelsaktivitäten an die gewählten konzerninterne Broker sei für sie zur Vertragserfüllung notwendig gewesen (vgl. act. 29 Rz. 361 i.V.m. 43 und 86 ff.). Dass die Beklagte aufgrund ihrer Grösse und Effektenhändlerbewilligung alleine nicht in der Lage war, die vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Klägerin zu erfüllen, und dass der im Jahr 2002 geschlossene Vertrag auf einer Geschäftsbeziehung der Klägerin mit der B2.\_\_\_\_\_ beruhte sowie letztere für die B1.\_\_\_\_\_ eine "*Declaration of Undertaking*" abgab (act. 14 Rz. 31 ff., 64 und 103 ff.; act. 29 Rz. 88), kann dafür nicht ausreichen. Im Übrigen vereinbarten die Parteien im Januar 2008, dass die Beklagte Retrozessionen mindestens einmal jährlich offenzulegen habe, wobei Vergütungen und konzerninterne Abrechnungen innerhalb der B'.\_\_\_\_\_-Gruppe ausgenommen wurden (act. 14 Rz. 97; act. 29 Rz. 91). Eine derartige Vereinbarung, welche auf Bestreben der Klägerin erfolgte und lediglich auf Gutschriften von ausserhalb des Konzern stehenden Dritten abzielte, erschiene verwunderlich, wenn es der Meinung der Parteien entsprochen hätte, der Effektenhandel dürfe von vornherein nur von konzerninternen Brokern ausgeführt werden (in der Tat wurden unter Berufung auf diese Vereinbarung von der Beklagten auch keine Retrozessionen offengelegt; act. 14 Rz. 95 ff.).

Zudem behauptet die Beklagte – auf der Ebene eines tatsächlich vorliegenden Willens – auch nicht konkret und einem Beweisverfahren zugänglich, in der Willensbildung welcher Personen der Klägerin zu welchem Zeitpunkt ein derartiges Verständnis vorgelegen habe. Die anbotene Parteiaussage (vgl. act. 14 Rz. 191 i.V.m. 33) bzw. Zeugenaussage (act. 29 Beweismittelverzeichnis S. 7) von D.\_\_\_\_\_, dem ehemaligen Head of International Asset Management Division der B2.\_\_\_\_\_ und ehemaligen Verwaltungsrat der B1.\_\_\_\_\_ und der Beklagten, zu einem nicht weiter konkretisierten "gemeinsamen Verständnis der Vertragsparteien" hat daher zu unterbleiben. Ohnehin könnte einer solchen Aussage – ange-

sichts des klaren Vertragswortlauts der Terms of Business, des erheblichen Zeitablaufs von fast 15 Jahren sowie der vormaligen Tätigkeit von D.\_\_\_\_\_ für den B.\_\_\_\_\_ -Konzern – kein ausschlaggebender Beweiswert mit Bezug auf einen bei der Klägerin vorhandenen tatsächlichen Willen mehr zugemessen werden (vgl. etwa kürzlich Urteil des Kantonsgerichts Fribourg 101 2016 380 vom 29. März 2017, E. 2f unter Hinweis auf die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung). Zum Beweis konkreter (streitiger) Indizien, die allenfalls auf einen solchen Willen schliessen liessen, wurde D.\_\_\_\_\_ nicht angerufen.

Weiter wendet die Beklagte ein, die oben dargestellten Bundesgerichtsentscheide zur Herausgabe von Retrozessionen und Vertriebsentschädigungen seien nicht einschlägig. Diese seien zu Vermögensverwaltungsverträgen ergangen, die durch umfassende Interessenwahrungspflichten des Vermögensverwalters gekennzeichnet gewesen seien. Vorliegend sei jedoch der Vertragsteil betreffend Effektenhandel betroffen. Zudem sei es um indirekte, zusätzliche Vorteile für den Vermögensverwalter gegangen, der für eine einzige Tätigkeit von zwei Seiten her entschädigt worden sei. Dies sei hier anders. Die Vertragsleistung Effektenhandel sei nur und ausschliesslich durch die vertraglich vereinbarten Brokerage Commissions als Teil der jeweiligen Transaktionsabrechnungen entschädigt worden, und es seien keine zusätzlichen Entschädigungen für die gleiche Leistung geflossen. Entsprechend den konzerninternen Regelwerken müssten Kosten und Erträge aus arbeitsteiliger Arbeitserfüllung unter den beteiligten Gesellschaften aufgeteilt werden (act. 14 Rz. 193 f. und 199 ff.; act. 29 Rz. 114 ff.).

Die Herausgabepflicht stützt sich – wie dargelegt – auf Art. 400 OR, der vorliegend auch auf den Vertragsteil betreffend Effektenhandel anwendbar ist. Auch in diesem Rahmen kam der Beklagten eine Interessenwahrungspflicht gegenüber der Klägerin zu. Die vom Bundesgericht angestellten Erwägungen sind gerade nicht auf bestimmte Betriebs- oder Berufsgruppen beschränkt. Die aufgeworfenen Fragen stellen sich genauso bei der Leistung von Retrozessionen im sog. mehrgliedrigen Effektenhandel (vgl. etwa HSU, Retrozessionen, Provisionen und Finder's Fees, Basel 2006, S. 65 f. und 68). Daneben bedeuteten die Gutschriften auch einen zusätzlichen Vorteil für die Beklagte, die – da Konzerngesellschaften

als Dritte zu gelten haben – sehr wohl in einem doppelten Vertragsverhältnis mit der Klägerin einerseits und mit B2.\_\_\_\_\_ und B3.\_\_\_\_\_ andererseits stand (vgl. dagegen act. 14 Rz. 196). Durch die Brokerage Commissions entschädigte die Klägerin – in Form der auftragsrechtlichen Befreiung von Verbindlichkeiten (Art. 402 Abs. 1 OR) – die Leistungen der Broker B2.\_\_\_\_\_ und B3.\_\_\_\_\_, die in der Ausführung von Transaktionen bestanden, während die Beklagte nach dem Vermögensverwaltungsvertrag mit der Klägerin dafür nicht oder höchstens im Rahmen der Management Fee entschädigt wurde. Soweit der Beklagten daher im Zusammenhang mit den veranlassten Transaktionen Gutschriften von dritter Seite (B2.\_\_\_\_\_/B3.\_\_\_\_\_) zufflossen, handelt es sich – im Verhältnis zur Klägerin – um nichts anderes als eine zusätzliche Entschädigung.

Gegen den inneren Zusammenhang zum Vermögensverwaltungsvertrag kann vorliegend auch nicht vorgebracht werden, es handle sich bei den Gutschriften um eine reine Aufwandsentschädigung durch die Broker gegenüber der Beklagten (vgl. BGE 138 III 755 E. 5.6 f.; ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., S. 230 f.). Die Beklagte fungierte gegenüber den beiden Brokern vielmehr als Introducing Broker (act. 14 Rz. 125 f.; act. 29 Rz. 62 ff.), und ihre Entschädigung erfolgte im Zusammenhang mit Transaktionen, die sie für die Klägerin ausführen liess (vgl. act. 14 Rz. 127 letzter Satz).

Schliesslich ändert an den ausgeführten Grundsätzen nichts, dass die von der Beklagten geschuldeten Vertragsleistungen durch mehrere, miteinander verbundene Konzernunternehmen erbracht wurden. Substituiert die Beklagte – befugterweise – konzerninterne Broker, deren Kommissionen von der Klägerin direkt übernommen werden, stellen durch diesen Vorgang veranlasste Gutschriften der internen Broker an die Beklagte genauso herausgabepflichtige Vorteile dar, wie wenn sie von externen Brokern gezahlt würden. Der Umstand, dass diese Gutschriften auf konzerninternen Verträgen beruhen, ändert deren Rechtsnatur im mit der Klägerin bestehenden Auftragsverhältnis nicht (vgl. auch BGE 138 III 755 E. 8.5; EMMENEGGER, a.a.O., S. 73 f.; ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., S. 230). Es ist ferner nicht ersichtlich, dass die Klägerin auf diese Weise durch den Einkauf des Effektenhandels bei einem Konzern gegenüber anderen Kunden besser ge-

stellt würde (act. 14 Rz. 175). In Bezug auf die Herausgabe von Retrozessionen kommen ihr lediglich dieselben Rechte zu, wie auch im Verhältnis zu einem Vermögensverwalter oder Effekthändler, dem zur Ausführung der Transaktionen keine eigenen Konzerngesellschaften zur Verfügung stehen.

Es ist somit zu konstatieren, dass die Gutschriften, die der Beklagten von den Brokern B2.\_\_\_\_\_ und B3.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit den für die Klägerin ausgeführten Transaktionen zugekommen sind, grundsätzlich herausgabepflichtige Vorteile bilden.

#### 3.2.4.2. Anrechnung der Belastungen durch Transfer Pricing

Die Beklagte führt aus, dass der Anteil der Brokerage Commissions, welcher ihr im Zusammenhang mit dem Effektenhandel für die Vermögensverwaltungskunden über das Transfer Pricing monatlich gutgeschrieben worden sei, nicht losgelöst von Kosten betrachtet werden könne, die der Beklagten konzernintern belastet worden seien. Dies seien zum einen Kosten für "Brokerage/Settlements/Clearing", "International Research – Convertibles" und Anteile an Personalkosten des Effektenhandels in London, was sich aus Ziff. 2 des Transfer Pricing Agreements ergebe. Über diese Kosten sei, wie auch über die Gutschriften, monatlich abgerechnet worden. Im Zeitraum 2002 bis 2010 seien der Beklagten durchschnittlich netto 57 Prozent von dem ihr gutgeschriebenem Anteil an den Brokerage Commissions verblieben. Zum anderen habe sie gegenüber den Brokern auch Beratungsdienstleistungen für Vermögensverwaltung abgegolten, und zwar mit einem bestimmten Prozentsatz der Management Fee, der quartalsweise den Brokern gutzuschreiben gewesen sei (act. 14 Rz. 128 ff.).

Die Klägerin bestreitet die beklagische Darstellung und bringt vor, die in den als "Sub-Advisory and Outsourcing Agreement", "Introducing Broker Agreement" und "Transfer Pricing Agreement" bezeichneten internen Abreden geregelten Zahlungen bzw. die darauf basierenden Abrechnungen hätten nichts mit den Gutschriften zu tun, um die es im vorliegenden Verfahren gehe. Darüber hinaus seien sie so vage und unvollständig vorgebracht und belegt, dass ihr Inhalt nicht einmal ansatzweise nachvollzogen werden könne (act. 23 Rz. 32 f.).

Wie bereits ausgeführt, sind die einzelnen zum Konzern gehörenden Gesellschaften rechtlich als unabhängig und autonom zu betrachten. Entsprechend sind auch die mit ihnen vereinbarten Zahlungsflüsse einzuordnen, zumal diese gemäss den beklagischen Vorbringen ohnehin für konzernintern erbrachte Leistungen nach dem Prinzip des "Dealing at arm's length" vorgesehen wurden (act. 14 Rz. 119 f.). Wendet die Beklagte nun einen Anteil der von ihr gegenüber der Klägerin vereinbarten Management Fee dazu auf, um eine Drittgeseellschaft für bestimmte Beratungsdienstleistungen im Hinblick auf die selbst geschuldete Vermögensverwaltung zu entschädigen, kann sie diese Aufwendungen nicht (ein weiteres Mal) von der Klägerin verlangen. Die Management Fee selbst bildete vielmehr den Lohn für die Vermögensverwaltung, welche die Beklagte der Klägerin schuldete. Benötigt die Beklagte davon einen Anteil, um die nötige Beratungs-Infrastruktur bereitzustellen, handelt es sich allenfalls um Generalunkosten, nach denen das Honorar zu bemessen ist (vgl. BK-Fellmann, Art. 402 N 26 ff.), nicht jedoch um zusätzliches Honorar oder Aufwendungen im Sinne des Vermögensverwaltungsvertrages.

Ähnliches gilt für die behaupteten, im Übrigen nicht näher spezifizierten Belastungen durch die Broker B2.\_\_\_\_\_ und B3.\_\_\_\_\_ in der Form von Kosten für "Brokerage/Settlements/Clearing", "International Research – Convertibles" und Anteilen an Personalkosten des Effektenhandels in London (act. 14 Rz. 128; act. 29 Rz. 65). Diese spiesen sich zwar nicht aus der Management Fee, aber es handelte sich offenbar gleichwohl um Dienstleistungen der Broker, die der Klägerin auf Ebene des Vermögensverwaltungsvertrages nicht zu überbinden waren. Die bei der Klägerin vereinbarte Vergütung für die Abwicklung der Transaktionen durch die beiden Broker B2.\_\_\_\_\_ und B3.\_\_\_\_\_ bestand einzig in den Brokerage Commissions. Weitere diesbezügliche Aufwendungen für deren Tätigwerden wurden ihr nach den Parteivorbringen auch nicht in Rechnung gestellt. Lassen sich die Broker nun gestützt auf interne Vereinbarungen von der Beklagten – ausserhalb des Vermögensverwaltungsvertrages – für gewisse Leistungen entschädigen, sind diese Entschädigungen nicht ohne Weiteres der Klägerin anzulasten. Deren Schuldpflicht beschränkt sich im vorliegenden Zusammenhang auf die Leistung der Management Fee sowie der Brokerage Commissions. Fliessen der



Beklagten durch die Transaktionen veranlasste Zahlungen zu, hat sie diese ungeschmälert herauszugeben.

#### 3.2.4.3. Kein Verzicht

Die Beklagte wendet ein, die Klägerin habe von ihr am 22. August 2007 unter Bezugnahme auf BGE 132 III 460 die Offenlegung allfälliger Retrozessionen im Jahre 2007 verlangt. Nicht verlangt habe sie eine Herausgabe für dieses Jahr oder für die Zeit davor. Auf klägerisches Betreiben hin sei das Addendum vom 15./16. Januar 2008 vereinbart worden (siehe zum Wortlaut oben Erw. 3.1.1.), in dem eine jährliche, unaufgeforderte Berichterstattung über Retrozessionen von Dritten vorgesehen, jedoch Vergütungen und konzerninterne Abrechnungen innerhalb der B'.\_\_\_\_\_ Gruppe vorbehalten worden seien. Damit habe sie auf die Offenlegung und Herausgabe dieser konzerninternen Vergütungen und Belastungen sowie der zugrunde liegenden Vereinbarungen verzichtet. Ausserdem habe sie anerkannt, dass es im Vorliegenden nicht um Retrozessionen gehe (act. 14 Rz. 98; act. 29 Rz. 16 und 89 ff.).

