



**4A\_601/2021**

**Urteil vom 8. September 2022**

**I. zivilrechtliche Abteilung**

Besetzung  
Bundesrichterin Hohl, Präsidentin,  
Bundesrichterinnen Kiss, Niquille,  
Bundesrichter Rüedi,  
Bundesrichterin May Canellas,  
Gerichtsschreiber Gross.

Verfahrensbeteiligte  
Pensionskasse der A. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Jean-Marc Schaller,  
Beschwerdeführerin,

*gegen*

Bank Ba. \_\_\_\_\_ AG,  
vertreten durch Rechtsanwälte  
Dr. Peter Reichart und Dr. Peter Hafner,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand  
Auftrag; Retrozessionen; Verjährung,

Beschwerde gegen das Urteil und den Beschluss  
des Handelsgerichts des Kantons Zürich  
vom 5. Oktober 2021 (HG190234-O).

**Sachverhalt:**

**A.**  
Die Pensionskasse der A. \_\_\_\_\_ (Klägerin, Beschwerdeführerin) ist eine privatrechtliche Stiftung mit Sitz in U. \_\_\_\_\_. Sie besorgt die berufliche Vorsorge im Rahmen des BVG für die Arbeitnehmer der mit der C. \_\_\_\_\_ Holding eng verbundenen Gesellschaften. Die Bank Ba. \_\_\_\_\_ AG (Beklagte, Beschwerdegegnerin) mit Sitz in V. \_\_\_\_\_ übernahm das Universalbankengeschäft für die Schweizer Kunden der Bank Bb. \_\_\_\_\_ AG und damit auch die Geschäftsbeziehung mit der Klägerin. Der Einfachheit halber wird im Folgenden auch die Bank Bb. \_\_\_\_\_ AG als Beklagte bzw. Beschwerdegegnerin bezeichnet.

Die Parteien führen seit 2001 eine Geschäftsbeziehung. Diese beschränkt sich auf eine Konto-/Depotbeziehung, bei der die Beklagte jeweils nur die Anweisungen der Klägerin auszuführen hat (sog. Execution only; vgl. hiernach E. 6).

Im Streit liegen Vergütungen, die die Beklagte aus oder im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung der Klägerin von Dritten erhalten hat (nachfolgend: Retrozessionen). Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagte habe gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR über den Erhalt der Retrozessionen Auskunft zu erteilen und diese an sie herauszugeben.

Die Beklagte erklärte am 4. Dezember 2018 gegenüber der Klägerin, auf die Verjährungseinrede zu verzichten, soweit allfällige Ansprüche in diesem Zeitpunkt noch nicht verjährt seien. Sie verlängerte diesen Verzicht mehrmals, zuletzt am 31. Dezember 2019.

## **B.**

**B.a.** Am 16. Dezember 2019 reichte die Klägerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage ein und machte verschiedene Ansprüche über unterschiedliche Zeiträume geltend. Sie verlangte von der Beklagten die Herausgabe von Retrozessionen, die diese im Zeitraum vom 1. November 2008 bis 31. Oktober 2018 aus oder im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung zu ihr (Fr. 723'145.--) und zur Pensionskasse II der A. \_\_\_\_\_ (Fr. 72'238.--) erhalten hat, je nebst Zins (Ziff. 1). Weiter verlangte sie Auskunft über Retrozessionen für die Zeiträume vom 1. Januar 2001 bis 31. Oktober 2008 sowie seit 1. November 2018 (Ziff. 2.a) und nach erfolgter Auskunftserteilung die Herausgabe dieser Retrozessionen nebst Zins (Ziff. 2.b). Eventualiter - falls das Gericht darauf erkennen sollte, die Retrozessionen seien im Zeitpunkt des Zuflusses bei der Beklagten fällig geworden - verlangte sie Auskunft über die Daten des Erhalts für die entsprechenden Zeiträume (Ziff. 3.a) und nach erfolgter Auskunftserteilung die Bezahlung von Zins jeweils ab Eingang der Retrozessionen bei der Beklagten (Ziff. 3.b).

**B.b.** In ihrer Replik zog die Klägerin Ziff. 1 ihres Rechtsbegehrens zurück, soweit es Ansprüche der Pensionskasse II der A. \_\_\_\_\_ (Fr. 72'238.--) betraf.

**B.c.** Mit Valuta vom 25. März 2020 überwies die Beklagte der Klägerin Fr. 617'162.-- nebst Zins für Retrozessionen, die sie im Zeitraum von November 2008 bis 17. Februar 2014 erhalten hat. Weiter erteilte sie Auskunft über die eingenommenen Retrozessionen im gleichen Zeitraum und erklärte, seit 1. November 2018 keine solchen Vergütungen mehr eingenommen zu haben. Die Parteien beantragten in der Folge übereinstimmend, Rechtsbegehren Ziff. 1 im Umfang von Fr. 617'162.-- sowie die Rechtsbegehren Ziff. 2.a und 3.a im Umfang der Auskunftserteilung sowie Ziff. 3.b im Umfang von Fr. 240'450.-- als gegenstandslos abzuschreiben.

**B.d.** Mit Beschluss vom 5. Oktober 2021 schrieb das Handelsgericht Rechtsbegehren Ziff. 1 im Umfang von Fr. 72'238.-- zufolge Klagerückzugs ab (Beschluss-Ziff. 1). Weiter schrieb es mehrere Rechtsbegehren der Klage gemäss den Anträgen der Parteien (vgl. hiervor lit. B.c) als teilweise gegenstandslos geworden ab (Beschluss-Ziff. 2-5). Auf das Rechtsbegehren Ziff. 3b trat es nicht ein, soweit sich dieses auf den Zeitraum vom 17. Februar 2014 bis 31. Oktober 2018 sowie die Pensionskasse II der A. \_\_\_\_\_ bezog (Beschluss-Ziff. 6).

Mit Urteil (ebenfalls) vom 5. Oktober 2021 verpflichtete es die Beklagte, der Klägerin Fr. 105'983.-- nebst Zins zu bezahlen (Disp.-Ziff. 1). Im Übrigen wies es die Klage ab (Disp.-Ziff. 2). Die Gerichtskosten auferlegte es im Betrag von Fr. 28'500.-- der Klägerin und im Betrag von Fr. 21'500.-- der Beklagten (Disp.-Ziff. 3-4). Schliesslich verpflichtete es die Klägerin, der Beklagten eine entsprechende Prozessentschädigung zu bezahlen (Disp.-Ziff. 5).

Es erwog, bei Konto-/Depotbeziehungen sei Auftragsrecht anwendbar. Der Beauftragte sei auch bei einer Execution only-Geschäftsbeziehung verpflichtet, Zuwendungen Dritter herauszugeben, die in einem inneren Zusammenhang zum Auftrag stünden. Der Beklagten gelinge der Nachweis nicht, dass die Klägerin ab dem 17. Februar 2014 rechtsgültig auf die Herausgabe der Retrozessionen verzichtet habe. Die Beklagte sei daher zu verpflichten, der Klägerin Fr. 105'983.-- zu bezahlen. Die weiteren Herausgabeansprüche, die vor dem 4. Dezember 2008 entstanden, seien aber verjährt. Die Verjährungseinrede der Beklagten erweise sich auch nicht als rechtsmissbräuchlich. Schliesslich seien auch die von der Klägerin geltend gemachten Schadenersatzansprüche (Sekundäransprüche) infolge der Verletzung der Auskunftspflicht vor dem 4. Dezember 2008 verjährt. Denn die Verjährung dieser Sekundäransprüche beginne gleichzeitig mit jener der Primäransprüche.

