

# **BGer 4A\_574/2023 vom 24. Mai 2024**

Bundesgericht, 2024-05-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_574\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_574_2023)

FR: TF 4A\_574/2023 du 24 mai 2024

IT: TF 4A\_574/2023 del 24 maggio 2024

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Wenn - wie hier - an den Verfahren dieselben Parteien beteiligt sind, den Beschwerden der gleiche Sachverhalt zugrunde liegt, und sich die Beschwerden gegen dasselbe Urteil richten, behandelt das Bundesgericht die verschiedenen Eingaben in der Regel in einem einzigen Entscheid. Es rechtfertigt sich daher unter den gegebenen Umständen, die beiden Beschwerdeverfahren 4A\_574/2023 und 4A\_576/2023 zu vereinigen.

### **E. 2**

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist ( Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 149 III 277 E. 3.1; 148 IV 155 E. 1.1; 143 III 140 E. 1).

#### **E. 2.1**

Die Beschwerden betreffen eine Zivilsache ( Art. 72 BGG ) und richten sich gegen den Endentscheid ( Art. 90 BGG ) eines oberen kantonalen Gerichts, das in Anwendung von Art. 6 ZPO als einzige kantonale Instanz entschieden hat ( Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG ). Die Parteien sind mit ihren Anträgen jeweils teilweise unterlegen ( Art. 76 Abs. 1 BGG ), ein Streitwert ist nicht verlangt ( Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG ) und die Beschwerdefrist ist jeweils eingehalten ( Art. 100 Abs. 1 BGG ).

Auf die Beschwerden ist unter Vorbehalt hinreichender Begründung ( Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG ) einzutreten.

#### **E. 2.2**

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Mit Blick auf die Begründungspflicht der beschwerdeführenden Partei ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden ( BGE 140 III 115 E. 2; 137 III 580 E. 1.3; 135 III 397 E. 1.4). Eine qualifizierte Rügepflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Macht die beschwerdeführende Partei beispielsweise eine Verletzung des Willkürverbots ( Art. 9 BV ) geltend, genügt es nicht, wenn sie einfach

behauptet, der angefochtene Entscheid sei willkürlich; sie hat vielmehr im Einzelnen zu zeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist ( BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1, 167 E. 2.1; je mit Hinweisen). Willkür liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar oder gar vorzuziehen wäre, sondern nur, wenn der angefochtene Entscheid im Ergebnis 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 144 II 281 E. 3.6.2; 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1; je mit Hinweisen). Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbstständige Begründungen, so muss sich die Beschwerde zudem mit jeder einzelnen auseinandersetzen, sonst wird darauf nicht eingetreten ( BGE 142 III 364 E. 2.4 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 143 IV 40 E. 3.4).

Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG , dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Rechtsverletzung liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im vorinstanzlichen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen ( BGE 140 III 86 E. 2, 115 E. 2). Die Begründung hat ferner in der Beschwerdeschrift selbst zu erfolgen und der blosser Verweis auf Ausführungen in anderen Rechtschriften oder auf die Akten reicht nicht aus ( BGE 143 II 283 E. 1.2.3; 140 III 115 E. 2).

### **E. 2.3**

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; zudem muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können ( Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG ). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 145 V 188 E. 2; 140 III 115 E. 2; 135 III 397 E. 1.5). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt ebenfalls 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 substantiiert aufzeigen, inwiefern diese 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).

Beschwerde der Klägerin (Verfahren 4A\_574/2023)

### **E. 3**

Die Klägerin beruft sich in ihrer Beschwerdebegündung verschiedentlich auf Sachverhaltselemente, die sich dem angefochtenen Entscheid nicht entnehmen lassen, ohne jedoch eine hinreichende Sachverhaltsrüge zu erheben. So behauptet sie etwa unter Berufung auf verschiedene von ihr im kantonalen Verfahren eingereichte Dokumente, es handle sich beim Verhältnis zwischen den Parteien um ein Anlageberatungsmandat. Zudem bringt sie vor, die Vorinstanz gehe zu Unrecht davon aus, dass die Zedentin die AGB 2011 sowie die AGB 2014 erhalten habe und bestreitet in appellatorischer Weise deren Geschäftserfahrung.