Die Klägerin bringt vor, im fraglichen Addendum sei es nur darum gegangen, die in Ziff. 3 Abs. 2 Terms of Business vorgesehenen Auskunftspflicht von einer solchen auf Verlangen in eine unaufgefordert zu erbringende Auskunftspflicht zu überführen. Auf Auskunft und Herausgabe der konzerninternen Retrozessionen sei damit keineswegs verzichtet worden. Die diesbezüglich Auskunft bzw. Herausgabe sei vielmehr ausdrücklich vorbehalten geblieben, womit weiterhin die in den Terms of Business vorgesehene Regelung gegolten habe (act. 23 Rz. 24).

Auf die auftragsrechtliche Ablieferungspflicht nach Art. 400 OR kann der Berechtigte verzichten. Die Gültigkeit eines solchen Verzichts setzt jedoch voraus, dass der Auftraggeber über die zu erwartenden Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert ist und dass sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung entsprechend deutlich hervorgeht (BGE 132 III 460 E. 4.2). Weder reicht der blosser Hinweis, dass Drittvergütungen fliessen "können", noch das Angebot, auf Nachfrage näher zu informieren (ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., S. 231 f.). Damit der Kunde den Umfang der zu erwartenden Retrozessio-

nen erfassen und dem vereinbarten Honorar gegenüberstellen kann, muss er zumindest die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen kennen (BGE 137 III 393 E. 2.4).

In der Vereinbarung des Addendums vom 15./16. Januar 2008 sowie im Zuge dessen Zustandekommens ist kein Verzicht der Klägerin auf die Herausgabe von allfälligen konzernintern fliessenden Vergütungen zu erblicken. Zum einen kann ein solcher nicht daraus geschlossen werden, dass die Klägerin lediglich die Offenlegung von Retrozessionen für das Jahr 2007 verlangte und nicht eine solche und/oder Herausgabe für die Jahre davor. Zudem ist dem klägerischen Hinweis beizupflichten, dass im Addendum die konzerninternen Vergütungen von der ergänzenden Regelung (vgl. act. 3/6 S. 2) "vorbehalten" wurden und somit diejenige der Terms of Business anwendbar bleibt, wonach die relevanten Informationen auf Nachfrage hin zugänglich gemacht werden können (Ziff. 3 Abs. 2 Terms of Business). Diese Bestimmung – wie im Übrigen auch deren spätere Ergänzung – bilden vielmehr Ausdruck der grundsätzlich bestehenden Berichterstattungs- und Herausgabepflicht. Darüber hinaus konnte die Klägerin ohnehin nicht gültig auf eine allfällige Herausgabe verzichten, da sie – unbestrittenermassen (act. 23 Rz. 24; act. 29 Rz. 273 ff.) – weder über Eckwerte der diesbezüglich einschlägigen Vereinbarungen der Beklagten mit den Brokern noch über die Grössenordnung der Vergütungen Bescheid wusste. Wie dargestellt, reicht dafür der Hinweis, es könne zu solchen Vergütungen kommen und auf Nachfrage seien nähere Informationen erhältlich (vgl. Ziff. 3 Abs. 2 Terms of Business), nicht aus.

### 3.2.5. Zusammenfassung

Bei den Vergütungen, welche der Beklagten durch die Broker B2.\_\_\_\_\_ und B3.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit den für die Klägerin ausgeführten Transaktionen zugekommen sind, handelt es sich um Retrozessionen, die nach Art. 400 Abs. 1 OR der Klägerin herauszugeben sind.

### 3.3. Quantitativ

#### 3.3.1. Parteivorbringen

Die Klägerin bringt vor, sie habe die Beklagte mit Schreiben vom 16. September 2011 dazu aufgefordert, die von ihrem konzerninternen Broker erhaltenen Gelder rückwirkend für jede einzelne Transaktion offenzulegen. Darauf habe die Beklagte schliesslich zwei sog. Transaktionslisten gesandt, die eine für Transaktionen in der Periode Februar 2002 bis Februar 2005 (vgl. act. 3/22) und die andere für solche in der Periode März 2005 bis August 2011 (vgl. act. 3/23). Gemäss Begleitschreiben der Beklagten würden aus den beiden Listen diejenigen, als "remunerations" bezeichneten Gelder hervorgehen, welche die Beklagte in Bezug auf für die Klägerin ausgeführte Transaktionen vom Broker erhalten habe. Die beiden Listen würden etwa 3000 für die Klägerin getätigte Transaktionen aufführen, unter der Angabe, was wann zu welchem Preis und in welcher Währung gekauft oder verkauft worden sei. Unter der Spalte "remuneration value" sei dabei angegeben, welche Gelder die Beklagte vom Broker für die betreffende Transaktion erhalten habe, und zwar, wie sich aus den Spalten "remuneration bps" und "Settlement amount" ableiten lasse, jeweils als bestimmter Promillesatz des Volumens der entsprechenden Transaktion. Die nach diesen beiden Listen vom Broker erhaltenen Gelder würden insgesamt CHF 235'689, EUR 2'168'948, USD 4'822'140, GBP 169'716, JPY 107'862' 290, CNY 63'148, HKD 959'392, SGD 57'525 und AUD 9'478 betragen, zusammen umgerechnet rund CHF 9.6 Mio. (act. 1 Rz. 11 f.). Obwohl die Beklagte bestätigt habe, dass die in den beiden Listen angegebenen "remunerations" vollständig seien (act. 1 Rz. 14), habe sie am 12. Februar 2015 eine weitere Transaktionsliste nachgereicht, aus welcher sich weitere 340 Transaktionen ergäben. Danach habe die Beklagte vom Broker weitere CHF 9'373, EUR 142'512, USD 595'611, GBP 4'211, JPY 1'389'332 und HKD 58'678 erhalten (act. 1 Rz. 16). Die Klägerin verlange mit der Klage die Herausgabe der in den drei Transaktionslisten vom 6. Oktober 2011, vom 12. Oktober 2011 und vom 12. Februar 2015 offengelegten "remunerations", insgesamt CHF 12'187'116.48 (act. 1 Rz. 22).

Die Beklagte führt dazu aus, die Klägerin habe am 16. September 2011 Aufschluss über die in Ziff. 3 Abs. 2 Terms of Business erwähnten "remunerations/dealing charges" verlangt, und zwar hinsichtlich jeder einzelnen Transaktion im Zeitraum vom 1. Februar 2002 bis 31. August 2011. Ihr sei es nicht um die zugehörige Kostenaufteilung ("dealing charges") gegangen, sondern nur um die "Offenlegung von konzerninternen Vergütungen zu Gunsten der Beklagten" (act. 14 Rz. 150). Am 6. und 12. Oktober 2011 habe die Beklagte der Klägerin "die verlangten Daten" für die nachgefragten Zeiträume geliefert. Die Datenlieferung sei allerdings – aufgrund des von der Klägerin verursachten grossen zeitlichen Drucks und wie die Klägerin im Oktober 2014 festgestellt habe – im ersten Anlauf nicht vollständig gewesen (act. 14 Rz. 155). In den begleitenden E-Mails zu den Transaktionslisten vom 6. und 12. Oktober 2011 sei gestanden: "This data shows the remuneration paid to B.\_\_\_\_\_ by B2.\_\_\_\_\_ ("B2.\_\_\_\_\_"), B.\_\_\_\_\_ 's affiliated entity, in respect of trades executed by B2.\_\_\_\_\_ for B.\_\_\_\_\_ on A.\_\_\_\_\_ 's behalf". Richtigerweise hätte aber auch B3.\_\_\_\_\_ erwähnt werden müssen (act. 14 Rz. 156). In den (späteren, anwaltlichen) Schreiben der Beklagten vom 1. Oktober und 5. Dezember 2014 sei die Lage aufgrund eines Missverständnisses nicht adäquat dargestellt worden (act. 14 Rz. 291). Die Klägerin habe zwar mit Klagebeilage 65 umfangreiches Zahlenmaterial ins Recht gelegt. Sie sei dennoch ihren Substantiierungspflichten nicht nachgekommen, da sie namentlich darauf verzichtet habe, anzugeben, woher die Umrechnungskurse stammten, die sie ihren monatlichen Umrechnungen zu Grunde gelegt habe, weshalb eine Überprüfung nicht möglich sei (act. 14 Rz. 313).

Die Klägerin hält in der Replik an ihren Ausführungen zum Quantitativ der erfolgten Gutschriften fest (act. 23 Rz. 36). Sie verlange die in den Transaktionslisten enthaltenen "remunerations", welche der Beklagten zusätzlich zur Management Fee und zum Auslagenersatz unter dem Vermögensverwaltungsvertrag zugekommen seien (act. 23 Rz. 45). Zur angewendeten Umrechnung in CHF fügt sie an, sie habe die in Fremdwährungen erbrachten "remunerations" in Anlage A – der Einfachheit halber – jeweils für einen Kalendermonat zusammengefasst und zum Kurs vom Monatsende, der [www.oanda.com](http://www.oanda.com) entnommen worden sei,

umgerechnet. Ab dann würden auch jeweils Verzugszinsen gefordert (act. 23 Rz. 60 und 65).

Die Beklagte betont in der Duplik, dass es sich bei den im Zusammenhang mit der Vermögensverwaltungstätigkeit zugekommenen Zahlungen um Transfer-Pricing-Zahlungen gehandelt habe. Die Beklagte habe so Gutschriften für die Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Effektenhandel erhalten (act. 29 Rz. 16 und 64). Die Gutschriften und Kostenanteile im Zusammenhang mit dem Effektenhandel für Vermögensverwaltungskunden seien der Beklagten monatlich durch die Finanzabteilung von B2.\_\_\_\_\_ abgerechnet worden. Die Abrechnungen seien in USD erfolgt, während in Schweizer Franken bezahlt worden sei. Dabei seien während des gesamten Vertragsverhältnisses Transfer-Pricing-Gutschriften ausschliesslich der Beklagten zugekommen. Die B1.\_\_\_\_\_ sei hingegen niemals Begünstigte solcher Gutschriften gewesen. Die Ertragsgutschriften könnten nicht auf die einzelnen Kunden der Beklagten oder gar auf einzelne Transaktionen heruntergebrochen werden (act. 29 Rz. 68 f. und 73). Unter Berücksichtigung der zugehörigen, der Beklagten abgezogenen Kosten seien ihr in den Geschäftsjahren 2002 bis 2011 von den ihr gutgeschriebenen Transfer-Pricing-Zahlungen, die sich auf den Effektenhandel der Vermögensverwaltungskunden der Beklagten bezogen hätten, 53.10 % verblieben. Die Klageantwortbeilagen 43 und 44 sowie die Replikbeilage 71 reflektierten, was der Beklagten effektiv an Transfer-Pricing-Zahlungen zugeflossen sei (act. 29 Rz. 71 f.).

Dagegen seien die Transaktionslisten (act. 3/22 f. und 3/65) lediglich ein (approximativer) Versuch, Transfer-Pricing-Zahlungen hypothetisch auf die einzelnen getätigten Transaktionen herunterzubrechen bzw. zuzuweisen. Die Beklagte habe versucht, im Nachhinein anhand der einzelnen, bei den Transaktionen angefallenen Brokerage Commissions und dem jeweiligen Transfer-Pricing-Split theoretisch zu errechnen, welchen Anteil die Beklagte an den Brokerage Commissions hätte erhalten können (act. 29 Rz. 72 ff. und 433). Die Transaktionslisten würden keine geflossenen Zahlungen reflektieren. Überdies seien zur Erstellung der ersten beiden Transaktionslisten (act. 3/22 f.) die errechneten Brokerage Commissions jeweils gemäss Transfer-Pricing-Split aufgeteilt worden. Bei den Transaktio-

nen gemäss Klagebeilage 65 sei jedoch – wie eine nochmalige Prüfung gezeigt habe – kein solcher Split angewandt worden; die dort aufgeführten Brokerage Commissions würden 100 % der Kommissionen – ohne Split – enthalten und zeigten daher einen zu hohen, theoretischen Anteil. Würde man auch hier einen Transfer-Pricing-Split anwenden, würde sich die Summe um CHF 324'063.21 reduzieren. Auf Grundlage des Anteils des klägerischen Vermögens im Verhältnis zum gesamten, von der Beklagten verwalteten Vermögen sei es möglich, die auf das klägerische Mandat entfallenen Transfer-Pricing-Zahlungen hypothetisch zu errechnen (act. 29 Rz. 74 f.).

### 3.3.2. Würdigung

Zunächst ist festzuhalten, dass die Klägerin die von ihr geltend gemachten "remunerations" durch Verweise (vgl. nur act. 1 Rz. 22) auf die ins Recht gelegten drei Transaktionslisten vom 6. und 12. Oktober 2011 sowie 12. Februar 2015 (act. 3/22-24) sowie die für jeden Monat des im Streit liegenden Zeitraums angefertigte Zusammenstellung (act. 3/65) grundsätzlich in genügender Weise substantiiert, was im Übrigen auch die Beklagte – bis auf die Herkunft der bei der Zusammenstellung angewendeten Umrechnungskurse – nicht in Abrede stellt (act. 14 Rz. 313; siehe zur Letzteren unten Erw. 3.3.3.).

Was die Höhe der im Streit stehenden Vergütungen angeht, anerkennt die Beklagte in der Klageantwort ausdrücklich, dass die fraglichen drei Transaktionslisten die konzerninternen Gutschriften im Zusammenhang mit den für die Klägerin ausgeführten Transaktionen enthalten. Sie weist sogar noch darauf hin, die von der Beklagten im begleitenden E-Mail zu den ersten beiden Transaktionslisten abgegebene Erklärung ("This data shows the remuneration paid to B.\_\_\_\_\_"; vgl. act. 3/47 f.) sei insofern nicht ganz korrekt gewesen, als neben dem Broker B2.\_\_\_\_\_ auch der Broker B3.\_\_\_\_\_ hätte Erwähnung finden müssen (act. 14 Rz. 156). Die Höhe der Zuwendungen wird damit gerade nicht in Frage gestellt.