## **C.**

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 24. November 2021 beantragt die Beklagte dem Bundesgericht was folgt:

"1.a. Ziffer 2 des Dispositiv des [...] Urteils des Handelsgerichts [...] sei aufzuheben und mit folgendem Wortlaut neu zu fassen:

*a. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 874'576.-- zu bezahlen.*

*b. Ausserdem wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Auskunft und Rechenschaft zu erteilen über sämtliche Retrozessionen [...], welche die Beklagte im Zusammenhang mit ihrer gesamten Geschäftsbeziehung zur Klägerin [...] in der Zeitperiode 1. Januar 2001 bis 31. Oktober 2008 vereinnahmt hat.*

1.b. Im CHF 874'576.-- und die Auskunftspflicht übersteigenden Umfang sei die Dispositiv Ziff. 2 [...] aufzuheben (und folglich ebenso die Dispositiv Ziff. 4 und 5), und es sei die Sache zur (zunächst) ziffernmässigen Nachsubstantiierung der Stufenklage [...] durch die Beschwerdeführerin und zur (anschliessenden) Neuurteilung an die Vorinstanz [...] zurückzuweisen.

2. Eventualiter seien die Dispositiv Ziffern 2, 4, 5 [...] aufzuheben und die Sache insgesamt zur Ergänzung des Sachverhalts und zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz [...] zurückzuweisen."

Die Beschwerdegegnerin beantragt, auf die Beschwerde sei kostenfällig nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen. Die Parteien haben unaufgefordert repliziert und dupliziert. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet.

## **Erwägungen:**

### **1.**

**1.1.** Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (BGE 137 III 417 E. 1 mit Hinweisen).

**1.2.** Die Beschwerdegegnerin ist der Ansicht, die Beschwerdeführerin habe ihre Rechtsbegehren im bundesgerichtlichen Verfahren unzulässig geändert, weshalb auf die Beschwerde insgesamt nicht einzutreten sei.

Die Beschwerdegegnerin macht im Einzelnen geltend, die Beschwerdeführerin verlange in Rechtsbegehren Ziff. 1.a. (a) neu, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihr einen Betrag von Fr. 874'576.-- zu bezahlen. Dieses Begehren sei nicht Gegenstand der vorinstanzlich noch streitigen Rechtsbegehren gewesen, weshalb es prozessual unzulässig sei. Im Rechtsbegehren Ziff. 1.a. (b) halte die Beschwerdeführerin ungeachtet der Bezifferung des Herausgabeanspruchs (Rechtsbegehren Ziff. 1.a.[a]) an der Stufenklage fest. Sie habe aber ihren Anspruch vor Bundesgericht (ohne Durchführung eines Beweisverfahrens oder einer Auskunftserteilung) von sich aus mit Fr. 874'576.-- beziffert. Damit habe sie bis zu dieser Höhe auf eine Auskunft verzichtet bzw. diese als obsolet erachtet, weshalb auf das Rechtsbegehren Ziff. 1.a. (b) nicht einzutreten sei. Das Rechtsbegehren Ziff. 1b sei sodann untrennbar mit dem Rechtsbegehren Ziff. 1.a. (a) verknüpft. Könne vor Bundesgericht nicht neu ein Betrag von Fr. 874'576.-- eingeklagt werden, könne auch nicht ein über diesen Betrag hinausgehender Anspruch zur ziffernmässigen Nachsubstantiierung der Stufenklage und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen werden.

Die Beschwerdeführerin stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, sie verlange vor Bundesgericht nicht mehr oder etwas anderes, als was bereits Gegenstand der Stufenklage gewesen sei. Insbesondere habe sie ihren Herausgabeanspruch bereits im vorinstanzlichen Verfahren mit mindestens Fr. 30'000.-- beziffert.

**1.3.** Rechtsbegehren sind im Lichte der Begründung auszulegen (BGE 137 II 313 E. 1.3; 135 I 119 E. 4).

Das Rechtsbegehren Ziff. 1.a. (a) (Verpflichtung zur Bezahlung von Fr. 874'576.--) beruht auf der unzutreffenden Annahme, die Vorinstanz habe die nicht herausgegebenen Retrozessionen zwischen 2001 und Oktober 2008 verbindlich auf Fr. 874'576.-- festgesetzt. Die Vorinstanz hielt aber einzig im Rahmen der *Streitwertberechnung* fest, der Schaden und damit die nicht herausgegebenen

Retrozessionen in dieser Zeitspanne seien auf Fr. 874'576.-- beziffert worden, womit es sich rechtfertige, diesen Betrag als Streitwert für die Stufenklage einzusetzen, zumal dieser Betrag nicht (substanziiert) bestritten worden sei. Daraus ist, entgegen der Beschwerdeführerin, nicht abzuleiten, die Vorinstanz habe die Höhe der einbehaltenen Retrozessionen im Zeitraum zwischen 2001 und Oktober 2008 verbindlich festgestellt, zumal sie sich mit der Frage nach der Höhe der einbehaltenen Retrozessionen in diesem Zeitraum in ihrem Urteil nicht auseinandersetzen musste. Entsprechend könnte das Bundesgericht im Falle einer Gutheissung auch nicht entscheiden, welchen Betrag die Beschwerdegegnerin für diesen Zeitraum zu bezahlen hätte, womit auch der Auskunftsanspruch der Beschwerdeführerin nicht obsolet geworden ist, zumal auch nicht davon ausgegangen werden kann, sie hätte (vollständig) auf diesen verzichtet. Über den Auskunftsanspruch könnte das Bundesgericht im vorliegenden Verfahren im Falle einer Gutheissung reformatorisch entscheiden. Was den Herausgabeanspruch betrifft, wäre die Sache im Falle einer Gutheissung ohnehin gestützt auf das Eventualbegehren (Rechtsbegehren Ziff. 2) an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. **BGE 136 V 131E**. 1.2; **134 III 379 E**. 1.3).

Zusammenfassend sind die Einwände der Beschwerdegegnerin unbegründet. Die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin sind zulässig. Allerdings ist der Beschwerdegegnerin insofern beizupflichten, als das Vorgehen der Beschwerdeführerin "einem prozessualen Durcheinander" nahe kommt.

**1.4.** Im Übrigen sind die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Beschwerde ohne Weiteres erfüllt, womit auf diese - unter Vorbehalt hinreichender Begründung (Art. 42 Abs. 2 BGG) - einzutreten ist.

## **2.**

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es prüft aber unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (**BGE 140 III 86 E**. 2, 115 E. 2). Die Beschwerde ist dabei hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten. Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 BGG, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (vgl. **BGE 134 II 244 E**. 2.1).

## **3.**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (**BGE 140 III 16 E**. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (**BGE 140 III 115 E**. 2, 264 E. 2.3). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (**BGE 140 III 264 E**. 2.3 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substanziiert aufzeigen, inwiefern die genannten Voraussetzungen erfüllt sein sollen (**BGE 140 III 16 E**. 1.3.1 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (**BGE 140 III 86 E**. 2). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (**BGE 140 III 16 E**. 1.3.1).

## **4.**

Zu beachten ist, dass das Bundesgericht in die Beweiswürdigung des Sachgerichts nur eingreift, wenn diese willkürlich ist. Willkür liegt nach der Rechtsprechung nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern bloss, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem

Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1; je mit Hinweisen). Die Beweiswürdigung ist mithin nicht schon dann willkürlich, wenn sie nicht mit der Darstellung der beschwerdeführenden Partei übereinstimmt, sondern bloss, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist (BGE 141 III 564 E. 4.1; 135 II 356 E. 4.2.1). Dies ist dann der Fall, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkennt, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (BGE 140 III 264 E. 2.3; 137 III 226 E. 4.2). Inwiefern die Beweiswürdigung willkürlich sein soll, ist in der Beschwerde klar und detailliert aufzuzeigen (BGE 134 II 244 E. 2.2).