Die Vorinstanz ging hinsichtlich des Zugangs der AGB 2014 davon aus, die Zedentin habe bestätigt, dass sie unter anderem die "General terms and conditions of business and fee schedule" erhalten habe; die Eingangsbestätigung der Beklagten für das Konto Y. \_\_\_\_\_ datiere vom 14. November 2014. Es bestünden keine Zweifel daran, dass damit die Zedentin den Erhalt der geänderten AGB Fassung 2014 bescheinigt habe. Die Klägerin bezeichnet die vorinstanzlichen Feststellungen bloss als unrichtig und stellt ihnen ihre eigene Sicht der Dinge gegenüber, ohne jedoch Willkür ( Art. 9 BV ) aufzuzeigen. Nachdem die Vorinstanz den Zugang der AGB 2014 als erwiesen erachtet hatte, war zudem die Beweislastverteilung gegenstandslos geworden, womit auch der Hinweis in der Beschwerde auf Art. 8 ZGB ins Leere zielt (vgl. BGE 141 III 241 E. 3.2 mit Hinweisen).

Die Klägerin bringt zudem vor, selbst wenn davon auszugehen wäre, dass die AGB 2014 gültig zugestellt wurden, sei zu beachten, dass diese Fassung der AGB der Zedentin erst am 23. November 2015 zugeing. Sie behauptet in der Folge, die "Widerspruchsfrist wäre sodann bis mindestens 25.12.2015 gelaufen", zeigt jedoch nicht auf, inwiefern der Vorinstanz eine Verletzung von Bundesrecht vorzuwerfen wäre.

### **E. 4**

Die Klägerin rügt, die Vorinstanz habe bei der Beurteilung der Gültigkeit der Verzichtsklauseln in den AGB 2011 und 2014 Art. 8 aUWG und Art. 8 UWG verletzt.

#### **E. 4.1**

Die Vorinstanz prüfte, ob die strittigen Verzichtsklauseln subjektiv ungewöhnlich sind. Sie liess dabei das Argument der Klägerin nicht gelten, wonach es sich bei der Zedentin um eine im Bereich der Investition von Vermögen völlig unerfahrene im Ausland ansässige Kundin handle. Gestützt auf ihre Feststellungen zu der an der Zedentin wirtschaftlich berechtigten Person, deren Hintergrund und wirtschaftlichen Tätigkeiten sowie den Umständen der Kontoeröffnung und -führung ging die Vorinstanz im Gegenteil davon aus, es handle sich bei der Zedentin um eine in Finanzangelegenheiten erfahrene Kundin. Entsprechend erwog sie, die strittige Verzichtsklausel erweise sich nicht als subjektiv ungewöhnlich.

Zur Verzichtsklausel in den AGB 2011 erwog die Vorinstanz, der im Zeitpunkt der Übernahme geltende Art. 8 aUWG (AS 1988 225) setze eine Irreführung voraus. Eine solche werde von der Klägerin jedoch nicht dargelegt und sei auch nicht ersichtlich.

Zur Übernahme der Verzichtsklausel in AGB 2014 hielt die Vorinstanz fest, die nunmehr geltende Fassung von Art. 8 UWG (AS 2011 4910) sei auf die Zedentin als juristische Person nicht anwendbar.

#### **E. 4.2**

Die Klägerin stellt die Hintergründe der Kontoeröffnungen durch die Zedentin, deren Gründung und Vertretungsverhältnisse sowie die wirtschaftliche Berechtigung an dieser Gesellschaft aus eigener Sicht dar, bezeichnet die Vorbringen der Gegenpartei als unbelegt und stellt sich auf den Standpunkt, die Zedentin sei entgegen dem angefochtenen Entscheid nicht als in finanziellen Angelegenheiten geschäftserfahren einzustufen. Diese appellatorischen Vorbringen haben ebenso unbeachtet zu bleiben wie die in der Beschwerde erhobene Behauptung, eine in Brasilien oder W. \_\_\_\_\_ wohnhafte Person wisse nicht, was Retrozessionen seien und verstehe auch nicht, dass der Anspruch auf Retrozessionen dem jeweiligen Bankkunden zustehe.