Auch in der Duplik weicht sie – im wesentlichen Kerngehalt – nicht von dieser Anerkennung in tatsächlicher Hinsicht ab, was im Übrigen auch widersprüchlich erschiene. Sie vertieft vielmehr ihre Einwendungen, dass der rechtliche Hintergrund

der Gutschriften im konzerninternen Transfer Pricing bestehe, woraus sie ableitet, die Gutschriften unterstünden nicht der Herausgabepflicht und es seien – wenn doch von einer solchen ausgegangen würde – ihr auch die Kostenbelastungen zugute zu halten, die im Rahmen des Transfer Pricing erfolgt seien. Diese Einwendungen wurden aber bereits verworfen und festgestellt, dass die Gutschriften in ihrem vollen Betrag (ohne Anrechnung von allfälligen internen Belastungen von Kosten) der Herausgabepflicht unterstehen (oben Erw. 3.2.4.2.). Im Weiteren ist auch nicht ausschlaggebend, ob die internen Zuwendungen tatsächlich zur Auszahlung gekommen bzw. der Beklagten "zugeflossen" sind oder nur entsprechende Gutschriften erfolgt sind, die in einem nächsten Schritt allenfalls aufgrund der (hier nicht zu berücksichtigenden) Kostenbelastungen teilweise wieder verringert wurden. Gegen den Umstand, dass initial entsprechende Gutschriften erfolgt sind, wurden – wie ausgeführt – keine substantiierten Einwendungen vorgebracht.

Die Beklagte bringt – wohlgemerkt erst mit der Duplik – auf der Ebene, wie die aus den Transaktionslisten hervorgehenden Gutschriften ermittelt worden seien, vor, dass es sich lediglich um nachträgliche, auf der Beteiligung der Beklagten an den Kommissionen (Transfer-Pricing-Split) sowie des Umfangs des klägerischen Vermögens beruhende rechnerische Zuweisung handle, mit welcher die gesamthaft erhaltenen Anteile an den Brokerage Commissions auf die einzelnen Transaktionen heruntergebrochen worden seien (act. 29 Rz. 72 ff. und 433). Sie widerlegt damit weitgehend ihre ebenso erhobenen Vorbringen, die Ertragsgutschriften könnten nicht auf die einzelnen Kunden der Beklagten oder gar auf einzelne Transaktionen heruntergebrochen werden (act. 29 Rz. 68 f. und 73). Freilich führt sie aus, dass der Modus, wie die Gutschriften ermittelt und zugewendet wurden, nicht auf den einzelnen, für die Klägerin durchgeführten Transaktionen beruht habe, sondern die Gutschriften vielmehr monatlich, gestützt auf die Kriterien des Transfer Pricing (act. 29 Rz. 114 Ziff. 4 und Rz. 138) ausgerichtet worden seien. Ebenso bringt sie vor, eine Zuordnung zur Klägerin könne lediglich anhand der (jährlichen) Anteile des klägerischen Vermögens im Verhältnis zum gesamthaft durch die Beklagte verwalteten Vermögens hergeleitet werden (act. 29 Rz. 83). Dies mag zutreffen, darf aber die Herausgabe nicht hindern. Der Herausgabepflicht steht gerade nicht entgegen, dass die Berechnung der Zuwendung anhand

des Gesamtbestands der jeweiligen Produkte und nicht für jeden Kunden einzeln erfolgt (vgl. auch BGE 138 III 755 E. 5.4 m.w.H. sowie EMMENEGGER, a.a.O., S. 72 und ZELLWEGER-GUTKNECHT, S. 229 f.). Entscheidend ist vorliegend vielmehr, dass es offenbar auch gemäss der Beklagten möglich ist, die auf das klägerische Mandat entfallenden Gutschriften zu errechnen (vgl. auch act. 29 Rz. 69 und 75). Dies hat sie Rahmen der drei Transaktionslisten, die sie im Rahmen der Klageantwort diesbezüglich nicht beanstandete, offenbar auch selbst getan.

Die beklagtischen Einwendungen in der Duplik stehen daher einer Bestimmung des Quantitatives der herauszugebenden Gutschriften – zunächst einmal im Ausmass, in dem sie sich aus den ersten beiden Transaktionslisten aus dem Jahre 2011 ergeben – nicht entgegen. Auf diese ist ohne Weiteres abzustellen. Wie ausgeführt, sind die allfälligen Belastungen durch (interne) Kosten, bezüglich derer die Beklagte im Rahmen des Transfer Pricing weitere umfangreiche Behauptungen aufstellt (act. 29 Rz. 82 und 85), nicht weiter ausschlaggebend.

Einzig in Bezug auf die ergänzende Transaktionsliste aus dem Jahr 2015 (act. 3/24) beruft sich die Beklagte – nach "einer nochmaligen Prüfung" – neu darauf, dass mit den dort aufgeführten Gutschriften keine Anteile an den Brokerage Commissions gemäss dem Transfer-Pricing-Split aufgeführt seien, sondern die entsprechenden Kommissionen in ihrem vollen Umfang (act. 29 Rz. 74). Soweit sie diese Feststellung im Hinblick auf die Klagebeilage 65 macht, kann sie sich allerdings ohnehin lediglich auf die Transaktionsliste vom 12. Februar 2015 beziehen, da sie gleichzeitig ausführt, in den anderen beiden Listen (act. 3/22 und 3/23) seien die Transaktionen gemäss diesem Split aufgeteilt worden. Aber auch in Bezug auf die Gutschriften gemäss Transaktionsliste vom 12. Februar 2015 erweist sich die Bestreitung als nicht substantiiert.

Die Beklagte bringt zwar vor, um welche Gesamtsumme (CHF 324'063.21) sich die aus der massgeblichen Transaktionsliste ergebenden Gutschriften reduzieren würden, wenn man lediglich die ihr tatsächlich gutgeschriebenen Beträge einrechnen würde. Sie zeigt aber nicht konkret auf, welche der von der Klägerin behaupteten Transaktionen nach ihrer Ansicht um welchen Betrag geringer ausfallen, was es im Übrigen dem Gericht auch verunmöglichen würde, die Fälligkeit



von einzelnen (reduzierten) Teilbeträgen zu bestimmen. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass die Beklagte – an anderem Ort der Duplik (act. 29 Rz. 82) – pauschal ausführt, für welche Jahre welche prozentualen Aufteilungen aus dem Transfer Pricing zwischen ihr und den konzerninternen Brokern vorgenommen worden seien. Wie sich diese Aufteilungen konkret im Rahmen der Ermittlung der geltend gemachten Reduktion auswirken, bringt sie jedoch nicht im Einzelnen vor. Es kann auch nicht die Aufgabe des Gerichts sein, einzelne, von einer allfälligen Reduktion betroffenen Transaktionen aus deren Gesamtzahl von etwa 3'400 herauszusuchen und entsprechend zu kürzen, um zu ermitteln, welche Reduktionen sich für welchen Monat der Jahre 2002 bis 2011 ergeben. Ferner kann dazu nicht die von der Beklagten beigelegte Kalkulation (act. 30/69) dienen, die – mangels eines entsprechenden Verweises auf sie in den Rechtschriften (act. 29 Rz. 74) – ohnehin nicht den Charakter einer Behauptung, sondern lediglich einer Beweisofferte aufweist. Aus ihr ist überdies bei der Mehrzahl der aufgeführten Transaktionen auch nicht ohne Weiteres ersichtlich, aus welcher der in Frage stehenden Zeitperioden die einzelnen Transaktionen stammen.

Die erst in der Duplik aufgebrachte Bestreitung steht auch nicht nur im Widerspruch zu der von der Beklagten noch in der Klageantwort vorgetragenen Ansicht, sondern eben auch zu den bereits detailliert erhobenen Behauptungen der Klägerin, wonach es sich bei den in der Transaktionsliste aus dem Jahr 2015 aufgeführten "remunerations" um die zugunsten der Beklagten erfolgten Gutschriften, und zwar in ihrem vollen Betrag, handle. Die beklagtischen Vorbringen anlässlich der Duplik, die dem bis dahin von der Klägerin vertretenen Standpunkt zuwiderlaufen und daher auch keinesfalls als anerkannt gelten können, wären – um diesen Standpunkt zu bestreiten – substantiiert vorzubringen gewesen. Die Geltendmachung eines pauschalen Reduktionsbetrages CHF 324'063.21 und eines Hinweises auf dessen Zustandekommen (Transfer-Pricing-Split) reicht nicht aus.

Ebenso neu ist die Einwendung der Beklagten, die Gutschriften seien im Rahmen des Transfer Pricing während des gesamten Vertragsverhältnisses ausschliesslich an die Beklagte in Person der B.\_\_\_\_\_ (Schweiz) AG erfolgt und nicht an die B1.\_\_\_\_\_ (act. 29 Rz. 68). In der Klageantwort wurden die den Transaktionslisten

zu entnehmenden "remunerations" noch als Gutschriften zugunsten der jeweiligen Gegenpartei des Vermögensverwaltungsvertrages dargestellt. Bei den von der Klägerin "verlangten" und auch gelieferten Daten (vgl. act. 14 Rz. 154) handelte es sich um die Angabe der "remunerations" im Sinne von Ziff. 3 Abs. 2 der Terms of Business (act. 14 Rz. 150), also um die an die Vertragsgegenseite der Klägerin erfolgten Zuwendungen (act. 3/1 S. 2 Ziff. 3: "We may [...] receive remuneration"). Auch die entsprechende begleitende E-Mail, die zwar nur die B.\_\_\_\_\_ (Schweiz) AG erwähnt, spricht von den "remunerations" für die Transaktionen "executed by B2.\_\_\_\_\_ for B.\_\_\_\_\_ on A.\_\_\_\_\_ 's behalf", was sich offensichtlich auf die Beklagte auch als Rechtsnachfolgerin der B1.\_\_\_\_\_ bezieht. Es ist nämlich nach den gesamten Parteivorbringen nicht ersichtlich, inwiefern B2.\_\_\_\_\_ während des klägerischen Vertragsverhältnisses mit der B1.\_\_\_\_\_ entsprechende Transaktionen für die B.\_\_\_\_\_ (Schweiz) AG ausgeführt haben sollte. Mit den – für die Jahre 2002 bis 2005 – gegenteiligen Ausführungen zum Empfänger der "remunerations" setzt sich die Beklagte daher in Widerspruch zu ihren bisherigen Ausführungen.

Zudem würde es auch am Ergebnis nichts ändern, wenn die B.\_\_\_\_\_ (Schweiz) AG während dieser Zeit mit den Gutschriften begünstigt worden wäre, die an sich der B1.\_\_\_\_\_ aus ihrer vertraglichen Stellung gegenüber der Klägerin als Vermögensverwalterin und Effekthändlerin gemäss dem Vermögensverwaltungsvertrag hätten zufließen können. Die B1.\_\_\_\_\_ liess in dieser Zeit die Transaktionen über die substituierten konzerninternen Broker ausführen und ihr kam die Stellung der Gegenpartei der Klägerin des Vermögensverwaltungsvertrages (mit den entsprechenden Tätigkeiten) zu. Diese Stellung ist nun aber nach der Beklagten auch der – konzerninterne – Grund der Zuwendungen über das Transfer Pricing. Werden die Rückflüsse jedoch auf eine andere Partei umgeleitet, die – soweit ersichtlich ausserhalb der Währungsabsicherung (vgl. act. 14 Rz. 86) – nicht in die Ausführung der geschuldeten Vermögensverwaltung bzw. des Effekthandels eingebunden war, kann dies die Herausgabepflicht nicht hindern. Ansonsten könnte jeder Retrozessionsberechtigte die Herausgabepflicht umgehen, indem er mit demjenigen, der die Zuwendung ausrichtet, verabredet, dass die Zahlungen an eine Drittpartei auszurichten seien.

Nach dem Ausgeführten hat die Beklagte, die ohnehin Rechtsnachfolgerin der B1.\_\_\_\_\_ ist, so oder anders auch diese Gutschriften zu ersetzen.

### 3.3.3. Fälligkeit, Verzug und eingeklagte Währung

Die Herausgabe der Zuflüsse werden durch die Klägerin – im Hauptstandpunkt – in CHF eingeklagt. Die Ablieferungspflicht sei grundsätzlich sofort und in der in Ziff. 3.3 des Portfolio Supplement gewählten Referenzwährung CHF zu erfüllen. Hätte die Beklagte die Retrozessionen jeweils korrekt nach Erhalt an die Klägerin weitergeleitet, wären diese in Schweizer Franken dem auf dem entsprechenden Konto liegenden Cash hinzugefügt worden. Die in Fremdwährungen erbrachten "remunerations" seien in Anlage A jeweils für einen Kalendermonat zusammengekommen, zum Kurs vom Monatsende (welcher [www.oanda.com](http://www.oanda.com) entnommen worden sei) umgerechnet worden. Ab dann werde auch Verzugszins verlangt (act. 1 Rz. 22; act. 23 Rz. 60 und 65).

Die Beklagte führt in der Klageantwort aus, die Klägerin habe in der Klage nicht schlüssig dargelegt, weshalb sie auf CHF klage. Zudem habe sie durchwegs darauf verzichtet anzugeben, woher die Umrechnungskurse stammten, die sie ihren monatlichen Umrechnungen zu Grunde gelegt habe (act. 14 Rz. 313). Auf die von der Klägerin in der Replik diesbezüglich ergänzten Vorbringen ging die Beklagte in der Duplik nicht weiter ein und stellte diese damit nicht in Abrede (act. 29 Rz. 433 und 450 f.).

Der Beauftragte hat die Vermögenswerte, die er während der Auftragsausführung erlangt und die er für die Vertragserfüllung nicht benötigt, mangels anderer vertraglicher Abmachung dem Auftraggeber sofort nach ihrem Erwerb herauszugeben (Urteil des Bundesgerichts 4C.125/2002 vom 27. September 2002, E. 3.1 m.w.H.). In Bezug auf Retrozessionen bei der Vermögensverwaltung wird in der Literatur zu Recht darauf hingewiesen, dass – unter Vorbehalt der Vereinbarungen im Einzelfall – in der Regel Erträge, die im Lauf des Mandats dem Depot zufließen, unabhängig von ihrer Quelle und Rechtsnatur nicht dem Auftraggeber ausbezahlt, sondern (re-)investiert werden sollen (SCHALLER, Retrozessionen:

Nochmals zur Verjährungsfrage, in: Jusletter 3. Dezember 2012, Rz. 10; vgl. auch bereits EMMENEGGER, a.a.O., S. 89 f.).