## 5.

Die Begründung hat in der Beschwerdeschrift selbst zu erfolgen. Die beschwerdeführende Partei darf eine allfällige Replik nicht dazu verwenden, ihre Beschwerde zu ergänzen oder zu verbessern. Zulässig sind nur Vorbringen, zu denen erst die Ausführungen in der Vernehmlassung eines anderen Verfahrensbeteiligten Anlass geben (vgl. BGE 135 I 19 E. 2.2; 132 I 42 E. 3.3.4).

## 6.

Nach der Praxis des Bundesgerichts kommen für die Abwicklung von Börsengeschäften bzw. die Anlagetätigkeit grundsätzlich drei verschiedene Vertragsbeziehungen in Betracht: die blossen Konto-/Depotbeziehung (Execution only), die Anlageberatung und die eigentliche Vermögensverwaltung (BGE 144 III 155 E. 2.1 mit Hinweisen). Die Anlageberatung zeichnet sich in Abgrenzung von der blossen Konto-/ Depotbeziehung dadurch aus, dass der Kunde die Anlageentscheide zwar selber trifft, die Bank ihm jedoch beratend zur Seite steht. Die Zuständigkeit des Kunden für den Anlageentscheid unterscheidet die Anlageberatung von der Vermögensverwaltung, bei der die Bank die auszuführenden Transaktionen im Rahmen der Sorgfalts- und Treuepflicht sowie der vereinbarten Anlagestrategie selber bestimmt (BGE 144 III 155 E. 2.1.1 mit Hinweisen). Vorliegend ist, wie erwähnt, von einer blossen Konto-/Depotbeziehung auszugehen (Execution only).

## 7.

**7.1.** Die Beschwerdegegnerin kann für den Fall, dass den Argumenten der Beschwerdeführerin gefolgt wird, Rügen als Eventualbegründung gegen den angefochtenen Entscheid vorbringen (BGE 140 III 456 E. 2.2.2; 136 III 502 E. 6.2). Sie macht in ihrer Beschwerdeantwort geltend, die Vorinstanz übergehe, dass die Pflicht zur Herausgabe von Retrozessionen voraussetze, dass sich der Beauftragte in einem *potentiellen Interessenkonflikt* befinde. Da der Kunde bei Execution only-Geschäftsbeziehungen die Produktwahl selber treffe, fehle es an der Gefahr eines Interessenkonflikts, weshalb auch keine Pflicht zur Herausgabe von Retrozessionen bestehe.

**7.2.** Die Grundsatzentscheide des Bundesgerichts zur Herausgabepflicht von Retrozessionen betrafen die Vermögensverwaltung (BGE 143 III 348; 138 III 755; 137 III 393; 132 III 460; vgl. EMMENEGGER/DÖBELI, Bankgeschäfte nach der Krise: Safer, simpler, fairer?, SZW 2018 S. 639 ff., 649).

Umstritten ist weiterhin die Frage nach der Herausgabe von Retrozessionen im Execution only-Verhältnis. Die Beschwerdeführerin nimmt Bezug auf das Urteil 4C.125/2002 vom 27. September 2002, in dem das Bundesgericht (vor Erlass der amtlich publizierten Retrozessionsrechtsprechung) festgehalten habe, der Beauftragte, der für den Auftraggeber einen Leibrentenversicherungsvertrag abschliesse, müsse Vorteile herausgeben, die ihm in diesem Zusammenhang zukamen (zit. Urteil 4C.125/2002 E. 3). Dieses ältere Urteil betraf aber die Herausgabe von Gratisaktien und nicht von Retrozessionen, womit fraglich ist, ob und inwieweit sich dieses Urteil auf die Frage der Herausgabe von Retrozessionen im Execution only-Verhältnis übertragen lässt.

Auf die umstrittene Frage, ob grundsätzlich auch im Execution only-Verhältnis eine Pflicht zur Herausgabe von Retrozessionen besteht (bejahend: EMMENEGGER/DÖBELI, a.a.O., S. 649; wohl auch FABIAN SCHMID, Retrozessionen und Anlagefonds, Jusletter vom 21. Mai 2007 Rz. 45 ff.; ablehnend namentlich: OSER/WEBER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 7. Aufl. 2020, N. 14a zu Art. 400 OR; RAPHAEL PREISIG, Interessenwahrung und Ablieferungspflicht im Bankgeschäft, Jusletter vom 9. September 2013 Rz. 15 f.; KUHN/SCHLUMPF, Die Pflicht zur Herausgabe von Bestandspflegekommissionen, ZBJV 5/2013 S. 436 ff., 454; GEHRER CORDEY/GIGER, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 12c zu Art. 400 OR) muss vorliegend nicht weiter eingegangen werden. Denn die Vorinstanz durfte - wie nachfolgend

dargelegt (vgl. hiernach E. 8 ff.) - ohne Verletzung von Bundesrecht davon ausgehen, die im bundesgerichtlichen Verfahren noch strittigen Ansprüche der Beschwerdeführerin seien verjährt.

## 8.

Umstritten ist, ob die (eingeklagten) Auskunfts- und Herausgabeansprüche der Beschwerdeführerin, die vor dem 4. Dezember 2008 entstanden, verjährt sind.

**8.1.** Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz verletze Art. 400 Abs. 1 OR, wenn sie von einem Verjährungsbeginn des *Herausgabeanspruchs* (dies a quo) ab Datum des Eingangs der jeweiligen Retrozessionen bei der Beschwerdegegnerin ausgehe.

**8.1.1.** Die Vorinstanz erwog, [BGE 143 III 348](#) äussere sich klar zur Frage nach dem Verjährungsbeginn der Herausgabeansprüche gemäss Art. 400 Abs. 1 OR. Bereits die Regeste halte eindeutig fest, dass die Verjährungsfrist für jeden Herausgabeanspruch an dem Tage zu laufen beginne, an dem der Beauftragte den herauszugebenden Betrag erhalten habe. Es gebe keinen Hinweis, dass das Bundesgericht künftig von dieser jüngst etablierten Praxis abweichen werde. Entsprechend seien vorliegend sämtliche Herausgabeansprüche verjährt, die vor dem 4. Dezember 2008 entstanden seien.

**8.1.2.** Wie die Vorinstanz zu Recht festhielt, hat sich das Bundesgericht in [BGE 143 III 348](#) eingehend mit der Frage der Verjährung von Herausgabeansprüchen des Auftraggebers im Zusammenhang mit Retrozessionen befasst. Es stellte nicht nur klar, dass diese der Regelverjährung von zehn Jahren unterliegen ([BGE 143 III 348](#) E. 5.2.1), sondern hielt auch fest, die Verjährung beginne an dem Tag zu laufen, an dem der Beauftragte den (jeweiligen) herauszugebenden Betrag erhalten hat ([BGE 143 III 348](#) E. 5.3).

Die Beschwerdeführerin beabsichtigt mit ihren Rügen eine Änderung dieser Rechtsprechung. Nach konstanter Praxis muss sich eine Praxisänderung auf ernsthafte, sachliche Gründe stützen können, die - vor allem im Hinblick auf das Gebot der Rechtssicherheit - umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erkannte Rechtsanwendung für zutreffend erachtet worden ist. Eine Praxisänderung lässt sich grundsätzlich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht, andernfalls ist die bisherige Praxis beizubehalten ([BGE 127 II 289](#) E. 3a; [135 III 66](#) E. 10; [132 III 770](#) E. 4).