Die Klägerin setzt sich zudem nicht hinreichend mit den eingehenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid auseinander. Mit ihren allgemein gehaltenen Ausführungen zur Ungewöhnlichkeitsregel und der blossen Behauptung, weder in den Kontoeröffnungsunterlagen noch in den jeweiligen AGB-Versionen würden die notwendigen Parameter für einen gültigen Vorausverzicht mitgeteilt, vermag sie keine Verletzung von Art. 8 aUWG bzw. Art. 8 UWG aufzuzeigen. Ausserdem führte die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid hinreichend aus, weshalb sie eine Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen im Sinne der erstgenannten Bestimmung ausschloss, womit auch der nicht weiter begründete Einwand der Verletzung des rechtlichen Gehörs ( Art. 29 Abs. 2 BV ) ins Leere zielt.

Die Rüge geht fehl.

## **E. 5**

Die Klägerin bringt vor, es liege aufgrund fehlender Eckwerte der Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten kein gültiger Vorausverzicht vor und rügt verschiedentlich eine Verletzung der Begründungspflicht ( Art. 29 Abs. 2 BV ) und eine falsche Anwendung von Art. 400 Abs. 1 OR .

### **E. 5.1**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der Beteiligten tatsächlich hört, prüft und bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Nicht erforderlich ist es jedoch, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Sie kann sich vielmehr auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss jedoch so abgefasst sein, dass sich die Betroffenen über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt ( BGE 143 III 65 E. 5.2; 142 III 433 E. 4.3.2; 141 III 28 E. 3.2.4; je mit Hinweisen).

### **E. 5.2**

Die Vorinstanz liess den von der Klägerin in Bezug auf die Verzichtsklausel in AGB 2014 erhobenen Einwand nicht gelten, wonach es der Zedentin mangels Angabe der Eckwerte der Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten nicht möglich gewesen sei, die Gesamtkosten der Verwaltung ihres Vermögens zu berechnen. Sie erwog, die Klausel enthalte in Ziffer 3.4 hinreichende (technische) Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten, wobei sie darauf hinwies, dass beim Anlageberatungsvertrag oder reinen

Konto-/Depotbeziehungen der Wert der Anlage des jeweiligen Kunden einen geeigneten Basiswert bilde. Die Aufteilung in verschiedene Anlagekategorien und die Angabe von Prozentbandbreiten von zwischen 0-0.75 % für die einzelnen Kategorien erlaube es dem Kunden, die Grössenordnung der von der Bank für eine von ihm angeordnete Transaktion ziemlich exakt zu berechnen.

Die Klägerin zeigt weder eine Verletzung des Gehörsanspruchs ( Art. 29 Abs. 2 BV ) noch von Art. 400 Abs. 1 OR auf mit dem Einwand, die Vorinstanz rechne nicht vor, wie hoch die Grössenordnung im zu beurteilenden Fall konkret sei, und indem sie ohne hinreichende Begründung behauptet, es sei der Klägerin "eben gerade nicht möglich[,] mit den Angaben der Beklagten die Retrozessionen zu berechnen". Entsprechendes gilt für ihre Vorbringen, sie habe in Rz. 98 ff. der Replik und Widerklageantwort vom 22. August 2022 mindestens ein konkretes Beispiel für einen Eckwert aufgezeigt bzw. sie habe in Rz. 18 der Widerklageduplik die diesbezüglich massgebende bundesgerichtliche Rechtsprechung aufgegriffen.