Vorliegend behauptet die Klägerin jedoch nicht, nach dem Vermögensverwaltungsvertrag vom 4. Februar 2002 seien die "remunerations" zu reinvestieren gewesen, auch wenn ihr Vorbringen, diese seien dem im entsprechenden Konto befindlichen Cash hinzugefügt worden, für sich genommen durchaus in diesem Sinne verstanden werden könnte. Vielmehr geht sie selber – wie auch die Beklagte – davon aus, dass die "remunerations" sofort nach Erhalt zur Herausgabe fällig geworden sind, und verlangt Verzugszins ab dem Ende des jeweiligen Kalendermonats, in dem die Transaktionen stattgefunden haben (act. 1 Rz. 22; act. 14 Rz. 138; act. 23 Rz. 65; act. 29 Rz. 138). Infolge der übereinstimmenden Behauptungen der Parteien, ist deshalb davon auszugehen, dass die gutgeschriebenen Vergütungen jeweils sofort zur Herausgabe fällig werden sollten und dies auch geworden sind.

Die Gutschriften erfolgten gemäss den Vorbringen der Beklagten monatlich (act. 14 Rz. 138), was auch von der Klägerin nicht substantiiert in Abrede gestellt wurde (zunächst ebenso davon ausgehend: act. 1 Rz. 22; danach als nicht nachvollziehbar bezeichnet und in einer Fussnote pauschal als aktenwidrig bestritten: act. 23 Rz. 49). Da für den jeweiligen Verzugseintritt hier keine Mahnung erforderlich ist (BK-FELLMANN, Art. 400 N 162), sind jedenfalls die von der Klägerin selber jeweils per Ende Monat geltend gemachten Verzugstermine (act. 23 Anlage A2) ausgewiesen. Daher ist der Verzugszins von 5 % gemäss folgender Aufstellung der die Forderungssumme von CHF 12'183'456.12 ergebenden Teilbeträge zu leisten:

seit 28. Februar 02	auf CHF	91'855.74
seit 31. März 02	auf CHF	308'043.24
seit 30. April 02	auf CHF	149'315.74
seit 31. Mai 02	auf CHF	126'249.44
seit 30. Juni 02	auf CHF	370'469.53
seit 31. Juli 02	auf CHF	64'084.74
seit 31. August 02	auf CHF	57'670.08
seit 30. September 02	auf CHF	50'512.05
seit 31. Oktober 02	auf CHF	149'933.41
seit 30. November 02	auf CHF	78'576.29

seit 31. Dezember 02	auf CHF	28'323.28
seit 31. Januar 03	auf CHF	236'952.98
seit 28. Februar 03	auf CHF	61'610.89
seit 31. März 03	auf CHF	82'091.67
seit 30. April 03	auf CHF	38'259.57
seit 31. Mai 03	auf CHF	143'104.54
seit 30. Juni 03	auf CHF	224'709.73
seit 31. Juli 03	auf CHF	176'745.94
seit 31. August 03	auf CHF	84'371.39
seit 30. September 03	auf CHF	223'258.69
seit 31. Oktober 03	auf CHF	196'265.10
seit 30. November 03	auf CHF	109'640.46
seit 31. Dezember 03	auf CHF	42'187.11
seit 31. Januar 04	auf CHF	243'376.40
seit 29. Februar 04	auf CHF	206'093.93
seit 31. März 04	auf CHF	129'863.21
seit 30. April 04	auf CHF	223'040.17
seit 31. Mai 04	auf CHF	98'200.21
seit 30. Juni 04	auf CHF	41'378.25
seit 31. Juli 04	auf CHF	72'065.44
seit 31. August 04	auf CHF	18'976.72
seit 30. September 04	auf CHF	58'052.69
seit 31. Oktober 04	auf CHF	77'272.67
seit 30. November 04	auf CHF	159'181.39
seit 31. Dezember 04	auf CHF	97'569.83
seit 31. Januar 05	auf CHF	78'863.36
seit 28. Februar 05	auf CHF	143'831.13
seit 31. März 05	auf CHF	102'711.24
seit 30. Apr 05	auf CHF	44'452.35
seit 31. Mai 05	auf CHF	30'677.82
seit 30. Juni 05	auf CHF	80'253.45
seit 31. Juli 05	auf CHF	178'087.38
seit 31. August 05	auf CHF	181'707.64
seit 30. September 05	auf CHF	186'626.94
seit 31. Oktober 05	auf CHF	261'791.42
seit 30. November 05	auf CHF	234'008.90
seit 31. Dezember 05	auf CHF	67'487.44
seit 31. Januar 06	auf CHF	384'181.78
seit 28. Februar 06	auf CHF	120'736.05
seit 31. März 06	auf CHF	139'595.76
seit 30. April 06	auf CHF	147'586.19
seit 31. Mai 06	auf CHF	84'194.19
seit 30. Juni 06	auf CHF	214'645.39
seit 31. Juli 06	auf CHF	191'162.92
seit 31. August 06	auf CHF	157'047.34
seit 30. September 06	auf CHF	188'400.99
seit 31. Oktober 06	auf CHF	288'488.59
seit 30. November 06	auf CHF	390'625.26

seit 31. Dezember 06	auf CHF	219'928.86
seit 31. Januar 07	auf CHF	93'691.09
seit 28. Februar 07	auf CHF	78'244.18
seit 31. März 07	auf CHF	72'937.46
seit 30. Apr 07	auf CHF	142'651.23
seit 31. Mai 07	auf CHF	105'856.49
seit 30. Juni 07	auf CHF	56'051.11
seit 31. Juli 07	auf CHF	125'831.69
seit 31. August 07	auf CHF	35'882.53
seit 30. September 07	auf CHF	41'912.80
seit 31. Oktober 07	auf CHF	15'526.39
seit 30. November 07	auf CHF	18'309.08
seit 31. Dezember 07	auf CHF	36'023.68
seit 31. Januar 08	auf CHF	35'203.73
seit 29. Februar 08	auf CHF	34'415.81
seit 31. März 08	auf CHF	52'641.32
seit 30. April 08	auf CHF	57'735.84
seit 31. Mai 08	auf CHF	44'957.84
seit 30. Juni 08	auf CHF	40'768.29
seit 31. Juli 08	auf CHF	54'993.19
seit 31. August 08	auf CHF	21'991.11
seit 30. September 08	auf CHF	17'249.04
seit 31. Oktober 08	auf CHF	19'586.27
seit 30. November 08	auf CHF	45'320.28
seit 31. Dezember 08	auf CHF	42'195.08
seit 31. Januar 09	auf CHF	69'155.47
seit 28. Februar 09	auf CHF	191'004.68
seit 31. März 09	auf CHF	63'922.84
seit 30. April 09	auf CHF	113'363.12
seit 31. Mai 09	auf CHF	96'568.72
seit 30. Juni 09	auf CHF	146'390.25
seit 31. Juli 09	auf CHF	126'683.00
seit 31. August 09	auf CHF	115'116.10
seit 30. September 09	auf CHF	180'292.19
seit 31. Oktober 09	auf CHF	82'543.35
seit 30. November 09	auf CHF	31'948.34
seit 31. Dezember 09	auf CHF	13'404.60
seit 31. Januar 10	auf CHF	58'752.46
seit 28. Februar 10	auf CHF	53'252.27
seit 31. März 10	auf CHF	143'473.08
seit 30. April 10	auf CHF	19'785.70
seit 31. Mai 10	auf CHF	22'822.37
seit 30. Juni 10	auf CHF	41'191.08
seit 31. Juli 10	auf CHF	32'867.54
seit 31. August 10	auf CHF	44'504.79
seit 30. September 10	auf CHF	29'758.55
seit 31. Oktober 10	auf CHF	64'024.35
seit 30. November 10	auf CHF	57'564.75

seit 31. Dezember 10	auf CHF	32'165.12
seit 31. Januar 11	auf CHF	48'782.54
seit 28. Februar 11	auf CHF	89'335.88
seit 31. März 11	auf CHF	113'071.70
seit 30. April 11	auf CHF	44'847.37
seit 31. Mai 11	auf CHF	36'040.17
seit 30. Juni 11	auf CHF	70'774.96
seit 31. August 11	auf CHF	6'559.13
seit 30. September 11	auf CHF	17'119.21

Als für die Erfüllung der Schuldpflicht massgebende Referenzwährung wurde – ebenso unbestritten – CHF vereinbart (act. 1 Rz. 22; act. 14 Rz. 313; act. 23 Rz. 60 und 65; act. 29 Rz. 433 und 450 f.). Gemäss der beklagischen Sachdarstellung erfolgten im Übrigen zwar die Abrechnungen der Zuwendungen zwischen der Beklagten und den konzerninternen Brokern in USD, die Bezahlung sei jedoch dann in CHF geschehen (act. 29 Rz. 68). Damit ist die Herausgabe der "remunerations" in CHF geschuldet.

Schliesslich hat die Klägerin – nach entsprechendem Hinweis der Beklagten – die Herkunft der verwendeten Umrechnungskurse in der Replik nachsubstantiiert. Gegen den Rückgriff auf die unter <[www.oanda.com](http://www.oanda.com)> für das jeweilige Monatsende erhältlichen Umrechnungskurse wurde von der Beklagten nichts vorgebracht (act. 29 Rz. 433 und 450 f.) und ist auch nichts einzuwenden.

#### 3.4. Zwischenergebnis

Die der Beklagten gutgeschriebenen Vergütungen der internen Broker B2.\_\_\_\_\_ und B3.\_\_\_\_\_ sind – soweit die entsprechenden Ansprüche nicht verjährt sind (siehe dazu unten Erw. 4.) – der Klägerin herauszugeben. Im Zeitraum vom Februar 2002 bis August 2011 ergeben sich Vergütungen in einer gesamten Höhe von CHF 12'183'456.12. Darauf ist ein Verzugszins von 5 % ab den unter Erw. 3.3.3 genannten Verfalltagen zu leisten.

### 3.5. C.\_\_\_\_\_ Partners

#### 3.5.1. Parteivorbringen

Die Klägerin führt aus, zu den von der Beklagten mit dem Vermögensverwaltungsvertrag übernommenen Arbeiten habe ebenfalls die Absicherung von Währungsrisiken durch Forex Transaktionen gehört. Dazu habe die Beklagte die C.\_\_\_\_\_ Partners Vermögensverwaltung AG (nachfolgend C.\_\_\_\_\_) beigezogen. Von dieser habe sie gemäss der mit ihr getroffenen Vereinbarung vom 1. Oktober 2003 "Vermittlungsprovisionen" erhalten. Die Beklagte habe in einem Schreiben vom 1. Oktober 2014 offengelegt, dass sie von C.\_\_\_\_\_ insgesamt CHF 294'719.14 erhalten habe, in vierteljährlichen Zahlungen in der Währung CHF. Vor diesem Hintergrund würde auch der Zins von 5 % seit dem jeweiligen Quartalsende gemäss Anhang B zur Klageschrift verlangt (act.1 Rz. 17 und 23 f.).

Die Beklagte hält dem entgegen, die Klägerin habe der B1.\_\_\_\_\_ im Jahr 2003 einen Zusatzauftrag Währungsabsicherung als Nachtrag zum Portfolio Supplement erteilt. Die B1.\_\_\_\_\_ habe diesen Zusatzauftrag an die Beklagte vergeben, die – wie von der Klägerin ausdrücklich verlangt – zur Auftragsausführung die C.\_\_\_\_\_ beigezogen habe. Im Nachtrag zum Portfolio Supplement sei die Entschädigung nicht ausdrücklich geregelt worden. Dies sei dagegen in Ziff. 6 der Vereinbarung mit der C.\_\_\_\_\_, die der Klägerin stets bekannt gewesen sei, in folgendem Wortlaut geschehen:

"Für den Geschäftsabschluss erhält die C.\_\_\_\_\_ eine Retrozession, welche Sie in Form von Basispunkten den Handelsbanken in Rechnung stellt. Die B'.\_\_\_\_\_ hat Anspruch auf 50 % der von der C.\_\_\_\_\_ generierten Brutto-Erträge ( excl. MwSt) als Vermittlungsprovision."

Die Beklagte sei für ihre unter dem Zusatzauftrag erbrachten Leistungen, zu denen namentlich eine Überwachungsfunktion gehört habe, auf diesem Wege durch die C.\_\_\_\_\_ entschädigt worden. Diese Leistungen seien nicht mit der an die B1.\_\_\_\_\_ zu bezahlende Management Fee abgegolten worden. Mit einem Nachtrag zum "Portfolio Supplement" vom 25. Februar 2004 hätten die Parteien ausserdem eine Ausweitung der Währungsabsicherung vereinbart, die für die B1.\_\_\_\_\_ mit einer zusätzlichen Verantwortung, d.h. mit zusätzlichen finanziellen



Risiken, verbunden gewesen sei. Aus den Worten "Retrozession" und "Vermittlungsprovision", die in Ziff. 6 der Vereinbarung zwischen der Beklagten und der C.\_\_\_\_\_ verwendet worden seien, lasse sich ferner nicht ableiten, es gehe um Retrozessionen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Schliesslich bestreitet die Beklagte die geltend gemachte Forderung von CHF 294'719.14 in Bestand und Höhe (act. 14 Rz. 84 ff., 215-218, 295-297 und 316 ff.).

Die Klägerin bringt replikando vor, bei den beiden Nachträgen zum Portfolio Supplement habe es sich weder um Zusatzaufträge noch um eine Ausweitung des Vermögensverwaltungsvertrages gehandelt, sondern diese konkretisierten lediglich die mit dem Vermögensverwaltungsvertrag bereits geschuldete Währungsabsicherungspflicht. Im ersten Absatz der Einführung zur Vereinbarung mit der C.\_\_\_\_\_ vom 1. Oktober 2003 anerkenne die Beklagte selbst, dass die an die C.\_\_\_\_\_ übertragenen Handlungen Aufgaben aus dem Vermögensverwaltungsvertrag vom 4. Februar 2002 darstellten. Die Beklagte habe denn auch schon lange vor den Nachträgen das Portfolio bezüglich der Fremdwährungen abgesichert. Die fraglichen Nachträge enthielten nicht einmal im Ansatz eine Regelung über eine zusätzliche Honorierung. Wenn die Beklagte die Währungsabsicherung durch Dritte habe ausführen lassen, dann habe sie auch deren Kosten selbst zu decken. Die Klägerin habe sich zwar mit dem Beizug der C.\_\_\_\_\_ einverstanden erklärt, dieser sei aber nicht auf ihre Anordnung hin erfolgt (act. 23 Rz. 18-21, 47 f., 62 und 66 f.).