**8.1.3.** Die Beschwerdeführerin vermag in ihrer Beschwerde keine solchen Gründe darzutun, die es angezeigt erscheinen lassen würden, von [BGE 143 III 348](#) abzuweichen. Sie beschränkt sich im Wesentlichen darauf, eine [BGE 143 III 348](#) entgegenstehende Auslegung von Art. 400 Abs. 1 OR (Fälligkeit der Herausgabeansprüche und damit Verjährungsbeginn erst mit der Geltendmachung durch den Auftraggeber) zu propagieren.

Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht geltend macht, ist die Auffassung des Bundesgerichts in [BGE 143 III 348](#) - sofortige Fälligkeit und somit auch separater Verjährungsbeginn mit Zugang jeder einzelnen Retrozessionsleistung - auch in der Literatur vorherrschend (namentlich: MATHYS/ROBERTO, Wann verjähren Bestandespflegekommissionen?, Jusletter vom 19. November 2012 Rz. 21-24; MICHAEL HOCHSTRASSER, Entscheidbesprechung zu BGer [4A\\_508/2016](#), Verjährung des Anspruchs auf Herausgabe von Retrozessionen, AJP 2017 S. 1125 ff., 1128; vgl. PETER GAUCH, Periodisch geschuldete Leistungen: Gedanken zur Verjährungsbestimmung des Art. 128 Ziff. 1 OR, AJP 2014 S. 285 ff., 290; OSER/WEBER, a.a.O., N. 15 zu Art. 400 OR; vgl. 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 S. 887 ff., 894 und 900 f.; vgl. ROMERIO/BAZZANI, Verjährung des Anspruchs auf Herausgabe von Bestandespflegekommissionen, GesKR 1/2013 S. 49 ff., 55 f.; NEUMAN/VON DER CRONE, Herausgabepflicht für Bestandespflegekommissionen im Auftragsrecht, SZW 2013 S. 101 ff., 111).

Abweichende Auffassungen sind hingegen spärlicher und liegen teilweise zeitlich weit zurück. Vereinzelt wird ein Verjährungsbeginn erst mit Beendigung des Auftragsverhältnisses vertreten (PETER DERENDINGER, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 1988, S. 62 Rz. 142; JEAN MARC SCHALLER, Retrozessionen: Nochmals zur Verjährungsfrage, Jusletter vom 3. Dezember 2012 Rz. 9-12) oder es wird argumentiert, die Verjährung beginne erst nach erfolgter Rechenschaftsablage (KUHN/LUGINBÜHL, Zur Verjährung des Rechenschafts- und Herausgabeanspruches gemäss Art. 400 Abs. 1 OR beim Vermögensverwaltungsvertrag, AJP 2014 S. 977 ff., 978-981; FRANZ WERRO, Le mandat et ses effets, 1993, S. 178 Rz. 519 f.).

Zu diesen von einem Teil der Lehre vertretenen Ansichten hat das Bundesgericht in BGE 143 III 348E. 5.3.2 Folgendes ausgeführt:

" Partant, la réception de chaque montant rétrocedé fait naître une créance en restitution du mandat et l'exigibilité de celle-ci. On ne saurait raisonnablement admettre que la naissance et, partant, l'exigibilité de toutes ces créances soient, en raison de leur nature, reportées à la fin du contrat de mandat ou au moment de la reddition de compte, car cela signifierait aussi que le créancier ne pourrait pas réclamer ces montants rétrocedés dès qu'ils sont versés au mandataire. "

Die angesprochene Problematik scheint auch die Beschwerdeführerin selber erkannt zu haben, stellt sie sich in ihrer Beschwerde doch auf den Standpunkt, der Herausgabeanspruch werde (erst) fällig und es beginne die Verjährungsfrist von zehn Jahren zu laufen, wenn der Auftraggeber die Herausgabe verlange, spätestens aber bei Beendigung des Auftrags.

Es besteht jedenfalls auch bei Annahme eines Fälligkeitseintritts (erst) bei Geltendmachung (gleich wie bei einem Verjährungsbeginn [erst] am Ende des Auftrags bzw. nach erfolgter

Rechenschaftsablage) die Problematik der überlangen Dauer bis zum Verjährungseintritt (vgl. BGE 143 III 348 E. 5.3.2 in fine). So wird zu Recht geltend gemacht, den Herausgabeanspruch mit der Rechenschaftsablage zu verknüpfen und die Verjährung des ersteren nicht laufen zu lassen, bevor letztere nicht erfolgt sei, könne dazu führen, dass noch nach Jahrzehnten (klagbare)

Herausgabeansprüche bestünden, was Sinn und Zweck der Verjährung (Rechtsfrieden schaffen, die mit der Zeit zunehmenden Beweisprobleme vermeiden) widerspräche (HOCHSTRASSER, a.a.O., S. 1128 f.). Dies gilt auch, wenn man mit der Beschwerdeführerin davon ausginge, die Verjährung des Herausgabeanspruchs beginne erst mit dessen Geltendmachung bzw. mit Beendigung des Auftrags. In der Lehre wird zutreffend ausgeführt, da die Rechenschaftsablage jederzeit verlangt und der Herausgabeanspruch im Rahmen einer Stufenklage erhoben werden könne, werde die Durchsetzung des Herausgabeanspruchs auch nicht übermässig erschwert, wenn die Verjährung bereits mit dem Erhalt der Retrozessionszahlung zu laufen beginne (HOCHSTRASSER, a.a.O., S. 1129).

Die Beschwerdeführerin vermag die Bedenken gegen eine überlange Dauer bis zum Verjährungseintritt nicht zu zerstreuen. Sie macht geltend, bei einem Fälligkeitseintritt sowohl erst bei Mandatsende, als auch "auf Verlangen" des Auftraggebers, sei die Forderung schon zuvor entstanden und sei daher seitens des Schuldners bereits *erfüllbar*. Die Beschwerdegegnerin habe es in den eigenen Händen gehabt, den Fälligkeitszeitpunkt und damit den Lauf der Verjährungsfrist durch eigenes Handeln herbeizuführen, sei es durch Erfüllung oder durch Kündigung des Mandats. Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht ausführt, übergeht sie damit das Wesen der Verjährung, das gerade darin besteht, dass eine Forderung durch Zeitablauf ohne Zutun des Schuldners nach bestimmter Zeit gegen dessen Willen nicht mehr durchsetzbar sein soll.

**8.1.4.** Zusammenfassend tut die Beschwerdeführerin keine Gründe dar, die eine Praxisänderung rechtfertigen würden. Die Herausgabeansprüche der Beschwerdeführerin betreffend Retrozessionen, die der Beschwerdegegnerin vor dem 4. Dezember 2008 zugingen, sind gemäss BGE 143 III 348 verjährt.

**8.2.** Die Beschwerdeführerin wendet sich sodann dagegen, dass die Vorinstanz auch die *Auskunftsansprüche*, die vor dem 4. Dezember 2008 entstanden waren, als verjährt erachtet hat. Sie macht geltend, die Vorinstanz habe übersehen, dass sich das Bundesgericht in BGE 143 III 348 einzig mit der Fälligkeit des *Herausgabe* anspruchs (nicht aber des Anspruchs auf Auskunft bzw. Rechenschaftsablage) befasst habe. Sie verlangt ein Aufschieben der Fälligkeit des Auskunftsanspruchs (ebenso wie des Herausgabeanspruchs), und damit des Beginns der Verjährungsfrist, auf den Zeitpunkt der Geltendmachung.