Die Klägerin zeigt auch keine Verletzung von Art. 400 Abs. 1 OR auf, indem sie pauschal auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Voraussetzungen des Verzichts bei der Vermögensverwaltung (konkret BGE 137 III 393 E. 2.4) verweist und vorbringt, im Hinblick auf einen gültigen Vorausverzicht müssten kumulativ eine Grössenordnung, die in einer Prozentbandbreite ausgedrückt werden könne, und die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten angegeben werden. Im Gegensatz zur Vermögensverwaltung gibt es bei der Anlageberatung bzw. der reinen Konto-/Depotbeziehung kein verwaltetes Vermögen, das als Basiswert herangezogen werden könnte (TOBIAS AGGTELEKY, Zivil- und aufsichtsrechtliche Verhaltenspflichten beim Execution-only-Geschäft, 2022, Rz. 526). Da die Bankkundin in einem solchen Verhältnis die Transaktionen selber anordnet, lassen sich die für die Vermögensverwaltung geltenden Grundsätze nicht unbesehen darauf anwenden. Die weiteren Ausführungen in der Beschwerde gehen daher an der Sache vorbei. Ausserdem stützt sich die Klägerin auch in diesem Zusammenhang auf Tatsachenelemente betreffend der bei und nach Vertragsabschluss vorliegenden Informationen, die sich den Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid nicht entnehmen lassen.

Die Klägerin vermag mit ihren Ausführungen weder eine Verletzung der Begründungspflicht ( Art. 29 Abs. 2 BV ) noch von Art. 400 Abs. 1 OR aufzuzeigen.

## **E. 6**

Hinsichtlich des nachträglichen Verzichts bringt die Klägerin vor, die Beklagte hätte die Zedentin unaufgefordert über die bereits vereinnahmten Retrozessionen informieren müssen. Sie verkennt jedoch mit ihrem Verweis auf BGE 137 III 393 E. 2.5, dass in diesem Entscheid ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass im Einzelfall zu bestimmen ist, inwieweit eine aktive Aufklärung erforderlich ist, damit die Kenntnis des Auftraggebers hinsichtlich der Retrozessionen für einen Verzicht ausreicht, wobei auch der Geschäftserfahrung des Auftraggebers Rechnung zu tragen ist. Darauf geht die Klägerin nicht konkret ein.

Ebenso wenig erhebt sie gegenüber der vorinstanzlichen Feststellung, wonach ihr die Information über die konkrete Summe der bis anhin für das Konto Y. \_\_\_\_\_ vereinnahmten Retrozessionen zugänglich gewesen wäre, eine hinreichend begründete Sachverhaltsrüge. Im Übrigen zeigt sie auch nicht auf, inwiefern die in Ziffer 3 der AGB

2014 enthaltenen Angaben im Hinblick auf einen nachträglichen Verzicht unzureichend gewesen wären.

Der unter Berufung auf Art. 400 Abs. 1 OR erhobene Einwand, der nachträgliche Verzicht der Zedentin auf die zum damaligen Zeitpunkt bereits vereinnahmten Retrozessionen sei ungültig, verfängt nicht.

## **E. 7**

Die Klägerin wirft der Vorinstanz vor, ihre Beurteilung der geltend gemachten vorprozessualen Kosten sei widersprüchlich und verletze Art. 2 Abs. 2 ZGB .

### **E. 7.1**

Die Vorinstanz verneinte einen Anspruch der Klägerin auf den verlangten Ersatz von Betreuungskosten von Fr. 103.30.-- und Postgebühren von Fr. 20.90. Sie erwog, gemäss Art. 103 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 102 Abs. 1 OR habe der Schuldner Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu leisten. Die Klägerin habe jedoch nicht dargelegt, inwiefern sich die Beklagte bereits im Zeitpunkt des Betreibungsbegehrens vom 26. Juni 2019 in Verzug befunden haben soll. Insbesondere stelle das (ebenfalls) vom 26. Juni 2019 datierende Schreiben, mit dem sie die Beklagte zur Offenlegung der Retrozessionen aufgefordert habe, keine Mahnung im Sinne von Art. 102 Abs. 1 OR dar. Eine Mahnung sei erst durch die Zustellung des Zahlungsbefehls erfolgt, womit von vornherein kein Anspruch auf die geltend gemachten Betreuungskosten von Fr. 103.30 bestehe.

Betreffend die geforderten Porti von insgesamt Fr. 20.90 führte die Vorinstanz aus, die Position sei von der Beklagten bestritten worden und es mangle daher bereits an einer rechtsgenügenden Substanziierung, um beurteilen zu können, ob und allenfalls welche Kosten gestützt auf Art. 103 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 102 Abs. 1 OR erstattungsfähig wären.