Die Beklagte führt in der Duplik aus, im vorliegenden Fall sei die Frage unbehelflich, ob es zu den Aufgaben eines Vermögensverwalters generell gehöre, Währungsabsicherung auf dem Depot eines Kunden zu betreiben. Es sei im Nachtrag zum Portfolio Supplement vom 3./7. Juli 2003 um externe Overlay-Mandate gegangen. Überdies heisse Zusatzauftrag auch zusätzliche Honorierung. Diese sei aber nicht in den Nachträgen, sondern in der Vereinbarung mit C.\_\_\_\_\_ geregelt gewesen (act. 29 Rz. 239-265, 392 f., 439 und 452 ff.).

### 3.5.2. Würdigung

Zunächst ist nicht entscheidend, ob die hier in Frage stehenden Abreden zur Währungsabsicherung lediglich Konkretisierungen des ursprünglichen Auftrags darstellten oder als eigentlicher Zusatz in diesen aufgenommen wurden. Im Übrigen ist auch nicht ausschlaggebend, auf wessen Initiative dies geschehen ist und ob die Ergänzungen externe Overlay-Mandate betroffen haben. Klar ist, dass es sich bei den beiden Vereinbarungen vom 3./7. Juli 2003 und 24./25. Februar 2004 um Nachträge zum Vermögensverwaltungsvertrag vom 4. Februar 2002, genauer gesagt zu dessen Portfolio Supplement gehandelt hat, weshalb sie als dessen (ergänzende) Bestandteile zu gelten haben. Sie sind entsprechend auch als "Nachtrag zum «Portfolio Supplement»" übertitelt und werden durch die Wendungen "Im Zusammenhang mit" bzw. "In Ergänzung zum Vermögensverwaltungsmandat" eingeleitet (vgl. act. 3/4-5). Ebenso ist unbestritten, dass in den Nachträgen selbst keine zusätzliche Vergütung vereinbart wurde. Daraus ist zu schließen, dass – eine allfällige zusätzliche Honorarvereinbarung vorbehalten – die ergänzend geregelten Sachverhalte kein zusätzliches Honorar nach sich ziehen, sondern – sofern überhaupt honorarrelevant – durch das bereits im bestehenden Vertrag vereinbarte abgedeckt sein sollten. Dies ist selbst dann anzunehmen, wenn der Beklagten im Zusammenhang mit der Währungsabsicherung eine Überwachungsfunktion zugekommen wäre oder sie gewisse finanzielle Risiken zu tragen gehabt hätte.

Die Beklagte möchte nun die – ebenso unstreitig – in Anwendung von Ziff. 6 der Vereinbarung zwischen ihr und der C.\_\_\_\_\_ von der Letzteren an sie ausgerichteten Vergütungen als entsprechendes Honorar im Verhältnis zur Klägerin verstanden wissen. Dem stehen allerdings verschiedene Umstände entgegen: Die Klägerin war bekanntlich nicht Vertragspartei der zwischen der Beklagten und der C.\_\_\_\_\_ geschlossenen Vereinbarung vom 3. Oktober 2003 (vgl. auch act. 3/63). Sollten aus dieser Vereinbarung fließende Zahlungen ein Honorar der Beklagten im Rahmen ihrer Vermögensverwaltung gegenüber der Klägerin bilden, ist eine entsprechende Willensübereinkunft zwischen der Beklagten und der Klägerin er-

forderlich. Dafür wäre allerdings – auch angesichts der klägerischen Bestreitungen – von der Beklagten konkret zu behaupten (und zu beweisen), in welcher Form und zwischen welchen Beteiligten eine derartige Vereinbarung zustande gekommen wäre. Lediglich das (unbestrittene) Vorbringen, die Klägerin habe um die Vereinbarung zwischen der Beklagten und C.\_\_\_\_\_ gewusst (act. 14 Rz. 86, 88; act. 29 Rz. 256), reicht dafür jedenfalls nicht aus.

Überdies hätten für eine derartige Vereinbarung ganz besondere Anforderungen hinsichtlich Information der Klägerin bestanden. Es handelt sich bei den Vergütungen der C.\_\_\_\_\_ an die Beklagte nämlich um Retrozessionen bzw. sonstige Vorteile im Sinne des Art. 400 OR und der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung: Die Vergütungen sind der Beklagten zusätzlich zum mit der Klägerin bereits vereinbarten Honorar zugekommen und zwar von C.\_\_\_\_\_ als einem (unterbeauftragten) Dritten. Die Leistungen erfolgten auch im Zusammenhang mit Geschäften, die aus dem Auftragsverhältnis mit der Klägerin herrührten. Ob die Klägerin auf den Beizug gerade der C.\_\_\_\_\_ – unabhängig von allfälliger Beratung der Beklagten – verlangt hat, was die Klägerin bestreitet, kann ausserdem dahingestellt bleiben, da – wie bereits oben ausgeführt (Erw. 3.2.3.) – die Gefahr einer Interessenkollision nicht allein entscheidend für die auftragsrechtliche Herausgabepflicht ist.

Ohnehin ist zu einem allfälligen Beweis des (bestrittenen) Beizugs der C.\_\_\_\_\_ auf ausdrückliches Verlangen der Klägerin hin zu sagen, dass die von der Beklagten diesbezüglich anerborenen Beweismittel keine entsprechende Überzeugung des Gerichts bewirken könnten. Als Beweismittel offeriert ist zum einen die Vereinbarung zwischen der Beklagten und der C.\_\_\_\_\_ vom 3. Oktober 2003 (act. 3/63). Aus dieser geht aber gerade nicht hervor, dass der Beizug gerade der C.\_\_\_\_\_ im Besonderen auf Betreiben der Klägerin erfolgt sei. Ganz im Gegenteil lässt die Ausrichtung der als "Vermittlungsprovision" bezeichneten Vergütung an die Beklagte vermuten, dass diese auch in irgendeiner Weise die C.\_\_\_\_\_ der Klägerin vermittelt hat. Zum anderen anbietet die Beklagte zum Beweis einmal mehr die Zeugenaussage von D.\_\_\_\_\_. Auch hier (vgl. bereits oben Erw. 3.2.4.1.) erscheint dessen Aussage – angesichts der urkundlichen Beweislage, des erheb-

lichen Zeitablaufs von hier ungefähr 14 Jahren sowie dessen vormaliger Tätigkeit für den B'.\_\_\_\_\_ -Konzern in dieser Sache – jedoch nicht geeignet, das Beweisergebnis entscheidend zu ändern (vgl. etwa kürzlich Urteil des Kantonsgerichts Fribourg 101 2016 380 vom 29. März 2017, E. 2f unter Hinweis auf die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung).

Schliesslich spielt für die Qualifikation der von der C.\_\_\_\_\_ erhaltenen Vergütungen als herausgabepflichtige Vorteile auch keine Rolle, ob die Beklagte damit von der C.\_\_\_\_\_ für eine Tätigkeit entschädigt wurde, worauf die Bezeichnung als "Vermittlungsprovision" durchaus schliessen lässt. Auch wenn die Bezeichnung der Retrozessionen vor der einschlägigen neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts noch in einem vielfältigeren Kontext gebraucht worden sein sollten, ist von einer nicht dermassen beliebigen Verwendung der Bezeichnung der Vermittlungsprovision auszugehen, wie es die Beklagte nun einwendet. Die Beklagte wurde damit offensichtlich von der C.\_\_\_\_\_ für etwas entschädigt, was diese der C.\_\_\_\_\_ gegenüber geleistet hat. Die Wortwahl bestätigt vielmehr, dass es hier um eine typische Zahlung geht, die – bei Vorliegen der übrigen Umstände – der Herausgabepflicht unterliegt.

Mit der Charakterisierung der Zahlungen als grundsätzlich herausgabepflichtige Vorteile fällt nun zwar nicht von vornherein ausser Betracht, dass die Parteien dieselben als (zusätzliches) Honorar für die Beklagte im Rahmen ihrer Tätigkeiten betreffend die beiden Nachträge "umgewidmet" haben. Eine derartige "Umwidmung" solcher Zuwendungen hätte aber nur gültig stattfinden können, wenn sie auf Seiten der Klägerin im Wissen um sämtliche relevanten Umstände erfolgt wäre. Das Erfordernis des "informed consent" gilt hier nicht minder als beim Verzicht auf den Herausgabeanspruch, da nach Treu und Glauben in der Annahmeerlaubnis auch ein Herausgabeverzicht mit enthalten gewesen wäre (siehe dazu ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., S. 244 f.). Dass die Klägerin hier in genügender Weise den Umfang und die Berechnungsgrundlagen der Zuwendungen gekannt habe, wozu neben den Eckwerten der bestehenden Retrozessionsabreden auch die Grössenordnung der Vergütungen gehört (BGE 137 III 393 E. 2.4 f.), wird weder substantiiert behauptet noch ist es ersichtlich. Die Klägerin kannte zwar die Ver-

einbarung zwischen der Beklagten mit der C.\_\_\_\_\_. Daher wusste sie darüber Bescheid, dass der Beklagten die Hälfte der von der C.\_\_\_\_\_ generierten Bruttoerträge aus Retrozessionen von Handelsbanken weitergeleitet wurden (Ziff. 6 der Vereinbarung vom 3. Oktober 2003). Eine Kenntnis darüber, in welchen Bandbreiten des verwalteten Vermögens oder nach welchen Eckwerten sich die massgeblichen Retrozessionen der Handelsbanken bewegten, ist aber nicht anzunehmen bzw. wurde auch nicht dargelegt. Es kann auch vor diesem Hintergrund nicht davon ausgegangen werden, dass die entsprechenden Zuwendungen der C.\_\_\_\_\_ an die Beklagte als deren zusätzliches Honorar im Rahmen des Vermögensverwaltungsmandats gegenüber der Klägerin (oder auch eines Kostenersatzes zugunsten der Beklagten in ihrer Rolle als B.\_\_\_\_\_ (Switzerland) AG) bestimmt worden wären.

Aus dem Ausgeführten folgt, dass die von der C.\_\_\_\_\_ erhaltenen Vergütungen von der Beklagten in Anwendung von Art. 400 OR herauszugeben sind. Das Quantitativ der Zuwendungen behauptet die Klägerin unter Berufung auf eine entsprechende Auskunft der Beklagten mit Schreiben vom 1. Oktober 2014 in Höhe von CHF 294'719.14, wobei sich dieser Betrag in quartalsweise Zahlungen für den Zeitraum vom 1. Oktober 2003 bis zum 31. März 2006 aufteilt (act. 1 Rz. 17 und 24). Soweit die Beklagte die von ihr selbst der Klägerin offengelegten Zahlen mit der Klageantwort "in Bestand und Höhe" in völlig unsubstantiiertes Weise bestreitet (act. 14 Rz. 326), ist sie nicht zu hören. Zum Zeitpunkt des Verzuges ist auf das unter Erw. 3.3.3. oben Ausgeführte zu verweisen. Da die Beklagte selber davon ausgeht, sie habe die Zuwendungen quartalsweise und in CHF erhalten (act. 14 Rz. 326), ergibt sich der geforderte Verzugszins von 5 % Verzugszins wie folgt: Auf CHF 45'219.50 seit 31. Dezember 2003; auf CHF 73'423.10 seit 31. März 2004; auf CHF 58'540.72 seit 30. Juni 2004; auf CHF 15'818.69 seit 30. September 2004; auf CHF 41'508.12 seit 31. Dezember 2004; auf CHF 16'200.77 seit 31. März 2005; auf CHF 19'342.36 seit 30. September 2005; auf CHF 24'142.37 seit 31. Dezember 2005 und auf CHF 523.51 seit 31. März 2006 (act. 3/B).

#### 4. Einrede der Verjährung

##### 4.1. Parteivorbringen

Die Beklagte erhebt sowohl in Bezug auf die geforderten Vergütungen gemäss Rechtsbegehren 1 (für den Zeitraum vom 28. Februar 2002 bis 30. April 2007) als auch auf das Rechtsbegehren 2 die Einrede der Verjährung. Es gehe bei den eingeklagten Forderungen um monatlich bzw. quartalsweise erhaltene Gutschriften bzw. Vergütungen. Da diese sofort nach ihrem Zugang beim Beauftragten zur Herausgabe fällig seien, beginne in diesem Zeitpunkt auch die Verjährungsfrist der entsprechenden Ansprüche zu laufen. Es handle sich vor diesem Hintergrund um periodische Leistungen im Sinne von Art. 128 Ziff. 1 OR, für die eine Verjährungsfrist von fünf Jahren gelte (act. 14 Rz. 219-234). Die Beklagte habe unter dem Titel "Retrozessionen" erstmals am 25. Juni 2012 einen Verjährungseinredeverzicht erklärt, der sich nur auf allfällige Forderungen beziehe, die am 25. Juni 2012 noch nicht verjährt gewesen seien. Danach habe die Klägerin in den Jahren 2013 und 2014 erneute Verjährungsverzichtserklärungen in Bezug auf die eingeklagten Ansprüche eingeholt. Von alldem zu trennen seien jedoch Verzichtserklärungen auf die Verjährungseinrede, die vor dem Hintergrund der Strafuntersuchung E.\_\_\_\_\_ seit dem Jahre 2011 bis noch nach Anhängigmachung der vorliegenden Klage eingeholt worden seien (act. 14 Rz. 166-174 und 230).