**8.2.1.** Die Vorinstanz erwog, entscheidend für den Verjährungsbeginn der Ansprüche auf *Auskunft* respektive *Rechenschaftsablage* sei ebenfalls der Zeitpunkt der Fälligkeit gemäss Art. 75 OR. Die Fälligkeit müsse auch für den Auskunftsanspruch im Zeitpunkt des Zugangs der Vorteile beim Beauftragten entstehen (mit Verweis auf BGE 143 III 348 E. 5.3.2: "La réception des rétrocessions [...] par le mandataire fait naître son obligation d'informer le mandant et de lui restituer ces avantages [...]"). Eine Gleichbehandlung der Fälligkeitszeitpunkte der Auskunfts- und der Herausgabepflicht ergebe sich auch bei der Betrachtung der italienischen und französischen Fassung von Art. 400 Abs. 1 OR, bei denen sich die Wendung "auf Verlangen" ("à la demande du mandant"; "ad ogni richiesta del mandante") zweifellos sowohl auf den Auskunfts- als auch auf den Herausgabeanspruch beziehe. Weiter spreche für den gleichzeitigen Beginn der Verjährungsfrist der beiden Ansprüche auch, dass

der Auskunftsanspruch die Voraussetzung einer späteren Herausgabe darstelle. Schliesslich sei nicht einzusehen, weshalb der Beginn der absoluten Verjährungsfrist betreffend den Auskunftsanspruch unbeschränkt (oder im Rahmen jahrzehntelanger Geschäftsbeziehung auch nur bis zum Ende des Auftrags) sollte aufgeschoben werden können. Vor diesem Hintergrund habe das Urteil 5C.305/2005 vom 18. April 2006 E. 2.2, auf das in der Literatur verwiesen werde (OSER/WEBER, a.a.O., Art. 400 N. 23; WALTER FELLMANN, in: Berner Kommentar, 1992, N. 99 zu Art. 400 OR), *diesbezüglich* als überholt zu gelten. Der Herausgabe- und der Auskunftsanspruch müssten den gleichen Verjährungsbestimmungen unterliegen.

**8.2.2.** Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, vermag nicht zu überzeugen. Sie selbst ist der Ansicht, es müsse ein Gleichlauf zwischen dem Verjährungsbeginn des Auskunfts- und des Herausgabeanspruchs bestehen. Sie stellt sich aber - entgegen **BGE 143 III 348** - auf den Standpunkt, es sei der Herausgabeanspruch, der später fällig werden müsse und nicht umgekehrt. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen in E. 8.1.2 f. hiervor verwiesen werden. Die Beschwerdeführerin vermag nicht darzutun, dass die Vorinstanz Bundesrecht verletzt hätte, indem sie zum Ergebnis gelangte, die Auskunftsansprüche, die vor dem 4. Dezember 2008 entstanden waren, seien verjährt. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, welches Interesse die Beschwerdeführerin an der Durchsetzung der Auskunftsansprüche noch haben sollte, wenn die entsprechenden Herausgabeansprüche bereits verjährt sind (vgl. auch **BGE 140 III 583** E. 3.2.3: "les règles de la prescription peuvent constituer une limite à l'intérêt [...] à agir en justice").

**8.3.** Die Beschwerdeführerin rügt eventualiter, die Vorinstanz habe Art. 2 ZGB verletzt, indem sie die Rechtsmissbräuchlichkeit der von der Beschwerdegegnerin erhobenen Verjährungseinrede verneint habe.

**8.3.1.** Der Schuldner verhält sich im Falle der Erhebung der Verjährungseinrede nicht nur dann rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB), wenn er den Gläubiger arglistig dazu bringt, nicht innert nützlicher Frist zu handeln, sondern auch, falls er ohne böse Absicht ein Verhalten an den Tag legt, das den Gläubiger dazu bewegt, von rechtlichen Schritten innert der Verjährungsfrist abzusehen, und diese Säumnis bei objektiver Betrachtungsweise als verständlich erscheint (**BGE 128 V 236** E. 4; **113 II 264** E. 2e mit Hinweisen; vgl. auch **BGE 131 III 430** E. 2). So verhält sich der Schuldner rechtsmissbräuchlich, wenn er den Gläubiger dazu veranlasst, zuzuwarten, um ihm sodann diese Untätigkeit nach Erheben der Verjährungseinrede entgegenzuhalten (*venire contra factum proprium*). Im Gegenzug vermag der schlichte Zeitablauf bis zum Verfall der Verjährungsfrist weder als Verzicht auf die Forderung noch als missbräuchliche Rechtsausübung gewertet zu werden. Für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs ist vorausgesetzt, dass das Verhalten des Schuldners in einem Kausalzusammenhang mit der Säumnis des Gläubigers steht (**BGE 143 III 348** E. 5.5.1; **128 V 236** E. 4a; Urteil **4A\_362/2020** vom 22. Januar **2021** E. 5.1).

**8.3.2.** Die Vorinstanz erwog, es sei schleierhaft, inwiefern der Streit in der Lehre um die Dauer der Verjährungsfrist zuungunsten der Beschwerdeführerin gewirkt habe. Der Lehrstreit erscheine schon von vornherein nicht geeignet, irgendwie auf ihren Entschluss zu wirken, verjährungsunterbrechende Massnahmen einzuleiten. In beiden möglichen Varianten (5- oder 10-jährige Verjährungsfrist) vergehe mit dem Zuwarten gleichviel Zeit. Nur der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass die Auffassung, es bestehe eine 5-jährige Verjährungsfrist, jedenfalls nicht vollkommen abwegig gewesen sein dürfte. Entscheidend sei, dass das (aktive) Verhalten der Beschwerdegegnerin über die gesamte Zeit konstant und in sich widerspruchsfrei gewesen sei. Sie habe sich stets auf den Standpunkt gestellt, sie habe bei einer Execution only-Beziehung grundsätzlich keine Retrozessionen herauszugeben. Dass sie sich nun auf die Verjährung berufe, stehe nicht im Widerspruch dazu, womit auch kein *venire contra factum proprium* vorliegen könne. Stelle sich eine Partei auf den Standpunkt, der anderen nichts zu schulden, und berufe sich nach Ablauf der absoluten Verjährungsfrist auf die Verjährung, sei darin kein Rechtsmissbrauch zu erblicken. Beachtenswert sei zudem, dass das Institut der Verjährung andernfalls jegliche Wirksamkeit verlöre, da ein Schuldner, der die Ansprüche des Gläubigers fortwährend bestreitet, gar nie die Verjährungseinrede vorbringen könnte. Wenn sich eine Partei auf den Standpunkt stelle, sie treffe überhaupt keine Rechtspflicht und hernach auch nicht von diesem Standpunkt abweiche, sei daran grundsätzlich nichts Aussergewöhnliches zu erblicken. Vielmehr müsse die Gegenseite aus einem solchen Verhalten ableiten, das Beschreiten des Rechtswegs - respektive das Ergreifen eines verjährungsunterbrechenden Mittels - stelle die einzige Möglichkeit dar, die Forderung durchzusetzen und die Verjährung zu unterbrechen.



**8.3.3.** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz scheine die Schwelle des Rechtsmissbrauchs bundesrechtswidrig zu hoch anzusetzen, was im Ergebnis dazu führe, dass sie die Erhebung der Verjährungseinrede durch die Beschwerdegegnerin als nicht rechtsmissbräuchlich erachte.