### **E. 7.2**

Entgegen der von der Klägerin vertretenen Ansicht ist es nicht ohne Weiteres als widersprüchlich zu betrachten, wenn die Vorinstanz im Zusammenhang mit den geltend gemachten vorprozessualen Kosten ausführt, die Mahnung sei erst durch Zustellung des Zahlungsbefehls erfolgt, während sie in anderem Zusammenhang darauf hinweist, die Fälligkeit sei ohne Mahnung eingetreten. Ein nach Art. 2 Abs. 2 ZGB widersprüchliches Verhalten der Vorinstanz ist entgegen den Vorbringen in der Beschwerde nicht auszumachen. Inwiefern die Vorinstanz die angewendeten obligationenrechtlichen Bestimmungen verletzt haben soll, legt die Klägerin nicht dar.

Die Beschwerde der Klägerin (4A\_574/2023) ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Beschwerde der Beklagten (Verfahren 4A\_576/2023)

## **E. 8**

Die Beklagte wirft der Vorinstanz vor, sie habe die als rechtswirksam beurteilte nachträgliche Verzichtsklausel in den AGB 2014 zu Unrecht nur für das Konto Y.\_\_\_\_\_, nicht aber für das Konto X.\_\_\_\_\_ angewendet, worin eine Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes ( Art. 55 ZPO ) sowie von Art. 1 und Art. 18 OR zu erblicken sei.

### **E. 8.1.1**

Die Vorinstanz stellte fest, die Beklagte habe im Jahr 2014 ihre AGB geändert, wobei sie der Zedentin mit Bezug auf das Konto X. \_\_\_\_\_ unbestrittenermassen keine neuen AGB habe zukommen lassen. Das Konto X. \_\_\_\_\_ sei per Ende September 2014 geschlossen worden, weshalb für dieses immer die Verzichtsklausel gemäss den AGB 2011 sowie Formular Nr. 10 des Kontoeröffnungsdossiers gegolten habe.

#### **E. 8.1.2**

Die Beklagte vermag keine Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes im Sinne von Art. 55 ZPO aufzuzeigen, indem sie einzelne Formulierungen in den Eingaben der Klägerin herausgreift und vorbringt, diese habe stets in Einzahl von einer "Kundenbeziehung", einer "Geschäftsbeziehung" oder einem "Vertrag" gesprochen und sei nicht von zwei separaten Geschäfts- oder Vertragsbeziehungen ausgegangen. Die ins Feld geführten Formulierungen, welche die Beklagte auch der Vorinstanz zuschreibt, vermögen die vorinstanzliche Feststellung nicht als bundesrechtswidrig auszuweisen, wonach die Beklagte der Zedentin die relevanten Dokumente, so auch die AGB, für jedes Konto einzeln zustellte. Die Beklagte räumt in der Beschwerde denn auch selber ein, dass sich die Klägerin im kantonalen Verfahren ausdrücklich darauf berufen hatte, der Zedentin sei für das Konto X. \_\_\_\_\_ keine Ausfertigung der AGB 2014 zugestellt worden. Der Vorwurf, die Vorinstanz habe in Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes ( Art. 55 ZPO ) übereinstimmende tatsächliche Parteivorbringen übergangen, erweist sich als unbegründet. Die Beklagte beruft sich im gleichen Zusammenhang auch auf eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 BGG , vermag eine solche jedoch nicht aufzuzeigen.

Unabhängig davon, ob in rechtlicher Hinsicht von einer oder zwei Vertragsbeziehungen auszugehen ist, hat die Vorinstanz angesichts der separat geführten Konten X. \_\_\_\_\_ und Y. \_\_\_\_\_ sowie des zeitlichen Ablaufs - das Konto X. \_\_\_\_\_ wurde Ende September 2014 geschlossen und die AGB 2014 wurden für das Konto Y. \_\_\_\_\_ frühestens am 23. November 2015 zugestellt - nachvollziehbar geprüft, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die neuen AGB anwendbar sind sowie ob bzw. inwieweit sich daraus ein wirksamer Verzicht der Klägerin ergibt, was von dieser bestritten wurde.