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, es handle sich bei den eingeklagten Vergütungen um keine periodischen Leistungen im Sinne von Art. 128 Ziff. 1 OR. Das Entstehen der eingeklagten Retrozessionen sei von vielen unbestimmten und damit auch unregelmässig anfallenden Ereignissen abhängig gewesen. Die Zahlungen habe die Beklagte nur dann und in dem Umfang erhalten, als mit den Brokern Transaktionen getätigt worden seien oder C.\_\_\_\_\_ mit Währungsabsicherungsgeschäften Erträge generiert habe. Der von der Beklagten behauptete monatliche bzw. quartalsmässige Anfall der Retrozessionen sei demzufolge nicht nachvollziehbar. Deshalb falle auch die sofortige Ablieferungspflicht nicht periodisch an. Es gelte somit eine Verjährungsfrist von zehn Jahren (Art. 127 OR). Zudem liege eine Kette von Verjährungseinredeverzichten vor, welche sämtliche eingeklagten Forderungen abdecke. Die von der Beklagten am 6. Juni 2011 bis

zum 30. Juni 2012 abgegebene Verzichtserklärung habe sich nicht nur auf die Verjährung von Schadenersatzansprüchen der Klägerin, sondern auch auf alle ihre sonstigen Ansprüche bezogen (act. 23 Rz. 38 und 49 ff.).

Die Beklagte hält daran fest, dass es sich um separat fällige, wiederkehrende Einzelleistungen aus einheitlichem Rechtsgrund, mithin um periodische Leistungen handle. Es sei für die Anwendung von Art. 128 Ziff. 1 OR nicht vorausgesetzt, dass die Höhe der einzelnen Leistungen oder die Längen der jeweiligen Zeitabstände vorbestimmt oder gleich sei. Für das Jahr 2011 habe die Klägerin keine Verjährungseinredeverzichtserklärung für Ansprüche im Zusammenhang mit Retrozessionen verlangt. Eine derartige Erklärung habe die Beklagte erstmals am 25. Juni 2012 abgegeben (act. 29 Rz. 25, 135 ff., 347 f. und 400 ff.).

#### 4.2. Verzichtserklärungen auf die Einrede der Verjährung

Zunächst ist unter den Parteien strittig, für welchen Zeitraum von der Beklagten darauf verzichtet wurde, die Einrede der Verjährung mit Bezug auf die vorliegend eingeklagten Forderungen zu erheben. Einig sind sich die Parteien zunächst darüber, dass die Beklagte einen solchen Verzicht am 25. Juni 2012 (in Bezug auf die zu diesem Zeitpunkt noch nicht verjährten Forderungen) abgab und diesen bis zur Einleitung der vorliegenden Klage wiederholt erneuerte. Ebenso wird übereinstimmend vorgebracht, dass die Beklagte bereits am 6. Juni 2011 einen Verzicht auf die Einrede der Verjährung erklärte (vgl. act. 14 Rz. 51), wobei allerdings die Meinungen auseinander gehen, ob sich dieser auf die im Streit liegenden Forderungen bezieht.

Die fragliche Erklärung lautet wie folgt: (act. 14 Rz. 51):

"Die B.\_\_\_\_\_ (Schweiz) AG, ... [Adresse], erklärt hiermit gegenüber dem Kanton Zürich in einem allfälligen Prozess betreffend Schadenersatz- und/oder sonstigen Ansprüchen der A.\_\_\_\_\_ auf die Erhebung der Einrede der Verjährung bis zum 30. Juni 2012 zu verzichten."

Die Erklärung bezieht sich damit offensichtlich nicht nur auf Schadenersatzansprüche, sondern in gleicher Weise auf sonstige Ansprüche der Klägerin, die die-

se in einem allfälligen Prozess gegenüber der Beklagte geltend machen könnte. Solche sonstigen Ansprüche liegen vorliegend vor. Daran ändern auch die beklagischen Vorbringen nichts, die Anfrage sei im Zusammenhang mit der Strafuntersuchung E.\_\_\_\_\_ erfolgt. Zum einen wurde die Verzichtserklärung in der Folge gerade nicht, zumindest nicht nach Treu und Glauben erkennbar, auf derartige Ansprüche beschränkt. Zum anderen basierte auch die Anfrage der Klägerin auf einem – lediglich möglicherweise – bestehenden Zusammenhang der zwischen den Parteien bestehenden Geschäftsbeziehung und der Strafuntersuchung der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich (act. 15/50). Die eingeklagten Forderungen entspringen nun aber der fraglichen Geschäftsbeziehung, und es liesse sich sogar insofern auch sagen, sie stünden in einem Zusammenhang mit dem von der Klägerin in ihrer Anfrage angesprochenen Sachverhalt (d.h. der Geschäftsbeziehung). Darüber hinaus kann die Beklagte aus dem Umstand, dass im weiteren Verlauf für "Retrozessionen, Vergütungen, Kommissionen, Gebühren und/oder dergleichen sowie sonstige Ansprüche" jeweils spezifizierte Verjährungseinredeverzichtserklärungen abgegeben wurden, nicht ableiten, die Erklärung aus dem Jahre 2011 würde derartige Ansprüche nicht erfassen. Wie sie selber ausführt, wurden die folgenden spezifizierten Verzichtserklärungen erst abgegeben, nachdem sie mit Schreiben vom 7. Juni 2012 geäussert hatte, die unter Bezugnahme auf den ursprünglichen Verjährungsverzicht ausgestellte Verzichtserklärung vom 5. Juni 2012 erfasse keine Ansprüche auf Ablieferung von Retrozessionen (act. 14 Rz. 168 f.).

Es ist daher festzuhalten, dass die Beklagte in Bezug auf die vorliegend im Streit stehenden Forderungen für den Zeitraum ab dem 6. Juni 2011 bis zur Klageeinleitung Verzichtserklärungen auf die Einrede der Verjährung abgegeben hat. Diese bezogen sich jeweils lediglich auf Ansprüche, die im Zeitpunkt der Verzichtserklärung noch nicht verjährt waren.

#### 4.3. Zehnjährige Verjährungsfrist

Zunächst ist erneut darauf hinzuweisen, dass die Parteien übereinstimmend davon ausgehen, die erhaltenen Zuwendungen seien nach dem unter ihnen verabredeten Vermögensverwaltungsvertrag sofort nach Erhalt zur Herausgabe fällig



geworden (siehe oben Erw. 3.3.3.). Damit hat auch jeweils eine allfällige Verjährung zu laufen begonnen (Art. 130 Abs. 1 OR). Ob der Erhalt in Bezug auf die Zuwendungen der konzerneigenen Broker B2.\_\_\_\_\_/B3.\_\_\_\_\_/monatlich und diejenigen der C.\_\_\_\_\_/quartalsweise erfolgt ist, wie dies die Beklagte behauptet (act. 14 Rz. 326, act. 29 Rz. 138) und gestützt worauf auch die von der Klägerin selber entsprechend geltend gemachten Verzugszeitpunkte bejaht wurden (siehe oben Erw. 3.3.3. und 3.5.2. i.f.), erweist sich im vorliegenden Zusammenhang nicht als ausschlaggebend, wie noch zu zeigen sein wird. Entscheidend ist allerdings, welche Verjährungsfrist anzuwenden ist. Dafür kommen hier namentlich die fünfjährige Frist nach Art. 128 Ziff. 2 OR sowie die ordentliche zehnjährige Frist nach Art. 127 OR in Frage. In BGE 143 III 348 hat das Bundesgericht diese Streitfrage nun geklärt und – in Anlehnung an die Lehrmeinung von GAUCH (dazu nachfolgend) – die zehnjährige Frist für anwendbar erklärt (erwähntes Urteil, E. 5, insbesondere E. 5.2.1). Weil dieser Bundesgerichtsentscheid in einem Teil der Lehre dafür kritisiert wird, dass er sich nicht mit den übrigen bzw. abweichenden Lehrmeinungen auseinandersetzt (vgl. etwa SCHNEUWLY, in: ius.focus 8/2017, Seite 6; ZELLWEGER-GUTKNECHT, Retrozessionen: Verjährung, Rechtsmissbrauch und Schadenersatz, in: Jusletter vom 25. September 2017, S. 6), wird die Problematik nachfolgend gleichwohl näher erörtert.

In der vor Ergang des vorgenannten Urteils publizierten Lehre war umstritten, welche der genannten Verjährungsfristen auf herausgabepflichtige Zuwendungen, die dem Beauftragten regelmässig gutgeschrieben werden, zur Anwendung kommen soll. Auf der einen Seite wird die Anwendung der fünfjährigen Verjährungsfrist nach Art. 128 Ziff. 2 OR damit begründet, es handle sich sowohl in Bezug auf die Zuwendungen im Aussenverhältnis zwischen dem zuwendenden Dritten und dem Auftragnehmer der Vermögensverwaltung als auch bei der Herausgabepflicht im Verhältnis zwischen besagtem Auftragnehmer und dem Auftraggeber um Forderungen, die regelmässig wiederkehrten und jeweils auf einem einheitlichen Recht beruhten. Dies genüge nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zur Bejahung einer periodischen Leistung im Sinne von Art. 128 Ziff. 2 OR. Ohnehin richte sich die Verjährung der Herausgabeforderung nach der Verjährung der sie begründenden Grundforderung, wobei auch die Ansprüche im Aus-

senverhältnis periodische Leistungen im Sinne der genannten Bestimmung darstellten. Der Verjährungsbeginn richte sich jeweils nach der Fälligkeit des einzelnen Herausgabeanspruchs (siehe zum Ganzen ROMERIO/BAZZANI, Verjährung des Anspruchs auf Herausgabe von Bestandespflegekommissionen, GesKR 2013, 49 ff.; ferner BÄNNINGER, Die Verjährung von Bestandespflegekommissionen: Wann beginnt sie und wie lange dauert sie?, in: Jusletter 10. Juni 2013; PICHONNAZ/WERRO/HURNI, La prescription de la créance en restitution des commissions d'état (art. 400 al. 1 CO) après l'ATF 138 III 755, AJP 2013 887 ff.; MATHYS/ROBERTO, Wann verjähren Bestandespflegekommissionen?, in: Jusletter 19. November 2012; NOBEL/STIRNIMANN, NOBEL/AMSTUTZ/CHENAUX (Hrsg.), Zur Behandlung von Entschädigungen im Vertrieb von Anlagefonds- und strukturierten Produkten durch Banken, Eine Untersuchung im Lichte des Bundesgerichtsentscheids BGE 132 III 460, in: SZW 2007, 343 ff.; Meinungsstand auch wiedergegeben in KUHN/LUGINBÜHL, Zur Verjährung des Rechenschafts- und Herausgabeanspruches gemäss Art. 400 Abs. 1 OR beim Vermögensverwaltungsvertrag, AJP 2014 977 ff.).

Für die Anwendung der zehnjährigen Regelverjährung nach Art. 127 OR wird vorgebracht, Art. 128 OR werde nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts nur sehr zurückhaltend angewandt, weshalb eine restriktive Betrachtungsweise Platz zu greifen habe. Alsdann könnten zwar die Gutschriften der Zuwendungen auf der Leistungsebene Dritter/Beauftragter im Einzelfall als periodische Leistungspflichten qualifiziert werden. Auf der Leistungsebene Beauftragter/Auftraggeber, die auf einer separaten Rechtsgrundlage (Art. 400 OR) beruhe, habe das Gesetz die Ablieferungspflicht der Zuwendungen aber nicht als periodische Leistungspflicht ausgestaltet. Art und Umfang des Ablieferungsanspruchs hingen vielmehr davon ab, in welchem Zeitpunkt der Auftraggeber die Ablieferung der geldwerten Leistungen verlange. Insofern erscheine der Anspruch als ein variabler, sich während des Mandats laufend verändernder (Gesamt-)Anspruch. Zudem handle es sich bei der Ablieferungspflicht gemäss Bundesgericht um eine Nebenpflicht, deren Verjährung sich nach der Verjährung der Hauptpflicht richte, die hier in der ordnungsgemässen Vermögensverwaltung bestehe, welche der Regelverjährung unterstellt sei (SCHALLER, Retrozessionen: Nochmals zur Verjährungsfrage

ge, in: Jusletter 3.Dezember 2012, N 3 ff.). Ebenso wird darauf hingewiesen, dass die Durchsetzung des Anspruchs auf Herausgabe der Zuwendungen eine entsprechend erfolgte Rechenschaftsablegung voraussetze. Ohne anderslautende Abrede sei die Rechenschaftsablegung aber nicht periodisch, sondern auf Verlangen hin vorzunehmen. Vor diesem Hintergrund handle es sich auch bei der Herausgabepflicht nicht um eine periodische Leistung (KUHNLUGINBÜHL, a.a.O., AJP 2014 982).

Eine weitere Lehrmeinung, der sich nun das Bundesgericht vorbehaltlos angeschlossen hat, verweist – unter systematischer Einbeziehung des Art. 131 OR sowie rechtsgeschichtlichen und -vergleichenden Aspekten – darauf, dass sich Art. 128 Ziff. 1 OR lediglich auf periodische Leistungen beziehe, denen eine Dauerschuld zugrunde liege. Letztere zeichnete sich dadurch aus, dass sie durch Erfüllung nicht erlösche, sondern so lange zu erfüllen sei, bis ihr durch Ablauf einer bestimmten oder bestimmbaren Zeit oder aus einem anderen Grund ein Ende von aussen gesetzt werde. Der Gegenstand einer Dauerschuld könne auch in wiederkehrenden Leistungen bestehen, deren zugehörige Leistungspflichten die Dauerschuld "stossweise" erzeuge und die durch Erfüllung untergingen, ohne dass der Bestand der Dauerschuld davon berührt werde. Eine solche Dauerschuld sei unter dem vom Bundesgericht als konstitutives Merkmal für "periodische Leistungen" genannten selben oder einheitlichen Schuldgrund zu verstehen. Die Schuldpflicht des Beauftragten, die von dritter Seite erlangten Vorteile abzuliefern und die entsprechenden Forderungen beruhten jedoch nicht auf einer Dauerschuld, die sie "stossweise" hervorbringe. Hinter ihnen stehe kein Forderungsrecht im Ganzen, für das eine Verjährung im Sinne von Art. 131 OR möglich sei. Vielmehr hätten sie ihren jeweiligen Entstehungsgrund in der Tatsache, dass der Beauftragte infolge der Auftragsausführung vermögensmässige oder andere Vorteile von Dritten erlangt habe. Jede dieser Herausgabepflichten beruhe auf einem separaten, wenn auch gleichartigen Entstehungsgrund, auch wenn die Herausgabepflichten samt ihrer Entstehungsgründe in ein "gemeinsames" Vertragsverhältnis eingebettet seien. Somit fielen die Herausgabepflichten von vornherein nicht unter Art. 128 Ziff. 1 OR, selbst wenn sie in zeitlich regelmässiger Wiederkehr, d.h. periodisch entstünden und fällig würden (GAUCH, Periodisch geschuldete

Leistungen: Gedanken zur Verjährungsbestimmung des Art. 128 Ziff. 1 OR, AJP 2014 285 ff.).