Die Beschwerdeführerin übergeht damit, dass Rechtsmissbrauch restriktiv anzunehmen ist (BGE 140 III 583 E. 3.2.4). Dies gilt auch bei der Beurteilung der Rechtsmissbräuchlichkeit einer Verjährungseinrede. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz in ihren allgemeinen einleitenden Bemerkungen ausführt, es sei ein strenger Beurteilungsmassstab anzusetzen. Offensichtlich fehlt auch der Einwand, die Vorinstanz habe ein arglistiges Verhalten vorausgesetzt. Die Vorinstanz führte explizit aus, "[...] oder, falls er [der Schuldner] ohne böse Absicht ein Verhalten an den Tag legt, welches den Gläubiger dazu bewegt, von rechtlichen Schritten innert der Verjährungsfrist abzusehen, und diese Säumnis bei objektiver Betrachtungsweise verständlich erscheint".

Ebenfalls nicht zu beanstanden ist, wenn die Vorinstanz, nachdem sie eine rechtsmissbräuchliche Verjährungseinrede verneint hatte, nicht zusätzlich separat prüfte, ob die Beschwerdegegnerin sich nach Treu und Glauben verhalten und "damit einen Verjährungsschutz verdient" hat. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerin vorliegend aus dem Erfordernis des Handelns nach Treu und Glauben mehr ableiten könnte, als was durch den Tatbestand des Rechtsmissbrauchs erfasst wird.

**8.3.4.** Ob Rechtsmissbrauch vorliegt, ist einzelfallweise in Würdigung der gesamten Umstände des konkreten Falls zu bestimmen (BGE 140 III 583 E. 3.2.4; 138 III 401 E. 2.2).

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Vorinstanz habe in bundesrechtswidriger Weise einzig auf das *aktive Verhalten* der Beschwerdegegnerin abgestellt, vermag sie bereits nicht darzutun, inwiefern vorliegend ein *Unterlassen* die Rechtsmissbräuchlichkeit der Verjährungseinrede zu begründen vermöchte. Die Vorinstanz erwog namentlich ohne Verletzung von Bundesrecht, die Beschwerdegegnerin sei im Rahmen ihrer Treuepflicht nicht dazu verpflichtet gewesen, die Beschwerdeführerin über den Stand - und die voraussichtliche zukünftige Entwicklung - der Rechtsprechung aufzuklären.

Die Beschwerdeführerin stellt sich hauptsächlich auf den Standpunkt, die Schreiben der Beschwerdegegnerin seien geeignet, sie von verjährungsunterbrechenden Handlungen abzuhalten. Sie tut aber nicht hinreichend dar, inwiefern die Schreiben (in denen sich die Beschwerdegegnerin im Wesentlichen auf den Standpunkt stellte, es fehle an einem relevanten inneren Zusammenhang zwischen den eingenommenen Vergütungen und dem Auftrag) dazu geeignet waren, sie von verjährungsunterbrechenden Schritten abzuhalten. Vielmehr musste die Beschwerdeführerin (eine in der beruflichen Vorsorge im Rahmen des BVG tätige Stiftung) aus diesen Schreiben im Gegenteil ableiten, dass die Beschwerdegegnerin nicht dazu bereit war, Retrozessionen herauszugeben. Damit war es angezeigt, verjährungsunterbrechende Schritte einzuleiten bzw. falls nötig anwaltliche Beratung in Anspruch zu nehmen. Die Beschwerdeführerin vermag auch nicht darzutun, dass die von der Beschwerdegegnerin in den Schreiben vertretene Ansicht offensichtlich treuwidrig eingenommen worden wäre. Daran ändert ihr Hinweis nichts, dass die Beschwerdegegnerin in ihren Schreiben nicht auf das zitierte Urteil 4C.125/2002 verwiesen habe.

Auch vermag die Beschwerdeführerin nicht darzutun, inwiefern die Vorinstanz in Willkür verfallen wäre, indem sie ihre Ausführungen dazu, wie sich die Beschwerdegegnerin gegenüber anderen Pensionskassen verhalten haben soll, als unbehelflich erachtete. Die Vorinstanz erwog zutreffend, es sei einerseits der Einzelfall zu betrachten und andererseits könne das Verhalten der Beschwerdegegnerin gegenüber Dritten ohnehin nicht kausal für das Zuwarten der Beschwerdeführerin sein, denn diese habe erst nach der Mandatierung ihres Rechtsvertreters davon erfahren. Schliesslich wird auch im bundesgerichtlichen Verfahren nicht ersichtlich, inwiefern der Lehrstreit um die Dauer der Verjährungsfrist (5 oder 10 Jahre) dazu geeignet gewesen sein soll, die Beschwerdeführerin von verjährungsunterbrechenden Massnahmen abzuhalten.

Die Beschwerdeführerin vermag die Würdigung der Vorinstanz insgesamt nicht als willkürlich auszuweisen. Ebenso wenig tut sie dar, dass die Vorinstanz Bundesrecht verletzt hätte. Sie begnügt sich über weite Strecken damit, appellatorische Kritik zu üben. Um einen Rechtsmissbrauch der Beschwerdegegnerin durch das Erheben der Verjährungseinrede bejahen zu können, wäre erforderlich, dass die Beschwerdegegnerin sich auf eine Weise verhielt, die - objektiv betrachtet - dazu geeignet war, die Beschwerdeführerin von der Unterbrechung der Verjährung abzuhalten. Eine solche Verhaltensweise vermag sie nicht darzutun und ergibt sich auch nicht aus dem vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt.

**8.4.** Die Beschwerdeführerin rügt eventualiter eine Verletzung des Rechts auf Beweis (Art. 8 ZGBund Art. 152 ZPO) und des Willkürverbots (Art. 9 BV). Die Vorinstanz habe es unterlassen, zu ermitteln, welchen Eindruck die (Rechts-) Auskünfte der Beschwerdegegnerin bei ihr hinterlassen hätten. Es gehe dabei namentlich um die für sie in der Zeitperiode März 2012 bis Februar 2018 im Amt gewesenen Entscheidungsträger (D. \_\_\_\_\_, E. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_). Zudem rügt sie in mehrfacher Hinsicht eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung. Die Vorinstanz habe es namentlich unterlassen, festzustellen, dass sie über keine eigenen qualifizierten Rechtskenntnisse oder Erfahrungen in Bezug auf Retrozessionen bei Execution only-Verhältnissen verfüge und auch von keinem anderen Finanzinstitut eine zutreffende Rechtsauskunft erhalten habe. Die Rüge geht fehl. Beweise sind zu rechtserheblichen Tatsachen abzunehmen. Aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin die Ansicht der Beschwerdegegnerin, dass im Execution only-Verhältnis Retrozessionen nicht herauszugeben seien, (mangels entsprechender Kenntnisse) nicht hinterfragt haben soll, musste die Vorinstanz nicht ableiten, dass die Erhebung der Verjährungseinrede rechtsmissbräuchlich wäre. Sollte die Beschwerdeführerin tatsächlich nicht über entsprechende Kenntnisse verfügt haben, wäre es an ihr gelegen, sich rechtzeitig zu informieren bzw. anwaltlich beraten zu lassen. Die Vorinstanz erwog diesbezüglich zudem zutreffend, die umstrittenen Auskünfte der Beschwerdegegnerin seien ab dem 7. Mai 2015 unter dem ausdrücklichen Vorbehalt gestanden, dass es sich dabei um die Rechtsauffassung der Beschwerdegegnerin handle. Daraus ergebe sich offensichtlich, dass auch andere Ansichten bestünden, bezüglich derer man sich informieren könnte. Entsprechend braucht auch nicht auf die Sachverhaltsrügen eingegangen zu werden, zumal diese den Rügeanforderungen (vgl. hiervor E. 3) ohnehin über weite Strecken nicht genügen.