#### **E. 8.2**

Selbst wenn mit der Beklagten von einer einheitlichen Vertragsbeziehung mit der Zedentin auszugehen wäre, war demnach zu prüfen, ob das Erklärungsverhalten der Parteien nach Treu und Glauben dahingehend auszulegen war, dass die abgeänderten AGB 2014 auch für das - im Zeitpunkt der Zustellung bereits geschlossene - Konto X. \_\_\_\_\_ gelten soll, nachdem ein übereinstimmender tatsächlicher Wille der Parteien dazu nicht festgestellt wurde (zur Auslegung nach dem Vertrauensprinzip BGE 147 III 107 E. 3.1.2; 142 III 239 E. 5.2.1; 140 III 134 E. 3.2).

Indem die Beklagte unter Berufung auf die AGB 2014 vorbringt, diese seien nach ihrem Wortlaut auf die gesamte Vertragsbeziehung zwischen ihr und der Zedentin - und damit auch auf das inzwischen geschlossene Konto X. \_\_\_\_\_ - anwendbar, greifen ihre Ausführungen zu kurz. Aufgrund der Feststellungen im angefochtenen Entscheid, wonach der Zedentin die massgebenden Dokumente, so auch die AGB, für jedes Konto separat zugestellt wurden und sich die Zustellung der neuen AGB 2014 ausdrücklich auf das Konto Y. \_\_\_\_\_ bezog, ist nach Treu und Glauben davon auszugehen, dass sich die Geltung der

AGB auf dieses Konto beschränkte und auf das im damaligen Zeitpunkt bereits geschlossene Konto X.\_\_\_\_\_ nicht anzuwenden war. Eine Verletzung von Bundesrecht ist nicht ersichtlich.

Abgesehen davon lässt sich dem angefochtenen Entscheid lediglich die Behauptung der Beklagten entnehmen, die "Zedentin habe diese neuen AGB [2014]

für das Konto Y.\_\_\_\_\_ akzeptiert und der darin enthaltene Verzicht auf die Retrozessionen sei genügend [Hervorhebung hinzugefügt]". In Bezug auf die Retrozessionen des Kontos X.\_\_\_\_\_ stellte die Vorinstanz einzig fest, die Beklagte stütze den Verzicht "auf Ziff. 3 der AGB 2011 sowie Ziff. 4 des Formulars Nr. 10 des Kontoeröffnungsdossiers". Insoweit würde es bereits an hinreichenden Vorbringen der Beklagten zum Konsens der Vertragsparteien in Bezug auf das Konto X.\_\_\_\_\_ fehlen.

### **E. 8.3**

Das Vorbringen, die Vorinstanz habe die nachträgliche Verzichtsklausel in den AGB 2014 bundesrechtswidrig nur für das Konto Y.\_\_\_\_\_ angewendet, erweist sich insgesamt als unbegründet.

Weitere Gründe, die einem Herausgabeanspruch der Klägerin entgegenstehen würden, macht die Beklagte nicht geltend. Damit ist auf die Frage, ob grundsätzlich auch im Execution only-Verhältnis eine Pflicht zur Herausgabe von Retrozessionen besteht, nicht weiter einzugehen (dazu bereits Urteil 4A\_601/2021 vom 8. September 2022 E. 7.2).

Die Beschwerde der Beklagten (4A\_576/2023) ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

### **E. 9**

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten von insgesamt Fr. 6'000.-- im Umfang von Fr. 4'000.-- der Klägerin (Verfahren 4A\_574/2023) und im Umfang von Fr. 2'000.-- der Beklagten (Verfahren 4A\_576/2023) aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

Die der Beklagten (Fr. 5'000.--; Verfahren 4A\_574/2023) und der Klägerin (Fr. 2'500.--; Verfahren 4A\_576/2023) zustehenden Parteientschädigungen heben sich teilweise gegenseitig auf, weshalb der Beklagten die Differenz von Fr. 2'500.-- als Parteientschädigung zuzusprechen ist ( Art. 68 Abs. 2 BGG ).

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