Auf die vorliegend im Streit stehenden Herausgabeansprüche ist in Nachachtung der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung die zehnjährige Regelverjährungsfrist von zehn Jahren aus Art. 127 OR anzuwenden. Den Lehrmeinungen, nach denen es sich bei der Herausgabepflicht in Bezug auf von Dritten erlangte Vorteile nicht um "andere periodische Leistungen" im Sinne des Art. 128 Ziff. 1 OR handelt, ist gegenüber der Gegenmeinung der Vorzug einzuräumen. Zunächst ist zu beachten, dass nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichts Art. 128 OR als Ausnahmetatbestand gegenüber dem Grundtatbestand von Art. 127 OR eng auszulegen ist (Urteil des Bundesgerichts 4C.207/2006 vom 27. September 2006, E. 2.2.3). Im Weiteren handelt es sich bei den Herausgabeansprüchen – wie sie auch hier in Frage stehen – zwar um zeitlich regelmässig wiederkehrende und insofern periodisch entstehende Ansprüche, die noch dazu auf das gleiche Schuldverhältnis, nämlich den Vermögensverwaltungsvertrag vom 4. Februar 2002, zurückgehen. Dies allein reicht jedoch für eine Anwendung der Verjährungsfrist nach Art. 128 Ziff. 1 OR noch nicht aus.

Ausschlaggebend ist vielmehr, dass die im Verhältnis Beauftragter/Auftraggeber bestehende und bei Erhalt des Vorteils fällig werdende Herausgabepflicht selbst nicht die Natur einer periodischen Leistungspflicht aufweist (vgl. SCHALLER, a.a.O., N 6), wie dies die in Art. 128 Ziff. 1 OR genannten Leistungspflichten tun. Dies äussert sich darin, dass die Herausgabe nur insoweit zu geschehen hat, als dem Beauftragten entsprechende Vorteile überhaupt zufließen. Werden im Aussenverhältnis andere Regelungen getroffen (z.B. in dem Sinne, dass die Vorteile immer jeweils nach einer ausgeführten Transaktion gutgeschrieben werden) oder verhält sich der Beauftragte anders (wickelt er z.B. keine Transaktionen mehr mit einem bestimmten Broker ab), wirkt sich dies direkt darauf aus, ob, wann und welche Herausgabeansprüche entstehen. Die Herausgabepflicht nimmt daher nur insofern die Form einer zeitlich wiederkehrenden Leistung an, als dies das Aussenverhältnis zulässt. Die Periodizität liegt aber nicht in der Leistungspflicht selber begründet; sie ist vielmehr eine lediglich abgeleitete. Es wäre im Ergebnis auch

nicht einzusehen, wenn der Beauftragte durch eine bestimmte Ausgestaltung seines Verhältnisses zum Dritten den Charakter der im Verhältnis zum Auftraggeber bestehenden Herausgabepflicht im Sinne einer periodischen Leistung bestimmen und somit diese Pflicht der kürzeren Verjährungsfrist unterstellen könnte. Auch wenn die Ausgestaltung des Verhältnisses zum Dritten natürlich dafür massgebend ist, wann sich die (sofortige) Herausgabepflicht jeweils aktualisiert, verändert sie diese selbst nicht. Vor diesem Hintergrund kann auch nicht der Meinung gefolgt werden, nach welcher sich die Anwendung von Art. 128 Ziff. 1 OR per se nach der Verjährungsfrist der Grundforderung zu richten hätte, auf der die herauszugebenden Vorteile basieren.

Ebenso weist auch der Zusammenhang der Herausgabepflicht mit der zu deren Durchsetzung nötigen Rechenschaftsablage (vgl. dazu KUHN/LUGINBÜHL, a.a.O., AJP 2014 982) in die Richtung, dass es sich bei den Herausgabepflichten ihrem Charakter nach um keine periodischen Leistungen im Sinne von Art. 128 Ziff. 1 OR handelt. Die Rechenschaftsablage ist – zumindest, wenn nichts anderes vereinbart ist, was vorliegend für Vorteile, die von konzerninternen Gesellschaften kommen, auch nicht der Fall ist (Ziff. 3 Abs. 2 Terms of Business sowie Addendum vom 15./16. Januar 2008) – nur jeweils auf Verlangen vorzunehmen, wobei auch für sie die zehnjährige Regelverjährung gilt. Auch wenn die Rechenschaftsablage keine Voraussetzung dafür bildet, dass die Forderung auf Herausgabe fällig wird und die Forderung – allenfalls mittels einer Stufenklage – geltend gemacht werden kann (siehe dazu Urteil des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 15. September 2014 im Verfahren CI V 13 7 496, E. D. Ziff. 22), ist sie doch auf die Vorbereitung des Herausgabeanspruchs ausgelegt. Ihre Ausgestaltung ist nicht unabhängig von derjenigen des Anspruchs auf Herausgabe zu betrachten. Die Annahme einer zehnjährigen Verjährungsfrist steht ausserdem im Einklang damit, dass auch für den Hauptanspruch des Auftragsverhältnisses, sei dies wie hier nun die Vermögensverwaltung oder die Ausführung von Effekentransaktionen, die Regelverjährung nach Art. 127 OR gilt (vgl. SCHALLER, a.a.O., N 7, und auch Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LB090076 vom 13. Januar 2012, E. 3D.2.1).

Das Ausgeführte kann als Ausdruck des Umstands aufgefasst werden, dass den hier fraglichen Herausgabepflichten keine Dauerschuld zugrunde liegt. Das Vorliegen einer solchen wäre aber – der oben wiedergegebenen und überzeugenden Lehrmeinung von GAUCH folgend – erforderlich, will man Art. 128 Ziff. 1 OR nicht über den ihm zugedachten Anwendungsbereich, der auch unter Einbezug von Art. 131 OR zu bestimmen ist, hinaus anwenden. Dies verträgt sich vorliegend auch mit den Gründen, die zu einer Rechtfertigung der gesetzlich vorgesehenen kürzeren Verjährungsfrist von fünf Jahren bei periodischen Leistungen vorgebracht werden (siehe dazu GAUCH, a.a.O., 290). Dazu, hier das Schweigen des Gläubigers rascher als bei der Regelverjährung einem Verzicht gleichzustellen, da er wiederkehrende Ansprüche weniger leicht lange vergesse, besteht vorliegend kein Anlass. Bei der Herausgabepflicht in Bezug auf vorenthaltene Retrozessionen, kann als typisch bezeichnet werden, dass der Gläubiger nicht detailliert über seine Ansprüche im Zeitpunkt deren Entstehens informiert wird. Ebenso wenig ist von einer Gefährdung des Schuldners durch eine unbemerkte Ansammlung unverjährter Forderungen auszugehen. Die Forderungen entstanden eben gerade nicht einfach "stossweise" durch Zeitablauf, sondern durch die entsprechenden Eingänge der herausgabepflichtigen Vorteile bei der Beklagten.

#### 4.4. Zwischenergebnis

Da auf sämtliche der ab Februar 2002 eingeklagten Forderungen die zehnjährige Verjährungsfrist nach Art. 127 OR zur Anwendung kommt und die Beklagte bezüglich aller dieser Forderung ab dem 6. Juni 2011 bis zur Klageeinleitung umfassende Verjährungseinredeverzichte abgegeben hat, sind die Ansprüche nicht verjährt.

### 5. Widerklage

#### 5.1. Parteivorbringen

Widerklageweise verlangt die Beklagte einen Betrag von CHF 112'174.51. Die Klägerin habe die ihr am 20. Oktober 2011 in Rechnung gestellte Management Fee für das 3. Quartal 2011 noch nicht bezahlt. Dies, obwohl sie die Rechnung nicht nur erhalten, sondern auch mit Stempel vom 16. Dezember 2011 in ihrer

Buchhaltung gebucht habe. Da sich die Klägerin in Ziff. 2 des Schedule 1 vom 10./11. Februar 2010 verpflichtet habe, die jeweils quartalsweise in Rechnung gestellte Management Fee innert 30 Tagen nach Zugang der Rechnung zu bezahlen und von einem Zugang (spätestens) am 16. Dezember 2011 auszugehen sei, schulde die Klägerin 5 % Verzugszins seit dem 16. Januar 2012 (act. 14 Rz. 15, 18, 100 und 235-240).

Die Klägerin räumt ein, dass sie die fragliche Rechnung für die Management Fee nicht bezahlt habe. Sie macht indessen geltend, es sei klar, dass die Beklagte die im Vermögensverwaltungsvertrag vorgesehene Pflicht zur "best execution" massiv verletzt habe. Der aus dieser Vertragsverletzung entstandene Schaden sei zwar schwer zu bestimmen. Gehe man aber nur schon davon aus, dass die beiden konzerninternen Broker in 50 Prozent der USD/GBP Transaktionen (welche 58 % des Transaktionsvolumen ausmachten) und in 90 Prozent der in allen anderen Währungen durchgeführten Transaktionen (welche 42 % des Transaktionsvolumens ausmachten) nicht der bestmögliche Broker gewesen sei, und nehme man weiter an, dass deren Wahl jeweils zu einer um 10 Prozent höheren Kommission geführt habe, ergebe dies bei insgesamt CHF 28 Mio. bezahlten Kommissionen schon einen Schaden von fast CHF 1.86 Mio. Weil angesichts der Verletzung der Pflicht zur "best execution" ausserdem nicht von einer "vertragsgemässen Geschäftsbesorgung" die Rede sein könne, habe die Beklagte die mit der Widerklage geltend gemachte Management Fee eventualiter auch nicht verdient. Mangels Mahnung bestehe subeventualiter auch kein Anspruch auf Verzugszinsen ab Januar 2012, sondern erst ab Erhalt der Widerklage am 15. Juli 2015 (act. 23 Rz. 52).

Die Beklagte versteht die klägerischen Vorbringen als Anerkennung der Widerklage und mahnt in Bezug auf den verrechnungsweise geltend gemachten Anspruch fehlende Substantiierung an (act. 29 Rz. 23 und 406).

Die Klägerin entgegnet, sie habe im Detail begründet, warum und wie die Beklagte ihre Pflicht zur "best execution" verletzt habe. Eine schwere Verletzung liege darin, dass für die ausgeführten ungefähr 3400 Transaktionen ausschliesslich die

zwei konzerninternen Broker verwendet worden seien (act. 36 Rz. 7, 10, 26, 49, 57 und 60).

## 5.2. Würdigung

Die Klägerin stellt nicht in Abrede, dass die von der Beklagten widerklageweise geltend gemachte letzte Rechnung der Management Fee von ihr unbezahlt geblieben ist. Sie bringt auch nichts gegen die Forderung vor, was deren zahlenmässige Herleitung und rechtliche Grundlage als grundsätzlich gemäss Vermögensverwaltungsvertrag vom 4. Februar 2002 für das 3. Quartal 2011 geschuldetes Honorar (Management Fee) in Frage stellen würde. Die Einwendungen, die sie auf anderer Ebene erhebt, sind nicht zu hören. Zum einen möchte sie die Honorarforderung mit einem Schaden verrechnen, der ihr aus der Verletzung der Pflicht nach Ziff. 1 Abs. 6 Terms of Business entstanden sei, wonach im Hinblick auf die durchgeführten Transaktionen "best execution" anzustreben sei (vgl. auch act. 1 Rz. 6). Sie unterlässt es aber, einen solchen ihr konkret entstandenen Schaden wie ebenso einzelne einem solchen zugrunde liegenden Verletzungshandlungen auch nur annähernd zu substantiieren. Pauschale Hinweise darauf, dass sich ein die beklagte Forderung übersteigender Schaden daraus ergäbe, wenn man (vermutungsweise) davon ausgehe, die Broker seien in 50 oder 90 Prozent der Transaktionen nicht die bestmöglichen gewesen und dies habe jeweils zu einer 10 Prozent höheren Kommission geführt, können dafür offensichtlich nicht genügen. Die Klägerin legt im Weiteren nicht für eine einzige konkrete Transaktion dar, inwiefern die von ihr thematisierte Pflicht, jeweils eine "best execution" anzustreben, verletzt worden sei (vgl. auch der Hinweis in act. 29 Rz. 133), und welche Vermögensnachteile ihr im Einzelnen daraus erwachsen sein sollen. Die Verrechnung eines Schadens fällt daher ausser Betracht. Ebenso bieten die im ausgeführten Sinne unsubstantiierten Darstellungen keine Grundlage dafür, konkrete Verletzungen des Vermögensverwaltungsauftrags anzunehmen, welche zu einem Wegfall oder einer Kürzung des Auftragshonorars Anlass bieten könnten.

Die Beklagte verlangt auf ihre Forderung Verzugszins von 5 % seit dem 16. Januar 2012. Die im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrags verabrede-



te Zahlungsfrist von 30 Tagen nach Zugang der Rechnung, die als solche unbestritten blieb (vgl. act. 23 Rz. 52), stellt eine Verfalltagabrede dar. Sie erlaubte es der Klägerin als Schuldnerin, den für jede erhaltene Rechnung geltenden Verfalltag zu berechnen, weshalb sie sich auch ohne besonderen Hinweis darüber im Klaren sein musste, wann sie ihre entsprechenden Verbindlichkeiten zu erfüllen hatte (siehe dazu Urteil des Bundesgerichts 4A\_232/2011 vom 20. September 2011, E. 4.2 unter Verweis auf BSK OR I-Wiegand, Art. 102 N 10; von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil Obligationenrecht, Bd. II, S. 138). Da ebenso der Zugang der Rechnung spätestens am 16. Dezember 2011 unbestritten blieb, ist der Beklagten – in vollumfänglicher Gutheissung der Widerklage – auf den Betrag von CHF 112'174.51 Verzugszins von 5 % ab dem 16. Januar 2012 zuzusprechen.