## **9.**

Umstritten ist schliesslich, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausging, auch die geltend gemachten Sekundäransprüche (Anspruch auf Schadenersatz aufgrund der Verletzung der Auskunftspflicht und Herausgabepflicht) seien verjährt, soweit sie Pflichtverletzungen vor dem 4. Dezember 2008 betreffen.

**9.1.** Die Vorinstanz hielt fest, die Beschwerdeführerin mache geltend, das Verhalten der Beschwerdegegnerin stelle eine Verletzung der Herausgabe- und Rechenschaftspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR dar und erwog, auf die behaupteten weiteren Anspruchsvoraussetzungen (Schaden, Kausalzusammenhang, Verschulden) müsse mangels Relevanz nicht eingegangen werden. Die Pflicht auf Information des Auftraggebers und Herausgabe der Retrozessionen entstehe im Moment, in welchem dem Beauftragten die Vorteile von Dritten zuflössen (mit Verweis auf [BGE 143 III 348 E. 5.3.2](#)), was bedeute, dass der Beauftragte in eben diesem Moment seine vertraglichen Pflichten verletze, wenn er den Auftraggeber nicht informiere und ihm das Erhaltene nicht herausgebe. Die Verjährungsfristen des Primär- und Sekundäranspruchs würden somit grundsätzlich im gleichen Zeitpunkt beginnen, da die Fälligkeit der Rechenschafts- und Herausgabepflicht und deren Verletzung zusammenfielen. Die Fristen würden nur dann nicht parallel laufen, wenn eine *Dauer verletzung* vorläge, die auf einem *einheitlichen Willensentschluss* beruhe. Davon sei vorliegend nicht auszugehen. Im Übrigen würde die Annahme eines Dauerdelikts auch zur Aushöhlung der Verjährung des Primäranspruchs führen. Entsprechend seien auch die Schadenersatzansprüche aus Verletzung der vertraglichen Pflichten gemäss Art. 400 Abs. 1 OR verjährt, die vor dem 4. Dezember 2008 begangen worden seien.

**9.2.** Die Beschwerdegegnerin macht geltend, aus der von der Beschwerdeführerin behaupteten Verletzung der Auskunftspflicht über einen Herausgabeanspruch lasse sich ohnehin keine Schadenersatzpflicht konstruieren. Der geltend gemachte Schaden könnte ohnehin nur aus der Verletzung einer Herausgabepflicht herrühren. Denn nur diese habe einen (unmittelbaren) Einfluss auf das Vermögen des Auftraggebers. Der Auskunftsanspruch habe gegenüber dem Herausgabeanspruch eine bloss dienende Funktion.

Wie es sich damit verhält, kann vorliegend offenbleiben. Die Vorinstanz durfte - wie nachfolgend dargelegt (vgl. hiernach E. 9.3 ff.) - ohne Verletzung von Bundesrecht zum Ergebnis gelangen, allfällige Sekundäransprüche der Beschwerdeführerin, die vor dem 4. Dezember 2008 entstanden, seien verjährt.

**9.3.** Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz übersehe, dass die Beschwerdegegnerin keine Einrede der Verjährung in Bezug auf den geltend gemachten Eventualananspruch auf Schadenersatz erhoben habe. Der Einwand, es bestehe kein Schadenersatzanspruch und die Einrede, dieser sei verjährt, könne im Übrigen nicht widerspruchsfrei vorgetragen werden. Es sei denn, man nehme einen

Haupt- und einen Eventualstandpunkt ein, was die Beschwerdegegnerin jedoch unterlassen habe. Die Vorinstanz verletze Art. 142 OR.

Die Vorinstanz hielt (mit Verweis auf act. 32 [Duplik] Rz. 99 ff.) fest, die Beschwerdegegnerin berufe sich auf die Verjährung und bringe vor, die Primär- und Sekundäransprüche verjährten zeitgleich, was bereits geschehen sei. Die Beschwerdegegnerin nahm dort insbesondere Bezug auf einen Literaturbeitrag der beschwerdeführerischen Parteigutachterin (CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Retrozessionen: Verjährung, Rechtsmissbrauch und Schadenersatz, Jusletter vom 25. September 2017) und machte geltend, folge man deren Ausführungen in ihrem Literaturbeitrag, so müssten (i) der angebliche Herausgabeanspruch, (ii) der angebliche Schadenersatzanspruch infolge der behaupteten Verletzung eines Herausgabeanspruchs und (iii) der angebliche Schadenersatzanspruch infolge der behaupteten Informationsverletzung allesamt als verjährt beurteilt werden. Denn die Schadenersatzansprüche als Sekundäransprüche würden gleichzeitig mit dem Herausgabeanspruch (Primäranspruch) zu verjähren beginnen (act. 32 Rz. 105). Die Vorinstanz verfällt weder in Willkür noch verletzt sie Bundesrecht, wenn sie daraus ableitet, die Beschwerdegegnerin habe die Verjährungseinrede auch hinsichtlich des Sekundäranspruchs geltend gemacht. Nicht überzeugend ist der Einwand der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin sage an der entsprechenden Stelle nur im Konjunktiv, wie es sich verhielte, wenn man der Ansicht der betreffenden Autorin folgen würde. Schliesslich ist auch nicht ersichtlich, weshalb die Beschwerdeführerin davon hätte ausgehen dürfen, dass die Duplik keine entscheiderelevanten neuen Behauptungen enthalte, weil ihr nicht Frist zur Ausübung eines allfälligen Antwortrechts angesetzt worden sei. Ihr stand es - unabhängig von einer Fristansetzung - frei, im Rahmen ihres Replikrechts Stellung zur Duplik zu nehmen.

Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht ausführt, machte sie im Übrigen bereits in ihrer Klageantwort (act. 14 [Klageantwort] Rz. 89) geltend, "[s]oweit angebliche Ansprüche verjährt sind, können sich [sic] auch nicht in der Form von Schadenersatzforderungen wiederaufleben". Auch diese Aussage kann - entgegen der Beschwerdeführerin - im vorliegenden Kontext sehr wohl als Verjährungseinrede verstanden werden, zumal nicht ersichtlich ist, weshalb die Beschwerdegegnerin die Verjährungseinrede einzig betreffend die Primäransprüche erheben sollte.

Aus den Umständen war schliesslich ohne Weiteres ersichtlich, dass sich die Beschwerdegegnerin primär auf den Standpunkt stellte, es bestehe kein Schadenersatz und eventualiter - wenn auch ohne explizit auszuführen, dass es sich um einen Eventualstandpunkt handelt - geltend machte, ein solcher Anspruch wäre verjährt.

Die Vorinstanz durfte ohne Verletzung von Bundesrecht zum Ergebnis gelangen, die Beschwerdegegnerin habe auch betreffend die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Sekundäransprüche die Verjährungseinrede erhoben.

**9.4.** Die Beschwerdeführerin beruft sich eventualiter in Anlehnung an die Entscheide **BGE 146 III 14** und **BGE 92 II 1** erneut (wie bereits vor der Vorinstanz) darauf, dass aufgrund des systematischen Einbehaltens der streitigen Retrozessionen ein Dauerdelikt vorliege, das zudem auf einem einheitlichen Willensentschluss beruhe, weshalb der Beginn der Verjährung der Sekundäransprüche bis zum Abschluss des Dauerdelikts aufgeschoben sei. Die Vorinstanz übersehe insbesondere, dass in **BGE 92 II 1**, auf den sich **BGE 146 III 14** beziehe, das Bundesgericht auch von einem Dauerdelikt ausgegangen sei, obwohl jede einzelne Schädigung sofort und sicher habe quantifiziert werden können.

**9.4.1.** In **BGE 146 III 14** klagten die Erben eines Asbestopfers gegen dessen ehemalige Arbeitgeberin auf Schadenersatz und Genugtuung, wobei sie sich sowohl auf vertragliche wie auch ausservertragliche Ansprüche abstützten. Das Bundesgericht hielt fest, dass für den Beginn der absoluten Verjährungsfrist sowohl bei vertraglichen wie auch ausservertraglichen Ansprüchen der Zeitpunkt des schädigenden Verhaltens massgeblich sei. Dies sei in der Regel ein kurzes, einmaliges Ereignis. Bei wiederholtem oder andauerndem schädigendem Verhalten sei der Tag, an dem dieses Verhalten aufhöre, für den Beginn des Fristenlaufs massgebend (**BGE 146 III 14** E. 6.1.2). In der zu beurteilenden Konstellation sei der Arbeitnehmer während seines gesamten Arbeitsverhältnisses Asbeststaub ausgesetzt gewesen, weshalb medizinisch nicht festgestellt werden könne, wann die Krankheit ausgelöst worden sei (**BGE 146 III 14** E. 6.1.4). In diesem Fall entspreche das schädigende Verhalten der Asbestexposition, die ein Dauerdelikt darstelle, weshalb die Verjährung in dem Moment zu laufen begann, in dem der Arbeitnehmer nicht mehr Asbeststaub ausgesetzt gewesen sei (**BGE 146 III 14** E. 6.1.5).

In **BGE 92 II 1** wird - wie die Vorinstanz zu Recht festhielt - der Frage nach dem Beginn der (früher) einjährigen Verjährungsfrist für die ausservertragliche Haftung nach Art. 60 Abs. 1 aOR

nachgegangen. Dabei klagte eine Grossistenfirma gegen den Verband der schweizerischen Zigarettenfabrikanten, dessen Mitglieder mit Verbandsbeschluss der Grossistenfirma die Gewährung von Rabatten verweigert hatten. Das Bundesgericht stellte fest, dass die unerlaubte Handlung im Verbandsbeschluss zu erblicken sei, der ein einmaliges Ereignis darstelle. Die Schadensfolgen aus diesem Ereignis seien gleichartig und hätten sich mit jeder Rechnungsstellung durch ein Verbandsmitglied wiederholt. Das Bundesgericht unterstrich, es handle sich um eine Klage gegen den Verband, der nur eine einzige rechtswidrige Handlung begangen habe. Dass hinsichtlich der (solidarischen) Haftung der Verbandsmitglieder der Begriff des Schadens anders gesehen werden könne, sei unerheblich (BGE 92 II 1 E. 2). Der Schaden sei erst in dem Zeitpunkt, in dem er gesamthaft in Erscheinung getreten sei, als vollständig zu betrachten (BGE 92 II 1 E. 3). Dieser Schadensbegriff finde auch Anwendung in Fällen, in denen die unerlaubte Handlung nicht in einem bestimmten Ereignis bestehe, denn die notwendige Folge der Einheitlichkeit des Schadens sei die Einheitlichkeit der Handlung. Eine solche liege vor, wenn das schädigende Verhalten auf einem einmaligen Willensentschluss beruhe und andauere oder sich wiederhole (BGE 92 II 1 E. 4). Mit Bezug auf die absolute Verjährung erwog das Bundesgericht schliesslich, dass die Verjährung mit der letzten schädigenden Handlung beginne; denn es könne nicht sein, dass die relative Verjährungsfrist abgelaufen sei, bevor die absolute Verjährungsfrist überhaupt begonnen habe (BGE 92 II 1 E. 5b).

**9.4.2.** Entgegen der Beschwerdeführerin kann aus dem Umstand, dass sich das Bundesgericht in BGE 146 III 14 auf BGE 92 II 1 bezog, namentlich nicht abgeleitet werden, dass es in BGE 146 III 14 festgehalten habe, es könne selbst dann von einem Dauerdelikt ausgegangen werden, wenn jede einzelne Schädigung sofort und sicher quantifizierbar sei. Dass dies nicht der Fall ist, zeigt sich gerade daran, dass im Entscheid massgebend auf den Umstand Bezug genommen wurde, dass im Falle langjähriger Asbestexposition aus medizinischer Sicht nicht festgestellt werden könne, wann die Krankheit ausgelöst worden sei, weshalb das schädigende Verhalten der Asbestexposition entspreche (BGE 146 III 14 E. 6.1.5). Im Gegensatz dazu, lässt sich der Zufluss der (einzelnen) Retrozessionen bei der Beschwerdegegnerin zeitlich ohne Weiteres exakt bestimmen. Eine mit BGE 146 III 14 vergleichbare Konstellation, welche die Annahme eines Dauerdelikts rechtfertigen würde, liegt offensichtlich nicht vor.

Ein Dauerdelikt ist zudem nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen. Dem Gläubiger soll nicht ermöglicht werden, beliebig mit der Geltendmachung seiner Forderung zuzuwarten. Denn diese würde dem Zweck des Instituts der Verjährung (vgl. dazu BGE 137 III 16 E. 2.1) entgegenstehen. Dies gilt, wie die Vorinstanz zu Recht festhält, insbesondere in der gegenwärtigen Konstellation, in welcher der Sekundäranspruch einen betragsmässig identischen, finanziellen Primäranspruch ersetzen soll.

**9.4.3.** Was BGE 92 II 1 betrifft, setzt sich die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde kaum mit den vorinstanzlichen Erwägungen zu dessen Anwendbarkeit auseinander. Die Vorinstanz ging zu Recht davon aus, es sei fraglich, ob vorliegend eine mit BGE 92 II 1 vergleichbare Konstellation vorliege. Im betreffenden Entscheid habe der Verband mit dem Beschluss eine *einzig*e schädigende Handlung vorgenommen, die später in verschiedene Schadenspositionen mündete. Darauf muss vorliegend nicht weiter eingegangen werden, da die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde ohnehin nicht hinreichend aufzeigt, dass sie - entgegen der Vorinstanz - einen einheitlichen Willensentschluss der Beschwerdegegnerin im vorinstanzlichen Verfahren hinreichend substantiiert dargetan hätte. Sie macht geltend, dies sei anhand des Prozesssachverhalts erstellt, vermag mit ihren Hinweisen aber nicht darzutun, dass die Vorinstanz in Willkür verfallen wäre, indem sie einen einheitlichen Willensentschluss der Beschwerdegegnerin nicht als erstellt erachtet hat. Allein aus dem Umstand, dass sich die Beschwerdegegnerin in ihrer Korrespondenz auf den Standpunkt gestellt hat, im Falle eines Execution only-Verhältnisses seien keine Retrozessionen herauszugeben, musste die Vorinstanz jedenfalls nicht von einem einheitlichen Willensentschluss ausgehen.

## 10.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die Beschwerdeführerin wird kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG und Art. 68 Abs. 2 BGG).

### Demnach erkennt das Bundesgericht:

#### 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 15'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

**3.**

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 17'000.-- zu entschädigen.

**4.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 8. September 2022

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Hohl

Der Gerichtsschreiber: Gross