## 6. Zusammenfassung

Nach dem Ausgeführten ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die Vorteile, die ihr von den konzerninternen Brokern B2.\_\_\_\_\_/B3.\_\_\_\_\_ in Höhe von CHF 12'183'456.12 sowie von der C.\_\_\_\_\_ in Höhe von CHF 294'719.14 zugekommen sind, herauszugeben, beides nebst Verzugszins zu 5% auf den verlangten Teilbeträgen und Verfalltagen. Die Klägerin ist dagegen zu verpflichten, der Beklagten im Rahmen der Widerklage CHF 112'174.51 als Management Fee für das 3. Quartal des Jahres 2011 zu leisten, ebenso zuzüglich dem verlangten Verzugszins.

## 7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### 7.1. Streitwert

Der Streitwert der Klage beträgt CHF 12'481'835.62 (CHF 12'187'116.48 + CHF 294'719.14) und derjenige der Widerklage CHF 112'174.51. Der Streitwert richtet sich grundsätzlich nach dem höheren Rechtsbegehren (Art. 94 Abs. 1 ZPO), hier demjenigen der Klage. Klage und Widerklage schliessen sich vorliegend nicht aus. Aus diesem Grund werden zur Bestimmung der Prozesskosten die Streitwerte der Klage und Widerklage zusammengerechnet (Art. 94 Abs. 2

ZPO). Der diesbezüglich relevante Streitwert beträgt somit insgesamt CHF 12'594'010.13.

## 7.2. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### 7.2.1. 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).

### 7.2.2. Gerichtskosten

Vorliegend obsiegt die Klägerin fast vollständig, nämlich zu rund 99/100 und die Beklagte lediglich zu rund 1/100: Die mit der Hauptklage geltend gemachten Forderungen in Höhe von CHF 12'481'835.62 sind – bis auf den zurückgezogenen Betrag von CHF 3'660.36 – vollumfänglich zuzusprechen; dasselbe gilt für die mit der Widerklage seitens der Beklagten geltend gemachte Forderung von CHF 112'174.51). Entsprechend sind die Kosten aufzuerlegen. Die ordentliche Gerichtsgebühr ist gemäss § 4 Abs. 2 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 8. September 2010 um einen Drittel zu erhöhen. Die Erhöhung ist aufgrund verschiedener Umstände gerechtfertigt: Einerseits fand am 7. Oktober 2016 eine über fünfstündige Vergleichsverhandlung statt, an welcher eine Delegation des Gerichts den bis dahin erarbeiteten Prozessstoff umfassend darlegte (siehe Prot. S. 18 f.). Zudem war am 15. November 2017 eine Hauptverhandlung durchzuführen (Prot. S. 27). Sodann waren für den vorliegenden Entscheid verschiedene komplexe Fragen (insb. Herausgabepflicht in Bezug auf konzerninterne Zuwendungen) zu prüfen und abzuhandeln, wobei fünf Rechtschriften (act. 1, 14, 23, 29 und 36) samt Verweisen auf umfangreiche Beilagen zu berücksichtigen waren. Die demzufolge um einen Drittel erhöhte Gerichtsgebühr beträgt gerundet CHF 178'000.–. Davon sind der Klägerin CHF 1'780.– (1/100) und der Beklagten CHF 176'220.– (99/100) aufzuerlegen. Die aufzuerlegenden Kosten sind aus dem von der jeweiligen Partei geleisteten Kostenvorschuss (Klägerin: CHF 177'500.–; Beklagte: CHF 9'000.–) zu decken.

### 7.2.3. Parteientschädigung

Stellt man die – vorerst abstrakt bestimmten – gegenseitigen Ansprüche auf Parteientschädigungen einander gegenüber (Anspruch der Klägerin von 99/100 sowie Anspruch der Beklagten von 1/100), ist der Klägerin eine leicht reduzierte Parteientschädigung im Umfang von 98/100 zuzusprechen (ZR 72 Nr. 18; in diesem Sinne auch BSK ZPO-RÜEGG, 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 Klägerin reichte im Rahmen des Schriftenwechsels die Klageschrift, Hauptklagereplik/Widerklageantwort und Widerklageduplik ein (act. 1, 23 und 36), während die Beklagte eine Hauptklageantwort/Widerklage- sowie Hauptklageduplik/Widerklagereplik (act. 14 und 29) zu den Akten gab. Nach Abschluss des ordentlichen Schriftenwechsels erfolgte zudem eine unaufgeforderte Stellungnahme der Beklagten zur Widerklageduplik (act. 39). Weiter nahmen die Parteien an der bereits erwähnten Vergleichsverhandlung teil. Die genannten Faktoren führen in Anwendung von §§ 2, 4 und 8 AnwGebV zu einer um 50 % erhöhten Parteientschädigung in der Höhe von CHF 179'055.–. Davon kommt der Klägerin ein Anteil von 98/100, mithin CHF 175'473.90, zu.

Die Klägerin beantragt, ihr sei die Parteientschädigung unter Zuzug von Mehrwertsteuer zuzusprechen (act. 1 S. 2; act. 23 S. 2). Die Beklagte bringt vor, die Klägerin sei selber mehrwertsteuerpflichtig und mache nirgends in ihrer Klage geltend, wonach sie nicht im vollen Umfang zum Abzug der Vorsteuer berechtigt sei (act. 14 Rz. 243 f.). Die Klägerin wendet dagegen ein, sie verfüge zwar über eine Mehrwertsteuernummer, aber nur für die ausserhalb der BVG-Tätigkeit liegende Liegenschaftsverwaltung. Hinsichtlich der in Anspruch genommenen anwaltlichen Dienstleistungen sei sie nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt (act. 23 Rz. 53). Die Beklagte hält an ihrer diesbezüglichen Bestreitung fest (act. 29 Rz. 412).

Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfang 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 (Urteil des Bundesgerichts 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5; ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.).

Da die Klägerin ihre Mehrwertsteuerpflicht – wenn auch nur in beschränktem Umfang – einräumt und bis auf die Aussage, hinsichtlich der in Anspruch genommenen anwaltlichen Dienstleistungen sei sie nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt, weder konkrete aussergewöhnliche Umstände behauptet noch überhaupt Belege für ihre Behauptungen anbietet (vgl. act. 23 Rz. 53), ist ihr kein Mehrwertsteuerzuschlag für die ihr zukommende Parteientschädigung zuzusprechen.

#### **Das Handelsgericht beschliesst:**

1. Das Verfahren wird im Umfang von CHF 3'660.36 als durch Klagerückzug erledigt abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

#### **und erkennt:**

1. Die Beklagte und Widerklägerin wird verpflichtet, der Klägerin und Widerbeklagten CHF 12'183'456.12, nebst Zins zu 5% auf den ausgeführten Teilbeträgen und Verfalltagen wie folgt zu bezahlen:

seit 28. Februar 02	auf CHF	91'855.74
seit 31. März 02	auf CHF	308'043.24
seit 30. April 02	auf CHF	149'315.74
seit 31. Mai 02	auf CHF	126'249.44

seit 30. Juni 02	auf CHF	370'469.53
seit 31. Juli 02	auf CHF	64'084.74
seit 31. August 02	auf CHF	57'670.08
seit 30. September 02	auf CHF	50'512.05
seit 31. Oktober 02	auf CHF	149'933.41
seit 30. November 02	auf CHF	78'576.29
seit 31. Dezember 02	auf CHF	28'323.28
seit 31. Januar 03	auf CHF	236'952.98
seit 28. Februar 03	auf CHF	61'610.89
seit 31. März 03	auf CHF	82'091.67
seit 30. April 03	auf CHF	38'259.57
seit 31. Mai 03	auf CHF	143'104.54
seit 30. Juni 03	auf CHF	224'709.73
seit 31. Juli 03	auf CHF	176'745.94
seit 31. August 03	auf CHF	84'371.39
seit 30. September 03	auf CHF	223'258.69
seit 31. Oktober 03	auf CHF	196'265.10
seit 30. November 03	auf CHF	109'640.46
seit 31. Dezember 03	auf CHF	42'187.11
seit 31. Januar 04	auf CHF	243'376.40
seit 29. Februar 04	auf CHF	206'093.93
seit 31. März 04	auf CHF	129'863.21
seit 30. April 04	auf CHF	223'040.17
seit 31. Mai 04	auf CHF	98'200.21
seit 30. Juni 04	auf CHF	41'378.25
seit 31. Juli 04	auf CHF	72'065.44
seit 31. August 04	auf CHF	18'976.72
seit 30. September 04	auf CHF	58'052.69
seit 31. Oktober 04	auf CHF	77'272.67
seit 30. November 04	auf CHF	159'181.39
seit 31. Dezember 04	auf CHF	97'569.83
seit 31. Januar 05	auf CHF	78'863.36

seit 28. Februar 05	auf CHF	143'831.13
seit 31. März 05	auf CHF	102'711.24
seit 30. Apr 05	auf CHF	44'452.35
seit 31. Mai 05	auf CHF	30'677.82
seit 30. Juni 05	auf CHF	80'253.45
seit 31. Juli 05	auf CHF	178'087.38
seit 31. August 05	auf CHF	181'707.64
seit 30. September 05	auf CHF	186'626.94
seit 31. Oktober 05	auf CHF	261'791.42
seit 30. November 05	auf CHF	234'008.90
seit 31. Dezember 05	auf CHF	67'487.44
seit 31. Januar 06	auf CHF	384'181.78
seit 28. Februar 06	auf CHF	120'736.05
seit 31. März 06	auf CHF	139'595.76
seit 30. April 06	auf CHF	147'586.19
seit 31. Mai 06	auf CHF	84'194.19
seit 30. Juni 06	auf CHF	214'645.39
seit 31. Juli 06	auf CHF	191'162.92
seit 31. August 06	auf CHF	157'047.34
seit 30. September 06	auf CHF	188'400.99
seit 31. Oktober 06	auf CHF	288'488.59
seit 30. November 06	auf CHF	390'625.26
seit 31. Dezember 06	auf CHF	219'928.86
seit 31. Januar 07	auf CHF	93'691.09
seit 28. Februar 07	auf CHF	78'244.18
seit 31. März 07	auf CHF	72'937.46
seit 30. Apr 07	auf CHF	142'651.23
seit 31. Mai 07	auf CHF	105'856.49
seit 30. Juni 07	auf CHF	56'051.11
seit 31. Juli 07	auf CHF	125'831.69
seit 31. August 07	auf CHF	35'882.53
seit 30. September 07	auf CHF	41'912.80

seit 31. Oktober 07	auf CHF	15'526.39
seit 30. November 07	auf CHF	18'309.08
seit 31. Dezember 07	auf CHF	36'023.68
seit 31. Januar 08	auf CHF	35'203.73
seit 29. Februar 08	auf CHF	34'415.81
seit 31. März 08	auf CHF	52'641.32
seit 30. April 08	auf CHF	57'735.84
seit 31. Mai 08	auf CHF	44'957.84
seit 30. Juni 08	auf CHF	40'768.29
seit 31. Juli 08	auf CHF	54'993.19
seit 31. August 08	auf CHF	21'991.11
seit 30. September 08	auf CHF	17'249.04
seit 31. Oktober 08	auf CHF	19'586.27
seit 30. November 08	auf CHF	45'320.28
seit 31. Dezember 08	auf CHF	42'195.08
seit 31. Januar 09	auf CHF	69'155.47
seit 28. Februar 09	auf CHF	191'004.68
seit 31. März 09	auf CHF	63'922.84
seit 30. April 09	auf CHF	113'363.12
seit 31. Mai 09	auf CHF	96'568.72
seit 30. Juni 09	auf CHF	146'390.25
seit 31. Juli 09	auf CHF	126'683.00
seit 31. August 09	auf CHF	115'116.10
seit 30. September 09	auf CHF	180'292.19
seit 31. Oktober 09	auf CHF	82'543.35
seit 30. November 09	auf CHF	31'948.34
seit 31. Dezember 09	auf CHF	13'404.60
seit 31. Januar 10	auf CHF	58'752.46
seit 28. Februar 10	auf CHF	53'252.27
seit 31. März 10	auf CHF	143'473.08
seit 30. April 10	auf CHF	19'785.70
seit 31. Mai 10	auf CHF	22'822.37

seit 30. Juni 10	auf CHF	41'191.08
seit 31. Juli 10	auf CHF	32'867.54
seit 31. August 10	auf CHF	44'504.79
seit 30. September 10	auf CHF	29'758.55
seit 31. Oktober 10	auf CHF	64'024.35
seit 30. November 10	auf CHF	57'564.75
seit 31. Dezember 10	auf CHF	32'165.12
seit 31. Januar 11	auf CHF	48'782.54
seit 28. Februar 11	auf CHF	89'335.88
seit 31. März 11	auf CHF	113'071.70
seit 30. April 11	auf CHF	44'847.37
seit 31. Mai 11	auf CHF	36'040.17
seit 30. Juni 11	auf CHF	70'774.96
seit 31. August 11	auf CHF	6'559.13
seit 30. September 11	auf CHF	17'119.21.

2. Die Beklagte und Widerklägerin wird zudem verpflichtet, der Klägerin und Widerbeklagten CHF 294'719.14, nebst Zins zu 5% auf CHF 45'219.50 seit 31. Dezember 2003, auf CHF 73'423.10 seit 31. März 2004, auf CHF 58'540.72 seit 30. Juni 2004, auf CHF 15'818.69 seit 30. September 2004, auf CHF 41'508.12 seit 31. Dezember 2004, auf CHF 16'200.77 seit 31. März 2005, auf CHF 19'342.36 seit 30. September 2005, auf CHF 24'142.37 seit 31. Dezember 2005 und auf CHF 523.51 seit 31. März 2006, zu bezahlen.
3. Die Klägerin und Widerbeklagte wird in Gutheissung der Widerklage verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin CHF 112'174.51, nebst Zins zu 5% seit dem 16. Januar 2012, zu bezahlen.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 178'000.–.
5. Die Kosten werden der Klägerin und Widerbeklagten im Betrag von CHF 1'780.– und der Beklagten und Widerklägerin im Betrag von CHF 176'220.– auferlegt. Die auferlegten Kosten werden aus dem von der



jeweiligen Partei geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Klägerin und Widerbeklagten wird im Umfang der der Beklagten und Widerklägerin auferlegten Kosten das Rückgriffsrecht auf die Beklagte und Widerklägerin eingeräumt.

6. Die Beklagte und Widerklägerin wird verpflichtet, der Klägerin und Widerbeklagten eine Prozessentschädigung von CHF 175'473.90 zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
8. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 12'594'010.13.

Zürich, 15. November 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsident:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. Roland Schmid

Dr. Giulio Donati